

BASILIO

A D V O G A D O S

Ana Tereza Basílio
João Augusto Basílio
Bruno Di Marino
Márcio Henrique Notini
Fábio Cotechia
Thiago Drummond de Paula Lins
Fábio Levy Tredler
Jorge Corrêa do Lago
Marcos de Campos Salgado
Marcelo B. Ludolf Gomes
Fernanda Carvalho de Miêres
Paula de Andrade Boechat
Diego Justiniano Capistrano Pinho
Gabriela de Deus A. Ferreira Dias
Julia Mariana Silva Jácome
Ludmila P. Q. Telles de Menezes
Alvaro José do Amaral F. Rodrigues
Carlos Mario Villela Santos Ribeiro
João Gabriel Maffei
Flávia Ganem
Maria Beatriz de Souza Moreira
Daniela Gross
Patrícia Barbosa Ramos
Mariane Cadore
Luiza Santos Andrade
Evie Nogueira e Malafaia
Denise C. Pinto Ferraz de Campos
Talith Regina de M.J. Badra

Hugo Pupak Lopes Saraiva
Naiara H. Gomes Jorge
Carla Penna Machado
Patrícia dos Santos Castro
Marcella Faria de Mendonça
Luciana Ferretti de Souza
Viviane Morgado Leite
Maria Clara Coelho do Nascimento
Amanda Chaves Rodrigues
Bianca Duff de Mello Serra
Andréia Barbosa Roriz
Maria Fernanda Mathews Pimentel
Ana Luisa Fernandes Pereira
Yasmin da Silveira Farias
Tânia Aguida de Oliveira
Roberto Mauricio Atalla P.O. Vieira
Aline Domingues Costa de Araujo
Jéssica Wendler
André Paes Faciola
Jéssica Leone Santos
Lawrence Augusto Sales
Rafaela Carneiro Pinto
Raphael Cesena Gutierrez
Fernanda Barrouin Mello
Maria Rafaela Bichara
Caroline Souza Leal Salles
Ana Amélia Resende Cury
Roberta Issa Maffei

Bruna Maria Pinheiro Fernandes
Thais Nóbrega Tavares de Souza
Yasmin Benevides de Faria
Beatriz do Carmo Leandro Arandas
Felipe de Oliveira Gonçalves
Rayssa França da Fonseca
Bernardo Mello O. Farne D'Amoed
Marcos Cunha Orofino Junior
Gabriel de Souza Sampaio
Rogerio Marinho M. Alcântara Filho
Juliana Ballero dos Anjos Rodrigues
Renata Zaira Motta Ferreira
Carolina Albuquerque
Rebecca Imenes Vieira
Cristine Redivo Grei
Yuri Antunes Moreira
Mariana Lewin Haß
Patricia Barreiros Gravina
Paulo Eduardo Sarmento de Toledo
Érica de Lima Siqueira
Marcela Cavalcante Furrier
João Pedro de Oliveira Pinheiro
Stephany Guedes R. Roubadel
Vitor de Albuquerque Nogueira
Amanda Lopes Coelho
Cássio Monteiro Rodrigues
Paula do Amaral Ferraz Rodrigues
Pamela Guimarães Teixeira Lima

Verônica de Sousa Carvalho Borda
Wellington Boaz Bezerra
Fernando Almeida Alves Paulino
Gabriel Broseghini Mendonça
Gabriel Pina Ribeiro
Victor Geovanne Silva Barros
Luiza Polatto Figueiredo
Daniel Dias Carneiro Guerra
Diogo Pistono Vitalino
Maurício Sada Neto
Marcela de Castro Molinari
Larissa Gabriele da Rocha Patrício
Tatiana da Silva Souza Teixeira
Patrik Nastasy Monducci
Raul Gonçalves Baptista
Michelle Marcondes Caram
Alberto Parreira
Paula de Moura Carvalho Paranhos
Rodrigo Morsch Milan
Roberta Brasil Matte

Consultores

Frederico José Leite Gueiros
Carlos Roberto Barbosa Moreira
Luiz Fernando Palhares

BA-C. 059/2018

Do Rio de Janeiro para São Paulo, 17 de setembro de 2018.

À

Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem Brasil

Câmara de Comércio Internacional – CCI

Rua Surubim, nº 504 – 12º andar – Cidade Monções

São Paulo/SP – CEP. 04.571-050

Ref.: Requerimento de instituição de arbitragem

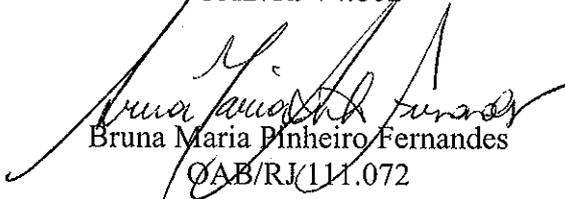
Prezados Senhores,

CONCESSIONÁRIA BR-040 S.A. ("VIA 040"), companhia com sede na Cidade de Nova Lima, Estado de Minas Gerais, na Avenida Niágara, nº 350 – Jardim Canadá, CEP. 34.007-652, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 19.726.048/0001-00, vem, por seus advogados abaixo assinados, regularmente constituídos (doc. 1), com base na cláusula compromissória arbitral prevista no contrato adiante especificado e no artigo 4º do Regulamento de Arbitragem dessa egrégia Câmara de Comércio Internacional ("Regulamento CCI"), formular

o incluso requerimento de instituição de arbitragem contra a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (“ANTT”), autarquia integrante da Administração Federal indireta, com sede no Setor de Clubes Esportivos Sul – ST SCE/SUL, lote 10, trecho 03, Projeto Orla, Polo 8, CEP. 70.200-003, Asa Sul, Brasília, Distrito Federal, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.898.488/0001-77.

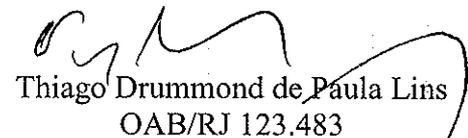
Cordialmente,

Ana Tereza Basilio
OAB/RJ 74.802



Bruna Maria Pinheiro Fernandes
OAB/RJ/111.072

Bruno Di Marino
OAB/RJ 93.384



Thiago Drummond de Paula Lins
OAB/RJ 123.483

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM BRASIL

CONCESSIONÁRIA BR-040 S.A.
(Requerente)

vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT
(Requerida)

PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM

Escritório de advocacia que representa a Requerente
BASILIO ADVOGADOS

ÍNDICE

I. <u>INTRODUÇÃO</u>	Pg. 05
II. <u>QUALIFICAÇÃO DAS PARTES</u>	
II.1 – Requerente	Pg. 05
II.2 – Requerida	Pg. 06
III. <u>DESCRIÇÃO DA NATUREZA E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO LITÍGIO E OS FUNDAMENTOS DA DEMANDA</u>	
III.a. <u>O CONTEXTO FÁTICO QUE GEROU O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO.</u>	Pg. 06
III.b. <u>OS PEDIDOS DE REVISÃO CONTRATUAL NÃO APRECIADOS PELO PODER CONCEDENTE – A EDIÇÃO DA LEI 13.448/17.</u>	Pg. 11
III.c. <u>REDUÇÃO TARIFÁRIA GRAVOSA E FORA DE CONTEXTO: O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO JÁ FOI RECONHECIDO PELA PRÓPRIA ANTT.</u>	Pg. 17
IV. <u>ESPECIFICAÇÃO DO PEDIDO E VALOR ENVOLVIDO</u>	Pg. 32
V. <u>CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM</u>	Pg. 32
VI. <u>INDICAÇÃO DE ÁRBITRO</u>	Pg. 34
VII. <u>SEDE, REGRAS DE DIREITO E IDIOMA</u>	Pg. 34
VIII. <u>CONCLUSÃO</u>	Pg. 34
IX. <u>LISTA DE DOCUMENTOS</u>	Pg. 36

I. INTRODUÇÃO

1. O presente requerimento de instauração de arbitragem é formulado nos termos do artigo 4º e seguintes do Regulamento CCI, com fundamento em cláusula compromissória prevista no Contrato de Concessão – Edital nº 006/2013 – Parte VII, a fim de solucionar as controvérsias oriundas do referido ajuste, conforme especificação adiante.

2. Salienta a requerente, desde já, que todas as exigências formais constantes do regulamento dessa e. Câmara foram devidamente satisfeitas.

II. QUALIFICAÇÃO DAS PARTES

(Art. 4º, item 3, alíneas a e b, do Regulamento CCI)

II.1 – REQUERENTE:

3. A parte requerente do procedimento arbitral a ser iniciado perante essa e. CCI é:

- CONCESSIONÁRIA BR-040 S.A., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 19.726.048/0001-00, com endereço na Avenida Niágara, nº 350 – Jardim Canadá, cidade de Nova Lima, estado de Minas Gerais, CEP nº 34.007-652.

4. Informa a requerente, ainda, que deverá ser intimada na pessoa de seus advogados, qualificados no instrumento de mandato anexo (doc. 1), com endereço profissional na Av. Presidente Wilson, nº 210, 12º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP. 20.030-021, adiante relacionados:

DRA. ANA TEREZA BASILIO

abasilio@basilioadvogados.com.br

DR. BRUNO DI MARINO

bmarino@basilioadvogados.com.br

DRA. BRUNA PINHEIRO FERNANDES

bfernandes@basilioadvogados.com.br

DR. THIAGO DRUMMOND DE PAULA

tins@basilioadvogados.com.br

LINS

DRA. FLÁVIA FIGUEIREDO FRANCO
CARMO

flavia.franco@invepar.com.br

II.2 – REQUERIDA:

5. A parte requerida do procedimento arbitral a ser iniciado perante essa e. CCI é:

- AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.898.488/0001-77, com endereço no Setor de Clubes Esportivos Sul – ST SCE/SUL, lote 10, trecho 03, Projeto Orla, Polo 8, Asa Sul, Brasília, Distrito Federal, CEP nº 70.200-003.

III. DESCRIÇÃO DA NATUREZA E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO LITÍGIO E OS FUNDAMENTOS DA DEMANDA

(Art. 4º, item 3, alínea g, do Regulamento CCI)

III.a. O CONTEXTO FÁTICO QUE GEROU O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO.

6. A Invepar é um grupo brasileiro que atua no segmento de infraestrutura em transportes, com foco em gestão e operação de rodovias, sistemas de mobilidade urbana e aeroportos. O seu capital social é representado por 429,2 milhões de ações, cujos acionistas são, em sua maioria, fundos de pensão; dentre os principais estão o BB – Fundo de Investimentos em Ações, a PETROS e a FUNCEF.

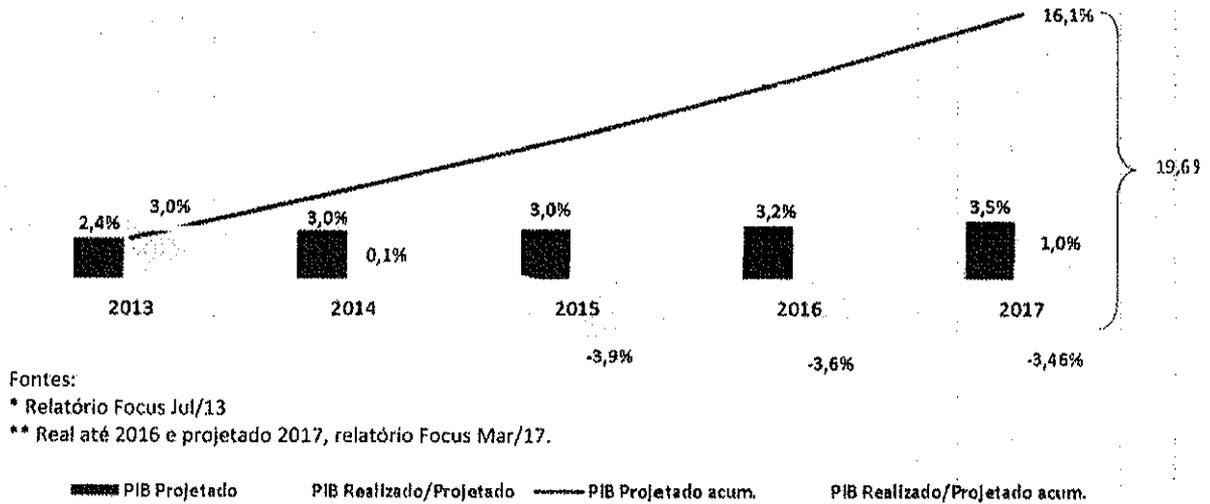
7. No dia 27.12.2013, foi realizado leilão para concessão da BR-040/DF/GO/MG, no qual a Invepar sagrou-se vencedora. Para a execução do referido contrato de concessão, foi constituída a VIA 040, sociedade de propósito específico, sendo a Invepar a titular da totalidade de suas ações.

8. Em 12.3.2014, a VIA 040 e a ANTT firmaram contrato de concessão¹ da rodovia federal BR-040 (“BR-040”), conforme o Edital nº 006/2013 – Parte VII, referente ao trecho Brasília/DF – Juiz de Fora/MG, com extensão de 936,8 km e prazo de 30 anos (doc. 2; “CONTRATO”). Destaque-se que o referido percurso compreende 34 municípios, localizados no Distrito Federal e nos estados de Minas Gerais e Goiás, e abrange uma população estimada de 8 milhões de habitantes.

9. O certame do qual se sagrou vencedora a VIA 040 foi realizado no ano de 2013, momento no qual o cenário econômico brasileiro era extremamente favorável, com expectativas otimistas de crescimento e prosperidade. Dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“IBGE”) indicam que, naquele ano, houve um crescimento anual da economia de 3,01% do PIB, com uma inflação no patamar de 5,91%, viabilizando uma taxa de juros baixa, com tendência de queda e previsões otimistas de futuro, conforme Relatório Focus, que indica as expectativas de mercado, elaborado à época pelo Banco Central do Brasil.

10. No entanto, ao contrário das referidas tendências e do entendimento do mercado, o cenário econômico-financeiro do país se deteriorou drasticamente, de maneira imprevisível. A economia brasileira praticamente estagnou (0,5%) e, a partir de 2015, houve quedas significativas e sucessivas do PIB (-3,8% e -3,6%), o que causou a inversão das projeções financeiras, realizadas à época do certame licitatório. Confira-se, assim, tabela oficial extraída de banco de dados oficial do Banco Central do Brasil, que demonstra, de forma inconteste, esse cenário:

¹ Item 2.1 do Contrato – o objeto da concessão consiste na “*exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço do Sistema Rodoviário, no prazo e nas condições estabelecidos no Contrato e no PER¹ e segundo os Escopos, Parâmetros de Desempenho e Parâmetros Técnicos mínimos estabelecidos no PER*”.



11. Vale ressaltar, ainda, que o sucesso no certame, pela BR-040, confirmado pelo alto número de participantes e pela oferta vencedora com deságio expressivo de 61,13%, só foi possível graças às condições de financiamento, publicamente oferecidas pelo Governo Federal às concessões da 3ª Etapa do Programa Federal de Concessão de Rodovias.

12. Explique-se. Em janeiro de 2013, o Governo Federal tentou licitar, por meio do Edital de Concessão nº 001/2012, o mesmo trecho da rodovia BR-040, mas não obteve êxito devido à ausência de interessados decorrente da inviabilidade do projeto nas condições apresentadas.

13. Diante disso, para viabilizar referida concessão, a ANTT atualizou o Estudo de Viabilidade Técnico-Econômica e a modelagem da concessão da BR-040 e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, em conjunto com o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, publicaram condições de financiamento diferenciadas para as concessões rodoviárias federais licitadas à época.

14. Infelizmente, as condições de financiamento público para os investimentos previstos no CONTRATO – que serviram de fundamento para o lance da VIA 040 no certame licitatório – não se confirmaram, o que impactou, de modo significativo, as bases negociais do ajuste firmado entre as partes.

15. Em outras palavras, diante da drástica redução do percentual de financiamento público, afiançado pelo Governo Federal, a VIA 040 teve que assumir o compromisso de arcar com 60% (sessenta por cento) dos investimentos, equivalente ao dobro do montante inicialmente previsto.

16. Ou seja, o CONTRATO teve seu equilíbrio econômico-financeiro rompido, de modo imprevisível e impactante, por força de circunstâncias supervenientes objetivas e externas à vontade das partes; assim, de acordo com o art. 65, II, “d” da Lei nº 8.666/1993, “a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro” também deverá ocorrer nas hipóteses de “*fatos previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado*”, ou seja, aqui sequer é necessário aferir a imprevisibilidade propriamente dita, prevista nos arts. 317 e 478 do Código Civil, mas apenas o desequilíbrio econômico financeiro, que é objetivo e independe, para sua caracterização, de considerações subjetivas da vontade das partes.

17. O referido dispositivo da Lei das Licitações, que é específico e tem incidência na relação jurídica discutida nos autos, sequer exige também o requisito da “extrema vantagem” previsto no art. 478 do Código Civil, prevalecendo, então, sobre esta norma do Código Civil nesse particular.

18. Mas não é só. O atraso e a fragmentação do licenciamento ambiental, para a realização das obras previstas no CONTRATO² – obrigação contratual assumida pelo Poder Concedente, nos termos de suas cláusulas 5.1 e 5.2, que só foi emitida pelo IBAMA 1 ano e 2 meses após o prazo contratual e, ainda assim, para apenas para 16,70% do trecho concedido – ensejou custos de mobilização e desmobilização, dentre outros prejuízos, que só contribuíram para majorar o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, pois as obrigações contratuais, assumidas pela VIA 040, não puderam ser cumpridas no prazo avençado entre as partes e, por conseguinte, não geraram a esperada contrapartida financeira, pactuada em benefício da concessionária.

² Entenda-se “obras” por ampliação da capacidade e melhorias.

19. A licença ambiental – obrigação contratual do Poder Concedente – não foi emitida no prazo e nas condições previstas.³ Houve, também, exigências de alteração de projeto e execução fragmentada dos trechos licenciados, o que só onerou, ainda mais, os custos com as obras, sobretudo no que se refere à mobilização e desmobilização de mão-de-obra. Apenas em 13.4.2017 – 2 anos após o prazo contratual⁴ –, foi obtida a licença ambiental, referente ao trecho rodoviário, situado no estado de Minas Gerais, e, ainda assim, com diversos trechos bloqueados pelo Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais (“IEF”).

20. A emissão tardia e fragmentada do licenciamento ambiental é confirmada pela recente Nota Técnica nº 003/GEPRO/SUINF/2018 (doc. 3), emitida, em 4.4.2018, pela ANTT. Confira-se:

“9. A necessidade de fracionamento das licenças foi necessária, uma vez que alguns estudos precisaram ser aprofundados, como é o caso dos estudos de Relevância das Cavidades Naturais, Prospecção Arqueológica ao longo da faixa de domínio da rodovia, assim como houve a necessidade de manifestação do Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais – IEF/MG, obrigatória no processo de licenciamento ambiental em questão.

(...)

17. Em continuidade ao processo de licenciamento ambiental, a EPL solicitou ao IBAMA a retificação da LI, para inclusão do trecho da BR-040, no estado de Minas Gerais. A referida LI foi retificada em 13/04/2017, compreendendo as obras de duplicação e melhorias da BR-040 no estado de Minas Gerais, Goiás e Distrito Federal, de Juiz de Fora/MG a Brasília/DF, com extensão de 941,2 km.

18. Ressalta-se que a LI nº 1121/2016 – 1ª Retificação apresenta trechos cujo as obras encontram-se bloqueadas. A liberação desses trechos depende de estudos complementares e/ou manifestações de Órgãos Intervenientes” (doc. 3; grifou-se)

21. Ora, se o licenciamento ambiental, indispensável para a realização das obras civis previstas no Programa de Exploração Rodoviário – PER (doc. 4), instrumento anexo ao CONTRATO (doc. 2), só foi obtido 2 (dois) anos após o prazo contratual, e, ainda assim, de modo fragmentado, tem-se como decorrência lógica e inevitável a impossibilidade de

³ A ausência de disponibilização da licença ambiental nos moldes previstos altera as condições consideradas inicialmente e descaracteriza o empreendimento, exige estudos ambientais complementares e transfere o risco inicialmente alocado ao Poder Concedente ao particular, pois torna o plano de execução inexecutável e gera custos exorbitantes e não previstos com desmobilizações e novas mobilizações.

⁴ Cf. itens 4.2.1 e 4.2.2 do Contrato (doc. 2).

cumprimento tempestivo pela concessionária de sucessivas obrigações contratadas.⁵ De igual modo, por via de consequência, a VIA 040 não conseguiu auferir as contrapartidas econômicas que lhe serviram de fundamento para a celebração do CONTRATO.

22. Assim, não há dúvidas de que, a partir de 2015, o sinalagma da relação contratual estabelecida, entre as partes, tornou-se absolutamente desequilibrado. E, por óbvio, a VIA 040 também foi prejudicada por outro corolário inevitável do adverso cenário econômico, qual seja o decréscimo significativo do volume de tráfego.

23. Por isso, nesse grave contexto, não restou alternativa à VIA 040, durante os 4 anos de vigência do CONTRATO, senão apresentar, nos processos de revisão ordinária e extraordinária da tarifa básica de pedágio (TBP), diversos pleitos, com vistas à obtenção do reequilíbrio das bases negociais pactuadas pelas partes, à época do certame licitatório (doc. 5), seja pelas circunstâncias ora expostas, seja por diversos outros motivos fáticos e técnicos, expostos nos processos administrativos, ainda pendentes de análise e julgamento pela ANTT, sobre os quais a requerente reserva, desde já, o direito de, oportunamente, detalhar e fundamentar, com maior profundidade, inclusive com a juntada de documentação suplementar.

III.b. OS PEDIDOS DE REVISÃO CONTRATUAL NÃO APRECIADOS PELO PODER CONCEDENTE – A EDIÇÃO DA LEI 13.448/17.

24. Em virtude do manifesto rompimento das bases negociais do CONTRATO celebrado entre as partes e o seu conseqüente desequilíbrio econômico-financeiro, por diversos fatos – sobre os quais ressalva-se, desde já, o direito de a requerente detalhá-los e fundamentá-los, inclusive por meio de documentos suplementares –, a VIA 040 submeteu à ANTT, em 8.7.2016, pleito para que seja “promovida uma revisão completa tanto do Contrato de Concessão, bem como do Programa de Exploração da Rodovia, adequando o cronograma físico dos itens que serão impactados por esta revisão” (doc. 6). Não houve, porém, qualquer manifestação da ANTT sobre o requerimento apresentado até esta data.

⁵ Cf. item 2.1 do Contrato: “recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço do Sistema Rodoviário, no prazo e nas condições estabelecidas no Contrato” (doc. 2).

25. Mais uma vez, em 23.5.2017, a VIA 040 apresentou pedido de revisão do CONTRATO e reiterou diversos argumentos de desequilíbrio contratual ao apontar “[d]as inúmeras alterações contratuais ocorridas desde a apresentação da proposta da licitação, que expuseram a concessionária a situações imprevisíveis e extraordinárias” (doc. 5).

26. Muito embora a ANTT não tenha decidido sobre os expressos pedidos de revisão formulados pela VIA 040, o Congresso Nacional, diante do manifesto cenário catastrófico que afetava as concessionárias dos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, editou a Lei nº 13.448, em 5.6.2017, com vistas a estabelecer “diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria” (doc. 7), na tentativa de mitigar e impedir a ruína daqueles que firmaram parcerias com o poder público, seja por meio da “prorrogação contratual”, “prorrogação antecipada” ou “relicitação”.⁶

27. Não obstante o desejo do Congresso Nacional, expressado com a edição da Lei 13.448/17 de readequar as condições econômico-financeiras dos contratos, a ANTT se manteve inerte, deixando de decidir sobre o pedido de revisão formulado pela VIA 040, em 8.7.2016.

28. E o que é pior, em 22.6.2017, a ANTT enviou à VIA 040 o Ofício nº 271/2017/SUINF (doc. 8), no qual consignou que supostos descumprimentos de obrigações contratuais deveriam ser corrigidos pela concessionária, “*impreterivelmente no prazo de 90 dias*”, sob pena de instauração de processo de caducidade, nos termos da Resolução ANTT nº 5.083, de 27.4.2016.

29. Tentou, pois, a VIA 040 renegociar, por todos os meios negociais possíveis, as condições excessivamente onerosas, de modo a restabelecer o equilíbrio contratual perdido,

⁶ “Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste;

II - prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste;

III - relicitação: procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.” (doc. 7).

em cumprimento ao dever de colaboração, corolário do princípio da boa-fé objetiva previsto nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil e do princípio do equilíbrio contratual, disposto nos arts. 478 a 480 do Código Civil, mas a requerida se manteve inerte e vem agravando a onerosidade excessiva do contrato de concessão.

30. Mesmo diante dos reiterados pleitos de revisão do CONTRATO, a ANTT não cumpriu com o seu dever de renegociação, o que, de acordo com o Professor Anderson Schreiber, decorre justamente do princípio da boa-fé objetiva e do princípio do equilíbrio contratual. Confira-se:

“O dever de renegociar não é, como se vê, o dever de obter um certo resultado, mas sim um *dever de comportamento*. Desdobra-se em dois aspectos fundamentais: (a) para quem sofre o desequilíbrio, o dever de renegociar impõe informar prontamente o desequilíbrio contratual ao outro contratante, formulando um pleito de revisão do contrato; (b) para quem se beneficia do desequilíbrio, o dever de renegociar impõe analisar, com seriedade, o pleito eventualmente apresentado pelo outro contratante e respondê-lo, ainda que para negá-lo – o que, ao menos, indicará ao contratante que sofre a excessiva onerosidade qual o caminho a adotar.

Alguns bons exemplos de legislação ao redor do mundo já reconhecem esse dever de renegociar. Cito, para os que quiserem se aprofundar, o artigo 6.2.3 (1) dos *Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, seguindo o qual ‘em caso de *hardship*, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia. Em sentido semelhante, os Princípios de Direito Contratual Europeu prevêm, em seu artigo 6:111, que, ‘se o cumprimento do contrato se tornar excessivamente oneroso devido a uma alteração das circunstâncias, as partes estão obrigadas a entrar em negociações, a fim de adaptar o contrato ou extingui-lo.’ O Código Civil da República Tcheca, de 2012, §§ 1.764 a 1.766 asseguram a qualquer dos contratantes o direito de pleitear a renegociação do contrato e atribuem à contraparte o dever de responder ao pedido de renegociação. Além disso, o Código Civil tcheco condiciona a admissibilidade do pleito de revisão judicial do contrato à demonstração de que o direito à renegociação foi exercido em ‘prazo razoável’, chegando a afirmar que tal prazo será de dois meses, salvo prova de que outro prazo decorre das circunstâncias do caso concreto. O Código Civil da Romênia, de 2011, impõe um dever de renegociação às partes em virtude de um desequilíbrio contratual superveniente. Em dispositivo nitidamente

inspirado no *Draft Common Frame of Reference*, o artigo 1.271 da codificação romena determina que a revisão judicial do contrato ou sua resolução somente poderão ser pleiteados se o devedor 'tenha tentado, dentro de um prazo razoável e de boa fé, negociar a adaptação razoável e equitativa do contrato'.

Em todos esses lugares, e também em outros que o esgotamento do tempo me impede de citar, já se reconhece que a violação a esse dever de renegociar gera direito à indenização por danos sofridos pelo contratante em decorrência quer da demora irrazoável em comunicar o desequilíbrio posteriormente pleiteado, quer em decorrência da demora ou inércia do contratante beneficiado pelo desequilíbrio em tentar efetivamente buscar, de comum acordo, uma solução negociada para o problema da excessiva onerosidade da contraparte⁷.

31. Nesse contexto fático, não restou alternativa à VIA 040 senão formular requerimento drástico à ANTT: requereu a instauração de procedimento de relicitação da concessão, estabelecido pela Lei nº 13.448/2017, conforme orientação da própria ANTT, em seu Ofício nº 271/2017/SUINF (doc. 8). Confira-se:

“4. Entretanto, caso a Concessionária tenha interesse em extinguir amigavelmente o Contrato de Concessão em questão, conforme o procedimento de relicitação estabelecido nos termos da Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, onde é descrito abaixo o trecho parcial, a VIA040 deverá apresentar formalmente a proposta com a declaração de intenção e demais documentos de qualificação, no mesmo prazo estabelecido para o saneamento de todos descumprimentos contratuais, para que a ANTT analise a viabilidade de instauração do processo de relicitação do objeto do Contrato de Concessão, tendo em vista principalmente o interesse público e a continuidade da prestação dos serviços concedidos”.

32. Assim, no dia 11.9.2017, a VIA 040, diante do grave desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, apresentou à ANTT requerimento de relicitação da BR 040 (doc. 9), no qual postulou, de modo expresso, o seguinte:

“182. Diante de tudo o que foi consignado, a Concessionária registra seu interesse na celebração de acordo com o Poder Público para, nos termos da Lei 13.448 de 2017, (i) qualificar o empreendimento perante o PPI e (ii) viabilizar a relicitação do empreendimento, cujo

⁷ SCHREIBER, Anderson. “Dever de renegociar”. <http://genjuridico.com.br/2018/01/16/dever-de-renegociar/>

início, no entanto, deverá estar condicionado à aprovação deste procedimento pelo Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES.

183. Neste sentido, a Concessionária requer, ainda, o afastamento de qualquer tipo de sanção, incluindo, sem se limitar, a Resolução 4071/ANTI de 03/04/13 e o Fator D, para evitar ainda mais a destruição de seu valor, bem como de todas as sanções contratuais aplicáveis, inclusive as previstas em resoluções e regramentos internos da ANTT”.

33. De fato, a VIA 040 requereu a relicitação da BR 040, tal como orientação do Ofício nº 271/2017/SUINF (doc. 8), postulando, no mesmo requerimento, o impositivo *“afastamento de qualquer tipo de sanção e [d]o Fator D, para evitar ainda mais a destruição de seu valor, bem como de todas as sanções contratuais aplicáveis, inclusive as previstas em resoluções e regramentos internos da ANTT”* (doc. 9).

34. Isso porque, de acordo com o art. 15, da Lei nº 13.448/17 (doc. 7), até a assunção, pelo novo concessionário, o “relicitante” não poderá ter sua situação contratual ainda mais agravada, sendo certo que as obrigações do “ajuste originário”, como as atuais já maculadas pela excessiva onerosidade, serão suspensas e, depois, extintas. Confira-se:

“Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: I – a aderência irrevogável e irretroatável do atual contratado à relicitação do empreendimento e à posterior extinção amigável do ajuste originário, nos termos desta Lei; II – a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento” (grifou-se; doc. 7).

35. Em outras palavras, ao determinar que os contratos de concessão sejam objeto de pedido de relicitação, ou seja, de repactuação até que haja nova e necessária licitação, a lei reconheceu, como o motivo de sua edição, o desequilíbrio econômico desses contratos.

36. Tanto é assim, que a ANTT, por meio do Ofício nº 052/2018/SUINF (doc. 10), de 25.1.2018, informou que “[a]s referidas informações [sobre o pedido de relicitação] foram endereçadas para a análise da unidade técnica responsável a qual, para a emissão de manifestação conclusiva acerca da matéria, aguarda edição pela Presidência da República, de Decreto Regulamenta o processo de relicitação previsto naquela Lei” (grifou-se).

37. No referido documento, a ANTT também ressalta, com fundamento no art. 15, da Lei nº 13.448/2017 (doc. 7), “que durante o período entre a formalização de interesse em adesão ao procedimento de relicitação e a celebração de Termo Aditivo, toda e qualquer irregularidade apontada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres no curso de ações de fiscalização e decorrente de autuação de Processo Administrativo para apuração de responsabilidade serão sanadas após a celebração do termo, desde que apresentadas as justificativas pela Concessionária” (doc. 10).

38. Em suma, por meio do Ofício nº 052/2018/SUINF (doc. 10), de 25.1.2018, a ANTT acusou o recebimento do pedido de relicitação da BR-040, protocolado, diga-se e repita-se, em 11.9.2017, pela VIA 040. No entanto, a ANTT informou que as providências necessárias para a celebração do termo aditivo, que estabeleceria as novas condições econômico-financeiras da concessão que vigera até a assunção do novo concessionário, ainda dependeria da regulamentação da Lei nº 13.448/2017.

39. Ou seja, mesmo após o pedido de relicitação formulado pela VIA 040 como derradeira alternativa, a ANTT não se manifestou⁸, e nem mesmo sobre o necessário e emergencial reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, o que deveria ocorrer, de imediato, independentemente a supostas pendências do Poder Público no que tange à regulamentação do procedimento de relicitação.

40. A VIA 040 permaneceu (e permanece), pois, experimentando crescentes perdas, capazes de conduzi-la à bancarrota e, por conseguinte, à interrupção ou má-prestação do

⁸ Em manifesta contradição aos Ofícios nºs 271/2017/SUINF e 052/2018/SUINF (docs. 8 e 10), a ANTT, por meio do recente Ofício nº 353/2018/SUINF, de 13.9.2018, comunicou o “indeferimento do pleito de relicitação apresentado pela Concessionária BR-040 S/A – Via 040, por ausência de regulamentação do instituto por parte do Poder Executivo”, com a devida ressalva de que “o indeferimento não prejudica eventual reapresentação do pleito quanto da publicação da regulamentação.” (doc. 12).

serviço público concedido, em seu manifesto prejuízo, mas também de toda sociedade, pois, após o Ofício nº 052/2018/SUINF (doc. 10), de 25.1.2018, a ANTT manteve-se silente, seja quanto ao pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, seja quanto à postulação de relicitação.

III.c. REDUÇÃO TARIFÁRIA GRAVOSA E FORA DE CONTEXTO: O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO JÁ FOI RECONHECIDO PELA PRÓPRIA ANTT.

41. Os riscos e ônus do CONTRATO não se limitaram, contudo, ao manifesto cenário de mora administrativa e gravoso desequilíbrio econômico-financeiro contratual, pois a ANTT informou, por meio do Ofício nº 214/2018/GEFIR/SUINF (doc. 11), que, após a análise dos pleitos da 3ª Revisão Ordinária (3ª RO), 5ª Revisão Extraordinária (5ª RE) e Reajuste da TBP, procederá à redução da tarifa básica de pedágio, de R\$ 5,30 para R\$ 5,10, com vigência a partir de 30.7.2018.

42. Em outras palavras, não bastasse a inércia quantos aos pleitos de revisão e de relicitação, formulados em 8.7.2016 (doc. 6), 23.5.2017 (doc. 5) e 11.9.2017 (doc. 9), respectivamente, a ANTT resolveu agravar, ainda mais, a condição econômico-financeira do CONTRATO.

43. Por isso, a VIA 040 propôs ação cautelar antecedente a esse pedido de instauração de processo arbitral, autuada sob o nº 1014300-37.2018.4.01.3400 e distribuída ao MM. Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (doc. 13), com fundamento na cláusula 37.8⁹ do CONTRATO, de modo a se assegurar que, até a resolução da questão perante o Tribunal Arbitral que será instituído perante essa Corte de Arbitragem, seria mantida a condição tarifária atual, determinando-se à ANTT que se abstenha de reduzi-la, bem como se abstenha de aplicar penalidades contratuais e exigir obrigações de

⁹ “37.1.8. Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou mesmo durante o procedimento de mediação, as Partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário”. (doc. 2).

investimentos. Confira-se, pois, trecho da irreprochável decisão que deferiu, integralmente, o pedido liminar, formulado pela Via 040:

“Na concreta situação dos autos, em juízo de cognição sumária, reputo presente a plausibilidade jurídica autorizadora da medida acautelatória. Isso porque se depreende do acervo probatório que a parte autora, em 2016, ao se manifestar a respeito da posição da ANTT em relação à 1.ª Revisão Ordinária e 3.ª Revisão Extraordinária do Contrato, apresentou diversos motivos a indicar a existência de desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão em evidência (fls. 286/307), apontando as dificuldades de arcar com as obrigações contratuais, não apenas com base na previsão de redução da lucratividade, inerente aos riscos eventuais do negócio, mas sim, por questões outras, relacionadas ao descumprimento, pelo contratante público, de obrigações relativas ao licenciamento ambiental e outros investimentos afetos ao Poder Público. Corroborando tal plausibilidade, a parte demandante demonstra que, em 2017, formulou, com base no art. 13 e seguintes da Lei 13.448/2017, requerimento de relicitação, já ao fundamento de incapacidade econômico-financeira de execução do contrato, o qual se encontra pendente de apreciação (fls. 612/617).

Nesse diapasão, considerando a relevância da argumentação quanto ao desequilíbrio contratual entres as partes, a intenção de serem dirimidas as controvérsias por meio de arbitragem (previsão contida no item 37 do contrato de concessão em referência), bem como a pendência de requerimento administrativo de relicitação formulado pela acionante, é de se ter por necessária a manutenção das bases contratuais, até deliberação do juízo arbitral sobre a relação jurídico-contratual ou, conforme o caso, até que se resolva a pendência administrativa de relicitação, nos moldes da orientação jurisprudencial firmada sobre a matéria.

À vista do exposto, com base no poder geral de cautela, e apoiado no art. 22-A da Lei 9.307/96, **defiro a medida acautelatória requerida, para, até deliberação do juízo arbitral ou, conforme o caso, até que seja solucionado o pedido de relicitação, na forma da Lei 13.448/2017, determinar a ANTT que: a) mantenha as mesmas bases econômico-financeiras contratuais, aí incluída a condição tarifária, sem a redução prevista na Deliberação 523; b) se abstenha de aplicar penalidades administrativas e contratuais decorrentes do suposto desequilíbrio econômico-financeiro, respeitado o poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado e; c) se abstenha de impor obrigações à concessionária que estejam atreladas aos investimentos previstos no contrato de concessão.**” (doc. 14; grifos nossos e destaques no original)

44. Ocorre que, antes mesmo da prolação da referida decisão judicial (doc. 14), a ANTT se mostrou alheia à gravidade da situação econômico-financeira do CONTRATO, pois editou a Deliberação nº 523, em 15.8.2018, por meio da qual reduziu a tarifa de pedágio para R\$ 5,10, com vigência a partir de 17.8.2018 (doc. 15).

45. Na verdade, a publicação da Deliberação nº 523 (doc. 15) não consistiu apenas em ato contrário ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, mas em ato absolutamente dissonante e contraditório aos atuais pronunciamentos e conduta da ANTT, a qual já reconheceu que os contratos de concessão, celebrados no âmbito da “3ª Etapa” – dentre os quais, figura o CONTRATO objeto desse procedimento de arbitragem –, tiveram suas bases negociais maculadas (senão rompidas) por eventos imprevisíveis¹⁰ e gravosos.

46. Em recente audiência pública realizada pela Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados (doc. 16), ocorrida em 14.8.2018, a ANTT confirmou a gravidade da situação das concessionárias, em razão de eventos extraordinários e imprevisíveis que ensejaram manifesto desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária. Na referida audiência, a agência reguladora apresentou algumas alternativas de solução para o problema, dentre as quais a revisão quinquenal dos contratos para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, ainda em 2018.

47. Em apresentação distribuída aos participantes da referida audiência pública, a ANTT confirma que as concessões da “3ª Etapa” *“foram estruturadas entre 2011 e 2013”*, momento no qual o *“PIB nacional crescia na média de 3%”*, sendo que, a partir de 2015 (o CONTRATO da VIA 040 é de 2014), *“a crise econômica afetou severamente a curva de tráfego das concessões”*, com redução do PIB em 7,4% (2015-2016) e do tráfego real das rodovias para 13% abaixo do EVTEA¹¹ (doc. 16).

48. E, nesse contexto, a ANTT, durante a audiência pública de 14.8.2018, propôs como opção para o alcance do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão,

¹⁰ E, ainda que sejam considerados como “*fatos previsíveis*”, tiveram “*consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado*”, de modo a ensejar a impositiva “*manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato*”, nos termos do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1933.

¹¹ Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental.

no qual se inclui, por óbvio, a concessão da BR-040, que a revisão quinquenal seja implementada ainda em 2018 (doc. 16), notadamente para:

- (i) “Reconhecer o impacto da crise econômica, ajustando o patamar inicial da curva de tráfego com base no tráfego real verificado”;
- (ii) “Utilizar projeções de crescimento do PIB atualizadas (Focus/Bacen no curto prazo e 2,5% no médio prazo)”;
- (iii) “Mitigar o efeito da ausência das condições de financiamento divulgadas, otimizando o cronograma de obras com foco na prestação do serviço, com o devido efeito econômico na tarifa”;
- (iv) “Reconsiderar as multas já aplicadas, com base na revisão contratual, e agravar as consequências de novos descumprimentos”.

49. Nas palavras do diretor-geral da ANTT, Sr. Mario Rodrigues Júnior, “[a] única solução imediata para salvar não as concessionárias, mas o programa de concessões, é a revisão quinquenal; é preciso que se dê condições legais para reequilibrar os contratos, retomar os investimentos e garantir a manutenção (das concessões)” (doc. 16).

50. Por isso, diante dessa proposta de imediata revisão quinquenal, apresentada, em 14.8.2018, pela ANTT, também sob as alegações de que “as concessionárias já investiram mais de R\$ 7,4 bi ao longo de 5 anos” e eventual “indenização a pagar [às concessionárias] – em caso de caducidade – seria de R\$ 5,8 bi” (doc. 16), não há dúvidas de que a Deliberação nº 523 (doc. 15) e a mora da ANTT sobre os pleitos de revisão contratual que lhe foram submetidos pela VIA 040, são condutas (comissiva e omissiva, respectivamente) absolutamente contraditórias com o posicionamento adotado pela agência reguladora durante essa recentíssima audiência pública, convocada pela Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados. Vale notar que, na referida audiência pública, a ANTT propôs a revisão quinquenal dos contratos de concessão rodoviária, ainda em 2018, sob a alegação da tentativa de se “mitigar o efeito da ausência das condições de financiamento divulgadas, otimizando o cronograma de obras com foco na prestação do serviço, com o devido efeito econômico na tarifa” (doc. 16).

51. Não há dúvidas, pois, de que a gravosa redução da tarifa de pedágio, em R\$ 0,20, com vigência a partir de 17.8.2018 (mas já obstada por irreprochável decisão liminar judicial), estabelecida pela Deliberação nº 523 (doc. 15) só agravou, ainda mais, o desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, cuja revisão administrativa já foi postulada, mais de uma vez, pela VIA 040, mas, repita-se à exaustão, nunca foi analisada pela ANTT.

52. Ressalte-se, ainda, que não é apenas a ANTT que reconhece, de modo exposto, os gravosos desequilíbrios econômico-financeiros de diversas concessões rodoviárias e ferroviárias, decorrentes da grave crise econômica que se abateu sobre o país, logo após a celebração dos contratos da “3ª Etapa de Concessões”, mas também o Governo Federal e o Ministério Público Federal.

53. De acordo com o Parquet federal, “a situação das concessões de rodovia é grave e exige inovações ousadas”, conforme recente notícia, veiculada pela Revista Isto é (doc. 17). Confira-se:

“A situação das concessões de rodovia é grave e exige inovações ousadas”, disse nesta terça-feira, 14, o procurador da República Frederick Lustosa de Melo, durante audiência pública na Câmara dos Deputados. “É muito simples dizermos ‘não’ a tudo e ser legalista”, disse. “Mas precisamos tomar uma posição.” O procurador do MPF se mostrou aberto à discussão sobre a revisão ampla dos contratos de concessão proposto pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). “Não queremos constituir entrave nesse processo”, afirmou, colocando-se à disposição para participar das discussões. Na avaliação do procurador, o problema das concessionárias não se resume a um mero desequilíbrio financeiro. Ele reconheceu que houve uma profunda alteração do quadro macroeconômico, o que exige soluções mais amplas.” (doc. 17; grifou-se)

54. Nesse sentido, também é a reportagem, veiculada pelo “O Globo”, em 15.8.2018, na qual se noticia que “a devolução das concessões e a relicitação das vias são vistas no governo como saídas para o problema” (doc. 18). Confira-se:

“A devolução das concessões e a relicitação das vias são vistas no governo como saídas para o problema. Aguardando desde 2017, o decreto como as regras para o processo, foi anunciado ontem pelo presidente Michel Temer, mas ainda não foi assinado. Outra proposta em gestação é alterar os contratos e conceder mais prazo para a entrega das obras. Mas isso precisa ser negociado com o Tribunal de Contas da união e com o Ministério Público Federal”. (doc. 18)

55. Assim, diante da notória periclitante situação contratual e da conveniente inércia administrativa da ANTT, capaz de conduzir a VIA 040 à ruína financeira, a concessionária desistiu da possibilidade de revisão contratual, na esfera administrativa da agência reguladora, e decidiu instaurar esse procedimento arbitral, com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO (doc. 2), nos termos da cláusula compromissória (item 37.1), prevista no ajuste.

56. O pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO (doc. 2), ora submetido a essa e. Corte de Arbitragem, se justifica pelo não implemento das contrapartidas econômicas pactuadas pelas partes à época da celebração do contrato de concessão, mas também pelos prejuízos causados à VIA 040 pelo rompimento das bases negociais do ajuste, o que, frise-se, só foi agravado pela redução tarifária, a partir de 17.8.2018, estabelecida pela Deliberação nº 523 (doc. 15).

57. Em outras palavras, não bastasse a manifesta mora administrativa acerca dos pedidos de revisão contratual e relicitação, a ANTT, de modo deliberado, agravou, ainda mais, a situação econômico-financeira do CONTRATO (doc. 2), a despeito do notório – e reconhecido por ela própria – caos vivenciado pelas concessionárias de rodovias, consubstanciado na Lei nº 13.448/2017 (doc. 7), muito embora devesse ter se valido dos instrumentos contratuais necessários para o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Esse é o entendimento do Professor Carlos Ari Sunfeld:

“A concessão é contrato de exploração econômica. A Lei Nacional de Concessões foi explícita quanto a isto: o investimento do concessionário deve ser ‘remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra’ (Lei 8.897, de 1995, art. 2ª, III). Ela transfere ao concessionário a exploração de empreendimentos públicos, dentro de certas condições fixadas pelo pacto entre as partes

(o normal contratual). Compõem parcela essencial dessas condições os tipos, as características e a duração das prestações a executar (os serviços delegados e outras atividades) e os tipos, os valores e a duração das prestações que o concessionário receberá (as tarifas e outras prestações pecuniárias). O padrão contratual de normalidade, a que as partes têm direito, somente é alcançado e mantido com a completa execução, por ambas, desse conjunto de prestações, na forma como convencionadas.

(...)

Nenhuma das partes tem o direito de descumprir o contrato, deixando de honrar as prestações a que se obrigou, na forma como se obrigou. As partes têm o direito recíproco ao normal contratual. Diz o art. 29, VI, da Lei Nacional de Concessões: 'incumbe ao poder concedente cumprir e fazer cumprir (...) as cláusulas contratuais da concessão'.

Por isso, as prestações são sempre devidas *in natura*, não havendo a faculdade de alguma das partes, a seu exclusivo critério, substituí-las por outras quaisquer, adiá-las para outro momento ou inviabilizá-las. A indenização posterior de prejuízos por condenação judicial (a *reparação financeira do ilícito*) nunca será substituída natural e suficiente, mas apenas a forma possível de reparação daqueles ilícitos contratuais que, por razões práticas insuperáveis, não se tenha logrado corrigir adequadamente.

E, na concessão, o padrão contratual de normalidade inclui o direito de, em caso de desajuste, a concessionária obter o reequilíbrio internamente, por meio de prestações contratuais compensatórias. Isso tudo por que, como vimos, o concessionário tem de ser remunerado 'mediante a exploração do serviço' (art. 2º, III da Lei Nacional de Concessões) e não por soluções extracontratuais, como seria a posterior reparação financeira do ilícito.

A violação do contrato por uma das partes dá à outra, não o simples direito a indenização reparatória posterior do ilícito, mas o direito à reposição tempestiva do padrão contratual de normalidade: a parte prejudicada pode exigir a fruição das próprias prestações ajustadas, no modo como convencionadas. Eventualmente, dependendo das circunstâncias – da duração da mora, por exemplo – isso dependerá de adaptações, na forma e medida necessárias para reconstituir o padrão contratual de normalidade, com a fruição de prestações contratuais compensatórias (p.ex., receitas compensatórias).

O comportamento comissivo ou omissivo do concedente, que mantenha a exploração da concessão pela concessionária em situação anômala (de desequilíbrio), se transformaria em expropriação indireta dos direitos contratuais da concessionária se não fossem garantidas a este as prestações contratuais compensatórias para a reconstituição do normal contratual. Para assegurá-lo, muitas vezes será necessária a extensão compensatória do prazo da concessão, para que a concessionária possa auferir diretamente as receitas compensatórias suficientes.

No curso do contrato podem ocorrer outros desequilíbrios que onerem a concessionária e afetem a equação econômico-financeira: aumento de tributos, álea extraordinária, aumento dos encargos por atos de autoridade, etc. Nesses casos, o concedente terá a obrigação de rever o contrato em favor da concessionária, não se tratando de simples faculdade. Tem também a obrigação de fazê-lo em tempo oportuno. E as compensações por desequilíbrio da concessão devem ser fruídas na forma de: prestações contratuais, isto é, pelo recebimento direto, no curso do contrato, de receitas contratuais compensatórias (tarifas ou prestações econômicas equivalentes), ou pela desoneração compensatória de prestações a cargo da concessionária, em volume adequado”¹². (grifou-se).

58. Ocorre que, no caso, os eventos que macularam (senão romperam) as bases negociais do CONTRATO (doc. 2) não se enquadram na álea ordinária dos ajustes ou, nas palavras do Professor Carlos Ari Sunfeld, no “*padrão contratual de normalidade*”, ou seja, que assegura a transferência “*ao concessionário [d]a exploração de empreendimentos públicos, dentro de certas condições fixadas pelo pacto entre as partes (o normal contratual)*”.

59. Mas, ao contrário, foram eventos imprevisíveis e extraordinários, reconhecidos pelo Governo Federal, por meio da edição da Lei nº 13.448/2017 (doc. 7), e pela própria ANTT, inclusive na audiência pública ocorrida em 14.8.2018, como os motivos para “*as concessões da 3ª Etapa possu[írem], no seu conjunto, desempenho inferior ao previsto nos contratos*” (doc. 16). Ainda de acordo com a requerida, em apresentação distribuída aos participantes da referida audiência, “*a crise econômica afetou severamente a curva de tráfego das concessões*” (doc. 16).

60. Verifica-se, pois, que o mérito dessa arbitragem versa sobre hipótese de álea contratual extraordinária, o que enseja, de modo inevitável, a revisão do CONTRATO, nos termos dos arts. 317 e 478 do Código Civil, do art. 2º, III, da Lei nº 8.897/1995 e dos arts. 58, §§ 1º e 2º e 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. “O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva”. In O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2107) Defensor do Estado de Direito. Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho e César Augusto Guimarães Pereira (Organizadores). Malheiros Editores, 2017, pp. 251-261.

61. Afinal, diante de premissas de contratação profundamente alteradas pelas circunstâncias fáticas, de modo a ter se instalado cenário excessivamente oneroso para a requerente, se impõe o restabelecimento da comutatividade entre as prestações contratuais¹³. É indispensável, pois, que as obrigações previstas no CONTRATO (doc. 2) sejam adequadas ao atual contexto fático vivenciado pelas contratantes.

62. Por isso, impõe-se, no caso, que se proceda, com fundamento nos arts. 317 e 478 do Código Civil, ao reequilíbrio e reajuste do CONTRATO (doc. 2) em razão de notórios eventos imprevisíveis que ensejaram manifesta onerosidade excessiva em prejuízo da execução contratual pela requerente.

63. A jurisprudência, por sua vez, reconhece que a demora do Poder Público na prática de seus atos, no âmbito de contratos de concessão, não pode tornar, ainda mais grave, a situação das concessionárias. Isso porque, a Administração Pública está adstrita ao princípio

¹³ De acordo com o Professor Adalberto Pimentel Diniz de Souza, a onerosidade excessiva impõe a revisão contratual, até mesmo no âmbito dos contratos aleatórios. Confira-se:

“Há, desse modo, no momento da contratação, mesmo quando são contratadas prestações sujeitas a evento incerto, a projeção ou a estimativa do que pode ocorrer no curso da execução do contrato. Há, pois, pelas partes contratantes, a expectativa de segurança sobre a manutenção das premissas do contrato mesmo quando se contrata sobre o que é incerto. Desse modo, não é justo que permaneça inalterado o modo de executar o contrato se foram alteradas, no curso do contrato, as circunstâncias que o balizaram no momento da contratação, de modo a causar prejuízo e desequilíbrio.

(...)

Assim, no tocante aos contratos aleatórios, integra a contratação e faz parte desse modelo contratual o conhecimento prévio do risco, da incerteza. Todavia, pode ser que ocorram eventos muito além do que é previsível no momento da contratação. Não se exclui desse tipo de contrato a possibilidade de existência de evento imprevisível, tipicamente extraordinário, que, não obstante a aleatoriedade caracterizadora da avença, extrapola os limites do risco normal do contrato. Nesse aspecto, é importante distinguir o evento incerto, sujeito ao risco, mas previsto pelas partes, do evento imprevisível, extraordinário, que se situa fora da percepção das partes no momento da contratação a propósito do que pode ocorrer no curso do contrato. Mesmo quando as partes se sujeitam a evento aleatório, não é justo que se responsabilizem ilimitadamente, a não ser que expressamente se obriguem nesse sentido.

Seja como for, embora haja incerteza quanto ao resultado esperado pelas partes com relação aos contratos cuja execução se protai no tempo, a busca incessante é por segurança e estabilidade, por confirmação das diretrizes imaginadas e pretendidas pelas partes quando da celebração do contrato.

(...)

Para a aferição da medida da álea normal do contrato, ou melhor, para detectar se a álea normal do contrato é ultrapassada, é preciso considerar as bases ou circunstâncias de celebração do negócio, o ambiente econômico do momento da celebração, bem como sopesar o transcurso temporal entre a celebração do contrato e o momento em que ocorrer a necessidade de avaliação da alteração das circunstâncias contratuais. Por isso, é que G. Di Giandomenico afirmou que ‘*La valutazione del superamento dell’alea normale del contratto si efetua mediante un giudizio di prevedibilità Che si articola su profili quantitativi, qualitativi e temporali.*’ Perfilhamo-nos a esse entendimento porque, para a constatação da ocorrência de eventos que excedam o espectro da previsibilidade do contrato, é preciso aferir os aspectos econômicos envolvidos, os eventos que não poderiam ser previstos pelas partes, consideradas as suas qualidades pessoais e o tipo de contrato celebrado, tudo ponderado em relação ao momento de celebração do contrato e o posterior momento de desarranjo da avença.

O critério quantitativo de superação da álea normal é aferível se a prestação se torna, no curso do contrato, excessiva, do ponto de vista econômico. No que diz respeito ao critério qualitativo, é preciso avaliar se, de acordo com o tipo contratual, eventos extraordinários ou imprevisíveis ocorreram e, por fim, o critério temporal exige a comparação entre o cenário econômico no momento da contratação e o respectivo cenário econômico no momento da cogitada extrapolação da álea normal do contrato.” (SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. Risco Contratual, Onerosidade Excessiva & Contratos Aleatórios. Curitiba: Juruá, 2015. p. 32-33 e 37-38; grifou-se).

constitucional da eficiência (CF, art. 37, caput), o qual, nas palavras de Odete Medauar, “*determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções*”.¹⁴

64. Por isso, o e. Superior Tribunal de Justiça já esclareceu que foi introduzido no ordenamento jurídico o “*instituto da Mora Administrativa como forma de reprimir o arbítrio administrativo, pois não se pode conceber que o cidadão fique sujeito à uma espera abusiva que não deve ser tolerada e que está sujeita, sim, ao controle do Judiciário, a quem incumbe a preservação dos direitos, posto que visa a efetiva observância da lei em cada caso concreto*” (STJ, 1ª. T., REsp 690.811/RS, Rel. Min. José Delgado, julgado em 28.6.2005).

65. Em hipóteses análogas envolvendo a ANATEL, na condição de Poder Concedente, e a concessionária Oi, o e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu, por mais de uma vez, não ser cabível atribuir à concessionária o ônus de arcar com o valor integral da garantia ante a mora do Poder Concedente em atestar o cumprimento de obrigações¹⁵.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 15ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 137.

¹⁵ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE DETERMINOU QUE A ANATEL SE ABSTENHA DE EXIGIR A SUBSTITUIÇÃO DAS APÓLICES DE SEGURO/CARTA FIANÇA NO ITEM 14 DE FLS.224.357, ATÉ QUE SEJA DEFINIDO O NOVO VALOR A SER GARANTIDO, EM RAZÃO DOS COMPROMISSOS DE ABRANGÊNCIA ASSUMIDOS, CORRELATOS AOS TERMOS DE AUTORIZAÇÃO Nº519/2012/SPV-ANATEL, 520/2012/SPV ANATEL, Nº521/2012/SPV-ANATEL E Nº522/2012/SPV-ANATEL. EXTENSÃO DA DECISÃO QUE DETERMINOU À MESMA RECORRENTE A NÃO EXIGÊNCIA NA RENOVAÇÃO DO TERMO DE AUTORIZAÇÃO Nº 64/2013/SOR-ANATEL, DA GARANTIA NECESSÁRIA AO RESGUARDO DOS COMPROMISSOS DE ABRANGÊNCIA, SEM QUE ANTES SEJA APONTADO O VALOR A SER DADO EM GARANTIA, MEDIANTE PRÉVIA VERIFICAÇÃO DOS COMPROMISSOS JÁ EXECUTADOS, TRATADA NOS AUTOS Nº 0053341- 77.2016.8.19.0000. SIMILITUDE DE MATÉRIAS. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da Sétima Vara Empresarial da Comarca da Capital que, em ação de recuperação judicial, deferiu o pedido formulado pelas recuperandas para determinar que a ANATEL se abstenha de exigir a substituição das apólices de seguro/carta fiança no item 14 de fls.224.357, até que seja definido o novo valor a ser garantido, em razão dos compromissos de abrangência assumidos, correlatos aos Termos de Autorização nº519/2012/SPV-ANATEL; 520/2012/SPV ANATEL, nº521/2012/SPV-ANATEL e nº522/2012/SPV-ANATEL. (...)

Diante da renovação da autorização de uso estar atrelada à necessidade de prestação de garantia pela concessionária, a ser conferida por meio de caução em dinheiro, títulos públicos federais, carta de fiança bancária ou seguro-garantia, a mora administrativa do Poder Concedente em atestar o cumprimento dos compromissos de abrangência assumidos pelas recuperandas, de modo a impactar (reduzir) no valor atual a ser garantido, cujo custo está diretamente relacionado ao objeto remanescente não executado, traduz em inexorável prejuízo para as recorridas, notadamente diante do valor das apólices. Assim sendo, deve ser mantida incólume a decisão recorrida. Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO” (TJ/RJ; OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO; Relatora: Des. MÔNICA MARIA COSTA; Agravo de Instrumento nº: 0064182-97.2017.8.19.0000; Agravante: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Agravados: OI S.A e outros; j: 17.4.2018)

66. Por isso, sob a égide dos princípios da eficiência e da moralidade administrativas, a Lei nº 8.897/1995 estabelece a impositiva atuação – pró-ativa – do Poder Concedente, de modo a se assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Nesse sentido, confira-se, mais uma vez, a lição do Professor Carlos Ari Sunfeld:

“Diante disso, no regime da Lei Nacional de Concessão, não existe poder discricionário para, em caso de desequilíbrio em contrato de concessão, a administração pública concedente se recusar a corrigi-lo - correção essa, evidentemente, que deve ser feita por meio de prestações compensatórias lícitas, especialmente as previstas no próprio contrato.

O direito a essas prestações compensatórias integra o patrimônio jurídico da concessionária, cuja situação jurídica ativa, derivada da celebração da concessão, não é, em caso de desequilíbrio, limitada à exploração do serviço apenas pelo prazo inicial e apenas com as receitas previstas originalmente.

A recomposição do equilíbrio é direito subjetivo da concessionária; daí ser obrigação do concedente, segundo o art. 29, V da Lei Nacional de Concessão, quando for este o caso, ‘proceder à revisão das tarifas na forma desta lei, das normas pertinentes e do contrato’. E dele decorre a faculdade não só de haver certo crédito, mas de havê-lo por certa forma: a exploração da concessão, recebendo as prestações delimitadas de início e também as prestações que, a título de

“Logo, a mora ficou evidenciada não se verificando descumprimento das metas pelas agravadas, não se mostrando razoável que as recuperandas aguardem por tempo indeterminado para fazerem jus ao benefício contratualmente previsto de redução das garantias. Em que pese a ausência de previsão editalícia acerca de prazo para a análise dos referidos pleitos administrativos e a necessidade de diligências para a aferição do cumprimento dos compromissos, o que enseja demora na análise e resposta, não é crível que as recuperandas, colocando em risco o exercício da própria atividade empresarial por elas desenvolvida, tenham que desembolsar grande quantia antes da resposta da ANATEL sobre os seus pleitos. Assim, enquanto não reconhecida a realização dos compromissos já anuídos pela concessionária, o agravante, órgão fiscalizador não poderá exigir qualquer garantia em razão da renovação, até que apresente os devidos relatórios e aponte o valor atual a ser garantido em razão dos compromissos de abrangência que eventualmente ainda não foram cumpridos, principalmente por comprometer a própria preservação da empresa.” (TJ/RJ; OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO; Relator: Des. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA; AI nº 0058613-52.2016.8.19.0000; Agravante: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Agravados: OI S.A e outros)

Confira-se, também, precedente do e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região que reconheceu ao administrado o direito à solução razoável de determinado procedimento administrativo, já que não pode ser penalizado pela mora da Administração Pública:

“A autora dedica consideráveis linhas de sua petição inicial à exposição de vícios que alega estarem presentes no PADO nº 535000276902006. Não obstante, o objeto se resume à omissão da ré em decidir o pedido de revisão formulado pela autora naqueles autos. No caso concreto, a autora formulou requerimento nos autos do PADO em 27/11/2013 (fl. 149). Passados mais de seis meses, não houve decisão administrativa acerca do requerido (fl. 1526), ultrapassando o prazo previsto no art. 49 da Lei nº 9.784/99.

Irrelevante na espécie o teor do requerimento formulado, se suscita fatos novos ou não. É certo que o administrado possui direito subjetivo a ter seu pleito decidido no prazo previsto em lei como forma de assegurar a razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade, não se podendo permitir que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo. (REsp 1145692). (...) Por todo o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, com fulcro no art. 269, I, do CPC para determinar que a ANATEL decida no prazo de 10 dias o Pedido de Revisão, formulado em 27/11/2013 pela autora nos autos do PADO nº 535000276902006.”

compensação dos desajustes, vierem a ser agregadas no curso do contrato. A recusa administrativa em viabilizar o exercício do direito de fruir as prestações contratuais compensatórias é comportamento estatal ilícito.

O sistema legal brasileiro assegurou o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratado. É o que determinou a própria Constituição Federal de 1988 (art. 37, XXI), ao fixar que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas com 'cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta'. E também a lei 8.666/93, nos artigos 58, §§ 1º e 2º; 65, II, 'd') e 65 §§ 5º e 6º. O mesmo fez a Lei Nacional das Concessões, arts. 18, VIII e 23, IV, complementados pelo art. 10.

Portanto, a legislação brasileira sobre contratos públicos consagrou, em favor do contratado privado, o direito de, na execução dos contratos, não ser constrangido a suportar desajustes sem que se reponha o equilíbrio por meio de prestações compensatórias contratuais diretas e internas.

Especificamente no caso das concessões, isso significa que foi banida qualquer possibilidade de o poder público querer que a concessionária se contente com ulteriores indenizações reparatórias do ilícito.

Aliás, do contrário a norma do parágrafo único do art. 39 da Lei Nacional de Concessões seria inconstitucional. Diz o preceito: 'Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado'.

A rescisão judicial por inadimplemento do concedente é medida de proteção da concessionária, quando as violações praticadas por aquele tornarem desinteressante a continuidade da relação para este. Mas este deverá manter os serviços até o trânsito em julgado, como dispõe o parágrafo único. Ora, esse dever seria absurdo e antijurídico, transformando-se em requisição de fato sem qualquer base ou limite legal, se fosse exigido que o particular o fizesse em condições totalmente diversas daquelas que contratou.

Portanto, o dever de o particular manter o serviço tem como correlato o dever de o concedente atuar positivamente para preservar o equilíbrio constante do contrato, não possuindo a parte pública a prerrogativa de remeter a recomposição desses direitos à esfera indenizatória"¹⁶. (grifou-se)

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. "O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva". In O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2107) Defensor do Estado de Direito. Arnaldo Wald, Marçal Justen Filho e César Augusto Guimarães Pereira (Organizadores). Malheiros Editores, 2017, pp. 251-261.

67. Assim, diante do desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO (doc. 2), pelos motivos já expostos nesse requerimento (crise econômica, licenciamento ambiental tardio e fragmentado, financiamentos públicos frustrados), os quais já foram publicamente reconhecidos pela ANTT (doc. 16), bem como pelos diversos motivos fáticos e técnicos que ensejaram 2 (dois) pleitos de revisão contratual perante a agência reguladora (a serem detalhados no curso desse procedimento arbitral), pretende a VIA 040 instaurar esse procedimento arbitral com vistas à revisão das bases negociais do ajuste, de modo a assegurar a continuidade e viabilidade da prestação do serviço público rodoviário, e à indenização dos prejuízos que lhe foram causados, seja pela mora administrativa do Poder Concedente, seja pela redução tarifária fixada em momento contratual notoriamente inoportuno.

68. Afinal, é cediço que o princípio da prevalência do interesse público sobre o privado não pode ser validamente utilizado para justificar a ruína do particular em benefício do interesse público. Nesse sentido, é a doutrina:

“A relação entre indivíduo e coletividade, na Constituição, assegurou a sobrevivência e o respeito a todos os interesses. Como repetidamente afirmado, nenhum interesse individual pode ser exterminado mediante invocação ao interesse público. Ninguém pode ser destruído porque isso seria útil ao interesse coletivo. Autoriza-se limitação ou restrição dos interesses individuais, desde que resguardada a sua essência. Em hipóteses excepcionais e expressas, o interesse individual poderá ser sacrificado, desde que seja assegurada a contrapartida da indenização justa. Essa sistemática se integra com os princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito, que rejeita regras ou filosofias autoritárias. Dentro desse contexto, considera-se a natureza do dever infringido pelo poder concedente. Se versar sobre prestação essencial à sobrevivência do concessionário, não será aplicável o dispositivo. Dito de outro modo, se a manutenção do serviço, em face do inadimplemento do poder concedente, for hábil a acarretar o desaparecimento do concessionário ou o sacrifício de interesses fundamentais, não incidirá o parágrafo único do art. 39. A garantia constitucional da preservação de pessoas e seu patrimônio prevalece sobre o princípio da continuidade do serviço público.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 610-611)

69. Esse entendimento doutrinário foi adotado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, ao autorizar até mesmo a paralisação do início da execução do contrato pelo particular, como

forma de prevenir a majoração dos danos, sendo que, na hipótese da rodovia federal BR-040, se pretende a revisão do CONTRATO (doc. 2) justamente para se evitar o risco de futura paralisação total. Confira-se:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRÍNCIPE. 1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93. Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula mater da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as "condições efetivas da proposta". 2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes. 3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (ad impossibilia memo tenetur). 4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da exceptio non adimplet contractus imputável à administração, a fortiori, implica admitir sustar-se o 'início da execução', quando desde logo verificável a incidência da "imprevisão" ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso. 5. Recurso Ordinário provido.” (RMS 15154/PE, Relator Ministro LUIZ FUX, T1 - PRIMEIRA TURMA, DJ 02/12/2002)

70. Nesse sentido, é a lição do mestre Hely Lopes Meirelles, conforme esclarece Carlos Ari Sunfeld:

“Mas nem a velha teoria, tampouco a Lei Geral de Licitações e Contratações, reconheceram como prerrogativa da Administração Pública a de adiar ou descumprir o ajustado bilateralmente com os particulares, ainda que alegando pretextos de interesse público. Quanto a isso não há dúvida na doutrina e na jurisprudência: o

contrato público também obriga as partes, tanto a privada como a pública.

Cite-se, por todos, o administrativista Hely Lopes Meirelles. Lembra ele que 'executar o contrato é cumprir suas cláusulas segundo a comum interpretação das partes no momento de sua celebração', insistindo em que isso envolve não só 'à realização do objeto do contrato' como também 'tudo o mais que for estabelecido no ajuste ou constar das normas legais como encargo de qualquer das partes'. Para em seguida concluir:

'O contrato administrativo, como, de resto, qualquer contrato, deve ser executado fielmente, exercendo cada parte seus direitos e cumprindo suas obrigações. Na execução do contrato administrativo a Administração nivela-se ao particular, de modo que a cada obrigação deste corresponde um direito daquela, e vice-versa, segundo as cláusulas contratuais e as normas pertinentes.'

Eventuais prerrogativas administrativas só existem nos termos e limites das leis e das cláusulas contratuais. E não há, em favor da Administração, claro, qualquer prerrogativa implícita para descumprir o contratado, como se os interesses do particular fossem menores ou irrelevantes. Ela não tem a prerrogativa de fazer a expropriação indireta dos direitos constituídos em favor deste, ainda que pela simples omissão do dever de reequilibrar o contrato na forma prevista, impondo a prestação dos serviços em condições que não foram avençadas. Não há interesse público contra as normas jurídicas, ou fora delas.'¹⁷ (grifou-se)

71. Assim, diante do manifesto rompimento das bases negociais do CONTRATO, por fatos imprevisíveis à época de sua celebração, ocorridos nos idos de 2015, o que ensejou cenário de excessiva onerosidade, pelos motivos já expostos em pleitos administrativos de revisão contratual ora descritos, mas que também serão oportunamente detalhados, inclusive com a juntada de documentação suplementar, conforme já reconhecido pelo Governo Federal, por meio da Lei nº 13.448/2017, e pela própria ANTT em audiência pública, realizada em 14.8.2018 (apesar de sua contraditória redução tarifária, fixada pela Deliberação 523), pretende a requerente, por meio desta arbitragem, obter o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, de modo a viabilizar a prestação do serviço público rodoviário com a realização dos investimentos pertinentes, mas sem a efetivação de sua ruína financeira (cf. art. 37, XXI da Constituição Federal, arts. 317 e 478, do Código Civil, e arts. 10, 18, VIII, 23, IV, 29, V e VI, da Lei nº 8.97/1995).

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. "O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva". In O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2107) Defensor do Estado de Direito. Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho e César Augusto Guimarães Pereira (Organizadores). Malheiros Editores, 2017, pp. 251-261.

IV. ESPECIFICAÇÃO DO PEDIDO E VALOR ENVOLVIDO

(Art. 4º, item 3, alínea d, do Regulamento CCI)

72. Conforme exposto no capítulo antecedente, os pedidos a serem formulados nesta arbitragem são:

a) A readequação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão – Edital nº 006/2013 – Parte VII (“CONTRATO”), nos termos do art. 37, XXI da Constituição Federal, dos arts. 317 e 478, do Código Civil, dos arts. 10, 18, VIII, 23, IV, 29, V e VI, da Lei nº 8.897/1995 e dos arts. 58, §§ 1º e 2º e 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993.

b) A ratificação da medida liminar, deferida nos autos da ação cautelar (proc. nº 1014300-37.2018.4.01.3400), que tramita perante o MM. Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

c) A condenação da requerida ao reembolso de custas administrativas, despesas e honorários de árbitros e de advogado, nos termos da cláusula 37.1.10.

73. Atribui-se a esse procedimento arbitral o valor de R\$ 140.000.000,00 (cento e quarenta milhões de reais), relativo ao pedido formulado na alínea “a” acima, meramente estimativo, uma vez que, até o momento, não se pode quantificar todos os prejuízos relacionados ao desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

V. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

(Art. 4º, item 3, alínea e, do Regulamento CCI)

74. Em 12.3.2014, a requerente celebrou com a requerida contrato de concessão da rodovia federal BR-040 (Contrato de Concessão – Edital nº 006/2013 – Parte VII), o qual possui convenção de arbitragem, adiante transcrita:

“37.1 Arbitragem

37.1.1 As partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

(i) Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.

37.1.2 A submissão à arbitragem, nos termos deste item, não exime o Poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.

37.1.3 A arbitragem será administrada pela CCI, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

37.1.4 A arbitragem será conduzida em Brasília, Distrito Federal, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.

37.1.5 A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira, excluída a equidade.

37.1.6 O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada Parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) Partes, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no art. 9º do regulamento de arbitragem da CCI.

37.1.7 Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada Parte, o terceiro árbitro será indicado pela CCI, observados os termos e condições aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem.

37.1.8 Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou mesmo durante o procedimento de mediação, as Partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que,

por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.

37.1.9 As decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as Partes e seus sucessores.

37.1.10 A Parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.” (doc. 2)

75. Informa a requerente que o contrato relacionado à controvérsia instruirá este requerimento (Art. 4º, item 3, alínea e, do Regulamento CCI).

VI. INDICAÇÃO DE ÁRBITRO

(Art. 4º, item 3, alínea g, do Regulamento CCI)

76. A requerente indica, desde já, como árbitro, o Dr. Sérgio Guerra, inscrito na OAB/RJ sob o nº 61.072, com endereço profissional na Praia de Botafogo, 190, 13º andar, CEP. 22.250-900, email: sergio.guerra@fgv.br.

VII. SEDE, REGRAS DE DIREITO E IDIOMA

(Art. 4º, item 3, alínea g, do Regulamento CCI)

77. Nos termos dos itens 37.1.4 e 37.1.5 da cláusula compromissória prevista no CONTRATO (doc. 2), informa a requerente que a sede da arbitragem é a cidade de Brasília/DF, Brasil. O idioma a ser utilizado no procedimento é a língua portuguesa. E, por fim, a arbitragem será regida de acordo com as leis brasileiras, excluída a equidade.

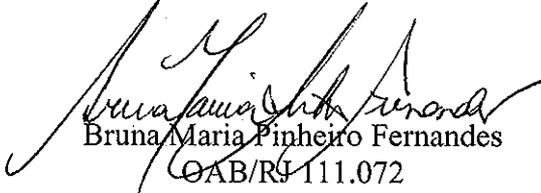
VIII. CONCLUSÃO

78. Ante o exposto, a VIA 040 requer a instauração do Procedimento Arbitral, com a convocação da requerida, no endereço acima indicado, para firmar compromisso arbitral, nos termos do artigo 5º do Regulamento da CCI.

79. Informa, por fim, que este requerimento será submetido, por correio eletrônico, e, após o recebimento das orientações da Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem Brasil, por correio.

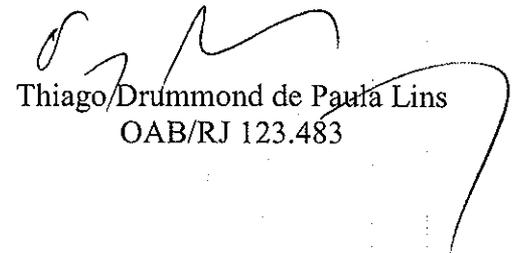
Do Rio de Janeiro para São Paulo, 17 de setembro de 2018.

Ana Tereza Basilio
OAB/RJ 74.802



Bruna Maria Pinheiro Fernandes
OAB/RJ 111.072

Bruno Di Marino
OAB/RJ 93.384



Thiago Drummond de Paula Lins
OAB/RJ 123.483

IX. LISTA DE DOCUMENTOS:

Docs. 1 (1, 1.1 e 1.2)	Procuração e atos constitutivos da requerente.
Doc. 2	Contrato de Concessão – Edital nº 006/2013 – Parte VII.
Doc. 3	Nota Técnica nº 003/GEPRO/SUINF/2018.
Doc. 4	Programa de Exploração Rodoviário – PER.
Doc. 5 (5.1 a 5.20)	Processos de revisão ordinária e extraordinária.
Doc. 6	Processo de revisão – 8.7.2016.
Doc. 7	Lei nº 13.448/2017 – Relicitação.
Doc. 8	Ofício ANTT nº 271/2017/SUINF.
Doc. 9	Pedido de Relicitação – Via 040.
Doc. 10	Ofício ANTT nº 052/2018/SUINF.
Doc. 11	Ofício ANTT nº 214/2018/GEFIR/SUINF.
Doc. 12	Ofício ANTT nº 353/2018/SUINF.
Doc. 13	Petição Inicial – Ação Cautelar nº 1014300-37.2018.4.01.3400.
Doc. 14	Decisão Liminar – 17ª VFDF.
Doc. 15	Deliberação nº 523, de 15.8.2018.
Doc. 16	ANTT – Audiência Pública.
Doc. 17	Isto É, de 14.8.2018.
Doc. 18	O Globo, de 15.8.2018.