

A Agência Nacional de Transportes Terrestres e o reequilíbrio de contratos de concessão frente a prejuízos decorrentes da pandemia

Resumo

O objetivo deste trabalho é analisar a alocação de riscos advindos da pandemia de COVID-19 nos contratos de concessão de rodovias federais sob responsabilidade da Agência Nacional de Transportes Terrestres. Para isso, serão avaliadas as disposições contratuais acerca da alocação de responsabilidade por riscos relacionados a força maior ou caso fortuito nas etapas do PROCROFE, assim como a Resolução-ANTT nº 5.954, de 4 de novembro de 2021, que estabeleceu metodologia para cálculo dos impactos causados pela pandemia de coronavírus e para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em razão desse evento extraordinário. Isso posto, far-se-ão considerações a respeito dos procedimentos de participação pública que resultaram na mencionada Resolução e das críticas realizadas em face da metodologia adotada pela Agência. Por fim, demonstrar-se-á que, apesar de ter reconhecido a pandemia como evento extraordinário cujo risco era alocado ao Poder Concedente, a ANTT deixou de avançar sobre importantes impactos sofridos pelas concessionárias em relação à pandemia – notadamente o incremento nos custos dos insumos –, além de ainda não ter implementado o cálculo individual do desequilíbrio em cada concessão e, conseqüentemente, postergou a revisão tarifária necessária para recompor as concessionárias.

Palavras-chave: Alocação de riscos, pandemia, COVID-19, concessões rodoviárias federais, PROCROFE, Resolução ANTT nº 5.954/2021.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the allocation of risks arising from the COVID-19 pandemic in federal highway concession contracts under the responsibility of the National Authority for Terrestrial Transport (ANTT). In order to convey this analysis, the following legal documents were analyzed: the contractual provisions regarding the allocation of responsibility for risks related to force majeure or unforeseeable circumstances in the PROCROFE stages and ANTT's Normative Resolution n. 5.954, of November 4th, 2021, which established a methodology for calculating the impacts caused by the coronavirus pandemic and restoring the economic and financial balance due to this extraordinary event. That said, considerations will be made regarding the public participation procedures that resulted in the aforementioned

Normative Resolution as well as regarding the criticisms made in view of the methodology adopted by the ANTT. Finally, it will be shown that, despite having recognized the pandemic as an extraordinary event whose risk was allocated to the Granting Authority, ANTT failed to address on important impacts withstood by concessionaires in relation to the pandemic – notably the increase in input costs. Moreover, ANTT has not yet implemented the individual calculation of the imbalance in each concession and, consequently, has postponed the tariff review necessary to restore the concessionaires.

Keywords: Risk allocation, pandemic, COVID-19, federal highway concessions, PROCROFE, ANTT Normative Resolution n. 5.954.

1. Introdução.

O objeto do presente trabalho é analisar o ambiente regulatório da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) frente aos efeitos da pandemia de COVID-19, especialmente do ponto de vista da distribuição de riscos em contratos de concessão de rodovias federais e da criação de regras para apuração dos valores de desequilíbrio econômico-financeiro.

Com efeito, dentre outras medidas, a Agência Reguladora reconheceu que esse evento faria parte da álea extraordinária dos contratos e, assim, que seus impactos deveriam ser apurados para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Para isso, em 09 de novembro de 2021, promoveu-se a edição da Resolução-ANTT nº 5.954/2021,¹ que estabeleceu a metodologia para o cálculo dos impactos causados pela pandemia de COVID-19 no ano de 2020 e para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no âmbito dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária federal.

Não obstante os avanços que esse normativo permitiu no debate sobre os impactos extraordinários da pandemia, há certas críticas e questionamentos que, juntamente com a implementação da mencionada metodologia, ainda não foram endereçados pela Agência Reguladora. Justamente por esse motivo e pelo atual panorama do marco regulatório da ANTT, avalia-se como pertinente a abordagem da temática do reequilíbrio de contratos de concessão frente a prejuízos decorrentes da pandemia de COVID-19.

¹ Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-5.954-de-4-de-novembro-de-2021-357356463>>. Acesso em: 12/02/2022.

Dessa forma, a partir do exame dos contratos de concessões, dos registros de sessões de participação social e de outros documentos oficiais da Agência Reguladora, este trabalho analisará quais foram as iniciativas adotadas pela ANTT para enfrentar os impactos decorrentes da pandemia – risco alocado ao Poder Concedente – e para preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Feito isso, serão apresentadas considerações a respeito das principais críticas à metodologia eleita para a recomposição desse desequilíbrio e à situação atual do marco regulatório da Agência em relação aos impactos da pandemia de COVID-19. Ao final, levantar-se-á questionamento sobre o que se fez da metodologia de recomposição para esse evento específico, assim como quais seriam as medidas que poderiam – e ainda podem – ser adotadas para tentar mitigar e recompor os custos extraordinários sofridos pelas concessionárias de rodovias federais.

2. Pandemia de COVID-19 e distribuição de riscos nos contratos de concessão.

As providências utilizadas por gestores públicos para combater a pandemia de COVID-19, reconhecida no Brasil como estado de calamidade pública em março de 2020 pelo Decreto Legislativo nº 6/2020, resultaram em restrições, paralisações de atividades e *lockdown* que afetaram as atividades do setor de infraestrutura em geral. Tais medidas impactaram seriamente o fluxo de tráfego nas rodovias (ABDIB, 2020) e, com a escalada do dólar e escassez de matéria prima no mercado interno e externo, trouxeram expressivo aumento nos preços de insumos que seriam utilizados para execução das obras e dos serviços necessários à construção, à operação e à manutenção de rodovias (FIEPE, 2020).

Em meio a esse quadro, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura realizou exercício de alocação de riscos em contratos e publicou o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. Esse documento empreendeu análise acerca dos efeitos jurídicos da pandemia sobre os contratos de concessão de infraestrutura de transporte e, feito isso, formulou entendimento no sentido de que a disseminação do SARS-CoV-2, assim como os seus efeitos, não poderia ter sido prevista ou evitada pelas concessionárias exploradoras da infraestrutura de transportes no Brasil, tratando-se, portanto, de risco extraordinário a ser suportado pelo Poder Concedente (MINFRA, 2020).

Isto é, o referido documento apresentou conclusão no sentido de que as concessionárias de infraestrutura de transportes possuem “direito ao reequilíbrio de seus contratos quando ocorrerem eventos supervenientes à apresentação de suas propostas cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente e tenham impactado de forma significativa suas receitas ou

despesas”, sendo a pandemia de COVID-19 evento de “força maior” ou “caso fortuito”, que caracteriza “álea extraordinária” para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio dos contratos de concessão (MINFRA, 2020).

Contudo, foram ressaltados os casos em que exista previsão contratual com alocação de riscos diferente da divisão tradicional e em que a pandemia não teve impacto significativo nas receitas/despesas do concessionário.

A partir dessa constatação, torna-se necessária breve digressão a respeito da definição específica dos mencionados conceitos – “força maior”, “caso fortuito” e “álea extraordinária” –, ainda que esses possam ser interpretados de diferentes formas pela jurisprudência e pela doutrina.

2.1. Caso fortuito, força maior e evento incluído na álea extraordinária.

De um lado, entende-se como evento de “força maior” ou “caso fortuito” aquelas situações que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, resultam na impossibilidade intransponível de normal execução contratual pelas partes (MEIRELLES e FILHO, 2016, p. 268-269). Nessa linha, Odete Medauar explica que “caso fortuito” se traduz em determinado acidente ou falha material, técnica ou humana, sem ciência precisa do motivo; e que “força maior” seria correspondente a irresistível fato da natureza (MEDAUAR, 2018, pp. 371-372).

De outro lado, a “álea extraordinária” abarca circunstâncias imprevisíveis à época de celebração do contrato, mas que modificam profundamente seu equilíbrio econômico-financeiro, dificultando sobremaneira sua execução e trazendo *déficit* ao contratado (MEDAUAR, 2018, pp. 225-226).

A expressão “álea extraordinária”, segundo Carlos Ari Sundfeld, tende a ser empregada pela doutrina para designar justamente esses fatores de influência no equilíbrio contratual que não são suportados pelo contratado (SUNDFELD, 2013, p. 46). Já a álea ordinária designa todos os riscos assumidos contratualmente pelo particular (SUNDFELD, 2013, p. 46).

Ao que importa para a análise da pandemia de COVID-19 como evento de álea extraordinária, entende-se que os prejuízos decorrentes de situações anômalas, excepcionais e imprevisíveis que afetam de maneira significativa o equilíbrio da equação econômico-financeira seriam apurados com base na chamada “teoria da imprevisão” (BANDEIRA DE MELLO, 2009).

Integram a álea extraordinária os eventos tidos como inevitáveis e imprevisíveis pelas partes, e cujos impactos na execução contratual eram incalculáveis à época da contratação.

Logo, integram a álea econômica extraordinária os eventos que “fogem às circunstâncias ordinárias de execução do objeto contratual, onerando excessivamente uma das partes contratuais” (COUTINHO, 2020).

A própria ANTT reconheceu as consequências jurídicas da pandemia nas concessões rodoviárias ao produzir a Nota Técnica SEI nº 635/2021/GEGEF/SUROD/DIR (ANTT, 2021-C), por meio da qual ratificou a conclusão do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. No entanto, indicou que, independentemente da metodologia única, o reequilíbrio deveria ser analisado caso a caso, inclusive considerando as disposições contratuais específicas:

143. A Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura, em consulta em tese formulada pela Pasta, abordou o tema dos efeitos jurídicos da pandemia causada pela disseminação do novo coronavírus sobre os contratos de concessão de infraestrutura de transportes no Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, de forma mais geral, e concluiu que a pandemia pode ser classificada como evento de “força maior” ou “caso fortuito”, ou mesmo que as medidas de restrição ou suspensão de atividades econômicas, realizadas em decorrência do coronavírus, poderiam eventualmente ser classificadas como “fato do príncipe”. Na prática, não haveria grande relevância nessa distinção, pois em regra suas consequências jurídicas seriam as mesmas.

144. De acordo com o Parecer e no entendimento da SUROD, independente da metodologia única, o reequilíbrio deverá ser analisado caso a caso, inclusive considerando o disposto em cada contrato sobre o tratamento de caso fortuito e força maior. Posto isso, é importante destacar que resta pendente a análise da Procuradoria Federal junto à ANTT (PF-ANTT) da aplicação do reequilíbrio em questão no âmbito dos contratos de concessão rodoviária federal, sob gestão desta Agência, em específico sobre o caso da CRT.

Soma-se a essas considerações a jurisprudência do STJ acerca da admissão da pandemia de COVID-19 como evento extraordinário capaz de ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão. Nesse sentido, cita-se a Suspensão de Liminar em Sentença (SLS) nº 0091341-55.2020.3.00.0000, em que, restando demonstrada a perda de receita decorrente da redução do número de usuários do transporte público naquele caso concreto, o Ministro João Otávio de Noronha indicou a alteração das condições efetivas da proposta do contrato pela pandemia e, conseqüentemente, a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro daquele instrumento contratual. Vejamos:

Na espécie, foram comprovados os efeitos deletérios da decisão liminar impugnada, sobretudo no que se refere à ordem e à segurança públicas na prestação do serviço de transporte público à coletividade do Município de Araruama e às finanças da municipalidade. Com efeito, em razão da pandemia, registra-se em todo o território nacional acentuada redução do número de pessoas que fazem uso do transporte público, o que implica imediata e brutal queda da receita aferida pelas concessionárias, de modo que proibir a readequação da logística referente à prestação do referido

serviço público implicará desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, passivo que poderá eventualmente ser cobrado do próprio erário municipal. Ademais, é inquestionável o interesse público envolvido na necessidade de resguardar a continuidade e a qualidade da prestação de serviço essencial à população, o que, neste momento, depende da capacidade da empresa concessionária de reorganizar de forma eficaz a execução de percursos e horários, resguardado o interesse dos usuários do serviço público em questão.

(STJ, SLS nº 0091341-55.2020.3.00.0000-DF. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Data de Publicação: 28/04/2020)

Diante dessas considerações, percebe-se, que, embora evidente o enquadramento da pandemia de COVID-19 como evento de força maior ou caso fortuito, disposto na álea extraordinária para fins da teoria da imprevisão, há condicionante para a promoção de reequilíbrio econômico-financeiro: a distribuição de riscos entre o Poder Concedente e a concessionária deve possibilitar que tais eventos sejam atribuídos à Administração Pública.

2.2. Distribuição dos riscos relacionados à força maior ou ao caso fortuito nas quatro etapas do PROCROFE.

No caso das concessões rodoviárias, verifica-se, nas diferentes etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE), um cenário de relativa uniformidade na distribuição de riscos relacionados à força maior ou ao caso fortuito.

Em geral, na 1ª e na 2ª Etapas, com exceção da concessão do trecho BR-116/324/BA, prevê-se a ocorrência de revisão da Tarifa Básica de Pedágio para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato sempre que forem verificadas ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato da Administração ou interferências imprevistas, inclusive alterações legislativas que resultem em incremento extraordinário nos custos da concessionária.

Já no caso da concessão do trecho BR-116/324/BA e nas concessões da 3ª Etapa do PROCROFE, houve adoção de matriz de riscos mais sistematizada em que se alocava ao Poder Concedente a responsabilidade por caso fortuito ou força maior “que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência”, sendo que, nesse caso, poderia ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, nos contratos de concessão da 4ª Etapa, manteve-se a disposição contratual da 3ª Etapa, mas se acrescentou a indicação de que seria alocada a responsabilidade pelo caso fortuito ou força maior desde que esse não fosse segurável no Brasil, “no momento da contratação/renovação da apólice por, no mínimo, duas seguradoras”.

Logo, havendo previsão expressa nos contratos de concessão de rodovias federais pela alocação ao Poder Concedente dos riscos decorrentes de ocorrências enquadradas na álea extraordinária, a ANTT realizou em 2021 os estudos para o desenvolvimento de metodologia capaz de calcular o valor do desequilíbrio decorrente da pandemia de COVID-19 em cada concessão e, assim, promover a sua recomposição.

3. Resolução-ANTT nº 5.954/2021 como proposta de solução inicial, mas não definitiva.

Acerca dos esforços da ANTT e das concessionárias para apuração dos impactos decorrentes da pandemia, torna-se importante avaliar as razões e justificativas apresentadas na Audiência Pública nº 3/2021 e na Reunião Participativa nº 4/2021, as quais resultaram na redação aprovada pela Diretoria Colegiada da Agência para a Resolução-ANTT nº 5.954/2021.

Ocorrida em 6 de maio de 2021, a Audiência Pública nº 3/2021 recebeu contribuições e sugestões ao processo de elaboração da metodologia para o cálculo dos mencionados impactos aos contratos de concessão da ANTT. Também abarcou a discussão sobre a forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro referente aos eventos extraordinários.

Dentre os pronunciamentos elaborados pela Agência para instruir os trabalhos da Audiência Pública, destaca-se a respectiva Análise de Impacto Regulatório (AIR), posteriormente ratificada pelo Voto DEM nº 18/2021 (ANTT, 2021-D), na qual foi indicado que, ao menos naquele momento, o Brasil seria o único país que utilizou a perda de receitas em decorrência da pandemia como justificativa para promover reequilíbrio contratual tarifário. Documentos acostados na referida análise apontavam que, com essa solução, as concessões rodoviárias demorariam, pelo menos, um ano para se recuperar do impacto financeiro no pós-pandemia.

Essa AIR, inclusive, concluiu que seria necessário reequilibrar os efeitos da pandemia porque, nos termos mencionados na referida Audiência Pública: (i) “não era possível prever uma pandemia na data de assinatura do contrato”; (ii) “a variação de tráfego foi muito grande”; (iii) a Agência “não [teria] dimensão da duração da pandemia”; (iv) a ANTT “não flexibilizou os parâmetros de desempenho e obrigações contratuais no período”; e (v) “o serviço [seria] considerado essencial para manter o abastecimento de bens e os deslocamentos de pessoas” (ANTT, 2021-C).

Assim, reconhecendo que as causas do desequilíbrio contratual decorriam em essência dos impactos da pandemia de COVID-19 – como a restrição de circulação e a necessidade de se garantir a manutenção e o abastecimento da rodovia –, ressaltou-se a conclusão de que,

dentro das particularidades de cada contrato, deveria haver análise específica para identificação dos impactos e do desequilíbrio em questão.

Foi com base nessas conclusões que o texto levado à Audiência Pública nº 3/2021 estabelecia que (i) o período de reequilíbrio se limitaria ao período de março de 2020 até dezembro de 2021, (ii) a perda de receita tarifária seria considerada para cálculo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; e (iii) o cálculo apenas consideraria a diferença entre o tráfego mensal hipotético que se teria caso a pandemia não ocorresse e o tráfego real observado, considerando como relevantes as variações dentro de um “nível de significância” de 5% (cinco por cento), verificada a cada mês, para o total das praças de pedágio.

Em razão dessa redação, após a sessão pública, foram apresentadas diversas contribuições pelas entidades do setor, notadamente para apontar “erro material” cometido pela Agência ao estabelecer critério no qual apenas seriam consideradas como relevantes as variações de perda de receita tarifária que excedessem o desvio-padrão de 5% (cinco por cento).

Confrontada pelas contribuições e questionamentos dos interessados, a ANTT apontou que a metodologia proposta não seria uma “banda fixa”, mas sim uma análise probabilística com o objetivo de identificar a variação extraordinária do tráfego em cada concessão.

Para colocar em outros termos, a maior parte dos interessados e representantes do setor havia criticado o fato de se estabelecer uma “banda” dentro da qual eventual custo seria considerado como ordinário, sendo que, na prática, todo impacto decorrente da pandemia – risco alocado ao Poder Concedente – deveria ser contabilizado como desequilíbrio.

Outro resultado interessante na construção da metodologia foi a análise acerca da oscilação nos valores de insumos, movimentados essencialmente pela alta do dólar frente ao real. Com efeito, naquela oportunidade, indicou-se que seriam consideradas pela ANTT as variações em prejuízo das concessionárias como fatores a serem calculados no reequilíbrio, conforme trecho abaixo de Despacho elaborado pela Gerência de Fiscalização e Investimentos de Rodovias (ANTT, 2021-B):

Ainda assim, ressaltamos que eventual redução dos custos para a prestação dos referidos serviços devem ser sopesados por fatores como o custo unitário dos insumos que contemplam a formação do preço de cada elemento. Nesse cenário, resta claro que houve durante o período da pandemia aumento do custo de diversos insumos que pesam na cesta de custos das concessionárias, tais como o cimento asfáltico, aço (matéria prima das defensas metálicas), combustíveis, insumos médicos, dentre outros, o que tenderia a reduzir significativamente eventual economia de custos operacionais que porventura tenha ocorrido em função da redução do tráfego.

(...)

Diante do exposto acima, entendemos que os custos operacionais dos elementos da rodovia foram impactados por diversos eventos não controlados pela fiscalização da ANTT que reduziram ou aumentaram os custos operacionais das concessionárias,

havendo fortes indicativo que caso tenha havido redução, estes não tenham sido tão relevantes frente ao aumento dos insumos necessários para as concessionárias executarem os investimentos necessários para manutenção dos parâmetros de desempenho.

Finalizada a rodada de participação pública, a Agência deu seguimento na análise dos subsídios recebidos e, no dia 20 de setembro de 2021, promoveu a Reunião Participativa nº 4/2021, com entes do setor, por meio da qual apresentou e colocou em discussão a nova minuta do normativo acerca da possibilidade de reequilíbrio dos contratos de concessões rodoviárias quanto a impactos causados pela pandemia de COVID-19.

Não obstante a abrangência da primeira minuta da resolução que foi divulgada, houve mudanças fundamentais no texto discutido durante a Audiência Pública nº 3/2021. Dentre elas, destaca-se a alteração do recorte temporal para a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro – ajuste da data final de dezembro de 2021 para dezembro de 2020 – e a desconsideração da variação dos preços dos insumos para o cálculo do desequilíbrio sofrido pelas concessionárias.

Sobre o primeiro ponto – redução do recorte temporal –, diversas foram as contribuições indicando a necessidade de prorrogação da aplicação do modelo de reequilíbrio por período indefinido, tendo em vista a impossibilidade de se prever o fim da pandemia. Respondendo a esse questionamento, a ANTT indicou que não vislumbraria a aplicação da metodologia de extensão do período passível de reequilíbrio para 2021 e anos seguintes, uma vez que teria identificado queda no número de mortes causadas pela COVID-19, e que haveria projeções preliminares apontando para estabilização do tráfego nas rodovias em 2021.

Em breve aceno aos investidores, a Agência indicou que, mesmo tendo o recorte temporal do desequilíbrio analisado sido limitado a dezembro de 2020, a ANTT se manteria vigilante para projeções futuras e, havendo desconformidades, ajustaria a metodologia para abarcar novos impactos decorrentes da pandemia de COVID-19.

Já sobre o segundo ponto – reequilíbrio em razão do incremento nos custos dos insumos –, a ANTT apontou ter verificado comportamentos heterogêneos entre as indicações de variações nos valores dos custos de insumos pelas concessionárias, de forma que tais variações não foram abordadas na equação formulada naquela oportunidade e seriam objeto de normativo específico no futuro.

Para além desses dois pontos, também foram analisadas as contribuições relacionadas (i) à hipótese de reequilíbrio por meio de revisão extraordinária imediata, (ii) à consideração das perdas e ganhos no cálculo e (iii) à possibilidade de promoção do reequilíbrio por meio de

extensão contratual, ao invés de alteração tarifária. Todavia, tais propostas foram afastadas pela ANTT sobre o argumento de que o impacto tarifário do reequilíbrio não seria tão expressivo.

Superado esse ponto, foram abordadas questões referentes à fórmula utilizada pela Agência para a averiguação de desequilíbrio contratual. A ANTT defendeu que foi levada em conta a série histórica do PIB brasileiro até dezembro de 2019 e a projeção da taxa de crescimento do PIB em fevereiro de 2020, de forma a relacionar impactos entre a previsão econômica que se tinha referente a 2020 e aquilo que realmente ocorreu durante o referido ano. Nesse raciocínio, a fórmula empregada pela Agência para o reequilíbrio dos contratos de concessão em relação aos impactos da pandemia no fluxo de tráfego decorreria da relação entre a projeção econômica para 2020 e a materialidade dos acontecimentos.

3.1. Pontos de atenção para o marco regulatório do setor.

Realizado esse necessário histórico das discussões realizadas na fase de participação pública para formulação do normativo que estabeleceu a metodologia de reequilíbrio do impacto da COVID-19 no fluxo de tráfego das concessões rodoviárias, demonstra-se adiante alguns pontos de atenção para o marco regulatório do setor. Também são observadas possibilidades de melhoria à solução encontrada pela ANTT, levando em consideração as necessidades e as contribuições apresentadas pelas concessionárias de rodovias.

Afinal, não se pode desconsiderar que houve significativas alterações de disposições e de escopo nas versões da Resolução-ANTT nº 5.954/2021 que foram levadas à consideração na Audiência Pública e na Reunião Participativa.

Um primeiro ponto diz respeito à oscilação dos custos de insumos durante a pandemia de COVID-19, por força de circunstâncias extraordinárias, a qual não foi considerada no normativo editado pela Agência nessa oportunidade.

Como foi esclarecido pelo representante da Superintendência de Rodovias (SUROD), sr. André Freire, na Reunião Participativa nº 04/2021, “a ANTT não se furta a esse debate”, ainda que não tenha acolhido de pronto a extraordinariedade dessas variações nos custos.

Ainda assim, essencial registrar tal ponto, o qual tem impacto significativo nas rodovias concedidas e, especialmente para obras durante esse período de crise sanitária, na exequibilidade da viabilidade financeira da concessão.

Um segundo ponto de atenção é a limitação do período de aferição dos impactos da crise sanitária para fins de reequilíbrio dentro dos meses de março a dezembro de 2020, alvo de críticas na Reunião Participativa nº 4/2021, e que permaneceu no texto aprovado. Tais balizas

não existiam na primeira versão do texto, discutida na Audiência Pública nº 3/2021, sendo que, naquela oportunidade, o período abarcado estendia-se até o final de 2021.

Afinal, mesmo em 2022, o Brasil e o mundo ainda não superaram a pandemia de COVID-19 e seus efeitos ainda são incertos. A cautela da ANTT ao delimitar o reequilíbrio apenas ao ano de 2020 é compreensível, mas também se torna temerária ao ignorar que, muito além do fluxo de tráfego, as concessionárias ainda estarão seriamente afetadas pelos efeitos extraordinários da pandemia (como é o caso do aumento no preço de insumos)².

Também vale ressaltar que, em vez de formalizar metodologia que fosse aplicável de forma abrangente aos anos nos quais vierem a se concentrar os principais e mais nocivos efeitos da crise de saúde, a Agência Reguladora gera insegurança jurídica e incerteza no setor, já que não há previsão – ou sinalização – de que também será reconhecida e realizada a recomposição econômico-financeira para o ano de 2021 e para os seguintes anos que ainda sofram com eventuais efeitos da pandemia de COVID-19.

Por fim e talvez mais preocupante, o terceiro ponto remete à utilização de metodologia que, ao apurar a diferença a maior e a menor entre o tráfego projetado para o cenário hipotético (sem pandemia) e o tráfego real observado, considera como oscilação decorrente do evento extraordinário – e que merece ser reequilibrada – apenas a variação a cima e abaixo do desvio-padrão com nível de significância de 5% (cinco por cento).

De pronto, surge a preocupação de que esse tipo de metodologia poderia resultar na desconsideração de impactos extraordinários causados pela pandemia ou por seus efeitos que não venham a ultrapassar o chamado “nível de significância”.

A Resolução-ANTT nº 5.954/2021, portanto, apresenta solução que, embora se proponha a reconhecer o quadro de desequilíbrio causado pela pandemia de COVID-19 nas concessões de rodovias federais, ainda não se mostra suficiente para atender às obrigações decorrentes da distribuição de riscos nos contratos de concessão, isto é, para enfrentar toda a extensão de impactos causados pela pandemia, seja em relação ao incremento nos custos dos insumos que seriam utilizados para execução das obras e dos serviços necessários à construção, operação e manutenção de rodovias, seja no que tange às possíveis alterações no fluxo de tráfego das vias no ano de 2021.

² É o caso de situação reportada na notícia jornalística “Disparada de preços de insumos leva a nova rodada de pedidos de reequilíbrio no setor de transportes”, publicada pela AgênciaINFRA e disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/disparada-de-precos-de-insumos-leva-a-nova-rodada-de-pedidos-de-reequilibrio-no-setor-de-transportes/#:~:text=transportes%20%E2%80%93%20Ag%C3%A2ncia%20Infra-,Disparada%20de%20pre%C3%A7os%20de%20insumos%20leva%20a%20nova%20rodada%20de,reequil%C3%ADbrio%20no%20setor%20de%20transportes&text=Empresas%20que%20atuam%20no%20setor,em%20decorr%C3%A2ncia%20da%20Covid%2D19>>. Acesso em: 29 jun 2022.

4. Panorama atual do marco regulatório da ANTT.

Para além das críticas envolvendo a metodologia utilizada pela Agência para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro após os impactos extraordinários decorrentes da pandemia – especialmente os custos não abrangidos na mencionada Resolução –, também importa apontar a situação atual do marco regulatório da ANTT.

Com efeito, foram dezenas de normativos editados pela Agência Reguladora entre 2020 e 2021 que abordaram direta ou indiretamente assuntos atinentes à pandemia de COVID-19. Todavia, com exceção da Resolução-ANTT nº 5.954/2021, não foram identificadas outras iniciativas que endereçassem a necessidade de recomposição dos prejuízos decorrentes desse evento extraordinário sobre o fluxo de tráfego durante o ano de 2021 ou sobre os preços dos insumos utilizados nas rodovias, cujo risco foi alocado contratualmente ao Poder Concedente.

Também não se verifica na Agenda Regulatória para o biênio de 2021/2022 (ANTT, 2021-A) qualquer previsão de iniciativa regulatória que estaria voltada a sanear ou mesmo identificar outros eventuais impactos decorrentes da pandemia.

Na prática, a Agenda Regulatória da ANTT engloba cinco eixos temáticos, cujos projetos foram estabelecidos por meio de sugestões das áreas técnicas da Agência, dos entes regulados e da sociedade. Os referidos eixos são: (i) temas gerais; (ii) exploração da infraestrutura rodoviária federal; (iii) transporte rodoviário de passageiros; (iv) transporte ferroviário de cargas e passageiros; e (v) transporte rodoviário de cargas.

Isso em mente, observa-se, com preocupação, a ausência de iniciativas da Agência voltadas a identificar e a recompor a integralidade dos impactos decorrentes da pandemia de COVID-19, cujo risco foi alocado ao Poder Concedente em todas as etapas do PROCROFE.

Afinal, nem mesmo a metodologia já estabelecida pela Resolução-ANTT nº 5.954/2021 foi efetivamente aplicada pela Agência para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias de rodovias federais. O que se observa em todas as revisões ordinárias e extraordinárias realizadas em 2022 é que, no que tange o reequilíbrio em função da pandemia de COVID-19, a ANTT tem postergado a aplicação dessa metodologia para a revisão subsequente (2023) no caso da 2ª, da 3ª e da 4ª Etapas do PROCROFE e ainda não parece ter trazido esses cálculos para a fase de Haveres e Deveres das concessões da 1ª Etapa.³

³ Resolução-ANTT nº 5.954/2021. Art. 4º A aferição dos impactos em cada contrato de concessão será realizada em processo administrativo, devendo ser promovida a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em

Em sentido contrário de suas obrigações contratuais no setor de rodovias federais concedidas, bem como do que defendeu em procedimentos de participação pública, a Agência não parece estar adotando posição ativa para sanear eventuais impactos da COVID-19.

Pelo contrário, o que se observou até o momento foi postura aparentemente reativa aos pleitos advindos das empresas reguladas e de outros entes interessados do setor. Tal observação é reforçada quando se considera que, durante a pandemia, não foram utilizadas ferramentas regulatórias que poderiam ter minimizado os prejuízos das concessionárias. A Agência optou, apenas, por construir metodologia para reequilíbrio econômico-financeiro das concessionárias de forma retroativa e, por enquanto, bastante limitada.

Conforme já foi endereçado neste trabalho, quando forem efetivamente realizados, os cálculos estarão limitados aos acontecimentos do ano de 2020. No entanto, parece haver indícios⁴ de que, durante o ano de 2021, as concessionárias não deixaram de sofrer os impactos negativos da pandemia de COVID-19. O aparecimento de novas variantes vem resultando em cenário social e economicamente instável, o qual é ainda mais agravado pelas súbitas escaladas de infecções e mortes, assim como pela lenta retomada das atividades em diversos setores.

Para mais, também não se pode desconsiderar a alta do dólar frente ao real e o elevado custo de determinados insumos, principalmente aqueles vinculados à importação e à exportação. Aliás, vale registrar que, não obstante a indicação da Agência de que revisitaria a discussão sobre o incremento no preço dos insumos em normativos futuros, a realidade mostra que o tema jamais foi inserido na Agenda Regulatória ou em outros processos da ANTT.

Enquanto isso, pode-se ilustrar a escalada de insumos utilizados em rodovias com o exemplo relacionado ao preço médio mensal ponderado praticado pelos distribuidores de produtos asfálticos, entre os anos de 2008 e 2022, apresentados pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Conforme disposto em gráfico derivado dos números apresentados pela ANP (2022), observa-se que o preço médio de produtos asfálticos no território brasileiro teve uma alta vertiginosa a partir de 2020, sendo acentuada em 2021.

revisão extraordinária processada conjuntamente com a revisão ordinária, para cada contrato de concessão, na forma estabelecida no Anexo desta Resolução, à luz das condições inicialmente pactuadas no contrato de concessão. § 1º A aferição do impacto e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de que trata este Capítulo serão realizadas na apuração de haveres e deveres para os contratos de concessão: I - da 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais - PROCROFE com termo final originalmente pactuado em 2021;

⁴ Como já mencionado neste trabalho, notícias jornalísticas vêm reportando descontentamento das concessionárias em razão da ausência de reequilíbrio voltado ao aumento nos custos de insumos e às demais perdas decorrentes da pandemia de COVID-19.

A tabela abaixo foi construída a partir de números divulgados pela ANP, em seu sítio digital, a qual contém o preço médio mensal ponderado, em reais por quilograma, praticado pelos distribuidores de produtos asfálticos, no Brasil, de 2008 a março de 2022.



Tabela 1. Preço médio mensal ponderado praticado pelos distribuidores de produtos asfálticos, entre os anos de 2008 e 2022 (ANP, 2022).

Todos esses fatos vão muito além dos impactos sobre o fluxo de tráfego nas rodovias concedidas e certamente não deixaram de existir em dezembro de 2020. Pelo contrário, a pandemia tem se perpetuado em maior ou menor gravidade desde seu surgimento, criando situações de desequilíbrio cuja responsabilidade foi contratualmente alocada ao Poder Concedente, o qual não deveria se furtar de apurar e recompor eventuais prejuízos.

5. Considerações Finais.

Tendo reconhecido a pandemia de COVID-19 como evento incluído na álea extraordinária dos contratos de concessão de rodovias federais, a ANTT realizou procedimentos de participação pública – Audiência Pública nº 3/2021 e Reunião Participativa nº 4/2021 – voltadas a colocar em debate a metodologia que seria utilizada para recomposição dos eventuais desequilíbrios que fossem identificados.

Não obstante a primeira versão do normativo e as diversas contribuições, houve publicação da Resolução-ANTT nº 5.954/2021 com escopo significativamente limitado para o que seria considerado no cálculo do reequilíbrio, tanto do ponto de vista temporal quanto da abrangência dos impactos inseridos no cálculo.

Tal opção regulatória gerou sérias preocupações entre as concessionárias reguladas e os entes interessados do setor.

Afinal, nem mesmo a metodologia já estabelecida pela Resolução-ANTT nº 5.954/2021 foi efetivamente aplicada pela Agência para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias de rodovias federais. O que se observa em todas as revisões ordinárias e extraordinárias realizadas em 2022 é que, no que tange ao reequilíbrio em função da pandemia de COVID-19, a ANTT tem postergado a aplicação dessa metodologia para a revisão subsequente (2023) no caso da 2ª, da 3ª e da 4ª Etapas do PROCROFE e ainda não parece ter trazido esses cálculos para a fase de Haveres e Deveres das concessões da 1ª Etapa.

Em sentido contrário de suas obrigações contratuais no setor de rodovias federais concedidas, e do que defendeu nas oportunidades de participação pública, a Agência não parece estar adotando posição ativa para sanear eventuais impactos da pandemia. Pelo contrário, o que se observou até o momento foi postura aparentemente reativa aos pleitos advindos das empresas reguladas e de outros entes interessados do setor.

Isso posto, conclui-se este breve trabalho com o seguinte questionamento: sabendo-se que a pandemia de COVID-19 está demorando a ter seus efeitos cessados desde que foi identificada e tendo em vista a responsabilidade contratual alocada à ANTT na distribuição de riscos decorrentes de eventos extraordinários, até quando a Agência poderia se manter inerte em adotar solução abrangente e proativa para identificação e recomposição da integralidade dos prejuízos sofridos pelas concessionárias durante a pandemia?

Bibliografia.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE. Setores de infraestrutura acumulam impactos diversos e pedem reequilíbrio para garantir solvência. **ABDIB**, 2020. Disponível em: <<https://www.abdib.org.br/2020/06/23/setores-de-infraestrutura-acumulam-impactos-diversos-e-pedem-reequilibrio-para-garantir-solvencia/>>. Acesso em: 12 fev 2022.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Preços de distribuição de produtos asfálticos**. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/precos-de-distribuicao-de-produtos-asfalticos>>. Acesso em: 15 jun 2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES . **Cronograma de Projetos (Agenda 2021/2022)**. 2021-A. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/web/guest/cronograma-de-projetos-agenda-2021/2022-1>>. Acesso em: 27 jun 2022.

_____. **Despacho SEI nº 8110415/2021/GEFIR/SUROD/DIR**. 2021-B

_____. **Nota Técnica SEI nº 635/2021/GEGEF/SUROD/DIR**. [S.l.]. 2021-C.

_____. **Voto DEM nº 18/2021**. ANTT. [S.l.]. 2021-D.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura. [S.l.]. 2020.

COUTINHO, Antonio Henrique Medeiros. **Reprogramação de investimentos em contratos de parceria: solução para as concessionárias de rodovia da 3ª etapa do PROCROFE?** Dissertação (Mestrado Profissional). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

2020. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29676>>. Acesso em: 15 jun 2022.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Com alta do dólar e escassez de matéria-prima, indústria enfrenta aumento em seus custos de produção.** FIEPE, 2020. Disponível em: <<http://fiepe.org.br/com-alta-do-dolar-e-escassez-de-materia-prima-industria-enfrenta-aumento-em-seus-custos-de-producao/>>. Acesso em: 12 fev 2022.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Contratual - Coleção Pareceres.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SLS nº 0091341-55.2020.3.00.0000-DF. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Data de Publicação: 28/04/2020.