



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - SEDE
SUBPROCURADORIA-GERAL DE MATÉRIA REGULATÓRIA (PF-ANTT) - PROCURADORES
SCES TRECHO 3, LOTE 10, PROJETO ORLA 8, BLOCO A, 3º ANDAR

PARECER n. 00135/2024/PF-ANTT/PGF/AGU

NUP: 50500.120615/2024-74

INTERESSADOS: EMPRESA CONCESSIONÁRIA CCR VIA COSTEIRA E OUTROS

ASSUNTOS: ATOS ADMINISTRATIVOS

EMENTA: CÂMARA DE NEGOCIAÇÃO E SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ANTT (CNSC, ou "COMPOR"). CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – INCOMPLETUDE CONTRATUAL – PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS TÉCNICAS REGULATÓRIAS – APLICAÇÃO DO FATOR D – REGULAÇÃO POR INCENTIVOS – EFICIÊNCIA E INTERESSE PÚBLICO – SOLUÇÃO CONSENSUAL COMO MELHOR CAMINHO

1. Solicitação de opinativo jurídico pela Subprocuradoria-geral de matéria regulatória - Subreg sobre a validade jurídica da solução proposta pela ViaCosteira (implementação das vias marginais em sentido único - Binário) à luz dos parâmetros estabelecidos no PER e no contrato de concessão. A Concessionária alega cumprimento de obrigação contratual de forma diversa da prevista no contrato e no PER. Solução superior, reconhecida pela ANTT, que, porém, resultou em Fator D.

2. Interpretação Contratual a luz dos princípios de direito público e da análise econômica do Direito. Nos contratos de concessão de serviços públicos, a interpretação deve ir além do texto literal, considerando a intenção subjacente das partes e os princípios da boa-fé objetiva. Os conceitos econômicos e os incentivos criados pelas partes também devem ser considerados para alcançar uma interpretação que favoreça a continuidade e eficiência do serviço concedido. Além disso, pela função social dos contratos em geral e, em especial, dos contratos de concessão, deve-se priorizar o eficiente atendimento dos interesses coletivos e o bem-estar social sobre os interesses econômicos ou administrativos estritos do Estado ou do concessionário.

3. Preponderância do Serviço sobre a Obra. Nos contratos de concessão, especialmente no contexto de rodovias federais, o serviço público a ser prestado pelo concessionário ao usuário deve preponderar sobre a obra em si, que é meramente instrumental à qualidade do serviço público prestado.

4. Teoria da Incompletude Contratual. A Teoria da Incompletude Contratual reconhece que contratos de longa duração, como os de concessão, não conseguem prever todas as eventualidades futuras, exigindo adaptações ao longo de sua execução. Essa incompletude deve ser colmatada através de soluções negociais, que respeitem a eficiência e os interesses públicos, garantindo que o contrato continue a cumprir sua função social.

5. Princípio da Instrumentalidade das Técnicas Regulatórias. A aplicação de instrumentos regulatórios deve ser guiada pelo Princípio Constitucional da Instrumentalidade (Art. 37, §16 da CRFB/88), que prioriza a eficácia e a eficiência dos resultados alcançados, evitando uma aplicação meramente formalista, sem avaliar o incentivo às condutas dos usuários e dos regulados.

6. Fator D como mecanismo de equilíbrio e de incentivos à busca por eficiência na prestação do serviço público. O Fator D é um mecanismo essencial para manter o equilíbrio econômico-financeiro, calibrando a remuneração do concessionário com base na qualidade e na adequação dos serviços prestados. Não se tratando de penalidade, é ferramenta para garantir aos usuários os padrões estabelecidos no contrato e no PER, ajustando o serviço por meio de incentivos.

7. Eficiência, Inovação e Adaptação Contratual. A eficiência das soluções alternativas propostas pelo concessionário deve ser criteriosamente avaliada e incentivada, especialmente quando oferecem benefícios superiores, como aumento de capacidade e segurança. A mutabilidade dos contratos e a teoria da incompletude, permitem adaptações, a prevalecer o interesse público sobre formalismos desnecessários. Uma aplicação irrefletida e automática de instrumentos regulatórios pode gerar incentivos a comportamentos indesejados.

8. Jurisprudência do TCU e Flexibilização Contratual. O TCU afirma que o Fator D deve garantir a modicidade tarifária e a proporcionalidade entre os serviços prestados e a remuneração. No entanto, a solução implementada, embora diversa, superou os objetivos contratuais, justificando a necessidade de flexibilização e de uma abordagem consensual para ajustar o contrato.

9. Solução Consensual. Diante da incompletude contratual, a solução consensual é o caminho mais eficiente e juridicamente adequado para garantir o cumprimento dos objetivos do contrato, promovendo a continuidade e a qualidade dos serviços públicos.

10. Viabilidade jurídica condicionada da não aplicação do Desconto de Reequilíbrio em solução negocial. A partir da fundamentação apresentada no caso, entende-se possível o afastamento do desconto de reequilíbrio se a área técnica competente dessa agência concluir, em manifestação específica para a solução negocial, pela viabilidade técnica das soluções de engenharia, em atenção a adequação do serviço em benefício do usuário.

Senhora Subprocuradora-Geral em Matéria Regulatória.

A presente manifestação jurídica decorre de deliberação ocorrida no seio do Conselho Consultivo de Procuradores, órgão da Procuradoria Federal junto à ANTT convocado pelo Procurador Geral para firmar a orientação jurídica consultiva a ser emitida pela PF-ANTT em questões consideradas complexas, inéditas, interdisciplinares ou que envolvam relevante risco regulatório, nos termos do artigo 10, Portaria pf nº 1, de 03 de fevereiro de 2023

1. RELATÓRIO

1. Cuida-se de Procedimento de Negociação e Solução de Controvérsias instaurado a partir de requerimento apresentado pela Concessionária Catarinense de Rodovias S.A. ("ViaCosteira") no dia 27 de março de 2024, no qual se discute a interpretação contratual adequada para situação de alegado cumprimento de obrigação contratual de forma diversa da prevista no contrato, implementando solução superior, reconhecida pela ANTT, que, porém, resultou em Fator D, cuja aplicação é objeto de discordância pela Concessionária.

2. Como resumo dos principais fatos ocorridos no curso do presente procedimento, destacamos, na esteira do DESPACHO n. 09305/2024/PF-ANTT/PGF/AGU (seq. 36), o que segue:

Proposta da CCR Via Costeira: Em 27 de março de 2024, a Concessionária Catarinense de Rodovias S.A. (CCR Via Costeira) apresentou à ANTT, por meio da Carta VC-ADC 189/2024, uma solicitação para abertura de Procedimento de Negociação e Solução de Controvérsias. A proposta visava discutir a execução das obras de eliminação de conflitos frontais previstas no Programa de Exploração da Rodovia (PER) e a aplicação do Fator D.

Nota Técnica da SUOD: A Superintendência de Infraestrutura Rodoviária (SUOD) analisou o pedido da concessionária e, por meio da Nota Técnica SEI nº 4435/2024/CIPRO/GERER/SUOD/DIR/ANTT, concluiu que a solicitação atendia aos requisitos estabelecidos na Instrução Normativa Conjunta nº 01/2023. A SUOD sugeriu o encaminhamento do pedido à Diretoria Colegiada para deliberação sobre a admissibilidade do Procedimento de Negociação e Solução de Controvérsias.

Decisão da Diretoria Colegiada: Em sessão realizada, a Diretoria Colegiada da ANTT decidiu pela admissibilidade da proposta de abertura do procedimento para discussão de solução consensual apresentada pela SUOD, a partir da provocação da CCR Via Costeira. A decisão está documentada no processo SEI nº 22499676.

Portaria de Constituição: Em conformidade com a decisão da Diretoria Colegiada, foi publicada a Portaria PF/ANTT nº 04 de 24 de junho de 2024, (retificada por PORTARIA PF/ANTT Nº 5, DE 24 DE JUNHO DE 2024) que constituiu a Comissão de Negociação.

3. Ainda, para a compreensão inicial da controvérsia submetida à Comissão (COMPOR), são esclarecedores os trechos do DESPACHO n. 10423/2024/PF-ANTT/PGF/AGU (sec. 39) abaixo colacionados.

3. A ViaCosteira requer que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) analise a interpretação contratual referente à eliminação de conflitos frontais, prevista no Plano de Exploração Rodoviária (PER), através da implantação de vias marginais em sentido único, denominadas sistema binário. A concessionária argumenta que essa solução elimina eficazmente os conflitos frontais, conforme exigido pelo PER, promovendo maior segurança viária e eficiência econômica.

4. A ANTT, por sua vez, reconhece a superioridade técnica da proposta da concessionária, mas defende a aplicação do Fator D para reequilíbrio econômico-financeiro, sob o argumento de que a nova solução implica a supressão de investimentos originalmente previstos no contrato de concessão. A concessionária contesta essa aplicação, sustentando que sua proposta cumpre as obrigações contratuais de forma mais segura e eficiente, sem configurar inexecução de obras.

5. Solicito que a SubReg elabore um parecer jurídico que analise a validade da solução proposta pela ViaCosteira à luz dos parâmetros estabelecidos no PER e no contrato de concessão. É necessário avaliar se a implementação das vias marginais em sentido único atende às exigências contratuais e ao interesse público, além de verificar a pertinência da aplicação do Fator D diante da proposta alternativa.

6. Adicionalmente, peço que seja considerada a interpretação contratual vigente e os precedentes mencionados pela concessionária, especialmente a resposta ao edital 01/2023 do lote de concessão PR Vias, que afirma que alterações que não sejam inferiores às soluções originais não ensejam aplicação do Fator D, bem como que indique eventuais providências que possam ser adotadas pela ANTT para conferir maior segurança jurídica e previsibilidade a interpretações contratuais acerca de situações de substituição de soluções estabelecidas em contrato por soluções superiores.

4. Portanto, colhe-se dos autos que, em última reunião no seio da Comissão de Negociação e Solução de Controvérsias (COMPOR), ocorrida em 24 de julho de 2024, foi proposto e acolhido o encaminhamento de um pedido de parecer jurídico à Subprocuradoria-Geral de Assuntos Regulatórios - SubReg. Isso, porque se considerou que tal manifestação jurídica seria fundamental para atribuir segurança jurídica às discussões em andamento.

5. É o relatório, com o destaque de que demais documentos considerados relevantes para a compreensão e fundamental dessa manifestação jurídica serão mencionados ao longo do parecer.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1 Preliminar de alcance e delimitação da consulta

6. Em preliminar de alcance e delimitação da consulta, destaca-se que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe.

7. Como de praxe, é nosso dever ressaltar que, à luz do art. 131, *caput*, da Constituição Federal, e do art. 11 da Lei

Complementar nº 73/1993, incumbe a este órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculado à Advocacia-Geral da União, prestar consultoria, sob o prisma estritamente jurídico, a esta Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

8. Desta feita, o exame deste Órgão de Consultoria e Assessoramento Jurídico se dá nos termos do art. 10, § 1º, da Lei nº 10.480/2002, não nos cabendo promover análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária, ou que envolvam estudos de viabilidade e levantamentos outros, tendo em vista a delimitação legal da competência que nos incumbe.

9. Ressalte-se que, em relação aos dados exorbitantes à esfera jurídica, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC nº 7.

10. Em específico, a Subprocuradoria-Geral de Assuntos Regulatórios da PF-ANTT, a partir da determinação do DESPACHO n. 10423/2024/PF-ANTT/PGF/AGU, elabora manifestação jurídica para análise da validade da solução proposta pela ViaCosteira à luz dos parâmetros estabelecidos no PER e no contrato de concessão. Isto é:

1. Verificar se, a luz das disposições citadas, "a implementação das vias marginais em sentido único atende às exigências contratuais e ao interesse público, além de verificar a pertinência da aplicação do Fator D diante da proposta alternativa";
2. Adicionalmente, requer que sejam consideradas "interpretação contratual vigente e os precedentes mencionados pela concessionária, especialmente a resposta ao edital 01/2023 do lote de concessão PR Vias";
3. Por fim, pede-se que o parecer indique eventuais "providências que possam ser adotadas pela ANTT para conferir maior segurança jurídica e previsibilidade a interpretações contratuais acerca de situações de substituição de soluções estabelecidas em contrato por soluções superiores".

2.2 Sobre as alegações da Concessionária CCR – Via Costeira pela Carta VC - ADC nº 189/2024.

11. Nota-se que, no bojo do processo SEI nº 50500.076843/2022-38, foram apresentadas diversas manifestações e estudos por parte da Concessionária como, por exemplo, a Carta VC - ADC nº 231/2022 (11726138), de 06/06/2022, a Carta VC - ADC nº 451/2022 (14097652), de 26/10/2022 e a VC - ADC nº 525/2023 Tubarão, 18/09/2023.

12. Entretanto, a Carta VC - ADC nº 189/2024, de 27 de março de 2024, bem resume os principais pontos de argumentação da Concessionária.

13. Assim, o presente processo, qual seja o 50500.120615/2024-74, se inicia com a **Carta VC - ADC nº 189/2024**, de 27 de março de 2024, produzida pela Concessionária CCR – Via Costeira e endereçada a Superintendente de Infraestrutura Rodoviária – SUROD contendo solicitação de instauração de Procedimento de Negociação e Solução de Controvérsias, no âmbito da Câmara de Negociação e Solução de Controvérsias da ANTT (CNSC, ou “COMPOR”).

14. Em exposição dos antecedentes fáticos, a Concessionária relata que, em 06 de junho de 2022, para cumprimento das obrigações de implantação de investimentos previstas no PER, apresentou anteprojeto com obras de melhorias previstas no item 3.2.1.2 do PER e atendidas pelo sistema de vias marginais com sentido único de direção (Binário) localizado entre os km 307+900 e km 312+700, conforme prevê o item 8.1.14 do Anexo I – Portaria SUINF nº 028/2019.

15. O referido projeto, segundo aduz, almejava cumprir as obrigações de ampliação de capacidade e melhorias, incluindo marginais e a eliminação de conflitos frontais. Isso, porque a Concessionária, com base nos manuais do DNIT e na portaria SUINF nº 028/2019 da ANTT, concluiu que vias marginais em sistema de binários, com sentido único, aumentavam a segurança e eliminavam conflitos frontais.

16. Após diversas tratativas no processo SEI 50500.076843/2022-38 (Anexo I), a ANTT, apesar de concordar com a solução, propôs um desconto de reequilíbrio à tarifa (Fator D), argumentando que a proposta da Concessionária resultaria na supressão de investimentos previstos em contrato.

17. Frente a tratativas inconclusivas, por meio da referida Carta, a Concessionária propôs encaminhar à Diretoria Geral a instauração de um Procedimento de Negociação e Solução de Controvérsias sobre o desconto de reequilíbrio, considerando que a implantação de binários atende aos itens de eliminação de conflitos frontais do PER.

18. Sobre o **cabimento do procedimento** de negociação e solução de controvérsias, a Concessionária Via Costeira remete para a Instrução Normativa Conjunta nº 01/2023 que, especificamente, em seu artigo 4 estabelece seu âmbito de aplicação.

Art. 4º Podem ser submetidas ao Procedimento de Negociação e Solução de Controvérsias questões relacionadas à interpretação, aplicação e alteração de cláusulas contratuais, dispositivos legais ou regulamentares em casos específicos que requeiram uma decisão da ANTT no contexto da relação jurídica estabelecida nos contratos de concessão, permissão e arrendamento, bem como divergências de natureza eminentemente técnica que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º Demandas já submetidas à esfera judicial ou arbitral podem ser objeto do Procedimento de Negociação e Solução de Controvérsias, desde que observado o Capítulo XI desta Instrução Normativa.

19. A esse respeito, cita-se trecho da Carta VC - ADC nº 189/2024 em que a Concessionária **informa haver controvérsia acerca da interpretação do Contrato de Concessão**, porquanto essa entende estar cumprindo os itens do Programa de Exploração da Rodovia – PER. Veja-se:

No caso em tela está estabelecida a controvérsia a respeito da interpretação do Contrato de Concessão, já que a concessionária entende estar cumprindo aos itens do PER que determinam eliminação dos conflitos frontais em diversos trechos das marginais da rodovia ao implementar vias em sentido único, zelando por uma maior segurança aos usuários da rodovia, enquanto a ANTT entende que se a obra inicialmente prevista não for executada nos termos sugeridos no PER, mesmo que a solução de engenharia seja superior, algumas estruturas originalmente previstas na solução proposta no PER, por deixarem de ser necessárias, não seriam executadas, portanto estariam sujeitas à aplicação do Fator de Desconto de reequilíbrio.

20. A Concessionária, em sua carta, também tratou da **controvérsia envolvendo o cumprimento da obrigação prevista no PER e de suas justificativas para considerar inaplicável o Fator D**.

21. Em seus argumentos, do mesmo modo, defende a **eficiência econômica da solução proposta**, ressaltando ser, precisamente, essa a “eficiência, buscada e almejada em um processo de concessão de serviço público, que foi considerada pelos

licitantes controladores da Concessionária ao estabelecer o valor do deságio ofertado no processo licitatório”.

22. Ademais, segundo alega, a aplicação do Fator D atuaria como inibidor da apresentação pelos licitantes de “alternativas mais eficientes e vantajosas ao interesse público”, ao tempo em que “configuraria um novo desconto tarifário sob a tarifa que já está equilibrada, na medida em que tendo a Concessionária ofertado uma tarifa para fazer frente às alternativas mais eficientes para a realização do investimento, diante do deságio ofertado, ainda correria o risco de sofrer um novo desconto tarifário pela suposta não execução de investimentos”.

23. A Carta ainda argumenta que o PER se refere a obrigação de “Eliminação de Conflitos Frontais” e que a proposta apresentada pela Concessionária “prevê soluções de engenharia que efetivamente implicam na eliminação dos conflitos frontais, a qual ocorrerá por meio das obras de implantação do sistema binário, com pistas marginais em sentido único atendendo, portanto, ao requisito estabelecido no PER.” Isso, porque “não havendo mais o cruzamento de fluxos em sentidos opostos, a disposição das marginais em sentido único de fato elimina os conflitos frontais.”

24. Com esses argumentos, entende a Concessionária que não há qualquer descumprimento ou desatendimento aos parâmetros do PER para justificar a aplicação de Fator D. Antes, ao contrário, é solução mais segura e eficiente.

25. Adicionalmente, elenca ganhos decorrentes da solução por ela adotada:

- o o aumento na capacidade das vias, devido à eliminação total de pontos de conflito e ao aumento de faixas de rolamento;
- o a melhoria nos tempos do transporte público e viagens particulares;
- o a segurança dos usuários com a diminuição de acidentes devido à eliminação dos pontos de conflito em função da adoção de mão única de direção; e
- o ainda, melhoria para o pedestre devido à redução dos pontos de conflito e aumento da acessibilidade.

26. Ainda, argui ser a solução implantada (sentido único) aderente ao que estabelece a **Portaria SUINF nº 028/2019**, conforme item 8.1.14, e ao que consta no **Manual de Projetos Geométricos de Travessias Urbanas DNIT IPR 740**.

27. Segundo aponta a Concessionária, por um lado, sua solução é mais eficiente, pois atende ao Plano de Exploração Rodoviária (PER) ao eliminar conflitos frontais com a proposta de binário e é mais segura do que o exemplo contido no PER ao eliminar o tráfego bidirecional. Por outro lado, a aplicação do Fator D desestimula os licitantes a buscarem soluções mais eficientes para os problemas que devem ser mitigados ou eliminados na concessão.

28. A Concessionária CCR – Via Costeira argumenta, outrossim, que a interpretação dada pela agência (aplicação do Fator D) consiste em **desincentivo a eficiência que rege as concessões de serviços públicos**, porquanto “pune com rigor aqueles licitantes que buscam apresentar soluções alternativas e superiores àquelas previstas no Contrato de Concessão”.

29. Ao final, a Concessionária **requer** a Superintendência que avalie sua proposta e a submeta à Diretoria Colegiada da ANTT para instauração do Procedimento de Negociação e Solução de Controvérsias; para análise do entendimento da Concessionária de que as obrigações contratuais tocantes à “eliminação dos conflitos frontais” foram plenamente atendidas, e, portanto, inexistiriam motivos para a aplicação de “Fator D”, ou qualquer tipo de desconto de reequilíbrio.

2.3 Sobre as manifestações técnicas da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

30. Das diversas manifestações elaboradas pela ANTT no bojo do processo SEI nº 50500.076843/2022-38, destacam-se algumas que serão mencionadas em seguimento para melhor compreensão dos diversos posicionamentos apresentados pelos negociantes.

31. O Ofício nº 26346/2022/CPROJ/GEENG/SUOD/DIR-ANTT (13094503), de 01/09/2022, pelo qual a GEENG encaminha pedido de esclarecimentos da Concessionária acerca do impacto da solução de mão única, compreendendo um sistema binário entre pistas marginais no deslocamento dos usuários, solicitando estudo específico.

32. Também, o Despacho ESROD-FLN/SC (14772690), de 21/12/2022, pelo qual a ESROD-FLN/SC manifesta quanto a **não objeção ao estudo apresentado, tendo em vista que a solução proposta é favorável à segurança viária**, bem como **promove maior fluidez** no trecho concedido.

33. Já, pelo Despacho GECON (15140148), de 26/01/2023, a gerência solicita que a GEENG prossiga com a análise do anteprojeto, uma vez que boa parte das obras que integram o anteprojeto em questão se constituem de obrigação contratual prevista para o 3º ano concessão, e informa entendimento que a não execução dos dispositivos de Eliminação de Conflitos Frontais não se enquadra na previsão da Cláusula 9.3.2 do Contrato de Concessão e que a não execução dos dispositivos acarretará incidência de Fator D em momento oportuno.

34. Também se registra o Parecer nº 111/2023/CPROJ/GEENG/SUOD/DIR (SEI 15528265), de 12/04/2023, pelo qual a ANTT conclui o que segue:

16. Diante do exposto, concluímos pela **"não objeção com ressalvas"** ao anteprojeto de engenharia para implantação do Binário Bloco 2, trecho compreendido entre o km 307+900 ao km 312+700 da rodovia BR 101/SC, no município de Ibituba/SC.

17. Cabe registrar que a presente análise restringiu-se a verificar os aspectos técnico-operacionais da obra, haja vista tratar-se de obra contemplada no PER.

18. Outrossim, importante ressaltar que, conforme estabelecem o contrato de concessão, os regulamentos da Agência e a legislação vigente, são atribuídas à Concessionária e aos respectivos projetistas que recolheram a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) junto ao Conselho Regional de Engenharia (CREA), única e exclusivamente, as responsabilidades técnica, administrativa, civil e penal, pela conformidade, qualidade, solidez, durabilidade, segurança, fluidez e preservação ambiental, decorrentes da realização das obras e serviços, cabendo à Concessionária adotar todas as medidas possíveis e necessárias para assegurar que a realização da obra ocorra de acordo com a legislação, regulamentos e normativos vigentes, sempre com o objetivo final de preservar o meio ambiente, a fluidez e a segurança viária, bem como a integridade e o conforto dos usuários da rodovia.

35. Diversamente, o Ofício nº 12291/2023/CPROJ/GEENG/SUOD/DIR-ANTT (16526565), de 19/04/2023, comunica a **revogação da "não objeção com ressalvas" ao anteprojeto** concedida no Ofício nº 10836/2023/CPROJ/GEENG/SUOD/DIR-ANTT (SEI nº 16301072), visto que questões contratuais devem ser tratadas anteriormente com a GECON.

36. Pelo Ofício SEI nº 20483/2023/COGEC-I/GECON/SUOD/DIR-ANTT (SEI nº 17567010), de 29/06/2023, a

GECON solicita que a Concessionária ViaCosteira apresente em até 15 (quinze) dias manifestação acerca do assunto, **indicando se existem novos locais e/ou dispositivos a serem implantados em substituição aos que não serão executados.**

37. Relevante também é o Parecer nº 6/2023/COGEC-I/GECON/SUOD/DIR (SEI nº 17106486), de 29/06/2023, o qual apresentou análise sobre as obras de vias marginais e conflitos frontais localizados entre o km 307+900 ao km 312+700 da BR-101/SC na qual **informa sobre a decisão de aplicação de Fator D em função de suposta não execução da “eliminação de conflito frontal” disposto no PER.** Colaciona-se trechos:

79. Diante do exposto, após análise pormenorizada dos autos, em especial da manifestação e justificativa apresentada pela Concessionária ViaCosteira, **esta Gerência se manifesta pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato do Edital de Concessão nº 02/2019 via aplicação do Fator D, uma vez que não foram identificados nos Normativos, Resoluções ou no Contrato de Concessão hipóteses que afastariam sua aplicação,** tampouco a Concessionária ViaCosteira logrou êxito em externar argumentação robusta no sentido de evidenciar excludente à aplicação de Desconto de Reequilíbrio.

80. Ainda, esta GECON entende que para o caso em tela não há necessidade de análise e aceitação de projeto executivo, nem sequer autorização formal de início de obra, uma vez que não se trata de execução de obra obrigatória, mas sim de intervenções operacionais classificadas como obra não obrigatória, de pequeno porte, baixa complexidade e pequeno vulto, prevista no escopo da fase de recuperação do PER. [...]

82. Ademais, recomenda-se análise por parte da Gerência de Fiscalização de Infraestrutura e Operação Rodoviária - GEFOP e Coordenação Regional de Fiscalização de Santa Catarina - COROD/SC para **verificar a possibilidade de deslocar os dispositivos não executados ou substituir por outras obras de mesma característica,** conforme preconiza a Resolução ANTT nº 6.000/2022 e o Contrato do Edital de Concessão nº 02/2019.

83. Vale destacar que o aproveitamento das obras previstas originalmente no PER vai ao encontro dos princípios administrativos da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, vantajosidade, interesse público, economicidade, modicidade tarifária e da prestação de serviço de forma adequada, preceitos estes que norteiam as atividades desta GECON, e, sendo assim, somente no caso de impossibilidade de deslocamento da obra para outra localização ou conversão em outra obra, deverá ser proposto a exclusão da obra, via desconto de reequilíbrio e revisão contratual.

38. Outrossim, aponta-se a DECISÃO SUOD Nº 690 DE 08 D NOVEMBRO DE 2023, que DECIDE não conhecer do Recurso Administrativo interposto pela Concessionária Catarinense de Rodovias S.A. na Carta VC - ADC nº 525/2023, de 18/9/2023, em razão de sua intempestividade, conforme análise disposta na Nota Técnica SEI nº 7774/2023/SUOD/DIR/ANTT, de 09/11/2023.

39. D o processo 50500120615202474, destacam-se outras manifestações e documentos e, inicialmente, se destaca a NOTA TÉCNICA SEI Nº 4435/2024/CIPRO/GERER/SUOD/DIR/ANTT, de 05/06/2024, que assim conclui:

Nesse desiderato, considerando o atendimento aos requisitos estabelecidos na Instrução Normativa Conjunta nº 1/2023, especialmente aqueles previstos nos artigos 6º e 11, sugere-se o encaminhamento à Diretoria Colegiada, a fim de subsidiar sua deliberação quanto à admissibilidade do pedido de abertura do Procedimento de Negociação e Solução de Controvérsia.

40. Também desponta a ATA DA 94ª REUNIÃO DE DIRETORIA ADMINISTRATIVA (23936485), cujos termos são colacionados abaixo:

3.1.1 Processo nº 50500.120615/2024-74

Objeto: Admissibilidade para a solução de controvérsia proposta pela CCR – VIA COSTEIRA Decisão: A Diretoria Colegiada decide pela admissibilidade da proposta de abertura de processo para discussão de solução consensual apresentada pela Superintendência de Infraestrutura Rodoviária, a partir de provocação da Concessionária CCR-VIA COSTEIRA, por meio da Carta VC-ADC 189/2024 (SEI nº22499676), e determina a instauração do Procedimento de Negociação e Solução de Controvérsias nos termos da Instrução Normativa Conjunta Nº 01/DG/PF-ANTT, de 21 de dezembro de 2023.

2.4 Sobre as manifestações das partes no âmbito do COMPOR.

41. Tratando-se, pois, de processo tendente a solução negocial para a controvérsia instalada, é intuitivo que sejam verificadas manifestações parcialmente divergentes que precisam ser resgatadas nessa fase da análise, uma vez que direcionarão os apontamentos. Assim, no seio da Comissão de Negociação e Solução de Controvérsias da ANTT (Compór 03), destaca-se a realização de três reuniões. Com efeito, mostra-se conveniente destacar importantes trechos da Ata da 1ª Reunião da COMPOR CCR (24461588) colacionados abaixo (com grifos):

"Após as explanações iniciais, a palavra foi franqueada para os representantes da CCR, que apresentaram o caso destacando a controvérsia em torno dos conflitos frontais em rodovias, os pontos mais suscetíveis a acidentes. Informaram que, **apesar de o PER sugerir obras específicas para eliminação desses pontos, a concessionária propôs soluções alternativas que atendem aos requisitos do PER, mas não seguem as sugestões originais dos croquis, os quais, se executados, apenas mitigariam os conflitos frontais, sem eliminação efetiva dos pontos mais suscetíveis a acidentes.** As soluções alternativas propostas **foram reconhecidas como superiores, inclusive nos quesitos segurança e fluidez, e aprovadas pela ANTT, citando o item 3.2 do PER que prevê que solicitações de alteração do tipo de solução e de localização devem ser submetidos e, aprovados pela ANTT e não ensejará reequilíbrio econômico-financeiro.** Entendem, portanto, que **a controvérsia em si não está na solução, mas na aplicação do fator “D” ."**

"O representante da SUOD, Sr. Clauber levantou preocupações sobre mobilidade e acessibilidade. Os representantes da CCR destacam que não há prejuízo à mobilidade e acessibilidade, tendo sido analisadas as distâncias e o tempo de deslocamento a partir da implantação dos binários, bem como que as soluções que a concessionária propõe são mais eficientes, mais barata e mais vantajosa aos usuários, porém são diferentes do previsto no PER e reconheceram a eficiência, inclusive financeira, por não realizar as obras nos moldes dos croquis do

PER. Concluíram que a controvérsia está na aplicação do fator “D” proposta pela ANTT e não na solução adotada.”

“O Sr. Clauber, da SUROD, enfatizou que o PER abrange melhorias e ampliações de capacidade, incluindo diversas obras como passarelas e dispositivos variados, e destacou a necessidade de revisar os detalhes do PER para melhor interpretação. Sr. Luca concordou e expressou o desejo de verificar com Breno os 218 pontos e quantos outros pontos adotarão a mesma solução, sendo respondido pelo Sr. Breno que, atualmente, estima-se que aproximadamente 85% dos 218 pontos planejados serão adotados, embora esse número possa variar durante os investimentos.”

42. Da Ata da 2ª Reunião da COMPOR CCR (24962488), realizada unilateralmente entre a Comissão de Negociação e Solução de Controvérsias da ANTT e a CCR – ViaCosteira, faz-se destaque aos seguintes trechos:

“Informaram que a solução foi aceita pela área técnica da ANTT e parte das obras já está executada com o projeto aprovado. A controvérsia refere-se à incidência do fator ‘D’ sobre essas obras, pois a concessionária entende que cumpriu a obrigação, mas a área técnica considera que a solução foi diferente do previsto no PER, cabendo a aplicação do fator ‘D’.” [...]

“O coordenador da COMPOR questionou se estava claro que se tratava de uma proposta ou se deveria ser executado exatamente como consta no PER, sendo respondido que está claro que é uma proposta, pois não trata apenas dos conflitos frontais, mas de diversos dispositivos, e que a CCR Via Costeira já alterou outras soluções, incluindo as de desnível. Que o dispositivo de conflito frontal é exclusiva do contrato da CCR, sem referencial em outros normativos. Ao apresentar a solução, verificou-se que ela mantém os mesmos movimentos e funcionalidade da proposta do PER e é superior.

O coordenador da COMPOR questionou se essa interpretação dos croquis como proposta e não como obrigação específica divergia da interpretação da SUROD. Foi respondido que, para a SUROD, também é uma proposta, mas que a intervenção realizada não é uma obra de ampliação de capacidade, sendo uma solução aplicada sem implantação de dispositivo”. [...]

“O coordenador da COMPOR questionou a nomenclatura, se é considerada uma obrigação específica devendo ser realizado aquele croqui ou se é uma proposta, dando liberdade à concessionária, sendo respondido que existem 218 pontos de conflitos frontais e que o PER possui quatro croquis como referência. Dr. Milton comentou que isso poderia ser uma controvérsia, pois a SUROD poderia afirmar que a concessionária poderia escolher dentre as hipóteses. Os membros da CCR Via Costeira responderam que a controvérsia reside na troca de dispositivo por dispositivo, independentemente da funcionalidade ser mantida, e ressaltou que não estão sendo trocados dispositivos por dispositivos. Em outros casos, conseguem fazer a substituição de dispositivo por dispositivo, mas em relação aos conflitos, é dispositivo por outra solução”. [...]

“Os representantes da concessionária mencionaram os novos editais (PR Vias 01/2023) e questionaram a SUROD se o fator “D” não seria aplicado em caso de alteração de solução de engenharia, sendo respondido que não incidiria o fator “D” se a funcionalidade fosse mantida e não aplicada uma solução inferior.” [...]

“Dr. Milton questionou se o dispositivo contratual do edital PR Vias, alvo de questionamento, era exatamente igual ao do contrato da CCR sendo respondido que o texto do edital do PR Vias mantém a mesma cláusula contratual, permitindo a ANTT aprovar caso a caso a alteração do tipo de dispositivo. O texto da cláusula do edital do PR Vias é idêntico ao do contrato da CCR Via Costeira, mas a pergunta foi feita de forma mais ampla, abrangendo solução de engenharia além do dispositivo.” [...]

“Mencionou que na reunião anterior houve um comparativo de acidentes antes e depois da implantação da solução. A CCR respondeu que houve uma redução de 08 acidentes de conflito frontal para 01, e após a implantação, foram zerados. Dr. Milton ressaltou a importância desse ponto e solicitou mais detalhes, como local, data e dinâmica, por se tratar de um argumento importante.” [...]

“A concessionária ressaltou que pode chegar ao ponto de realizar contas onde a construção do dispositivo menos seguro seria preferível para evitar a aplicação do fator “D”. ”

43. Da Ata da 3ª Reunião da COMPOR CCR (24962506), realizada pela Comissão de Negociação e Solução de Controvérsias da ANTT com representantes da SUROD e da Diretoria Felipe Queiroz, faz-se destaque aos seguintes trechos:

“[...] Sr. Clauber expressou seu entendimento do caso, baseado na análise dos argumentos apresentados e dos documentos emitidos pela SUROD, focando na questão de interpretação contratual. [...]

Ressaltou que a discussão se concentra em uma intervenção específica da concessionária que tornou uma obra planejada obsoleta, levantando questões sobre a interpretação do contrato em relação a essas mudanças operacionais. Afirmou que a obra foi aprovada pela SUROD devido aos benefícios técnicos superiores, como segurança e capacidade do sistema viário, apesar da perda de mobilidade, considerada irrelevante dado o benefício adquirido.

Sr. Luca Bueno concordou com Sr. Clauber, ressaltando que o PER designa especificamente as intervenções nas vias marginais e que a proposta da CCR foi avaliada como superior, mas que, sob a ótica contratual, a concessionária deixou de fazer a obra. Entende que a desobrigação da obra pela solução encontrada enseja reequilíbrio, pois não houve gastos previstos no EVTEA e no próprio PER. Relatou que, no documento apresentado pela CCR, no apêndice G do PER, foram apresentadas obras de melhoria por ano de concessão, cada item criando um processo SEI para análise da área técnica. A inexecução da obra, entende ele, enseja reequilíbrio.” [...]

“Dr. Milton questionou se o modelo atual de concessão promove o comportamento desejado de busca por soluções mais eficientes ou se poderia ser ajustado para melhorar os incentivos. Debateu as consequências de seguir estritamente o plano inicial sem considerar soluções mais eficientes, preocupando-se que isso possa resultar em soluções razoáveis para o usuário e o interesse público, sem qualquer benefício financeiro para a concessionária.”

“Sr. Clauber concordou com a necessidade de incentivar a eficiência no contrato, mas destacou que a modelagem atual não promove isso de forma adequada. Sugeriu que, nos próximos contratos, se altere a modelagem para tratar os objetivos de forma mais ampla e incentivar soluções mais eficientes. Dr. Milton citou que, quando uma solução alternativa é apresentada, deve-se comunicar claramente à empresa para realizar o que está no contrato, evitando comportamento contraditório e incentivando ganhos de eficiência. Dra. Silvia complementou que deve ser prestigiada a eficiência da concessionária nos gastos realizados em obras obrigatórias, desde que a solução apresentada atenda ao contrato.” [...]

“Dr. Milton expôs que a missão, após as conversas, é buscar espaços de convergência e questionou quais possibilidades de se chegar a uma conclusão que não neutralize as iniciativas das concessionárias relativas à proposição de soluções melhores que as que estão no PER. Citou a preocupação em evitar precedentes ruins e facilitar ganhos de eficiência nos contratos. Sr. Clauber ressaltou a importância da discussão de como o contrato é feito e como isso dificulta os ganhos de eficiência.

Dra. Silvia finalizou destacando a busca por soluções seguras que deem conforto e segurança a todos os envolvidos, e Sr. Luca concordou, citando a preocupação com fiscalizações de órgãos externos, como o TCU. Dr. Milton propôs a solicitação de elaboração de um parecer jurídico da SUBREG para conferir suporte jurídico mais robusto e possibilitar avanços na COMPOR, o que foi aceito por todos e será providenciado.”

44. Apresentados os argumentos das partes negociantes, convém, nessa altura analisar os termos das cláusulas contratuais que incidem no caso com vistas a uma interpretação jurídica.

2.5 Análise das disposições contratuais.

45. Apresentados os documentos e entendimentos acima, passa-se ao mérito da manifestação jurídica. Em outras palavras, passa a uma análise da viabilidade jurídica da solução de engenharia proposta pela Concessionária ViaCosteira (implementação das vias marginais em sentido único) à luz dos parâmetros estabelecidos no PER e no contrato de concessão, bem como da pertinência/adequação da aplicação do Fator D considerando a solução alternativa proposta.

2.5.1 Sobre a interpretação dos contratos de concessão de serviços públicos

46. Como o Direito Administrativo incide em todas as searas de atuação do Estado, é inevitável o auxílio cotidiano de outros ramos do Direito, como sejam o Civil, o Comercial, o Financeiro e o Processual Civil, entre outros. Relativamente a interpretação dos contratos, é importante o auxílio das normas contidas no Código Civil (lei nº 10.406/2002).

47. Ao abordar a interpretação dos contratos no direito brasileiro, os artigos 112 e 113 do Código Civil oferecem uma diretriz clara e detalhada para o entendimento das declarações de vontade nas negociações jurídicas. Nesse sentido, define que a interpretação dos contratos não deve se ater meramente ao texto expresso, mas principalmente à intenção das partes envolvidas (art. 112), princípio que assegura a prevalência do espírito do acordo sobre as palavras que, por vezes, podem ser ambíguas ou insuficientemente claras.

48. Avançando na análise, o artigo 113 estabelece que os negócios jurídicos devem ser interpretados segundo a boa-fé e os costumes do local onde foram celebrados, inserindo um contexto cultural e prático nas transações jurídicas. Esse artigo detalha ainda mais o processo interpretativo ao especificar no seu primeiro parágrafo que o sentido atribuído ao negócio jurídico deve alinhar-se ao comportamento subsequente das partes (inciso I), aos usos e práticas do mercado pertinentes ao tipo de negócio (inciso II), à boa-fé objetiva (inciso III) e à lógica de uma negociação razoável dadas as circunstâncias da celebração (inciso V). Esses critérios enfatizam a importância de considerar não apenas o contexto em que o contrato foi firmado, mas também como as partes agiram posteriormente, o ambiente de mercado e a razoabilidade econômica das cláusulas acordadas.

49. Assim, a legislação do Brasil, integrando princípios de boa-fé, costumes locais e adaptabilidade das normas contratuais, visa harmonizar a autonomia contratual com a proteção de transações equitativas e pertinentes ao contexto de cada acordo comercial. Abordagem que propicia uma interpretação mais equânime e eficiente dos contratos, além de fomentar um ambiente de segurança jurídica, fundamental para o progresso de relações duradouras e seguras.

50. Entretanto, **não se pode olvidar que os contratos de concessão se regulam pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público**, ao passo que os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, aplicam-se supletivamente apenas.

51. Nesse compasso, um primeiro ponto consiste em analisar se, considerada a **natureza da concessão de serviço público**, haveria o cumprimento do contrato pela apresentação de solução de engenharia que, conquanto reconhecidamente mais eficiente, seja diversa daquela solução presente no Programa de Exploração da Rodovia.

52. Para compreensão, deve-se rememorar brevemente o que se entende por concessão de serviço público, para o que se vale da lição de *Alexandre Santos de Aragão*, segundo quem:

Pela concessão, o exercício do serviço público é transferido do poder público para “um agente privado que se remunerará, via de regra, pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles públicos sobre ele”. (ARAGÃO, p. 431).

53. A esse respeito, é igualmente relevante a lição de *Egon Bockmann Moreira*, segundo a qual há diferenças entre as alternativas possíveis em contratos dessa natureza, identificando-se a concessão: i) exclusiva de serviços; ii) exclusiva de obras e; iii) de serviços combinados com obras. (MOREIRA, p. 23 e ss).

54. Na primeira, “Estado transfere à iniciativa privada a gestão de específico serviço, qualificado normativamente como público” e, nesse caso, pressupõe-se “a não atribuição da execução de obra pública ao futuro concessionário”, de forma que se transfere apenas a tarefa e o concessionário pode prestar o serviço de imediato dispensando qualquer obra pública. Ocorre em duas hipóteses: uma em que “prestação não tenha vínculo de dependência com obra a ser executada pelo concessionário”; outra em que a “obra que permite sua execução já exista”

55. Na segunda, cuida-se de “concessão exclusiva de obra pública” consistente em “técnica de financiamento de obras estatais por pessoas privadas”. Assim define-se “concessão pura de obra por ser estática e exauriente a tarefa prestacional atribuída ao concessionário: ele realiza a obra pública e depois, valendo-se da base física por ele implementada, cobra a tarifa do usuário durante certo lapso (assumindo os riscos inerentes à rentabilidade).

56. Em terceiro, a “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública” caracteriza a necessidade de o concessionário implementar a obra que servirá de base física para a gestão do serviço público a ser prestado. Essa hipótese é exemplificada pela “construção e/ou recuperação de rodovia conjugada com a gestão de serviços de manutenção viária, engenharia de tráfego, sistemas de controle e inspeção, balanças de pesagem, guinchamento, resgate paramédico e atendimento pré-hospitalar”.

57. Essa distinção é, em grande parte, corroborada inclusive pela letra da Lei de Concessão e permissão de serviços públicos (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) que, em seus incisos II e III do artigo 2º aborda, respectivamente, a “concessão de serviço público” e a “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”.

58. Nessa vereda, duas são as inferências que se tornam evidentes. Uma, é que **a concessão de rodovias federais não se confunde ou, pelo menos, não se limita a realização de obra pública, sendo essa, quando ocorrer, meramente instrumental àquele serviço.** Outra inferência, é que **nessa modalidade a preponderância reside no serviço público a ser prestado pelo parceiro privado ao usuário do serviço estatal concedido.**

59. Com os olhos voltados ao contrato, deve-se registrar, como adverte a doutrina, que as leis e os regulamentos devem ser, antes de obstáculos, facilitadores da execução do empreendimento em atenção ao interesse público coletivo primário. E nesse cenário, a mutabilidade, a incompletude e, mais pertinente ao caso, a **capacidade de aprendizagem dos contratos** devem confluir para soluções consensuais que implementem as melhores condutas e os corretos incentivos (MOREIRA, p. 36).

Nos dias de hoje, a lei, **os regulamentos e o contrato são facilitadores, não obstáculos à persistência da execução do empreendimento concessionário.** O contrato e a relação jurídica dele oriunda são detentores de natural capacidade de aprendizagem, a qual deve ser bem explorada pelas partes envolvidas (v., adiante, §105). Muito embora as alterações frequentes ou abruptas não devam ser encaradas como desejáveis, os contratos de concessão – naturalmente incompletos que são – podem experimentar mudanças consensuais que visem a atender às necessidades públicas. Por isso que **o projeto estampado no contrato administrativo não pode ser compreendido como uma sucessão de fases estanques, estáticas e exaustivas, como se o tempo não fosse implacável em seus efeitos.** Ao contrário, trata-se de sequência de atos e fatos que **merece compreensão dinâmica e integradora, orientada pela finalidade pública a ser atingida naquele específico projeto concessionário.**

60. Nesse prumo, tem-se que determinadas exigências contratuais revelam, muitas vezes, sua adequação e pertinência e, em outras vezes, demonstram a sua inadequação e *inaptidão* somente quando da execução do contrato. Isso quer dizer que, posteriormente a assunção pelo concessionário, a *realidade* frequentemente se impõe e, dessa forma:

A ligação entre o contrato – seco, fechado, certo, indiscutível – e os fatos enfrentados quando da sua execução – ricos, coloridos, variados, circunstanciados – determina ao aplicador uma leitura que não rejeite estes (os fatos) em suposto cumprimento daquele (o contrato). [...]

Nem o avanço tecnológico nem outras novidades podem ser preditos ou subestimados nesses períodos lassos típicos dos contratos de concessão, em que a única coisa imutável é a certeza da mudança. [...]

O contrato de concessão é algo que deve ser compreendido em sua vida ativa, conforme consignam Arnoldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, pois “decorre de um imperativo categórico do mundo de hoje, que é, como vimos, caracterizado como sendo o da descontinuidade, da incerteza e da mudança”. (MOREIRA, p. 38 e ss.)

61. Essa impossibilidade de completa previsão sobre as variabilidades de uma atividade tão complexa exsurge da *limitação da racionalidade*, que pode se originar de assimetria de informações ou, como é mais comum, da própria limitação humana de antever todas as soluções mais eficientes para todas as necessidades do contrato.

62. Verdade é, que a impossibilidade de se prever a totalidade das demandas e necessidades futuras não pode ser ignorada ao ponto de manter estante uma solução inicialmente vislumbrada, ainda que se mostre menos aliada (ou mesmo contrária) ao interesse público do usuário do serviço público.

63. Quer-se, com isso, dizer que são normais e, até mesmo, desejáveis nos limites da legalidade, as alterações contratuais vocacionadas à eficiência e ao melhor dos contratos administrativos. Em contratos públicos, em geral, as alterações qualitativas bem desempenham esse papel (MENDES).

64. A esse respeito, também vale dizer que a *eficiência* deve ser observada não somente em atenção a uma das partes, seja ela o Poder Concedente, seja o Concessionário, mas deve ser observada, especialmente, em relação ao interesse do usuário e à eficácia do contrato em si. Assim, sob as lentes do contrato são importantes conceitos atuais de eficiência e racionalidade na tomada de decisões contratuais.

65. Nessa esteira, a abordagem sobre a discrepância entre os produtos privado e social de uma transação, ou seja, as externalidades, possibilitou que, mesmo em relação a terceiros afetados pelos efeitos do negócio, que corresponderiam aos usuários dos serviços públicos, fosse viável discutir os arranjos mais eficientes. Tal abordagem, vale dizer, dá-se em detrimento da escolha maximizadora de cada parte ou da imposição governamental de uma solução específica **sem a devida avaliação dos custos e benefícios de cada alternativa.** (RIBEIRO, p. 72).

66. Nessa toada, discute-se que os custos sociais (externalidades ou efeitos colaterais) nem sempre encontram a solução eficiente pela imposição de ônus unilateral a uma das partes, especialmente quando a atividade em causa também traz benefícios sociais. De tal forma, a imposição de ônus ou exclusiva responsabilidade pode impactar negativamente na atividade, restringindo a reboque os benefícios adjacentes. (COASE, p. 19).

67. No caso presente, entretanto, a Concessionária CCR ViaCosteira aduz que a solução por ela trazida efetivamente causa Eliminação dos Conflitos Frontais, a um custo financeiro menor e sem as inconveniências decorrentes de uma obra, com os seguintes ganhos aos usuários do serviço público:

- o o aumento na capacidade das vias, devido à eliminação total de pontos de conflito e ao aumento de faixas de rolamento;
- o a melhoria nos tempos do transporte público e viagens particulares;
- o a segurança dos usuários com a diminuição de acidentes devido à eliminação dos pontos de conflito em função da adoção de mão única de direção; e
- o ainda, melhoria para o pedestre devido à redução dos pontos de conflito e aumento da acessibilidade.

68. A tais argumentos, ao que nos parece, a competente área técnica da Agência não se opôs e, em suas manifestações concordou, com esses, inclusive afirmando ser solução melhor que a trazida no PER. O cenário nos acarreta dúvidas sobre qual

seria, então, a razão de se impor redução da remuneração recebida pela concessionária?

69. No quadro apresentado, lembra-se que o Fator D, que será melhor detalhado alhures, apresenta entre as suas funções *incentivar* o cumprimento do Contrato de Concessão e do PER e, inversamente, desencorajar o incumprimento das cláusulas contratuais.

70. Nessa altura, convém ressaltar uma análise econômica dos contratos que permitiria ao intérprete vislumbrar o contrato pelos *incentivos* que criam às partes em buscar a maximização dos seus proveitos.

Para o economista, não se deve prestar atenção apenas na observação das consequências das ações dos indivíduos, mas na observação das consequências erradas. Ou seja, *as regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram o seu comportamento em resposta a esses incentivos*. (BITTENCOURT, p. 39-49)

71. Com essas considerações, entende-se que a pretensão de um contrato de concessão de serviços públicos deve objetivar o fornecimento de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. Por compreender que determinadas atividades caracterizadas como serviços públicos podem ser melhor prestadas pelos parceiros privados, a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu a possibilidade de concessão, desde que, obviamente, seja mantido o serviço público adequado (inciso IV do art. 175 da CRFB/88). Cumprindo o comando constitucional foi publicada a Lei Geral de Concessões, que traz entre as suas disposições a definição do que seja o serviço público adequado.

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

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

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

72. A partir dessa compreensão, entende-se que, não atentar para os objetivos e resultados pretendidos e, assim, apenas privilegiar a obra sobre a solução de engenharia mais eficiente, que traga mais usabilidade e segurança para o usuário, significa privilegiar o interesse público secundário sobre o interesse público primário. Em outros termos, privilegiar-se-ia o interesse público que repousa no aparato e estrutura estatais em preterição do interesse próprio dos cidadãos na condição de usuários do serviço público. (ALESSI, p. 232)

73. No caso presente, se for atestado pela área técnica da ANTT que a solução de engenharia trazida (sem execução de obra pública) cumpre melhor o comando constitucional de fornecer um serviço público adequado, porquanto mais eficiente, seguro e atual, tal solução pode ser privilegiada sobre uma obra vista como desnecessária, **desde que não viole disposições legais e cláusulas contratuais**.

74. Como leciona *Egon Bockmann Moreira*, o serviço adequado é aquele prestado segundo os padrões de qualidade e eficiência definidos no regime estatutário, edital e contrato. Registra ademais, conforme segue:

Na justa medida em que o interesse público a ser perseguido é o primário, ele não pode ser subjugado por interesses da máquina administrativa do Estado ou pelo poder econômico do concessionário. Tampouco se pode conceber que interesses egoísticos de um ou mais usuários possam lançar pá de cal em todo o projeto de concessão de serviço público. (MOREIRA, p. 248)

75. Com esse desiderato, caso a área técnica possa objetivamente atestar que as condições de adequação previstas no parágrafo 1º do artigo 6º da Lei Geral de Concessões estão atendidas pela solução trazida pela Concessionária, pressupor-se-á a “prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários”, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. Contrariamente, atestado que não houve o cumprimento do Contrato e do PER, também se considerará inadequada a solução porquanto não atendidos esses requisitos legais.

76. Acaso considerado adequado o serviço prestado ao que pretendido pelo contrato de concessão, inclusive se a solução apresentada se mostrar superior àquela originalmente vislumbrada quando da modelagem, há que se questionar sobre a *adequação, necessidade e proporcionalidade* do instrumento regulatório de desconto tarifário (Fator D) no caso.

77. A esse respeito, ressalta-se a necessidade de o ente regulador conferir ao Fator D (Desconto de Reequilíbrio) emprego orientado pelo **princípio da instrumentalidade das técnicas regulatórias** para que a técnica regulatória seja aliada ao resultado administrativo pretendido pelo ordenamento em respeito aos interesses dos usuários.

78. Recentemente, a Emenda Constitucional nº 109 de 2021 trouxe uma significativa mudança na condução das políticas públicas pela administração pública brasileira, impondo a necessidade de avaliação contínua das ações governamentais.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

§ 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)

79. Essa emenda adicionou ao artigo 37 da Constituição Federal um novo parágrafo, qual seja, o parágrafo 16, que determina explicitamente que órgãos e entidades do governo devem realizar avaliações das políticas públicas, divulgando tanto o objeto da avaliação quanto os resultados alcançados. Este novo mandamento, na esteira da lição de *Marcio Iorio Aranha*, **eleva a prática da avaliação de políticas a um preceito constitucional, exigindo que a administração não apenas assuma as técnicas administrativas como adequadas, mas que efetivamente comprove sua eficácia através de resultados mensuráveis**.

Esse novo mandamento do poder constituinte derivado eleva à **categoria constitucional a orientação básica regulatória de atuação administrativa estatal pautada por finalidades materiais de execução de políticas públicas**, gravando as normas infraconstitucionais com o efeito plasmador da **instrumentalidade das técnicas regulatórias utilizadas**, inclusive, por óbvio, a técnica sancionadora, para determinar à administração pública, em geral, e ao regulador, em especial, o **dever constitucional de orientação de sua conduta por avaliação conjuntural dos instrumentos utilizados**.

Não mais é facultado ao administrador supor a adequação dos efeitos de técnicas administrativas inscritas nas leis. A administração obtusa tornou-se flagrantemente

inconstitucional; encontra-se, agora, escancarada a ordem constitucional de que a administração pública avalie sua atuação e, portanto, a **aplicação automática e irrefletida de institutos jurídicos ou pretensas ordens legais ou regulamentares desprovidas de finalidades materiais**. (ARANHA, p. 86)

80. Com efeito, a **Emenda torna inconstitucional a prática anteriormente comum de aplicação automática e irrefletida de dispositivos jurídicos sem uma clara finalidade material**. A administração pública é, agora, obrigada a reavaliar suas ações e técnicas constantemente para **garantir que estão alinhadas com os objetivos regulatórios estabelecidos**. Isso implica uma **mudança paradigmática** na maneira como as instituições de direito administrativo (como contratos de concessão, autorizações de uso de bens públicos e sanções administrativas) são aplicadas e avaliadas.

81. A introdução do novo parágrafo reforça o **princípio da instrumentalidade das técnicas regulatórias**, que já era uma premissa no ordenamento jurídico brasileiro através do conceito de desvio de finalidade. A EC 109/2021 esclarece e fortalece este princípio, destacando que a aplicação de técnicas regulatórias deve ser constantemente avaliada quanto à sua eficácia na **promoção de comportamentos regulados em conformidade com as políticas públicas**.

A nova norma constitucional determina a avaliação dos resultados e, por decorrência, **ordena à administração pública que especifique quais são eles, ou seja, quais são os objetivos regulatórios que devem ser avaliados para que se comprove a utilização devida das instituições de direito administrativo**. Uma sanção administrativa que não resulte em efetiva conformidade regulatória à política pública correspondente deve ser, portanto, substituída fundamentadamente por outras medidas de conformidade, providências administrativas ou **estratégias regulatórias que resultem em melhor índice de conformidade ou expectativa de um ambiente de contínua melhoria da prática regulatória**; a aplicação de uma sanção desconectada do resultado esperado é expressamente inconstitucional. O princípio insito ao novo § 16 do art. 37 da Constituição Federal de 1988 já informava o ordenamento jurídico brasileiro por força da clássica instituição de direito público do desvio de finalidade, mas **com a constitucionalização do comando normativo de avaliação de resultados de políticas públicas, ele é reforçado e esclarecido como princípio da instrumentalidade das técnicas regulatórias**.

Assim, não se trata mais de uma opção do legislador ou do regulador infralegal aplicar modelagem regulatória pautada pela aferição diuturna da eficácia das medidas de conformidade de condutas reguladas, **mas um dever constitucional de que se opte por técnicas regulatórias capazes de efetivamente atrair o regulado para uma conduta regular de conformidade, como resultado maior de qualquer atuação regulatória**. Mesmo que as leis ou normas infralegais prevejam a aplicação de determinada sanção, ou mesmo de técnicas consensuais, **se elas não corresponderem, de fato, aos resultados regulatórios esperados** que, por óbvio, não podem ser o de arrecadação de uma multa ou de simpatia do regulador, **o agente público que aplica deve sustar o processo sancionatório**, anular a sanção ou partir diretamente para ela em prol da medida de conformidade reputada adequada pela modelagem regulatória adotada. (ARANHA, p. 88)

82. Portanto, não é mais uma opção para legisladores ou reguladores infralegais aplicar modelos regulatórios **sem considerar a eficácia das medidas de conformidade**. Há um dever constitucional de escolher e aplicar técnicas que efetivamente conduzam à conformidade regulatória, transcendendo o mero objetivo de arrecadação de multas ou a aprovação popular do regulador. **Em casos em que as técnicas previstas não alcançam os resultados desejados, os agentes públicos devem interromper o processo (sancionatório ou não) e buscar alternativas que se alinhem melhor às expectativas regulatórias**.

83. Ainda sob o enfoque dos resultados desejados, não se pode perder de vista que os contratos públicos devem ser atentos aos incentivos que promovem sobre a conduta dos parceiros privados.

84. Sobre esse ponto, é interessante anotar argumento apresentado pela Concessionária CCR – Via Costeira no sentido de que a interpretação dada pela agência (aplicação do Fator D) consistiria **desincentivo a eficiência que rege as concessões de serviços públicos**, porquanto “pune com rigor aqueles licitantes que buscam apresentar soluções alternativas e superiores àquelas previstas no Contrato de Concessão”.

85. Nesse trajeto, são importantes as diferenças entre o **método regulatório por comando e controle** e o **método regulatório por incentivos**.

86. A regulação por incentivos é uma abordagem na qual o Estado busca alinhar os interesses dos regulados aos objetivos regulatórios de forma menos invasiva, contrastando com métodos mais diretos e restritivos. Ao invés de impor detalhadamente como as empresas devem operar, *esta modalidade regulatória incentiva as empresas a atingirem os objetivos estabelecidos, permitindo-lhes a flexibilidade para decidir os melhores meios para alcançar esses fins*. Este método confia que, ao alinhar os interesses da empresa com os regulatórios através de incentivos, as empresas serão motivadas a otimizar suas operações de forma que beneficiem tanto a si mesmas quanto a sociedade. A partir das lições da doutrina, apresenta-se quadro resumido. (ARANHA, p. 94)

Regulação por Comando e Controle	Regulação por Incentivos
Centraliza o controle regulatório, detalhando rigorosamente as ações que os regulados devem executar, limitando a flexibilidade operacional.	Oferece flexibilidade aos regulados para determinar como alcançar os objetivos regulatórios, fomentando a inovação e a eficiência.
Cria um ambiente muitas vezes antagônico entre regulador e regulado, com o regulado buscando brechas para minimizar custos de conformidade.	Estabelece uma dinâmica colaborativa entre regulador e regulado, alinhando seus interesses e compartilhando a responsabilidade pelos resultados.
Baseia-se na imposição de custos de serviço ou taxas de retorno, mantendo um conflito constante sobre os lucros e custos, o que pode desincentivar a eficiência.	Utiliza diversos métodos como, p.ex., a regulação "price cap" e "revenue cap", que incentivam as empresas a reduzir custos e melhorar o serviço, aumentando a satisfação do consumidor e os lucros.
Tende a desencorajar a inovação devido à rigidez dos requisitos regulatórios.	Promove a eficiência e a adaptabilidade, permitindo que as empresas explorem novas tecnologias e métodos para superar desafios regulatórios.

87. Certamente, a **eleição da conduta regulatória a ser adotada escapa da esfera de competência de um órgão de assessoramento e consultoria jurídicas**, cabendo aos decisores públicos da ANTT tal tarefa, especialmente porque os diversos instrumentos regulatórios devem ser aplicados conforme se mostrem os desafios e os compromissos de serviço público a serem

cumpridos, **de sorte que a regulação por comando e controle é necessária em certos contextos**.

88. Não obstante, ressalta-se que uma regulação focada em incentivos apresenta maior vocação à inovação e à eficiência, permitindo que as empresas reguladas não apenas cumpram os requisitos regulatórios, mas também contribuam proativamente para os objetivos das políticas públicas. Ao enfatizar a flexibilidade e a responsabilidade compartilhada, a regulação por incentivos cria condições para que o regulado possa responder de forma mais adaptável e criativa aos desafios regulatórios.

89. Com efeito, é a partir das considerações feitas acerca da interpretação jurídica e econômica dos contratos de concessão de serviços públicos que se permite nova perspectiva e aplicação aos institutos e técnicas regulatórias. Assim, faz-se pertinente a leitura dos conceitos de Desequilíbrio, Fator D e Obras de Melhoria, conforme o Contrato de Concessão e o PER.

2.5.2 Desconto de Reequilíbrio e Fator D, segundo as disposições do contrato.

90. Convém anotar que, já nas Disposições Iniciais do Contrato de Concessão nº 01/2020, decorrente do Edital de Concessão nº 02/2019, são apresentadas as definições de Desconto de Reequilíbrio e de Fator D, conforme itens xviii e xxix da cláusula 1.1.1.

91. Dos seus termos, infere-se que o Fator D é o mecanismo para o Desconto de Reequilíbrio, que opera como o redutor da Tarifa Básica de Pedágio para manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, que pode ser afetada em razão de causas diversas, entre as quais a inexecução ou o atraso das *obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade, Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço*.

92. Avançando na compreensão do mecanismo, importante tecer comentários sobre o Anexo 5 do Contrato de Concessão que objetiva especificar a metodologia de aferição, cálculo e aplicação do Desconto de Reequilíbrio e do Acréscimo de Reequilíbrio.

2.1 O Desconto de Reequilíbrio não constitui espécie de penalidade imposta à Concessionária, senão mecanismo que visa a restabelecer a neutralidade entre os direitos e obrigações das Partes, conforme originalmente pactuadas no Contrato, desonerando, assim, os usuários do Sistema Rodoviário. Pressupõe que, se o serviço público prestado na Concessão estiver em desconformidade com as condições estabelecidas no Contrato e no PER, tal serviço não deve ser remunerado em sua integralidade. Trata-se de mecanismo preestabelecido e pactuado entre as Partes no Contrato, visando à manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro pelo não atendimento das metas do PER, ou quando, de acordo com os Parâmetros Técnicos e Parâmetros de Desempenho, houver inexecução, atraso ou supressão de investimentos relacionados às obras e serviços da Frente de Recuperação e Manutenção, Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias, da Frente de Serviços Operacionais, e de Manutenção de Nível de Serviço, cujo risco esteja alocado à Concessionária.

93. Nesse compasso, compreende-se do item 2.1 do anexo 5 que o desconto de reequilíbrio, em sua natureza, não se apresenta como penalidade para a Concessionária; é um mecanismo para restabelecer a neutralidade entre direitos e obrigações das Partes, conforme o Contrato original. Como fundamento de aplicação, segue a lógica de que não se deve remunerar integralmente o serviço público prestado em desconformidade com o Contrato e o PER. Quanto ao mecanismo, vale dizer que é preestabelecido e pactuado entre as partes no Contrato para manter o equilíbrio econômico-financeiro. Já, quanto à aplicação, percebe-se que tem lugar quando: as metas do PER não são atendidas; há inexecução, atraso ou supressão de investimentos relacionados às obras e serviços das frentes; e o risco esteja alocado à Concessionária.

94. Do que exposto até o momento, depreende-se que o Fator D possui, pelo menos, três principais funções no contrato de concessão: i) proporcionar correlação entre os serviços prestados e a remuneração tarifária, em atenção ao princípio da modicidade tarifária; ii) incentivar o cumprimento do Contrato de Concessão e do PER e, inversamente, desencorajar o incumprimento das cláusulas contratuais; iii) evitar ganho indevido pela Concessionária.

95. Discute-se, nessa trilha:

1. A aceitação de alteração do tipo de dispositivo e/ou seu deslocamento, ainda que mantida a sua funcionalidade, que não seja aplicada uma solução inferior e que represente menor impacto socioambiental, deve ser aplicado o Fator D?
2. A proposta alternativa trazida, mesmo que tenha sido reconhecida pela ANTT como superior, deve ou não ser considerada descumprimento do PER?
3. Observada a funcionalidade do Fator D, cumpre o interesse público a sua aplicação no caso presente, observando que foi realizada pela Concessionária solução de engenharia que é mais eficaz na Eliminação de Conflito Frontal?

96. Para um posicionamento quanto aos questionamentos surgidos, é etapa necessária a análise dos temas diretamente relacionados e, entre si, correlacionados.

2.5.2 Disposições contratuais acerca das Obras de Melhorias.

97. Como ponto de partida, é relevante trazer considerações sobre as Obras e os Serviços, conforme previsto na Cláusula 9 e subcláusulas do Contrato de Concessão, pelas quais é estabelecida a obrigação de a concessionária executar em atenção ao Desempenho, ao Escopo, aos Parâmetros Técnicos e às demais exigências estabelecidas no Contrato e no PER, observando também as normas, manuais e regulamentações da ABNT, DNIT e ANTT (9.1.1 e 9.1.2).

98. Ainda com relação às Obras e aos Serviços, tem-se que as *inclusões* ou *alterações* poderão ensejar recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de Fluxo de Caixa Marginal, enquanto as *exclusões* ensejarão a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato por meio da utilização do Desconto de Reequilíbrio. Cita-se:

9.1.9 Inclusões, exclusões ou alterações de obras e serviços, com exceção das hipóteses previstas nas subcláusulas 9.3.4, 9.4, 9.6.2 (ii) e 9.6.3, serão realizadas exclusivamente por meio de revisão quinquenal.

(i) Inclusões ou alterações de obras e serviços que tenham comprovada repercussão sobre os custos de responsabilidade da Concessionária implicarão a correspondente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato por meio da utilização do Fluxo de Caixa Marginal.

(ii) A exclusão de obras e serviços ensejará a correspondente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato por meio da utilização do **Desconto de Reequilíbrio**.

(iii) Para a aplicação de **Desconto** ou **Acréscimo de Reequilíbrio** referente a obras e serviços que não tenham percentuais previstos no Anexo 5, a ANTT poderá definir novos percentuais com base nos estudos de viabilidade que subsidiaram a estruturação da Concessão. [...]

99. Também sobre reequilíbrio, mostra-se relevante a Cláusula 21.4.2 (vii) do Contrato, pois estabelece que as supressões definitivas de obras e serviços constantes do PER ensejam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio da aplicação do Fator D até o final do Prazo da Concessão, conforme estabelecido no Anexo 5.

21 Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro

21.4 Critérios e Princípios para a Recomposição:

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

(i) na hipótese de *atraso* ou *inexecução* dos serviços e obras, dos Escopos, Parâmetros de Desempenho e Parâmetros Técnicos da Frente de Recuperação e Manutenção e da Frente de Ampliação de Capacidade, **Melhorias** e de Frente de Serviços Operacionais, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dar-se-á por meio da aplicação **automática do Fator D**, sendo que a conclusão antecipada das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias poderá ensejar, após a conclusão da obra, aplicação do Fator A, nos termos da subcláusula 21.6 e conforme a metodologia prevista no Anexo 5; [...]

(vii) Na hipótese de *supressões definitivas* de obras e serviços constantes do PER, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dar-se-á por meio da aplicação do Fator D até o final do Prazo da Concessão, conforme estabelecido no Anexo 5.

100. Sob a **perspectiva específica das obras de ampliação de capacidade e melhorias** (caso do item analisado no presente processo) é imprescindível anotar que, **por um lado**, o contrato estabelece que devem ser observadas condições estabelecidas no PER e, **por outro lado**, estabelece que a ANTT, conforme seja seu juízo técnico e de conveniência e oportunidade, poderá aprovar, caso a caso, eventual solicitação da concessionária para a alteração do **tipo de dispositivo** e/ou seu deslocamento, desde que: i) mantida a sua funcionalidade; ii) não seja aplicada uma solução inferior; iii) a nova solução e localização apresentem menor impacto socioambiental. Colaciona-se (com destaques):

9.3 Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias e da Frente de Serviços Operacionais

9.3.1 As Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias e da Frente de Serviços Operacionais de cada um dos segmentos do Sistema Rodoviário descritos no PER deverão estar concluídas e em operação no prazo e nas condições estabelecidas no PER, observados o Escopo, os Parâmetros Técnicos e os Parâmetros de Desempenho previstos.

9.3.2 A ANTT poderá aprovar, caso a caso, a alteração do tipo de dispositivo e/ou seu deslocamento, previsto no item 3.2.1.2 do PER, desde que seja mantida a sua funcionalidade, que não seja aplicada uma solução inferior, e que a nova solução e localização apresentem menor impacto socioambiental.

9.3.3 Na hipótese da Concessionária não concluir as obras ou não disponibilizar os serviços nos prazos e com as especificações previstas no PER, a ANTT aplicará as penalidades previstas neste Contrato e na regulamentação da ANTT, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que se dará mediante aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio previsto na subcláusula 21.6 deste Contrato. [...]

101. Igualmente relevante para compreensão do tema é trazer apontamentos sobre o Programa de Exploração da Rodovia – PER, que é parte integrante do Contrato de Concessão e que “especifica todas as condições para execução do Contrato, caracterizando todos os serviços e obras previstos para realização pela Concessionária ao longo do prazo da Concessão”. Outrossim, o PER estabelece “todas as metas, critérios, requisitos, intervenções obrigatórias, diretrizes técnicas, normas, escopo, parâmetros de desempenho, parâmetros técnicos e os respectivos prazos para seu atendimento, divididos em quatro Frentes” (PER, p. 5).

102. Vale indicar, nesse ponto, que as disposições do PER apresentam força contratual entre as partes, especialmente por que o PER é parte integrante do contrato, como estabelece a cláusula 1.3.1, inciso ii, do Contrato de concessão.

1.3.1 Integram o Contrato, para todos os efeitos legais e contratuais, os Anexos e respectivos Apêndices relacionados nesta Cláusula:

(ii) Anexo 2: Programa de Exploração da Rodovia (PER);

103. Com foco específico no presente caso, atenta-se para a “Frente de Ampliação de Capacidade, Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço”, com destaque para as “**Obras de Melhoria**”, onde se descreve que a implantação das melhorias se dará “**preferencialmente** de acordo com a localização e os quantitativos” estabelecidos no PER.

104. Ademais, o texto colacionado prevê a possibilidade de submissão à ANTT de solicitações de alterações do tipo de dispositivo ou da sua localização, caso em que a Agência, por seu corpo técnico, analisará se é mantida a funcionalidade do dispositivo e, caso aprovada a alteração, essa não ensejará recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Veja-se (com grifos):

3.2.1.2 Obras de Melhorias

A implantação de vias marginais, viadutos, passagens superiores, interconexões, retornos em nível, passarelas e melhorias em acessos **deverá ocorrer preferencialmente de acordo com a localização e os quantitativos** indica- dos a seguir.

As solicitações para alterações do tipo de dispositivo e/ou na sua localização serão submetidos(*sic*) à aprovação da ANTT, que analisará a manutenção da funcionalidade do dispositivo, **e sua aprovação não ensejará recomposição do equilíbrio econômico-financeiro**.

Com exceção das melhorias em acessos, deverão ser implantados e mantidos sistemas de iluminação em todas as demais melhorias e vias marginais.

105. Também é interessante anotar, sobre esse ponto, que a Resolução ANTT nº 6.000/2022, que aprova a segunda norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias, relativa a bens, obras e serviços, traz disposição semelhante ao que estabelecido na Cláusula 9.3.2 do Contrato de Concessão e no PER. Cita-se o dispositivo:

Obras de melhorias e estoque de melhorias

[...]

Art. 153. A Superintendência competente poderá aceitar a alteração do tipo de obra de melhoria prevista no contrato de concessão ou seu deslocamento, mediante solicitação

fundamentada, desde que:

- I - seja mantida a sua funcionalidade;
- II - não seja aplicada uma solução inferior; e
- III - que a nova solução e localização não apresentem maior impacto socioambiental.

106. Na trilha do que apresentado, as disposições contratuais acima trazem consequências contratuais diversas para cada evento, o que nos permite trazer conclusões iniciais desenvolvidas a seguir.

107. As *inclusões ou alterações* e as *Exclusões* de obras e serviços, segundo as disposições do contrato são realizadas, exclusivamente, por meio de revisão quinquenal e ensejarão a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, por meio da utilização do Fluxo de Caixa Marginal, no caso das inclusões ou alterações, ou por Desconto de Reequilíbrio, no caso das exclusões (9.1.9, i e ii).

108. Em outra miragem, o Contrato estabelece que *atrasos e inexecuções*, bem como as *supressões definitivas* de obras e serviços do PER são equilibradas por meio de Fator D (21.4.2, incisos i e vii).

109. Já, na perspectiva específica das **Obras de Melhorias**, o Contrato prevê a possibilidade de aprovação pela ANTT da alteração do tipo de dispositivo ou da sua localização, desde que preenchidos certos requisitos (manutenção da funcionalidade, solução não inferior e menor impacto socioambiental). Nesse contexto, interessante anotar que a cláusula 9.3.2 (acima citada) remete para o item 3.2.1.2 do PER.

110. Em complemento, então, o citado item 3.2.1.2 do PER estabelece, não só que a implantação das melhorias “deverá ocorrer **preferencialmente** de acordo com a localização e os quantitativos” estabelecidos no PER, mas também que, aprovada pela ANTT “alterações do tipo de dispositivo e/ou na sua localização”, “não ensejará recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.”

111. Uma interpretação sistemática das cláusulas apresentadas permite concluir que, ao passo que a cláusula 9.1.9 traz diretrizes gerais para inexecuções de obras e serviços, a cláusula 9.3.2 traz tratamento específico para as alterações solicitadas nas Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias e, adicionalmente, o item 3.2.1.2 do PER confere consequência própria para as Obras de Melhoria.

112. De forma semelhante, quando a cláusula 21.4.2 traz a consequência de aplicação de Fator D para atraso, inexecução ou supressões definitivas, não o fez pensando na possibilidade de alteração do PER pela aprovação da ANTT à solicitação efetuada pela Concessionária nas hipóteses em que sejam soluções que i) mantenham a sua funcionalidade; ii) que sejam superiores às originalmente previstas; iii) e que apresentem menor impacto socioambiental.

113. Assim, compreende-se que o contrato de concessão, especialmente pela cláusula 9.3.2, complementada pela cláusula 3.2.1.2 do PER, não impõem a aplicação do Fator D caso a agência aprove a solução à luz dos requisitos mencionados. Isto é, tratando-se de Obras de Melhorias, as “solicitações para alterações do tipo de dispositivo e/ou na sua localização serão submetidos (*sic*) à aprovação da ANTT” e “sua aprovação não ensejará recomposição do equilíbrio econômico-financeiro”, como se extrai do mencionado item do PER.

114. Nessa altura, permite-se avançar para enfrentamento de alguns pontos submetidos à análise jurídica desse órgão.

115. Em primeiro, a partir da compreensão dos institutos jurídico-econômicos posicionados até aqui, elucubra-se a motivação da ANTT ao responder pela não incidência do Fator D na fase de esclarecimentos do edital 01/2023 do lote de concessão que foi denominado PR Vias. Vejamos o questionamento e a resposta:

Questionamento (pág.69): “É correto o entendimento que, ao aprovar caso a caso, a alteração proposta pela concessionária através de uma solução de engenharia não inferior, não caberá aplicação do Fator D pela alteração do tipo e/ou localização da melhoria?”

Resposta (pág.69): “O entendimento está correto para a hipótese proposta. Não incidirá o Fator D para casos em que tenha havido alteração do tipo de obra de melhoria prevista no PER e/ou seu deslocamento, desde que seja mantida a sua funcionalidade, que não seja aplicada uma solução inferior, e que a nova solução e localização não apresentem maior impacto socioambiental, considerando a entrega das obras nos prazos e parâmetros previstos no PER.”

116. Vinculado às ponderações apresentadas, entende-se que a resposta colacionada se deu com fundamento na preponderância da entrega de um serviço adequado ao usuário nos contratos de concessão rodoviária e não necessariamente na entrega de obra, no reconhecimento de uma limitada capacidade de previsão completa pelos decisores públicos, na preocupação de equilibrar as externalidades para impulsionar a entrega de resultados de interesse público, na orientação baseada no princípio da instrumentalidade das técnicas regulatórias e na preocupação com os incentivos criados na parte contratada.

117. Há que se perguntar, também, se tal resposta vincula a Administração Pública perante os licitantes e o contratado ao final do certame. Parece-nos que, em regra, a resposta é sim. Mas tal vinculação deve se circunscrever ao específico edital acerca do qual a resposta foi dada.

118. Veja-se que é comum haver nos editais de concessões promovidos pela ANTT cláusula editalícia no sentido de que as respostas aos esclarecimentos solicitados pelos interessados são registradas em ata que será parte integrante do Edital. É o que estabelece, por exemplo, a cláusula 3.6 do Edital que resultou no contrato da CCR ViaCosteira. Cita-se:

3.6 Todas as respostas da ANTT aos pedidos de esclarecimentos realizados nos termos deste item constarão de ata, que será parte integrante deste **Edital**.

119. Não obstante, a resposta mencionada acima não se deu no edital do certame que resultou no contrato da CCR ViaCosteira, mas no certame que resultou no contrato da PR Via Araucária. A vinculação dos motivos determinantes dos atos administrativos, portanto, não opera seus efeitos aqui, **mas serve como importante norte para a interpretação contratual conferida pela ANTT**.

120. Parece-nos, com isso, que naquela resposta à questão hipotética, a ANTT consideraria cumprido o Contrato e o PER se houvesse “a alteração proposta pela concessionária através de uma solução de engenharia não inferior”, “desde que seja mantida a sua funcionalidade, que não seja aplicada uma solução inferior, e que a nova solução e localização não apresentem maior impacto socioambiental, considerando a entrega das obras nos prazos e parâmetros previstos no PER”.

Em segundo, convém anotar que a Lei de Concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987/1995), relativamente às concessões precedidas de obras públicas, determina a existência de cláusulas essenciais que estipulem o cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão e que exijam garantia do seu fiel cumprimento.

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
[...] Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente: I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela

concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Mesmo nessa hipótese, que não parece ser o caso presente, a mencionada disposição não significa o engessamento do contrato de concessão ou que as projeções inicialmente estabelecidas devam ser mantidas quando se mostrem inadequadas, ineficientes ou obsoletas, especialmente em contratos de longa duração. Entretanto, a mutabilidade contratual não afasta, como regra, a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Adicionalmente, uma análise do PER (3.2.1.2 Obras de Melhorias) permite verificar que o específico dispositivo já traz em sua nomenclatura o objetivo/escopo pretendido pela intervenção desejada pelo Poder Concedente. Isto é, a intervenção consiste em "Eliminação de conflitos frontais (melhorias em entradas e saídas de vias marginais)", que, segundo se extrai dos autos, apenas foi efetivamente alcançada pela solução trazida pela Concessionária, ainda que diversa da originalmente prevista.

2.6 Sobre o entendimento do TCU acerca do Desconto de Reequilíbrio e o Fator D.

Uma manifestação exarada por qualquer órgão de consultoria e assessoramento jurídicos, para que conferir segurança jurídica, não pode desconsiderar o conceito e a aplicação do Desconto de Reequilíbrio, segundo a interpretação conferida pelo Tribunal de Contas da União - TCU.

121. Com esse objetivo, deve-se mencionar a NOTA JURÍDICA N. 00561/2024/PF-ANTT/PGF/AGU (seq. 48), produzida por Coordenação De Assuntos Extrajudiciais (SUBEXTRA) desta Procuradoria. Tal manifestação, por um lado informa "que não foram encontradas deliberações da corte de contas relacionadas especificamente ao tema. "

122. Por outro lado, a nota traz o entendimento externado pela unidade técnica da Corte e acolhido pelo Plenário quando da prolação do Acórdão nº 2195/2019, nos autos do TC 012.263/2019-2 - Processo de Desestatização da Rodovia BR-101/SC, trecho entre os municípios de Paulo Lopes (km 244+680) e Passo de Torres, divisa SC/RS (km 465+100) -, relacionado à característica do fator D e sua aplicação para se promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (Instrução, peça 54):

(...)

219. A subcláusula 9.4.7 dispõe que a não execução das Obras de Manutenção de Nível de Serviço, cujo risco esteja alocado à Concessionária, sujeitará a Concessionária à aplicação do Desconto de Reequilíbrio. Caso, nos termos do anexo 9, o risco ficasse alocado à concessionária, caberia a aplicação do Fator D sobre o total de extensão não executada.

220. Por outro lado, ao se ponderar as cláusulas 9.4.5 e 9.4.7 em conjunto, poder-se-ia concluir que a extensão sob a qual se aplicaria o fator D estaria limitada a 40 km no ano inicial e nos anos posteriores encontra-se vinculado à comprovação de responsabilidade da concessionária no atraso das obras.

221. Entende-se equivocada a interpretação que restringiria a aplicabilidade do fator D a 40 km anuais. É compreensível que na eventualidade do atingimento simultâneo de vários gatilhos, leve-se em consideração a capacidade operacional esperada da concessionária para o estabelecimento de obrigações que possam resultar em aplicações de sanção; entretanto, **a aplicação do fator D não se constitui penalidade, mas um mecanismo para desonerar o usuário por um dispêndio não realizado. Ora, se a concessionária já foi remunerada para a realização dos investimentos, por meio do superávit entre a arrecadação real e a originalmente prevista, e não executou a obra correspondente, cabe o reequilíbrio contratual, revertendo à modicidade tarifa o montante correspondente aos investimentos não entregues, independentemente de sua culpabilidade. Frisa-se que não se trata de punir a empresa, mas apenas fazer o ajuste entre os montantes previamente recolhidos por meio da arrecadação de pedágio e as obrigações associadas a esses valores, de forma a preservar o equilíbrio contratual.**

222. Da mesma forma, a cumulatividade das obrigações relativas à realização dos investimentos pretéritos com os seguintes deve ser automática para fins de aplicação do desconto de reequilíbrio, cabendo apenas a apuração da responsabilidade para fins de sancionar a empresa, pois o que se busca é a manutenção do equilíbrio entre a remuneração e os encargos. Ademais, rememora-se que os processos administrativos de averiguação de responsabilidade de concessionárias pela não realização de investimentos são, por vezes, procedimentos longos e sujeitos a diversos recursos, o que os torna incompatíveis com a celeridade necessária para a finalidade em questão.

223. Assim, entende-se caber a alteração da redação dos dispositivos contratuais de forma a que seja estabelecida, de forma inequívoca, a abrangência da aplicabilidade do Fator D.

224. Nesse sentido, deve-se determinar ajustes na minuta contratual no sentido de que, no que concerne as obras de manutenção do nível de serviço, os encargos da concessionária, para fins de aplicação do desconto de reequilíbrio, incluam o somatório de todas as obrigações associadas aos gatilhos até então atingidos.

123. Tal julgado externa o entendimento do TCU quanto ao caráter não punitivo do fator D, cuja aplicação, portanto, prescinde de culpabilidade da concessionária, e serve para reequilibrar, via modicidade tarifária, a remuneração de investimentos que não foram executados.

124. Importante dizer que a vinculação da concessão ao cronograma físico-financeiro, bem como compreensão do Fator D como vinculado à modicidade tarifária para manter a equilibrada remuneração dos **investimentos** efetivamente executados é encontrada em outros julgados do Egrégio TCU. Cita-se, como exemplo dessa orientação, o que resulta do Acórdão nº 1447/2018 – TCU – Plenário, proferido no processo TC 010.482/2016-4, do qual se destacam os seguintes trechos como mais representativos.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do *Plenário*, diante das razões expostas pelo relator, em: [...]

9.2.1. foram detectadas as seguintes falhas e irregularidades na atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT no que concerne a revisões tarifárias realizadas na concessão:

9.2.1.1. não-promoção do devido reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da BR 101/BA/ES **em razão de atrasos e inexecuções de investimentos por parte da concessionária**, especificamente ao permitir a diluição, ao longo de todos os anos restantes da avença, do impacto do desconto da tarifa de pedágio, o qual não se traduz em redução tarifária significativa, o que estimula a contumácia da contratada em não realizar obras e serviços previstos no plano de negócios anexo à avença, contraria os princípios da eficiência da Administração Pública e da manutenção das condições efetivas da proposta da licitação, estampadas no art. 37, **caput**, e inciso XXI da Constituição Federal, viola a preservação do interesse público e a **vinculação da concessão ao cronograma físico-financeiro**, conforme art. 23 da Lei 8.987/1995, arts. 20, inciso II, "b", e 35, inciso IV, da Lei 10.233/2001 e art. 2º da Lei 9.784/1999;

9.2.1.2. **não-incorporação dos efeitos das inexecuções dos investimentos na revisão tarifária imediatamente**

subsequente, o que tem ocasionado interstício de mais de um ano entre o prazo para a realização de determinado investimento e o impacto tarifário de sua inexecução, **em contrariedade ao princípio da modicidade tarifária**, estabelecido no §1º do art. 6º da Lei 8.987/1995 e ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro, previsto §2º, art. 9º, Lei 8.987/1995;[...]

9.3. **determinar** à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, que: [...]

9.3.8. no prazo de 90 dias, promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da rodovia BR - 101/ES/BA, a fim de contemplar, mediante revisão extraordinária, a redução da tarifa de pedágio, de forma concentrada e pelo período de um ano, **em decorrência de investimentos não-executados** até o 5º ano de concessão, inclusive de forma parcial (entre os quais se encontram obras de duplicação, o contorno de Iconha, obras de retificação de traçado, bem com os investimentos relativos aos Postos de Fiscalização da ANTT e ao sistema de *Call Boxes*), com vistas a manter a TIR pactuada, passando a adotar essa sistemática nas próximas revisões tarifárias, em respeito à Cláusula 20.4.2.iii do contrato, e em observância ao cronograma físico-financeiro do contrato, atendendo ao disposto no inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;

9.3.9. no prazo de 180 dias, estabeleça, em seus normativos relativos à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do fluxo de caixa não-alavancado dos contratos de concessão que possuam plano de negócios, a necessidade de que os descontos na tarifa de pedágio relativos a atrasos e inexecuções de investimentos sejam aplicados de forma concentrada, pelo período de um ano, imediatamente após a identificação dessas inadimplências pela ANTT, ao invés de diluir o impacto da redução da tarifa ao longo de todos os anos restantes do contrato, em respeito ao princípio da eficiência da Administração Pública e à manutenção das condições efetivas da proposta, previstos no art. 37, caput, e inciso XXI da Constituição Federal, e à preservação do interesse público, conforme art. 20, inciso II, "b", da Lei 10.233/01 e art. 2º da Lei 9.784/1999;

9.3.10. no prazo de 90 dias, **institua mecanismo de aferição de atraso e inexecução de investimentos por parte da concessionária a fim de que a inadimplência da contratada seja refletida na revisão tarifária imediatamente seguinte à respectiva identificação**, de tal forma que os **dados de não-realização de obras e serviços sejam os mais realísticos possíveis**, podendo-se, ainda, utilizar dos acompanhamentos periódicos realizados pela agência, e/ou de outros mecanismos que descrevam a real situação da execução dos investimentos, **com vistas a evitar o pagamento de tarifas além do efetivamente devido, observado o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa, bem como os princípios da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro**, estabelecidos nos arts. 6º, §1º, e 9º, § 2º, da Lei 8.987/1995;

125. Ao que nos parece, no item 9.3.10 do Acórdão, o TCU entende que haver inadimplência da contratada pela inexecução de investimentos, o que deve refletir na revisão tarifária imediatamente seguinte à respectiva identificação para evitar o pagamento de tarifas além do efetivamente devido, observado o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa, bem como os princípios da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro.

126. Ocorre, entretanto, que o caso presente difere da inadimplência ou da simples inexecução de obrigação contratual. Em verdade, colhe-se dos autos que a solução empregada atinge o escopo pretendido no contrato de concessão por via diversa daquela previamente estabelecida, com resultado superior ao que resultaria do adimplemento conforme previsto no PER. Além disso, o resultado pretendido foi reconhecido pela agência como superior ao projeto original por conferir segurança viária, maior fluidez e mais benefícios para os usuários do serviço público.

127. Como aduzido pela Concessionária e não contestado ou infirmado pela ANTT, a solução promove aumento da capacidade das vias, melhoria no tempo de transporte, segurança aos usuários com severa redução de acidentes e melhoria aos pedestres. Do que se infere dos autos, a solução, concretiza normativos da Agência, na medida em que: i) mantém a sua funcionalidade; ii) não aplica uma solução inferior; iii) e apresenta menor impacto socioambiental.

128. Nesse sentido, não se deve perder de vista a incidência de importante princípio que rege as relações contratuais em geral (públicas e privadas), qual seja o princípio da *função social dos contratos*, que, segundo lição de *Paulo Lobo*, incide em todos os contratos que todos os interesses dos envolvidos em uma relação contratual sejam exercidos em atenção aos interesses sociais existentes.

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são preponderantes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.[...]

A função social do contrato não se confunde com a função econômica do contrato, nem é plus desta, pois são categorias inteiramente distintas. A função econômica do contrato (quando há, pois há contrato sem ela, a exemplo dos contratos benéficos, ou para realização de fins altruísticos e não econômicos) vincula-se estreitamente aos interesses particulares das partes contratuais, enquanto a função social é algo exterior ao contrato que a ele se integra, independentemente da vontade das partes.

O princípio da função social do contrato, como os demais princípios jurídicos, não é de aplicação supletiva ou excepcional. Incide no contrato, integrando-o mediante a determinação de dever geral de conduta, independentemente do querer das partes.

O contrato, por mais insignificante que seja, ostenta a dupla função: individual e social, realizando a primeira a autorregulação dos interesses individuais e a segunda sua conformação aos interesses sociais. (LOBO, p. 58 e ss)

129. Quer-se, com isso dizer, que deve ser observada uma interpretação contratual atenta à realização dos interesses sociais relacionados ao contrato.

130. No caso presente, caso atestada a preponderância do interesse social na solução contratual aceita pela área técnica, essa interpretação pode orientar a interpretação correta para fria letra das cláusulas contratuais.

131. A Lei nº 14133/2021 (Lei Geral de Licitações e Contratos), ao tratar dos princípios que regem as contratações públicas, faz expressa menção à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). E, nesse sentido, são importantes os termos do artigo 20 da LINDB colacionado abaixo.

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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

132. O citado artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) tem uma ligação direta e

significativa com o conceito de **consequencialismo jurídico**. Princípio filosófico no campo do direito que enfatiza a consideração das consequências e aplicações de uma decisão. Nesses termos, aliado ao **princípio da instrumentalidade das técnicas regulatórias**, a juridicidade de uma decisão administrativa reside otimização dos benefícios sociais ou redução dos prejuízos, priorizando efeitos reais e consequências futuras, em detrimento de uma adesão estrita a normas abstratas ou ao texto literal da lei.

133. É, ainda, preciso ter em conta, que a específica situação é matizada pela peculiaridade de o contrato, a depender do ateste técnico da Agência, ter seu objetivo cumprido sem a precisa execução do dispositivo previsto no PER. Tal quadratura, descortina a inexistência de precisa solução nos normativos regulatórios da ANTT e nas cláusulas contratuais. Em termos diversos, revela-se a **incompletude contratual**.

134. Nessa ótica, ainda atenta a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, são pertinentes os fundamentos do Acórdão nº 1315/2024 – TCU – Plenário, proferido no TC 020.662/2023-8, que versa sobre a “solicitação de solução consensual, formulada pela Agência Nacional de Telecomunicação (Anatel) com o objetivo de fixar os termos para a extinção antecipada e a transformação do contrato de concessão do Sistema de Telefonia Fixa Comutada (STFC) celebrado com a empresa Oi S.A. – em Recuperação Judicial (Oi) em autorização, conforme previsão contida na Lei Geral de Telecomunicações”. Vale mencionar que, a partir do reconhecimento do impacto deletério que custos de transação podem trazer aos resultados dos contratos, privilegiou-se a solução consensual. Cita-se com grifos.

284. Sem intenção de se exaurir o assunto, tendo em vista a ampla doutrina, a discussão sobre Contratos Incompletos surge nos anos 1970 como reflexo da Teoria Coasiana referente aos impactos dos custos de transação na construção em contratos – ver, por exemplo, revisões de literatura clássica de Hart (Oliver D. Hart. ‘Incomplete Contracts and the Theory of the Firm’, Journal of Law, Economics, & Organization. Vol. 4, No. 1. 1998) e Tirole (Jean Tirole, ‘Incomplete Contracts: Where do We Stand?’. Econometrica, Vol. 67, No. 4, 1999).

285. Contratos incompletos surgem da **presença de custos de transação que fazem com que as partes de uma relação não escrevam um contrato que preveja todos os eventos e ações apropriadas que podem ocorrer**. Em vez disso, elas escrevem contratos incompletos, com lacunas ou disposições faltantes, o que pode levar a eventos que exigem a revisão do contrato. A incompletude abre espaço para uma teoria da propriedade, onde os direitos conferidos pela propriedade não podem ser completamente contratados, a menos que a própria propriedade seja desfeita. Por isso, torna-se **importante a definição de mecanismos para suprir as lacunas contratuais existentes nesse tipo de contrato**.

286. Durante as tratativas, a Anatel e da Oi avaliaram duas abordagens específicas: a) definição de um mecanismo completo para o inadimplemento contratual, por exemplo 10% das localidades; e b) definição de um mecanismo incompleto para o inadimplemento contratual, no caso concreto, a expressão ‘inadimplemento substancial da obrigação’.

287. A definição de uma abordagem completa para o inadimplemento contratual apresenta custos de transação decorrentes de risco moral para ambas as partes. [...]

293. A despeito de a estrutura de contratos incompletos não ser adotada de forma preferencial em uma abordagem excessivamente burocratizada, **a metodologia se mostra tecnicamente eficiente para minimizar e mitigar os custos de transação decorrente de risco moral percebido pelas partes**.

135. Revela-se, por essas letras, que o Acórdão nº 1315/2024 do TCU representa um exemplo de como a flexibilização e a adaptação de conceitos tradicionais, inclusive dos contratos de concessão, podem ser necessárias para lidar com situações complexas no contexto econômico e jurídico atual, com foco na máxima realização do interesse público.

136. Traçado o percurso, sem prejuízo do conhecimento da integralidade dos fundamentos da presente manifestação jurídica, é momento de delimitar premissas para as conclusões:

- o O caso revela a inexistência de uma solução precisa nos normativos da ANTT e nas cláusulas contratuais, expondo a incompletude contratual que pode ser suprida por uma solução negociada, focada na eficiência e nos interesses públicos. A interpretação do contrato de concessão deve considerar os incentivos e as condutas esperadas, aplicando os princípios da teoria geral dos contratos, análise econômica do direito e as disposições de direito privado de forma supletiva quando o direito público não oferece uma solução específica.
- o A interpretação dos contratos de concessão deve ir além do texto literal, considerando a intenção das partes, a boa-fé e a função social. A concessão de serviços públicos, como arranjo jurídico-administrativo, envolve a transferência da gestão para entidades privadas, com o Estado mantendo supervisão e controle para assegurar a qualidade do serviço. Diferentes modalidades de concessão trazem responsabilidades distintas para o concessionário, mas o foco sempre deve ser a prestação do serviço público, com a obra pública sendo instrumental ao serviço.
- o O Fator D é crucial para manter o equilíbrio econômico-financeiro, ajustando a remuneração com base na qualidade dos serviços prestados. Não é uma penalidade, mas um mecanismo para alinhar a tarifa à realidade do serviço entregue. Sua aplicação, pode considerar a eficiência das soluções alternativas, que podem ser incentivadas se oferecem benefícios superiores aos previstos originalmente, com a eficiência sendo avaliada do ponto de vista do interesse público.
- o Contratos de concessão são, por natureza, incompletos e devem ser adaptáveis para responder a novas circunstâncias e necessidades. A função social do contrato exige que o interesse público primário seja priorizado sobre os interesses individuais das partes. A mutabilidade dos contratos deve respeitar os limites constitucionais e legais, preservando o equilíbrio econômico-financeiro e atendendo às novas exigências que surgem durante a execução do contrato.
- o A aplicação das técnicas regulatórias deve ser guiada pelo princípio da instrumentalidade, buscando eficácia e resultados concretos. O consequencialismo jurídico exige que as decisões administrativas considerem as consequências práticas e priorizem os benefícios sociais.
- o O TCU, em diversos julgados (ex. Acórdãos nº 1447/2018 e nº 2195/2019), entende que o Fator D é um mecanismo de ajuste para garantir a proporcionalidade entre o serviço prestado e a remuneração, protegendo o usuário.
- o No caso em questão, a solução implementada alcançou os objetivos contratuais de forma diversa, com resultados superiores aos esperados. A agência reconheceu que a solução oferece maior segurança e benefícios aos usuários, justificando a adaptação contratual. O Acórdão nº 1315/2024 do TCU exemplifica a necessidade de flexibilização dos conceitos tradicionais em contratos de concessão, equilibrando os interesses das partes e o interesse público para maximizar os benefícios sociais.
- o Em contratos complexos e de longa duração, como os de concessão, é inevitável que surjam lacunas e necessidades de adaptação. A teoria dos contratos incompletos, como discutido na doutrina econômica e jurídica,

sugere que tais lacunas devem ser preenchidas por meio de mecanismos consensuais e flexíveis, que minimizem os custos de transação e maximizem os benefícios.

137. Sendo esses os apontamentos e não havendo outras considerações no momento, segue-se para a conclusão.

3. CONCLUSÃO

138.

139. Sob o prisma estritamente jurídico e abstraídos aspectos técnicos e de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo das demais considerações lançadas ao longo do presente parecer, **opina-se pela viabilidade jurídica da não aplicação do desconto de reequilíbrio em solução negocial a ser engendrada no âmbito da Comissão de Negociação e Solução de Controvérsias (COMPOR).**

140. Para tanto, alguns encaminhamentos são pressupostos:

- o Necessário que a área técnica elabore manifestação técnica específica para a solução negocial analisando a viabilidade técnica das soluções de engenharia, em atenção a adequação do serviço em benefício do usuário;
- o A manifestação técnica da Agência deve aferir se a alteração proposta pela Concessionária para a Obra de Melhoria para Eliminação de Conflitos Frontais: i) mantém a sua funcionalidade; ii) não aplica uma solução inferior; iii) e se a nova solução e localização apresentem menor impacto socioambiental. Adicionalmente, recomenda-se que tal manifestação justifique as vantagens de tal solução aos usuários, com destaques aos aspectos de segurança viária;
- o Além disso, deve analisar se foi atingida pela alteração proposta pela Concessionária e aceita pela área técnica da agência a finalidade da Obra de Melhoria para Eliminação de Conflitos Frontais.

141. Tal manifestação não se aplica a outros casos que não o presentemente submetido à Subprocuradoria de Matéria Regulatória e a decisão ou o entendimento/julgamento sobre se a solução proposta atende o interesse público é sempre da SUOD e sempre realizada caso a caso.

142. A título de mera proposta, sugere-se que, para modelos contratuais futuros e normativos da Agência, a SUOD avalie a conveniência e a oportunidade de alterar as cláusulas contratuais para esclarecer a possibilidade de alteração sem aplicação de desconto de reequilíbrio em casos delimitados.

143. Também é importante delimitar que a presente análise não se aplica a todas as obras do PER, mas se limita às cláusulas contratuais que abordam as Obras de Melhorias.

144. Enfatiza-se que a presente manifestação jurídica possui caráter opinativo, razão pela qual a Administração pode dela dissentir declinando suas razões. Ademais, a motivação, a justificativa e todos os dados técnicos e econômicos contidos no processo são de responsabilidade da Administração, que deverá ter certeza de sua exatidão.

145. À consideração superior.

Brasília, *data da assinatura eletrônica*.

(assinado eletronicamente)

Renan Lopes da Silva
Procurador Federal

Waleska De Sousa Gurgel
Procuradora Federal
Subprocuradora-Geral de Matéria Regulatória

Milton Carvalho Gomes
Procurador-Geral da ANTT

Silvia Machado Leão
Procuradora Federal

Alexandre Trarbach
Procurador Federal

Ana Caroline Pires Bezerra de Carvalho
Procuradora Federal
Subprocuradora-Geral de Assuntos Extrajudiciais

Andre Bulhoes Machado
Procurador Federal

Celyvania Malta De Brito
Procuradora Federal

Edson De Jesus Dos Santos
Procurador Federal

Francisca Margareth Feijo Ximenes
Procuradora Federal
Coordenadora-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos

Juliana Gonçalves Melo
Procuradora Federal

Kaliane Wilma Cavalcante De Lira
Procuradora Federal
Subprocuradora-Geral de Assuntos Judiciais

Neila Marcia De Moura Chagas Costa
Procuradora Federal

Raimundo Juarez Neto
Procurador Federal

BIBLIOGRAFIA

- ALESSI, RENATO, Principi di diritto amministrativo: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa, v. I, ed., 4ª, Milano: Giuffrè Editore, 1978.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito Dos Serviços Públicos**. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 8. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2023.
- BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O Que É Análise Econômica Do Direito: Uma Introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. pp. 39-49.
- COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics, n. 3, p. 1-44, 1960.
- LOBO, Paulo. Direito civil: contratos. v.3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.
- MENDES, Renato Geraldo. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 65, inciso I, "a", categoria Doutrina. Disponível em www.zenitefacil.com.br; destacamos.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: concessões, parcerias, permissões e autorizações**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O Que É Análise Econômica Do Direito: Uma Introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1447/2018 – TCU – Plenário, proferido no processo TC 010.482/2016-4.
- Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2195/2019, proferido nos autos do TC 012.263/2019-2.
- Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1315/2024 – TCU – Plenário, proferido no TC 020.662/2023-8
- Lei nº 14133/2021 (Lei Geral de Licitações e Contratos). Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 50500120615202474 e da chave de acesso 83e3e48f



Documento assinado eletronicamente por EDSON DE JESUS DOS SANTOS, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EDSON DE JESUS DOS SANTOS, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 02-09-2024 11:57. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por ANA CAROLINE PIRES BEZERRA DE CARVALHO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANA CAROLINE PIRES BEZERRA DE CARVALHO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 02-09-2024 11:01. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por KALIANE WILMA CAVALCANTE DE LIRA, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KALIANE WILMA CAVALCANTE DE LIRA, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 03-09-2024 09:54. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por KALIANE WILMA CAVALCANTE DE LIRA, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KALIANE WILMA CAVALCANTE DE LIRA, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 24-10-2024 11:02. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por FRANCISCA MARGARETH FEIJO XIMENES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FRANCISCA MARGARETH FEIJO XIMENES. Data e Hora: 26-08-2024 16:49. Número de Série: 17134180. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



Documento assinado eletronicamente por RAQUEL BEZERRA MUNIZ DE ANDRADE CALDAS, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAQUEL BEZERRA MUNIZ DE ANDRADE CALDAS, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 26-08-2024 14:12. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por CELYVANIA MALTA DE BRITO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CELYVANIA MALTA DE BRITO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 26-08-2024 14:03. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por NEILA MÁRCIA DE MOURA CHAGAS COSTA, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEILA MÁRCIA DE MOURA CHAGAS COSTA, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 26-08-2024 11:07. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por ALEXANDRE TRARBACH, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALEXANDRE TRARBACH. Data e Hora: 26-08-2024 10:49. Número de Série: 30633227298041865485650648780. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



Documento assinado eletronicamente por ANDRÉ BULHÕES MACHADO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANDRÉ BULHÕES MACHADO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 24-08-2024 16:34. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por RAIMUNDO JUAREZ NETO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAIMUNDO JUAREZ NETO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 23-08-2024 23:28. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por RODRIGO GALVÃO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RODRIGO GALVÃO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 23-08-2024 21:18. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por SÍLVIA MACHADO LEÃO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): SÍLVIA MACHADO LEÃO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 23-08-2024 20:01. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por JULIANA GONÇALVES MELO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA GONÇALVES MELO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 23-08-2024 16:09. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por WALESKA DE SOUSA GURGEL, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): WALESKA DE SOUSA GURGEL, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 23-08-2024 15:10. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por RENAN LOPES DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1576591267 e chave de acesso 83e3e48f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENAN LOPES DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 21-08-2024 12:40. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
