

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

NEWTON CESAR PILAU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Newton Cesar Pilau; Raymundo Juliano Feitosa; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-723-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Com satisfação, apresentamos a publicação que sistematiza os trabalhos apresentados no GT DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II no bojo da programação do Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado em junho de 2023. Reunindo pesquisadoras e pesquisadores das diversas regiões brasileiras, representativas de distintas Instituições de Ensino Superior e programas de pós-graduação acadêmicos e profissionais da área do Direito, o GT foi um ambiente apropriado para a apresentação, sistematização e discussão de ideias, proposições e modelagens de experiências exitosas voltadas a pensar e qualificar intervenções e práticas voltadas ao redesenho de espaços, a efetividade das políticas de governança e ao estudo dos impactos da gestão pública no desenvolvimento humano sustentável.

Nos anais que agora apresentamos, a comunidade encontrará abordagens sobre contratos públicos municipais acima do valor de mercado e a responsabilidade do gestor público municipal, asseverando sobre a importância da transparência dos contratos.

Ainda, textos sobre a Administração pública e o interesse público no contexto da quarta revolução industrial, com destaque aos instrumentos necessários para a satisfação do interesse público e para o aumento da eficiência, da transparência, da fiscalização, da participação social e do tratamento isonômico na prestação de serviços públicos aos cidadãos.

Destaque, ainda, sobre a repercussão da lei nº. 14.230/2021 na proteção jurídica do meio ambiente em face de atos de improbidade administrativa, com realce à legislação brasileira e seus mecanismos de proteção contra atos violadores de improbidade administrativa na esfera ambiental.

Temas como a responsabilização do servidor público face à lei geral de proteção de dados, Due diligence como política pública anticorrupção e sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela administração pública também foram contemplados e amplamente debatidos.

Ademais, importantes artigos sobre a inconventionalidade da prescrição intercorrente na ação de improbidade administrativa; a importância (ou não) de políticas públicas inseridas na nova lei de licitações; sobre a lei complementar 168/2022 e a movimentação por

conveniência da disciplina no estatuto dos militares do estado de Minas Gerais; sobre Direitos fundamentais na era da “big data”; ainda sobre o novo marco do saneamento básico e sua regulamentação estadual e versando sobre a família em relação com o estado e o interesse público em casos de remoção.

Progressivamente, o GT tem contribuído para além da difusão das pesquisas realizadas. A sua relevância para qualificação de práticas e intervenções é inquestionável. Cumpre a pesquisa jurídica todos os seus escopos (social, político e científico) assim; cumpre a Universidade sua função sociopolítica de fomentar o pensamento crítico voltado a melhorar a qualidade de vida e o trato estatal a problemas públicos complexos.

Convidamos todas e todos à leitura!Recebam nosso abraço fraterno!

Prof. Dr. Newton César Pilau

Universidade Vale do Itajaí, SC

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa

Universidade Católica de Pernambuco, PE

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma, MA; e Universidade de Salamanca, Espanha

RAZÕES PARA O FRACASSO DA 3ª ETAPA DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA REGULAÇÃO

REASONS FOR THE FAILURE OF THE 3RD STAGE OF FEDERAL ROAD CONCESSIONS: REFLECTIONS FROM REGULATORY THEORY

Andre Martins Bogossian

Resumo

Este artigo tem como objetivo identificar as razões que podem ter contribuído para o desequilíbrio e o fracasso das concessões rodoviárias licitadas em 2013 e 2014, da chamada 3ª Etapa do programa de concessões rodoviárias federais, a partir da análise da literatura jurídica e econômica sobre a teoria da regulação. Para alcançar esse objetivo, o estudo utilizará as concessões rodoviárias como estudo de caso, analisando a modelagem das concessões e os fatores de ordem institucional e regulatória que contribuíram para o seu fracasso. A metodologia utilizada para a elaboração deste trabalho baseou-se em uma revisão da literatura sobre teoria da regulação, com foco na aplicação deste conceito no setor de infraestrutura, além de uma análise detalhada do contexto e das condições das concessões rodoviárias licitadas em 2013 e 2014. Esta abordagem tem uma preocupação teórica com a discussão de conceitos advindos da interseção entre os mundos jurídico e econômico, que se encontram na teoria da regulação, além de uma relevância prática, visto que a conclusão irá discutir as implicações práticas para as futuras modelagens das concessões, a fim de evitar os mesmos problemas que levaram às inexecuções das concessões anteriores em prejuízo último do usuário do serviço público. Argumenta-se que dentre as razões para o fracasso de tais contratos pode-se verificar a ocorrência de uma mutação na política regulatória adotada para aqueles contratos e de uma falha regulatória da agente competente, a ANTT.

Palavras-chave: Concessões rodoviárias, Equilíbrio econômico-financeiro, Teoria da regulação, Mutação regulatória, Falha regulatória

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to identify the reasons that may have contributed to the imbalance and failure of the road concessions tendered in 2013 and 2014, known as the 3rd Stage of the federal road concession program, based on the analysis of legal and economic literature on regulatory theory. To achieve this objective, the study will use road concessions as a case study, analyzing the modeling of concessions and the institutional and regulatory factors that contributed to their failure. The methodology used for the elaboration of this work was based on a literature review on regulatory theory, focusing on its application in the infrastructure sector, as well as a detailed analysis of the context and conditions of the road concessions tendered in 2013 and 2014. This approach has a theoretical concern with the discussion of concepts arising from the intersection between the legal and economic worlds, which are

found in regulatory theory, as well as a practical relevance, since the conclusion will discuss the practical implications for future concession modeling, in order to avoid the same problems that led to the non-execution of previous concessions at the ultimate expense of the public service user. It is argued that among the reasons for the failure of such contracts, one can verify the occurrence of a change in the regulatory policy adopted for those contracts and a regulatory failure from the competent agency, ANTT.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Toll road concessions, Economic and financial equilibrium, Regulatory theory, Regulatory change, Regulatory failure

1. INTRODUÇÃO

Com a eleição do presidente Luis Inácio Lula da Silva retomou-se a discussão a respeito da solução dos problemas que afligem algumas concessões licitadas nos anos de 2013 e 2014, as últimas formatadas pelo governo da então presidente Dilma Rousseff e das lições que se extraem desses projetos. Em particular, no setor de rodovias foi licitada a 3ª Etapa de Concessões Rodoviárias Federais – PROCROFE (“3ª Etapa”), cujos contratos que em geral não atingiram os objetivos da delegação do serviço público. No balanço de seus primeiros 100 dias de governo, o presidente especificamente mencionou a necessidade de “equacionar as concessões de rodovias que ficaram desequilibradas”,¹ o que demonstra a importância desses projetos e o reconhecimento da materialização de desequilíbrios à equação econômico-financeira de tais concessões.

O objetivo deste artigo é identificar razões que podem ter contribuído para o desequilíbrio e o fracasso de tais concessões a partir de conceitos da teoria da regulação, a fim de possibilitar que novas etapas do PROCROFE evitem os mesmos problemas. O artigo tem, por um lado, uma preocupação teórica com a discussão de conceitos advindos da interseção entre os mundos jurídico e econômico, que se encontram na teoria da regulação; por outro, o artigo tem uma relevância prática, visto que sua conclusão irá discutir as implicações práticas para as futuras modelagens da identificação das razões que levaram as concessões passadas ao cenário de inexecução em prejuízo último do usuário do serviço público.

Os lotes contemplados na 3ª Etapa, integrantes da política pública de infraestrutura adotada pelo governo da então Presidente Dilma Rousseff foram modelados com uma clara diretriz de política pública: priorizar a expansão da malha rodoviária de forma a deixar um legado de infraestrutura, ao mesmo tempo que se garantiam tarifas módicas a serem cobradas dos usuários. Um volume elevado de investimentos seria necessário para cumprir a meta de duplicação íntegra das rodovias concedidas, nos primeiros 5 dos 30 anos de concessão. Já as tarifas-teto dos editais foram planejadas para serem notoriamente inferiores às praticadas nas demais concessões rodoviárias federais,² e o critério adotado foi de maior desconto na tarifa, o que levou a tarifas efetivas ainda mais reduzidas.

Para garantir a viabilidade de tais projetos lançou-se mão de uma estratégia regulatória de concertada de fomento público por meio de benefícios creditícios (CAGGIANO, 2021, p.43). Parte-se da premissa, para os fins desse artigo, de que ao utilizar na modelagem econômico-financeira que definiu a tarifa teto do Edital certas condições especificamente definidas pelos bancos públicos para os projetos da 3ª Etapa,

¹ Disponível em <https://www.agenciainfra.com/blog/lula-quer-resolver-desequilibrios-de-concessoes-rodoviarias-e-aeroportuarias/>. Acesso em 15 de abril de 2023.

² Como noticiado pelo Governo Federal, “Os leilões de sete trechos ocorridos entre 2011 e 2014 resultaram num preço médio de R\$ 3,50 a ser cobrado nos pedágios. É um preço muito menor do que a tarifa média de R\$ 10,40 nas seis estradas concedidas no período de 1995 a 2002.”. Fonte: <http://www.brasil.gov.br/noticias/infraestrutura/2015/06/modelo-atual-de-concessao-reduziu-preco-de-tarifas>. Acesso em 20 de dezembro de 2022.

divulgadas por meio de uma “carta de apoio”,³ pode-se afirmar que os projetos foram modelados tendo como elemento fundamental de sua equação econômico-financeira tais condições de financiamento. Como indicado por Castelar e Ribeiro (2017, p.86), é mais fácil politicamente transferir recursos subsidiados “*via crédito barato dado por bancos públicos do que via recursos orçamentários*”, como seria o caso na hipótese de uma contratação dada em uma PPP. Para tanto, o tesouro nacional aportava expressivos recursos nos bancos públicos, em especial o BNDES.⁴

Isso permitiria a realização dos investimentos em expansão de capacidade concentrados nos anos iniciais das concessões porque as verbas empregadas pelos concessionários lhe seriam concedidas a custos reduzidos por meio dos financiamentos. Não só as taxas cobradas pelos bancos públicos seriam bastante reduzidas, mas a estrutura de capital dos projetos – considerando a alta alavancagem - permitiria que os concessionários tivessem um custo de capital reduzido o suficiente para realizar os vultosos investimentos exigidos, remunerar-se pela cobrança de tarifas módicas e manter a viabilidade dos projetos considerando o custo de oportunidade de tais investimentos. Assim é que contratos relativos os lotes da 3ª Etapa foram modelados pela ANTT como concessões comuns, mas que consideravam em suas premissas essenciais econômico-financeiras um custo de capital específico e diferenciado, não disponível à época no mercado.

Dos sete contratos licitados, um já teve sua caducidade declarada mesmo antes do início da operação (Galvão BR-153), uma já sofreu troca de controle para outro grupo econômico (MGO, agora ECO 050), e as demais reconheceram a inviabilidade de sua manutenção e aguardam a relicitação com fulcro na Lei 13.448/2017, sendo que uma delas (Rota do Oeste) teve seu controle alienado para uma empresa estatal, em curiosa e desafiadora formatação⁵. De todas as sete, apenas as MGO/ECO 050 teve um índice relativamente baixo, mas não negligenciável, de inexecução da principal obrigação desses contratos (a duplicação integral da rodovia em cinco anos), de 25%; as demais possuem índices superiores a 50%, conforme avaliação do Tribunal de Contas da União no Acórdão 2195-35/2019-Plenário, de 11 de setembro de 2019. Não por outro motivo, a 3ª Etapa já foi chamada de um “retumbante fracasso” pelo anterior Ministro da Infraestrutura⁶ e motivou a fala de preocupação do atual presidente em solucionar os desequilíbrios constatados.

Considerando a possibilidade de um retorno nesse terceiro mandato do presidente Luis Inácio Lula da Silva de uma política de infraestrutura calcada na participação do Estado como agente de fomento, em particular interessa averiguar a formatação de

³ Os EVTEs para cada lote da 3ª Etapa estão disponíveis no site <http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1169.html>. Acesso em 23 de julho de 2020.

⁴ O fluxo de recursos pode ser visto em <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/recursos-do-tesouro-nacional>. Acesso em 20 de dezembro de 2022.

⁵ Disponível em <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/concessao-da-br-163-mt-tem-transferencia-de-controle-societario>. Acesso em 10 de abril de 2023.

⁶ Disponível em <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/04/26/freitas-fracasso-retumbante-de-concessoes-anteriores-atrasa-leiloes.ghtml>. Acesso em 20 de dezembro de 2022.

projetos com condições de financiamento subsidiadas como solução para viabilidade dos sete lotes de concessões comuns licitadas nos anos de 2013 e 2014. Argumenta-se que a alteração em tais condições de financiamento em um cenário de crise econômica representa um caso de mutação na estratégia regulatória adotada. Essa mutação regulatória, pelo fato de não ter sido acompanhada da preservação das condições essenciais de equilíbrio econômico-financeiro daqueles contratos de concessão, teria dado ensejo a uma falha regulatória.

Essa falha, por sua vez, deve ser aqui entendida como *“uma situação em que o governo intervém motivado, em princípio, pelo objetivo de corrigir uma falha de mercado, e acaba levando as coisas a uma situação ainda pior, seja por inércia, seja pela interveniência de outros objetivos (por exemplo, políticos).”*(CASTELAR e SADDI, 2005, p.285). No caso, as escolhas na formatação do projeto, a mutação e a falha regulatórias podem ter contribuído para que tais contratos tenham se tornado discutivelmente inviáveis ou mesmo irreequilibráveis (BOGOSSIAN, 2018), isto é, contratos cujo pagamento pelo desequilíbrio econômico-financeiro, utilizando-se dos métodos disponíveis contratualmente, torna-se insuficiente ou até inviável (seja por razões de ordem jurídica, política, institucional ou econômico-financeira).

A metodologia utilizada para a elaboração deste trabalho baseou-se em uma revisão da literatura sobre teoria da regulação, com foco na aplicação deste conceito no setor de infraestrutura e, mais especificamente, nas concessões de serviços públicos no Brasil. Para tanto, apoiou-se tanto na literatura econômica (desde obras mais teóricas como a de Oliver Williamson, até trabalhos de orientação mais prática, como os de Gomez-Ibañez, Guasch e Baldwin, Cave e Lodge) quanto em autores da seara do direito, mais especificamente da literatura sobre concessões no Brasil, como Marques Neto, Justen Filho e Garcia, além de autores que trabalham na interseção dos dois campos, como Castelar. Procurou-se com isso utilizar o arcabouço teórico e prático obtido com a revisão bibliográfica no estudo de caso da 3ª Etapa do PROCROFE. Assim, o roteiro a ser seguido nas próximas seções é: a seção 2 se ocupa de explicar a ocorrência de uma mutação na estratégia regulatória ao longo da vigência dos contratos da 3ª Etapa diante de um cenário de crise. A seção 3 conclui com a verificação da falha regulatória decorrente do fato de que a ANTT não fez valer o compromisso, fundamental nas concessões de serviço público, estabelecido em relação à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de tais contratos. Em conclusão na seção 4 procura-se discutir fatores que podem contribuir para evitar os problemas ocorridos na modelagem e regulação desses contratos.

2. A MUTAÇÃO REGULATÓRIA

A alteração de condutas do governo federal e, mais especificamente da ANTT, no caso, pode ser vista como uma hipótese de inconsistência dinâmica. Ela se verifica pelo fato de que o governo federal estabeleceu de modo muito claro a diretriz de política pública para a 3ª Etapa e a ANTT materializou tais diretrizes por meio de determinadas escolhas na modelagem e outorga dos contratos da 3ª Etapa, mas, uma vez assinados os

contratos e iniciada a fase mais intensiva de tais investimentos diante da crise iniciada em 2015, agiu de modo supostamente oportunista, renegando o que havia sido combinado *ex ante*. O oportunismo da ANTT foi, contudo, foi extremamente contraproducente e trouxe, ao fim e ao cabo, prejuízos não somente aos concessionários mas também aos usuários e ao próprio governo com a inviabilização da concessão.

Não se ignora que a descrição ou definição mais tradicional do problema da inconsistência dinâmica parece partir da premissa de que o oportunismo do governo ocorre após a realização dos investimentos pelo parceiro privado em ativos específicos (LEVI e SPILLER, 1994, p. 201; BALDIN, CAVE e LODGE, 2012, p.56). Aqui, como será visto nesta e na próxima seção, os investimentos ainda estavam em via de execução, mas os concessionários já estavam incorrendo em custos pré-operacionais e operacionais nada desprezíveis. E ainda que não tenham completado a fase intensiva de investimentos em duplicação nos anos iniciais das concessões, o governo continuou a exigir tais investimentos a despeito de seu comportamento inconsistente, como visto pela abertura de processos de caducidade para todas as concessionárias, e a aplicação de tal pena em uma delas. Em outros termos, importa para a caracterização do problema o fato de a ANTT ter “mudado as regras durante o jogo” para obter às expensas dos particulares os investimentos em ativos específicos de titularidade pública (GOMEZ-IBAÑEZ, 2003, p.,2) - no caso, principalmente os investimentos para ampliação de capacidade das rodovias concedidas. O fato de ter agido contraditoriamente, com a alteração da estratégia regulatória adotada, antes mesmo da finalização dos investimentos não anula a inconsistência temporal das condutas pré e pós licitatórias por parte do regulador no caso. Desta forma, considera-se aplicável o conceito à hipótese.

De toda sorte, como indicado anteriormente, a concessão dos financiamentos subsidiados por meio dos bancos públicos era elemento chave das modelagens da 3ª Etapa, podendo ser entendida como uma forma de internalização de custos pelo Governo Federal ou mesmo uma concessão de subsídio velado às concessionárias, ambas estratégias regulatórias adotadas na modelagem de tais contratos para viabilizar os projetos considerando as tarifas-teto módicas e os vultosos investimentos a serem realizados. As condições especiais de financiamento foram amplamente divulgadas pelo Governo Federal, garantindo-se manutenção dessa promessa. Vale citar que, em matéria veiculada no jornal “Valor Econômico”, de 10/06/2014, o então Ministro dos Transportes, César Borges, empenhou-se em enviar uma mensagem de tranquilidade aos vencedores das licitações integrantes da 3ª Etapa, assegurando que a concessão dos financiamentos seria viabilizada com ou sem a participação de bancos privados, sendo garantida pelos bancos públicos. Isto é, caso as instituições privadas se recusassem a fazer o repasse de recursos do BNDES com as taxas prometidas (juros subsidiados TJLP + 2%), os bancos públicos tratariam de cumprir esse papel:

“Os compromissos de financiamento serão mantidos integralmente. (...) Quero dar uma garantia de que vamos cumprir exatamente o prometido. Se o [banco]

privado achar que é desinteressante, a operação será feita pelos bancos públicos.”⁷

Em idêntico sentido foi a declaração do então Secretário Executivo do Ministério da Fazenda, Paulo Caffarelli, em 10/06/2014, ao jornal “Estado de São Paulo”: “*Criamos um modelo de financiamento e operação que atende a expectativa dos bancos e das empresas que vão operar.*”⁸ Na mesma reportagem, Caffarelli afirmou, ainda, com letras firmes, que a divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos “*garante que regras não mudarão*”.

Em adição, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, em entrevista concedida por ocasião da inauguração da ampliação do berço 201 do Porto de São Francisco do Sul, em Santa Catarina, divulgada nos jornais “Estado de São Paulo”⁹ e “O Globo”,¹⁰ logo após um dos leilões da 3ª Etapa, enalteceu o deságio induzido pela política de crédito subsidiado declarando, ao ser indagada se estaria seguindo o modelo de concessões de rodovias do *Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB*:¹¹

O modelo, meu querido, é meu. Eu não tenho nenhum conhecimento de nenhum investimento dessa envergadura feito antes do 2003, não tenho nenhum conhecimento disso. Você me mostra onde. (...)

Foi muito importante o tamanho do deságio e também isso produziu uma tarifa de pedágio muito competitiva. É competitiva, vai possibilitar que você faça esse escoamento com um custo menor, o que vai ser uma garantia para todo mundo”.¹²

Ou seja, diversas autoridades se manifestaram publicamente no sentido de garantir que seria respeitado o financiamento oficial subsidiado, para assegurar as características do modelo de concessão estruturado para a 3ª Etapa. Não por outro motivo, a ANTT, como agente do governo federal (principal) e na qualidade de responsável pela implantação de estratégias regulatórias coerentes com a política pública definida pelo governo federal (MARQUES NETO, 2005, p. 81), utilizou as premissas da carta de apoio dos bancos públicos nos EVTEs e Editais da 3ª Etapa¹³ para definir as tarifas-teto dos

⁷ Disponível em <https://www.valor.com.br/brasil/3579364/credito-para-concessoes-de-rodovias-federais-esta-garantido-diz-ministro>. Acesso em 20 de dezembro de 2021.

⁸ Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-divulga-regras-de-credito-para-concessao-de-rodovias-imp-,1509111>.

⁹ Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-modelo-e-meu-diz-dilma-sobre-concessoes-imp-,1101592>

¹⁰ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/o-modelo-meu-diz-dilma-sobre-plano-de-investimentos-no-pais-10898062>

¹¹ Ainda, íntegra da entrevista concedida está disponível no site da Presidência da República, em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/dilma-rousseff/entrevistas/entrevistas/entrevista-concedida-pela-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-apos-cerimonia-de-inauguracao-do-berco-201-e-do-porto-de-sao-francisco-do-sul>

¹² Ainda, íntegra da entrevista concedida está disponível no site da Presidência da República, em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/dilma-rousseff/entrevistas/entrevistas/entrevista-concedida-pela-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-apos-cerimonia-de-inauguracao-do-berco-201-e-do-porto-de-sao-francisco-do-sul>

¹³ Os EVTEs para cada lote da 3ª Etapa estão disponíveis no site <http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1169.html>. Acesso em 23 de julho de 2020.

leilões e na definição do custo de capital a ser considerado na estipulação da Taxa Interna de Retorno (TIR) das concessões.

A TIR é a taxa de desconto aplicada aos “n” valores do saldo do fluxo de caixa (SAMPAIO e GUERRA, 2019, p.37), que torna o valor presente líquido de um fluxo de caixa (com as projeções de receitas e despesas para a toda concessão) igual a zero (GALÍPOLO e HENRIQUES, 2019, p.465). Ela é um critério universalmente aceito para aferir o equilíbrio – e eventual desequilíbrio – econômico-financeiro das concessões, de modo que os parâmetros adotados em seu cálculo ganham grande importância e revelam o caráter não somente econômico mas também político da definição da taxa de retorno em setores regulados, que é, nas palavras de Kahn (1988, p.42), um “ato de economia política”.

Em relação à utilização pela ANTT das premissas da carta de apoio dos bancos públicos na definição das tarifas-teto e das TIRs dos lotes licitados, conforme alerta Coutinho, “a regulação é determinada em parte pelas opções que faz o governo que outorga as concessões” (COUTINHO, 2014, p.90). Tal fato significou que os licitantes se viram forçados a adotar as mesmas premissas (considerando que não havia condições mais favoráveis à época, tão subsidiadas que eram) em relação a capital de terceiros na sua avaliação de custo de capital. Isso não era uma opção, já que tais agentes se inserem em um mercado competitivo. Aquele licitante que não lastreasse seus preços em crédito subsidiado certamente não seria competitivo frente aos demais. Caso tais condições não fossem consideradas na licitação, os proponentes teriam que adotar premissas irreais em suas propostas econômicas, o que faria com que a tarifa de pedágio teto estimada pelo Poder Concedente fosse maior que o valor que efetivamente constou dos editais. Em outros termos, a licitação seria inviabilizada pois, caso os licitantes adotassem outra estrutura de capital que não fundamentada nas premissas de financiamento subsidiado indicadas pela ANTT no EVTE, as módicas tarifas pretendidas jamais seriam atingidas.

Mais especificamente, a ANTT adotou as premissas específicas e fortemente subsidiadas como elemento chave na definição da tarifa teto do edital, conforme se vê do Anexo 4.C - Demonstrativo Financeiro, do Volume 4 dos Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTEs) dos editais da 3ª Etapa, que claramente orienta os licitantes a considerarem as premissas ofertadas na carta de apoio dos bancos públicos

4.3 Premissas de financiamento

O fluxo de caixa de projeto e do acionista foram calculados considerando-se a possibilidade de financiamento., sendo que as premissas adotadas são apresentadas na Tabela 4 a seguir.

Tabela 4 - Premissas gerais de financiamento

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

No entanto, com o eclodir do que seria a maior crise econômica do país até então, as concessionárias não obtiveram os financiamentos nas condições que foram tomadas como pressupostos para a viabilidade dos seus contratos, mesmo quando cumpridos os requisitos que originalmente as habilitariam para tanto. Destaca-se o rebaixamento nacional da nota da dívida de longo prazo em moeda estrangeira pelas agências internacionais de classificação de risco Standard & Poors¹⁴ e Fitch,¹⁵ que também repercutiu na nota de crédito atribuída por essas agências às empresas brasileiras que atuam no setor de infraestrutura rodoviária. Além do rebaixamento, diversos outros eventos também evidenciam esta deterioração acelerada, entre os quais a queda de 3,55% do PIB do Brasil em 2015 e de 3,31% em 2016, acumulando queda aproximada de 7% no biênio – o pior resultado da economia da história do país.¹⁶ Agravou e deixou ainda mais evidente a relevância da crise a retomada mais lenta da economia brasileira que foi e vem sendo verificada. Por exemplo, o PIB cresceu apenas 1,3% em 2017 e 2018 e 1,1% em 2019.¹⁷

Em função da crise, o governo passou a adotar medidas de contingenciamento, que foi particularmente relevante nos bancos públicos: se nos anos anteriores à Concessão o Tesouro Nacional aportava verbas no BNDES para viabilizar a sua função de banco indutor do desenvolvimento nacional a taxa de juros inferior a de mercado, a partir de 2015 houve uma inversão drástica desse fluxo de recursos financeiros (BARBOZA *et al*,

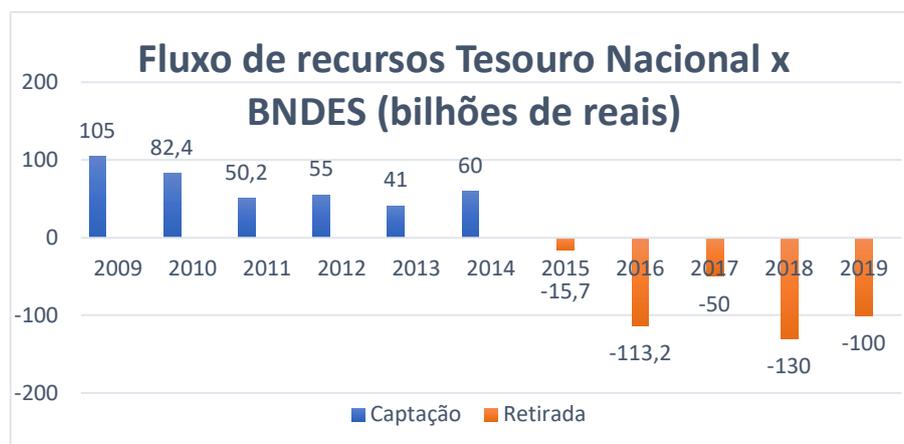
¹⁴ Disponível em: https://www.standardandpoors.com/pt_LA/web/guest/article/-/view/type/HTML/sourceAssetId/1245386849138; <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/standard-and-poors-tira-grau-de-investimento-do-brasil.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2021

¹⁵ Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/05/fitch-volta-rebaixar-nota-do-brasil.html>; e <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/12/fitch-tira-grau-de-investimento-do-brasil.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2021

¹⁶ <http://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2017-03/pib-fecha-2016-com-uma-queda-de-36>; <https://g1.globo.com/economia/noticia/pib-brasileiro-recua-36-em-2016-e-tem-pior-recessao-da-historia.ghtml>. Acesso em 20 de dezembro de 2021

¹⁷ <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27006-pib-cresce-1-1-em-2019-e-fecha-o-ano-em-r-7-3-trilhoes>. Acesso em 20 de dezembro de 2021

2020, p.10), e o Tesouro passou a promover retiradas de recursos do BNDES, como se vê do gráfico abaixo:¹⁸



Também há que se considerar a mudança de orientação e atuação advinda da alteração na gestão dos bancos públicos, ambas decorrentes do processo de impeachment da Ex-Presidente da República, Dilma Rousseff. O processo iniciou-se com a aceitação de denúncia por crime de responsabilidade, em 2 de dezembro de 2015, pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha. Em 17 de abril de 2016, o plenário da Câmara dos Deputados aprovou o relatório da comissão especial de impeachment e enviou o processo ao Senado Federal, que, em 12 de maio de 2016, suspendeu a Presidente do cargo por 180 dias. O impedimento da Presidente foi confirmado em votação no Senado Federal no dia 31 de agosto de 2016, resultando na destituição de Dilma Rousseff do cargo.

Ainda em maio, no início de seu mandato, o então Presidente interino Michel Temer começou um processo de alteração da orientação e da composição das diretorias dos bancos públicos, para que os bancos se ajustassem à nova política econômica e fiscal. Substituíram-se gestores ligados à então Presidente afastada – e alinhados com a política pública que deu os contornos da 3ª Etapa – por gestores comprometidos com a nova política econômica. Assim, ainda no final de maio e no início de junho foram substituídas as presidências e diretorias do BNDES¹⁹, Banco do Brasil²⁰ e da Caixa Econômica Federal.²¹ A alteração na cúpula dos bancos públicos foi acompanhada por uma mudança de postura com relação ao papel dos bancos públicos na política econômica, e significou a frustração das expectativas geradas pelo Poder Concedente nas concessionárias da 3ª Etapa.

¹⁸ <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/recursos-do-tesouro-nacional>. Acesso em 20 de dezembro de 2021.

¹⁹ <http://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2016-06/nova-diretoria-do-bndes-tem-funcionarios-de-carreira-executivos-e-uma>. Acesso em 20 de dezembro de 2021.

²⁰ <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/05/1775136-temer-anuncia-caffarelli-no-bb-e-occhi-na-presidencia-da-caixa.shtml>. Acesso em 20 de dezembro de 2021.

²¹ <http://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/governanca-corporativa/conselho-administracao/Paginas/default.aspx>. Acesso em 20 de dezembro de 2021.

É que, nesse contexto, o BNDES viu-se impossibilitado de cumprir as condições excepcionalmente subsidiadas de financiamento com as quais havia se comprometido por meio da assinatura da Carta de Apoio dos Bancos Públicos. O impacto da deterioração do mercado de crédito, como efeito da crise, no setor de rodovias é apontado pela própria ANTT no Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões, encaminhado pela Diretoria-Geral da ANTT²² ao próprio governo federal (ao na época Ministro dos Transportes), ao Tribunal de Contas da União, Ministério Público Federal, entre outras autoridades e entidades públicas e privadas:

“Com a recessão dos anos 2015-2016, houve uma redução das projeções de tráfego concebidas nos estudos de viabilidade que pautaram os processos licitatórios realizados. A constatação da mudança de patamar do tráfego foi registrada, inclusive, após a liberação dos empréstimos-ponte, atingindo as condições dos financiamentos de longo prazo. Dada a incerteza instaurada, os bancos públicos buscaram proteger-se com alterações nas suas políticas operacionais, de forma a tornar mais rigorosos os requisitos para a liberação das tranches de financiamento. (...)

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

Nas palavras de Guerra e Santos (2019, p.219), “*a estabilidade é essencial em qualquer contrato celebrado a longo prazo, como os contratos de concessão. A manutenção da TIR, nesta seara, torna-se elemento essencial à pactuação; contudo, por muitas vezes, pode confrontar-se com decisões tomadas pelo regulador*”. Houve, nesse sentido, a partir de 2015, uma mudança radical, promovida pelo próprio ente público, na política pública setorial, após a agência reguladora ter estipulado e implementado uma política regulatória setorial específica, calcada em tais financiamentos e definidora, a partir das premissas vigentes no momento da licitação e celebração do contrato, do equilíbrio econômico-financeiro de tais ajustes (como será visto adiante)

Ademais, juridicamente, o ordenamento proscreve que os contratantes adotem comportamentos contraditórios (ainda que ambos os comportamentos sejam em si lícitos), que afetem negativamente a outra parte. Essa teoria, originária do direito civil, é também aplicável à seara administrativa. É vedado, portanto, que a Administração Pública afronte a segurança jurídica na execução contratual. Conforme expõe Alexandre Aragão (2006, p.242), a “*Administração Pública, ao apreciar a existência ou inexistência de fatos relevantes para o exercício de suas diversas competências setoriais*”, não deve emitir “*juízos contraditórios, sob pena de comprometimento da própria realidade do seu sistema*”.

Trata-se de questão intimamente ligada à proteção da boa-fé e da confiança dos administrados, o que é reconhecido pacificamente em âmbito publicístico pela

²² Por meio do Ofício Circular 001/2018/DG/ANTT.

jurisprudência dos tribunais superiores.²³ Conforme já afirmou o STJ, em voto da lavra Min. Ruy Rosado de Aguiar:²⁴

"Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram"

Se tal proteção aplica-se a qualquer ação administrativa,²⁵ com muito mais razão na seara da contratação, especialmente em contratos de concessão, que são acordos incompletos, complexos e relacionais (WILLIAMSON, 1985, pp.71 e 333) de natureza associativa (JUSTEN FILHO, 2003, p. 62) dependendo, portanto, da cooperação entre as partes (FREITAS, 2017, p.115), que pressupõe a consistência de comportamentos entre as partes. Essa confiança, como visto, vinha sendo construída desde antes dos leilões dos lotes da 3ª Etapa, com a definição e garantia pelo governo federal da execução de dada política pública.

A posterior mudança de diretriz, após celebração de contrato que adotou estratégia regulatória de outorga especificamente calcada em uma linha de financiamento é, portanto, passível de caracterização, conforme analisado, como uma mutação regulatória caracterizada pela inconsistência temporal ou dinâmica no comportamento da Administração e, juridicamente, como um indevido comportamento contraditório. Como será detalhado no próximo tópico, ela promoveu a alteração das condições essenciais dos contratos de concessão da 3ª Etapa e, portanto, deveria ser acompanhada do respectivo reequilíbrio econômico-financeiro.

3. A FALHA REGULATÓRIA

O risco de comportamentos inconsistentes e oportunistas de parte de governos contratantes no setor de infraestrutura não é desprezível, como o exemplo da 3ª Etapa parece demonstrar. Mas não se trata de exclusividade brasileira (COUTINHO, 2014, p.90). A literatura internacional é farta em mostrar que, se em um ambiente de desestatização pairar a ameaça de que determinado governo irá agir contraditoriamente na tentativa de obter investimentos privados em ativos específicos seus (tais como

²³ Esse entendimento foi aplicado pelo STJ também, p. ex., nos seguintes julgados: RMS 20572/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Taz, DJe 15/12/2009; REsp 1143216/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09/04/2010. Recurso Repetitivo: Tema 401; STJ, AgRg no REsp 396489/PR, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, Fonte: DJe 26/03/2008; STJ, EDcl no MS 14649 / DF, Rel. Min, Moura Ribeiro, 3ª Seção, DJe 06/03/2014.

²⁴ REsp 141.879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJ 22/02/1998.

²⁵ Por força do artigo 2º, Parágrafo único, IV da Lei de processos administrativos federais, a lei 9.874/99: "Art. 2o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;"

renegociações, reduções tarifárias, ou outras alterações de cláusulas contratuais essenciais, como no caso), muito provavelmente o setor privado irá reduzir consideravelmente sua disposição em investir (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p.56), exigir mecanismos de proteção e garantias (SPILLER, 2008, p.9), suspender investimentos, ou, ao menos, precificar tal risco (GUASCH, 2004, p.8; CARRASCO, PINHO MELO e JOAQUIM, 2014, p 21). Esse governo provavelmente pagará mais caro nos próximos projetos, até o ponto em que o retorno exigido se torne proibitivo, ou então dependerá o governo de “novos investidores ingênuos o suficiente para desconsiderar seu histórico de promessas renegadas” (GOMEZ-IBAÑEZ, 2003, p.3) para obter novas fontes de investimento.

Daí a necessidade de estabelecer compromissos críveis (MUELLER e PEREIRA, 2002, p.67) de que governos não adotarão condutas oportunistas quando investidores se engajarem em contratos de longo prazo e com investimentos vultosos em ativos específicos, como os de concessão. De maneira geral, a delegação para agências reguladoras é vista uma solução para o problema de credibilidade do compromisso (CORREA *et al*, 2016, p. 4; BERTELLI e WHITFORD, 2009, p.517). O agente (regulador), insulado das pressões políticas, garante a terceiros que o principal não irá modificar suas promessas *ex post*, ou que seu efeito será mitigado. Em outros termos, que as “regras do jogo” serão cristalizadas pela entidade regulatória – daí também serem tais compromissos chamados de compromissos regulatórios (COUTINHO, 2014, p.90). A criação de agências reguladoras independentes pode fornecer um nível maior de segurança para investidores, aumentando o nível de recursos empregados e reduzindo o retorno exigido, sem que sejam tolhidos os poderes democráticos competentes para formulação e implementação das funções públicas (MARQUES NETO, 2005, p.84). Assim, essa preocupação oferece uma explicação do porquê de ocorrer a delegação (PRADO, 2016, p.77). Em verdade, no Brasil, a questão da credibilidade do setor público pode ser considerado um dos principais fatores – talvez o principal - para a criação de agências reguladoras no âmbito dos processos de desestatização dos anos noventa (MUELLER e PEREIRA, 2002).

Isso significa que, ao menos em parte, a existência das agências brasileiras se justifica na medida em que consegue evitar as condutas oportunistas por parte do governo, o que não se verificou no caso em análise. Mas como poderia a ANTT tê-lo feito, se não possui qualquer poder de influência sobre a administração direta definidora da política pública, ou mesmo sobre as entidades da administração indireta que serviriam de instrumento de viabilização da política pública originalmente definida pelo governo federal, os bancos públicos?

A chave para a resposta se encontra no conceito de equilíbrio econômico-financeiro de tais contratos, compreendendo, por um lado, os encargos (e riscos) assumidos pelo particular contratado quando da licitação e, por outro, a sua remuneração. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão é um instrumento que ajuda não somente a proteger o investidor mas sem eliminar o campo de ação administrativo. Mais que isso, “*o equilíbrio econômico-financeiro não se dirige ao poder concedente*

nem à concessionária, mas sim à adequada execução das obras e prestação do serviço. Destina-se à preservação do projeto concessionário”(SAMPAIO e GUERRA, 2019, p.35).

Nesse sentido, as condições de financiamento postas como elemento fulcral da modelagem de tais contratos correspondem, para os fins do ordenamento setorial de concessões, como *condições* (essenciais) dos contratos de concessão, que devem ser sempre atendidas para que se considere mantido o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, na forma do artigo 10 da Lei 8.987/95. Elas fazem parte da base objetiva do negócio jurídico (LARENZ, 2002) concessional, que diz respeito aos ao conjunto de circunstâncias fáticas do contrato (SAMPAIO e GUERRA, 2019, p.36), aos aspectos fáticos sobre os quais se funda o consenso (NÓBREGA, 2020, p.122), aos elementos internos ou mesmo externos ao contrato nos quais foi baseada a delimitação de sua inicial equação econômico-financeira, afinal, as concessões não existem no vácuo (SUNDFELD, 2013, p. 26).

Ao tomar tal postura, o governo federal quebrou o equilíbrio econômico-financeiro de tais contratos com seu comportamento contraditório, como visto na seção anterior, o que por si só já seria fundamento suficiente para que a agência reguladora agisse, caso provocada pelos concessionários, para resguardar o equilíbrio econômico-financeiro de tais contratos. E o faria justificada na necessidade de manter o compromisso estabelecido quando dos leilões da 3ª Etapa, incorporado nas modelagens econômico-financeiras de todos os contratos.

Mas ainda que não se considere a responsabilidade do governo federal pela sua inconsistência dinâmica, há de se ter em conta a materialização de um risco contratualmente alocado ao poder concedente. O fato de serem contratos de longo prazo introduz uma inerente incerteza, o que cria riscos. Um dos propósitos fundamentais desses contratos é justamente alocar esses riscos entre as partes, de modo que se possa reduzir os custos *ex post* quando da sua eventual materialização (POSNER e ROSENFELD, 1977, p.88). É que, como visto anteriormente, contratos de longo prazo como os de concessão sofrem com a sua inerente incompletude diante da impossibilidade de prever *ex ante* todas as hipóteses futuras²⁶ e dos altos custos de transação *ex post* que seriam incorridos caso as partes tivessem que lidar caso a caso com cada situação e atribuir responsabilidades entre si (WILLIAMSON, 1985, p.21).

A solução, então, é tentar achar uma incompletude ótima que vai atender aos parâmetros de custo-benefício na atribuição de riscos (NÓBREGA, 2020, p.143), o que pode envolver, por exemplo, a utilização de uma cláusula geral de alocação de riscos a uma das partes, com exceção de uma lista de riscos especificamente alocados à outra fruto de uma reflexão ao menos sobre os principais riscos do projeto (RIBEIRO, 2011, p. 15).

²⁶ E dos altos custos de transação que seriam incorridos caso fosse possível às partes identificar e tratar todas as situações no texto do contrato. No caso dos contratos de concessão, que não são negociados, mas definidos pela ANTT (mediante consultas públicas, auxílio de consultores, etc.) esses custos talvez fossem maiores ainda se comparados aos de uma negociação privada.

É o que acontece nos contratos de concessão da 3ª Etapa, em que a subcláusula 21.1²⁷ determina que, ocorrendo qualquer das hipóteses de incidência da subcláusula 21.2 (que atribui riscos ao poder concedente), tal alocação deverá prevalecer sobre a imputação de todos os demais riscos à concessionária, previstas não somente nos itens da subcláusula 21.1 mas ao longo do contrato.

Dentre os itens da subcláusula 21.2 está a alocação ao poder concedente dos riscos relativos à materialização de caso fortuito ou força maior (subcláusula 21.2.4), conceitos juridicamente intercambiáveis e plasmados no Código Civil (art. 393, parágrafo único) como “*fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*”. Na seara administrativa, são considerados eventos afetos à álea econômica extraordinária, na forma do art. 65, II, d) da Lei nº 8.666/93, reproduzido no artigo 124, II, d) da Lei 14.133/2021, não passíveis de previsibilidade quanto à sua materialização ao longo da execução do contrato.

Elementos centrais para a caracterização de determinado evento como caso fortuito ou força maior – e, portanto, para atribuição do respectivo risco ao poder concedente, segundo a matriz de riscos dos contratos de concessão da 3ª Etapa – são a sua imprevisibilidade, sua irresistibilidade.

No caso, a própria ANTT chegou a reconhecer em relatório apresentado na Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados que a crise econômica e seus impactos na restrição do mercado de crédito de infraestrutura era verdadeiramente irresistível e imprevisível à época dos leilões da 3ª Etapa (considerada, mediante avaliação estatística, hipótese com menos de 0,27% de probabilidade de ocorrência):

“O Brasil enfrentou uma das piores crises econômicas de sua história no período 2015/2016, ao registrar dois anos seguidos de quedas severas no seu Produto Interno Bruto (PIB) real. Tal situação é somente comparável à vivida nos anos 1930-1931, único momento da história em que o mesmo fenômeno de quedas sucessivas foi experimentado. Os números da recente recessão são expressivos, com quedas de 3,8% e 3,6% (acumulando 7,2% em dois anos). (...)

Considerando a série histórica de crescimento do PIB real de 1994 a 2013, ano em que foram arrematadas as concessões da terceira fase da 3ª Etapa de concessões rodoviárias, *verifica-se que as taxas de crescimento dos anos de 2015 e 2016 estão fora de 99,73% dos casos esperados, considerando a distância superior a três desvios-padrão* em uma distribuição de probabilidades semelhante à normal. O mesmo fenômeno pode ser verificado se considerado o período de 1994 a 2007, ano em que ocorreram os leilões da 2ª etapa de concessões federais.

Essas inferências estatísticas apontam para uma forte imprevisibilidade da recessão econômica vivida entre 2015 e 2016. Quando se toma por base a série histórica desde a estabilização da economia brasileira decorrente do Plano Real evidencia-se a impossibilidade de se prever quedas nesse patamar daqueles que assumiram concessões de rodovias federais nesse período. Mesmo nos cenários mais pessimistas que poderiam balizar as propostas econômicas ofertadas nos leilões de rodovias, é pouco provável que se considerasse hipóteses com menos de 0,27% de probabilidade de ocorrência. (...)

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

Primeiramente, resta evidenciada a incapacidade – tanto do Poder Concedente quanto das Concessionárias – de se prever a queda do PIB nos patamares verificados no Brasil nos anos de 2015 e 2016. A inferência estatística demonstra que, diante de uma distribuição normal, a probabilidade de uma ocorrência de mais de 3% de queda na atividade econômica em um ano era menos de 1% quando da realização dos leilões da 2ª e 3ª etapas. Tal consideração não pode ser feita, contudo, para os ingressantes na 1ª etapa, tendo em vista o contexto de instabilidade macroeconômica ao qual estavam submetidos ao formularem suas propostas. (...)

Um forte agravante sobre a capacidade de execução das concessionárias foi o efeito da crise sobre as condições de financiamento ofertadas pelos bancos públicos. O enrijecimento das políticas operacionais desses bancos tornou a obtenção de crédito mais restrita e dispendiosa, inviabilizando o planejamento de execução previamente traçado. (...)

A consequência desses graves eventos ligados à crise econômica foi a quebra da base objetiva da concessão, conforme já reconhecido na doutrina por Flávio Amaral Garcia (2016, p.116):

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

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

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

De todo o modo, independentemente tem-se que a grave crise econômica, as mudanças de política pública do Poder Concedente para o setor de infraestrutura, parando de aportar recursos nos bancos públicos e passando a fazer a retirada de recursos de tais entidades financiadoras, e a consequente impossibilidade de obtenção do financiamento prometido pelos bancos públicos correspondem a eventos afetos à álea econômica extraordinária, como caso fortuito ou força maior. Sendo este um risco atribuído ao poder concedente, nos termos da subcláusula 21.2.4 dos contratos de concessão, seria devido o reequilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos da 3ª Etapa.

Contudo, a ANTT optou por negar os pleitos formulados pelas concessionárias sob o fundamento de que o contrato de concessão teria alocado os riscos de financiamento aos concessionários. Ignorou portanto que a subcláusula 21.1 determina que, ocorridas as hipóteses de incidência de riscos alocados ao poder concedente na subcláusula 21.2, elas excetam a atribuição de todos os demais riscos da concessão à concessionária, quer tenham sido eles alocados de modo geral, quer tenham sido eles alocados de modo específico à concessionária. Do mesmo modo, rechaçou as alegações das concessionárias em relação à inconsistência temporal dos comportamentos da administração pública

federal. Isso talvez ajude a explicar o fato de todas as concessionárias litigarem em âmbito arbitral contra a ANTT,²⁸ o que para contratos relacionais (FREITAS, 2017, p.115) significa um evidente desgaste na sua relação diária com o regulador, em prejuízo da própria concessão.

4. CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo investigar razões que levaram à inviabilização dos contratos de concessão rodoviária da 3ª Etapa, mais especificamente averiguar a ocorrência de uma mutação e de uma falha regulatória na modelagem e gestão de tais contratos. A mutação regulatória foi verificada na implementação e posterior abandono das estratégias inicialmente adotadas pela ANTT para implementar os objetivos da política pública setorial definidos pelo governo federal, que desejava vultosos investimentos e tarifas bastante módicas nos lotes da 3ª Etapa. Para dar cabo a tal política pública, a agência adotou como premissa fundamental de tais contratos (tanto em relação à definição da tarifa teto nos leilões quanto para determinação da TIR, que é o parâmetro de equilíbrio econômico-financeiro) um custo de capital que considerava os financiamentos especificamente ofertados pelos bancos públicos federais para a 3ª Etapa. Contudo, ao eclodir a crise em 2014 e 2015, a ANTT deixou de considerar tais premissas como condições essenciais para a viabilidade e equilíbrio econômico-financeiro de tais concessões (na linha e para os fins do artigo 10 da lei de concessões)

As razões pelas quais a ANTT se furtou a realizar os reequilíbrios são pauta para investigações futuras, mas é possível brevemente cogitar alguns elementos da arquitetura institucional brasileira que demonstram um desalinhamento de forças nas concessões, tais como (i) o fato de a ANTT atuar não somente como reguladora (posicionada de forma equidistante e como mediadora dos interesses do titular do serviço público, das concessionárias e dos usuários) mas figurando no papel de próprio poder concedente representando o ente público titular do serviço, o que é inclusive objeto de crítica de parte da doutrina (GARCIA, 2019, p.77); (ii) a direção das agências é formada em sua esmagadora maioria por quadros advindos da própria Administração Pública (SALAMA e BARRIONUEVO, 2016); (iii) o corpo jurídico da agência é usualmente composto de integrantes do corpo jurídico do ente público titular do serviço, e está subordinado aos seus entendimentos,²⁹ que são naturalmente protetivos do erário; e (iv) a postura dos órgãos de controle exigindo do regulador medidas que veiculem a aplicação de conceitos de economicidade e modicidade tarifária, seja previamente aos procedimentos regulatórios seja atuando como um supra-regulador, revisando as decisões das entidades regulatórias (JORDÃO e RIBEIRO, 2017, p.193). No caso específico da ANTT, há

²⁸ Procedimentos na Câmara de Comércio Internacional: MGO X ANTT, procedimento 23238 (Protocolo: 22.11.17); GALVÃO BR-153 x ANTT, UNIÃO, procedimento 23433 (Protocolo: 16.02.18); VIA 040 x ANTT, procedimento 23932 (Protocolo: 18.09.18); CONCEBRA x ANTT procedimento 24595 (Protocolo: 04.07.19); CRO x ANTT, procedimento 23960 (Protocolo: 1º.10.19); MS VIA x ANTT, UNIÃO procedimento 24957 (Protocolo: 11.12.19).

²⁹ Cf. Art 40§1º da Lei Complementar 73/1993

recomendação expressa do TCU para que a agência “9.3.3. *sempre que possível, restrinja os pedidos de reequilíbrio do concessionário*”.³⁰

De toda sorte, a ANTT não se furtou apenas a reequilibrar os contratos de concessão, não tendo sido essa a única violação ao seu papel de fiadora do compromisso crível debatido anteriormente. A agência também permaneceu inerte por um longo período sem dar qualquer solução aos contratos em processo de inviabilização, com progressivos prejuízos ao próprio serviço público delegado e, portanto, aos usuários. A hipótese mais cogitada para a postergação ou mesmo paralisação na tomada de decisões relevantes por agentes é o fenômeno conhecido como “apagão das canetas”,³¹ pelo qual se verifica uma paralisia na gestão pública em decorrência do receio dos agentes públicos de eventual punição pelos órgãos de controle.

Seja qual for a razão, nada fez a ANTT por anos mesmo após terem sido editadas normas destinadas a “dar conforto”, no jargão do setor público, para que reguladores tomassem as decisões necessárias a viabilizar a retomada dos investimentos em infraestrutura rodoviária. São elas a MP 752, posteriormente convertida na Lei 13.448/2017, que trouxe o instituto da relicitação, criando forma de devolução amigável de concessões, e a MP 800 que previu expressamente a possibilidade de reprogramação de investimentos no setor rodoviário e que teria permitido a continuidade das concessões com a suavização da curva de investimentos em duplicação sem os custos de transação de nova licitação.

Note-se que a MP 752 foi editada em 2016, convertida em lei em 2017 e somente em 2020 a ANTT decidiu aprovar alguns dos pleitos de relicitação, que haviam sido formalizados logo nos primeiros dias de vigência das respectivas normas. Seis anos após a conversão da MP 752 em lei, nenhuma relicitação de concessão rodoviária foi efetivada até o momento.

Assim, a falha da ANTT se deu em não fazer valer seu papel de fiadora do compromisso regulatório que justifica a própria existência da agência, ao não atuar para mitigar os efeitos da inconsistência dinâmica no comportamento do governo federal e da sua própria mutação regulatória, seja rejeitando os pleitos de reequilíbrio dos contratos de concessão com fundamento no comportamento contraditório do poder concedente, na materialização de riscos contratualmente alocados ao poder público, seja ainda ao permanecer inerte durante anos e não viabilizar soluções para a retomada dos investimentos nas concessões.

5. BIBLIOGRAFIA

³⁰ AC-2195-35/19-Plenário. TC 012.263/2019-2. Data da Sessão: 11/9/2019

³¹ Cf. <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>; <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/11/19/nova-lei-da-prazo-ao-tcu-e-busca-atenuar-apagao-das-canetas.ghtml>. Acesso em 28 de julho de 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2006.

BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. **Understanding Regulation**. Oxford: OUP, 2012

BARBOZA, Ricardo de Menezes *et al.* **O que aprendemos sobre o BNDES?**. Rio de Janeiro: BNDES. Textos para discussão, n 149, julho de 2020.

BERTELLI, Anthony M. e WHITFORD, Andrew. Perceiving Credible Commitments: How Independent Regulators Shape Elite Perceptions of Regulatory Quality. **British Journal of Political Science**. 2009, v39, 517-537. doi: 10.1017/S0007123409000623,

BOGOSSIAN, Andre Martins. O poder-dever de renegociação dos contratos irreequilibráveis de concessão comum e PPP. **Revista dos Contratos Públicos**. V.7, n. 13, mar/ago 2018

CAGGIANO, Heloisa Conrado. **Fomento público financeiro: do planejamento à governança**. São Paulo: Almedina, 2021.

CARRASCO, Vinicius.; PINHO MELLO, João Manoel.; JOAQUIM, Gustavo. Risco Regulatório no Brasil: teoria e mensuração. *In*: CASTELAR, ARMANDO.; FRISCHTAK, Cláudio. (Orgs.). **Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. v. 1.

CASTELAR, Armando e RIBEIRO, Leonardo. **Regulação das Ferrovias**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017

CASTELAR, Armando, SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.285

CORREA, Paulo *et al.* **Regulatory Governance in Infrastructure Industries Assessment and Measurement of Brazilian Regulators**. Trends and Policy options n.3. Washington, DC: The World Bank, 2016.

COUTINHO, Diogo. **Direito e Economia Política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessões de Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017

GALÍPOLO, Gabriel Muricca. HENRIQUES, Ewerton de Souza. “Rentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro do contrato.” *in* MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do Equilíbrio econômico-financeiro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

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

GARCIA, Flavio Amaral. **Concessões, Parcerias e Regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

GOMEZ-IBÁÑEZ, José. **Regulating Infrastructure: Monopoly, contracts and discretion**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, pp.2-3

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

GUERRA, Sérgio; SANTOS, José Marinho Séves. “Mutação Regulatória e Equilíbrio Econômico-Financeiro – Caso ARTESP – TAM: Processo n  1040986-29.2014.8.26.0053, TJSP”, *in* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regula o: Estudo de Casos da Jurisprudência Brasileira – A Convivência dos Tribunais e órgãos de Controle com Agências Reguladoras, Autoridade da Concorrência e Livre Iniciativa**, 2^a edi o, Belo Horizonte, Fórum, 2021.

JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Mauricio Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 3, 1, 2017.

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

KAHN, Alfred. **The Economics of Regulation: Principles and Institutions**. vol I. Cambridge: MIT Press, 1988,

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. Carlos Fernández Rodriguez. Granada. Editorial Comares, 2002

LEVI, Bruno, SPILLER, Pablo. The institutional foundations of regulatory commitment: A comparative analysis of telecommunications regulation. **The Journal of Law, Economics, and Organization** n. 10, 1994, 201–246;

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes – fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O Fomento como Instrumento de Intervens o Estatal na Ordem Econômica *in* **Revista de Direito Público da Economia**, volume 32, Belo Horizonte, Fórum, 2010

MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. Credibility and the Design of Regulatory Agencies in Brazil. **Brazilian Journal of Political Economy**, vol. 22, n  3, July-September/2002

NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia da Infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

POSNER, Richard e ROSENFELD, Andrew. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis. **The Journal of Legal Studies** Vol. 6, No. 1 (Jan., 1977).

PRADO, Mariana Mota. Uma perspectiva comparada da teoria do domínio presidencial: a relação entre o poder executivo e as agências reguladoras no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. vol. 3, n. 2, jul 2016.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (coords.). **Nomeação de dirigentes de agências reguladoras: um estudo descritivo**. São Paulo: FGV, 2016.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; GUERRA, Sérgio. “Concessões de serviços públicos e o tempo: Aspectos relevantes sobre o impacto da variável “prazo” para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro in BARBOSA, Fernando de Holanda, GUERRA, Sérgio e SAMPAIO Patrícia Regina Pinheiro. **Equilíbrio financeiro em projetos de infraestrutura e a TIR flexível**. Rio de Janeiro : FGV Projetos, 2019

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Contratual**. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 (Coleção Pareceres),

SPILLER, Pablo T, **An institutional theory of public contracts: Regulatory implications**, Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2008.

WILLIAMSON, Oliver. **Economics Institutions of Capitalism**. New York. Free Press, 1985,