

BASILIO

A D V O G A D O S

Ana Tereza Basilio João
Augusto Basilio Bruno Di
Marino Márcio Henrique
Notini Fabio Cotecchia
Marcos de Campos Salgado
Rogerio Marinho M. Alcântara Filho
Mariana Lewin Haft
Álvaro José do Amaral F. Rodrigues
Raphael Cesena Gutierrez
Jorge Corrêa do Lago Marcelo
B. Ludolf Gomes Fernanda
Carvalho de Miêres Paula de
Andrade Boechat Julia Mariana
Silva Jácome
Ludmila P. Q. Telles de Menezes
Carlos Mario Villela Santos Ribeiro
Flávia Ganem
Maria Beatriz de Souza Moreira
Luiza Santos Andrade
Evie Nogueira e Malafaia
Hugo Pupak Lopes Saraiva
Naiara H. Gomes Jorge Carla
Penna Machado Patricia dos
Santos Castro Luciana Ferretti
de Souza Amanda Chaves
Rodrigues Ana Luisa
Fernandes Pereira

Yasmin da Silveira Farias
Tânia Aguida de Oliveira
Aline Domingues Costa de Araujo
Jéssica Leone Santos
Maria Rafaela Bichara Caroline
Souza Leal Salles Ana Amélia
Resende Cury
Thais Nóbrega Tavares de Souza Beatriz
do Carmo Leandro Arandas Felipe de
Oliveira Gonçalves Rayssa França da
Fonseca
Renata Zaira Motta Ferreira
Cristine Redivo Grei
Yuri Antunes Moreira Patricia
Barreiros Gravina
Paulo Eduardo Sarmento de Toledo
Vitor de Albuquerque Nogueira Amanda
Lopes Coelho Wellington Boaz
Bezerra
Gabriel Pina Ribeiro
Daniel Dias Carneiro Guerra
Diogo Pistono Vitalino
Larissa Gabriele da Rocha Patrício
Patrik Nastasiy Monducci
Raul Gonçalves Baptista
Michelle Marcondes Caram
Alberto Parreira
Fernanda Marques Ferreira

Ilan Roitman
Nicole Contardo Pereira Aló
Mona Carolina S. Rodrigues Branco
Luna Jurberg Salgado
Paula Barros Larica e Borges
Luis Filipe Rodrigues Ribeiro
Carina Kac Balassiano Jéssica
Figueiredo Tavares
Ana Carolina de A. e Freitas Santos
Ana Carolina Folly Leite Sampaio
Luis Henrique Santos Crepaldi Renato
Perrotta de Souza
Luiza Lopes Cintra
Carla Costa Carneiro da Silveira
Layla Freitas de Matos
Matheus Medeiros Evangelho Michele
Myla M. Rodrigues Lucheti Sarah
Amaral Caixeta
Ana Carolina Cobra Meda Leite
Michelle Pereira da Cunha Corrêa
Leonardo Gomes da Silva Kamilla
de Alarcão Fleury
Tayná Bastos de Souza
Daniel Gomes de Rezende Queiróz
Alexandre da Silva Faria Campos
Lianna Frota Codina
Pedro Henrique Oliveira de Aguiar
Fernanda Ferreira Lopes Tavares

Helena Eblen
MouHanna Faria
Rafaela Bianca
Bastos
Fernando Almeida
Alves Paulino Allan
da Silva Lima
Eduardo
Chateaubriand
Martins Denise
Amaral
Felipe Rocha
Deiab Frederico
Silva Doell
Barbara Carla da
Mata Ewers
Flávia Pinto Ribeiro
Magalhães Larissa
David Torres Janela
Thiago Ferreira dos
Santos Priscila
Noya Pinheiro
Marcos Vinicius
Demetrio de Souza
Bryan Braga Ferreira
Sylvia Correa
Gherardini Rodrigues
Cezar Eduardo Ziliotto

Consulto
res Frederico
José Leite
Gueiros
Carlos Roberto
Barbosa Moreira
Luiz Fernando
Palhares

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM BRASIL CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL - CCI

Procedimento Arbitral nº ICC 23932/GSS/PFF

CONCESSIONÁRIA BR-040 S.A. ("Via 040")
(Requerente)

vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES ("ANTT") (Requerida)

RÉPLICA

8 de junho de 2020

Rio de Janeiro: Av. Presidente Wilson, 210 – 11º/12º/13º andares, Centro - Cep 20030-021 - Tel.: 55 21 2277 4200 Fax 55 21 2210 6316

Brasília: SCN - Quadra 4 Bloco B Pétala D Sala 502, Centro Empresarial Varig - Cep 70714-900 Tel/Fax: 55 61 3045 6144

São Paulo: Rua Leônício de Carvalho, 234 – 4º andar, Paraíso - Cep 04003-010 Tel/Fax: 55 11 3171 1388

www.basilioadvogados.com.br

EXMOS. SRS. ÁRBITROS DO PROCESSO ARBITRAL Nº 23932/GSS/PPF DA CÂMARA DE
COMÉRCIO INTERNACIONAL – CCI

CONCESSIONÁRIA BR-040 S.A. ("VIA 040" ou "requerente"), já qualificada nos autos do processo arbitral, que, perante a Câmara de Comércio Internacional – CCI, move contra a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES ("ANTT" ou "requerida"), vem, por seus advogados abaixo assinados, em cumprimento ao item I.2 da Ordem Processual nº 1 e ao cronograma apresentado na Ordem Processual nº 4, apresentar, tempestivamente, réplica, pelos motivos expostos nas razões anexas.

Do Rio de Janeiro para São Paulo, 8 de junho de 2020.

Ana Tereza Basilio
OAB/RJ 74.802

Bruno Di Marino
OAB/RJ nº 93.384

Marcio Henrique Notini
OAB/RJ nº 120.196

Fernanda Marques Ferreira
OAB/RJ nº 171.048

Thiago Vilas Boas Zimmermann
OAB/RJ nº 148.790

ÍNDICE

I.	<u>TEMPESTIVIDADE</u>	5
II.	<u>NEGATIVA GENÉRICA E ARGUMENTOS INSIPIENTES: TENTATIVA DE ISENTAR O PODER CONCEDENTE DE CULPA NA DERROCADA DA CONCESSÃO RODOVIÁRIA</u>	5
III.	<u>RECONHECIMENTO DA SITUAÇÃO CRÍTICA DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS MOTIVAÇÃO ECONÔMICA E POLÍTICA PARA EDIÇÃO DA LEI DA RELICITAÇÃO</u>	8
IV.	<u>RESTABELECENDO A VERDADE DOS FATOS: MODELO CONTRATUAL QUE ATRIBUI RISCOS AO PODER CONCEDENTE ITEM 21.2 DO CONTRATO DE CONCESSÃO</u>	11
V.	<u>EFEITO DA CRISE FINANCEIRA NO CONTRATO DE CONCESSÃO ERA HIPÓTESE IMPREVISÍVEL – INCIDÊNCIA DO ITEM 21.2.4 DO CONTRATO. INEQUIVOCA HIPÓTESE DE CASO FORTUITO</u>	14
VI.	<u>REDUÇÃO DO TRÁFEGO NÃO FOI O ÚNICO EFEITO NEGATIVO DA ABRUTA RECESSÃO</u>	20
VII.	<u>TEORIA DA IMPREVISÃO: ALOCAÇÃO DO RISCO PELAS ALTERAÇÕES NORMATIVAS RECAI SOBRE O PODER PÚBLICO (ITEM 21.2.5. DO CONTRATO DE CONCESSÃO)</u>	21
VIII.	<u>MAIS UM FATO DO PRÍNCIPE: BLOQUEIO EM RAZÃO DA COPA DO MUNDO E ELEIÇÕES</u>	25
IX.	<u>NEGLIGÊNCIA DO PODER PÚBLICO NÃO PODE SER PREMIADA: ARGUMENTO DESLEAL</u>	28
X.	<u>ATITUDES INCONGRUENTES E CONTRADITÓRIAS DA AGÊNCIA; ANUÊNCIA NA ALTERAÇÃO DO PER – RISCO DO PODER CONCEDENTE</u>	32
XI.	<u>TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - ÓBICE INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: ALEGAÇÃO DA ANTT QUE BEIRA A MÁ FÉ</u>	35
XII.	<u>RECONHECIMENTO DE AUSÊNCIA DE METODOLOGIA DA READEQUAÇÃO RELATIVA A LEI DOS CAMINHONEIROS: CONCESSIONÁRIA NÃO PODE SER PREJUDICADA PELA DESORGANIZAÇÃO E LETARGIA DO PODER PÚBLICO</u>	38
XIII.	<u>HISTÓRICO DAS REVISÕES CONTRATUAIS</u>	40

XIV. <u>ARTIMANHA DA ANTT PARA JUSTIFICAR O INJUSTIFICÁVEL: SUBVERSÃO ARBITRÁRIA DE PREVISÃO CONTRATUAL (O DENOMINADO FATOR D)</u>	43
XV. <u>AINDA SOBRE O GRAVE CENÁRIO DE DESEQUILÍBRIO: OS APORTES REALIZADOS</u>	44
XVI. <u>PREJUÍZOS DA CONCESSÃO DEVEM SER COMPROVADOS EM PROVA PERICIAL: PROVA CAPAZ DE ATESTAR A DIMENSÃO DA RECOMPOSIÇÃO</u>	46
XVII. <u>CONCLUSÃO</u>	47
<u>LISTA DE DOCUMENTOS</u>	48

TEMPESTIVIDADE

1. De acordo com a Ordem Processual nº 1, o prazo para a apresentação de réplica é de 30 (trinta) dias contados do recebimento da resposta da ANTT às alegações iniciais apresentadas pela requerente. Assim, de acordo com a Ordem Processo nº 4, que apresentou o cronograma deste procedimento arbitral, o prazo para apresentação da réplica se encerra no dia 8.6.2020.

2. É, pois, manifestamente tempestiva esta manifestação, submetida a esse e. Tribunal Arbitral hoje, 8.6.2020.

NEGATIVA GENÉRICA E ARGUMENTOS INSIPIENTES:
TENTATIVA DE ISENTAR O PODER CONCEDENTE DE CULPA NA DERROCADA DA
CONCESSÃO RODOVIÁRIA

3. A VIA 040 busca, por meio deste procedimento arbitral, a restauração do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão objeto da lide (Edital nº 006/2013 – Parte VII), mediante adequação do valor da tarifa do pedágio, em razão de diversos fatores descritos nas alegações iniciais que macularam, substancialmente, a base econômica do contrato. Subsidiariamente, caso finalizado o processo de relicitação em curso – e, portanto, na hipótese de encerrado o contrato de concessão antes do término deste procedimento – requer a conversão do pleito de reequilíbrio em indenização, com a condenação da ANTT ao pagamento de perdas e danos decorrentes do desequilíbrio e prejuízos até então suportados, unicamente, pela VIA 040.

4. A defesa da ANTT, por sua vez, embora longa, não se aprofunda. É superficial e apenas tangencia os argumentos da VIA 040. Em suma, ANTT se pautava em interpretação isolada e deturpada do artigo 2º, II, da Lei nº 8.987/95 e da Cláusula 21.1 do Contrato de Concessão para sustentar que as referidas disposições teriam imputado à Concessionária “*praticamente todos os riscos do negócio*”. E, a partir dessa premissa, aduz o seguinte:

× A grave crise econômica instaurada no país nos anos 2015/2016, com reflexos que se espraiam até hoje, não poderia ser considerada fato extraordinário ou imprevisível a ensejar a revisão do contrato, ainda que tenha causado desequilíbrio, pois momentos de recessão ocorreriam periodicamente e, assim, deveria ter sido precificado;

× Não teria havido garantias de que as condições de financiamento divulgadas para as concessões rodoviárias seriam mantidas, razão pela qual a VIA-040, mais uma vez, teria se lançado na empreitada por sua conta e risco, cabendo a ela alocar recursos próprios. Ademais, ainda que houvesse garantia, o pedido de recomposição deveria ter sido dirigido à instituição financeira;

- × A aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão deveria ser analisada *cum grano salis*, na medida em que, por envolver o Estado, “o critério para reconhecimento da extraordinariedade do evento supostamente danoso ao interesse do concessionário deve ser bastante rigoroso” (item 35 da resposta da ANTT). Nessa linha, novamente minimiza a recessão de 2015/2016, sugerindo que nos últimos 25 anos teriam ocorrido outras crises de maior gravidade.
- × Não haveria prova de culpa do Poder Concedente pela derrocada do contrato e, ainda, a redução de tráfego no período mais grave da crise teria sido de apenas 9,54%, se comparado ao período anterior, fora da crise, razão pela qual seria inadmissível falar-se em evento extraordinário;
- × Jamais teria havido, seja por parte da ANTT, seja por parte da União, reconhecimento de desequilíbrio no Contrato de Concessão. Assevera que o deferimento do pedido de relicitação igualmente não configuraria reconhecimento de desequilíbrio, mas apenas o fim amigável da relação contratual;
- × Não teria havido omissão da ANTT na recomposição da tarifa, uma vez que procedeu às revisões para reequilibrar os prejuízos da Concessionária em relação aos eventos alheios à sua matriz de risco. Nos demais casos, se não houve providência no âmbito administrativo, significa que não teria havido prova dos eventos aptos a gerar direito à recomposição;
- × A respeito do aumento do limite de peso de carga, a Lei dos Caminhoneiros (Lei nº 13.103/2015), de fato, desequilibrou o contrato, mas esse desajuste já teria sido equacionado por meio da 1ª Revisão Ordinária e 3ª Extraordinária. Nesse particular, a discordância da VIA 040 quanto a metodologia configuraria usurpação de competência da agência reguladora;
- × Sobre o aumento do preço dos insumos asfálticos, retoma a premissa de que seria risco da Concessionária e que a VIA 040, no momento da assinatura do contrato, teria aceitado essa opção regulatória;
- × Quanto às alterações tributárias no preço dos combustíveis, afirma que teria sido constatada ausência de desequilíbrio, pois o índice de reajuste do contrato – IPCA – “já contempla em boa medida a variação dos preços” (item 144 da resposta da ANTT).
- × Acerca da alteração do PER para melhorar a fluidez em Brasília, afirma que, por se tratar de “alteração unilateral do contrato, obviamente haveria a devida remuneração pelos eventuais custos adicionais suportados pela Requerente, inclusive os alegados custos com projetos” (item 171 da resposta da ANTT), no entanto a VIA 040 não teria apresentado os projetos a contento;
- × Ao tratar dos atrasos no licenciamento ambiental, alega que “haverá o reequilíbrio econômico-financeiro somente em caso de não obtenção de licença de instalação para os 10% (dez por cento) das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias” (item 180 da resposta da ANTT) e, por isso, nem todas as licenças seriam de responsabilidade do Poder Concedente. Ademais, os atrasos no licenciamento ambiental não impediriam a aplicação do desconto de reequilíbrio previsto na Cláusula 22.6. por descumprimento dos prazos. Assim, a ANTT já teria provido os reequilíbrios pertinentes.
- × Quanto ao denominado “Fator D”, não haveria que se falar em excesso ou inaplicabilidade ao caso; pelo contrário, o desconto de reequilíbrio seria até “muito brando”, o que seria vantajoso para a Concessionária. Em verdadeiro malabarismo argumentativo, assevera que sua aplicação seria objetiva; bastar haver atraso para ser imposta redução

tarifária (o que conduz a esdrúxula e inadmissível redução da tarifa pelos, v.g., atrasos ocorridos por culpa do Poder Concedente);

× Sobre a Copa do Mundo, afirma que a ANTT, de fato, pleiteou a suspensão das obras, mas a VIA 040 poderia ter atuado em outras frentes de trabalho. Por isso, considerou que não teria havido prejuízo indenizável para a Concessionária, que, inclusive, não teria comunicado qualquer dificuldade à época. Assevera, ainda, que o percentual de execução da obra no período teria sido, inclusive, mais elevado que a média de desempenho da Concessionária.

× A respeito da questão das rotas de fuga, afirmou, novamente, ser risco da concessionária, mas que foi devidamente reequilibrado na 3ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária.

5. Não obstante, nenhuma das alegações da ANTT procedem. Isso porque:

✓ O desequilíbrio já foi amplamente reconhecido, valendo trazer a baila, mais uma vez, declaração da própria ANTT (que, agora, contraditoriamente, vem dizer que não teria qualquer valor), *verbis*: “(...) *Fase 3 são todas aquelas que foram licitadas em 2014, em que o País tinha um cenário brilhante, com crescimento, projeções, liberação de financiamentos do BNDES com taxas de juros atrativas. Só que, de 2014 para diante, cinco dessas concessões que iniciariam hoje estão totalmente desequilibradas. **Nós tivemos uma queda na arrecadação, queda na produção, queda no nível de tráfego (...) então, hoje, essas concessões da Fase 3 estão num desequilíbrio violento***”¹.

✓ Ainda que assim não fosse, ao contrário do que afirma a requerida, a crise de 2015/2016 não se tratou de uma recessão previsível, cíclica, mais branda que outras ocorridas em passado recente. Os dados concretos e públicos revelam justamente o contrário; o país se viu diante de uma recessão abrupta e completamente extraordinária, que implicou sucessivas quedas do PIB, sem que houvesse posterior retomada. Segundo a FGV, essa recessão e suas consequências são as piores dos últimos 120 anos. Talvez, só seja superada por mais um evento completamente imprevisível e avassalador: o COVID-19.

✓ A redução de tráfego não foi de “apenas” 9,65% e o percentual sequer pode ser considerado de forma isolada. Aliás, essa não foi a única consequência da grave crise, cabendo citar, também, v.g.: alteração substancial das linhas de crédito publicadas pelo BNDES, CEF e Banco do Brasil antes da contratação, que possuíam condições diferenciadas para as concessões de rodovias federais, o que alterou drasticamente as bases em que o contrato foi precificado;

✓ A ANTT omitiu-se em reequilibrar o contrato em incontáveis ocasiões, mesmo com previsão expressa contida no contrato, v.g.:

- o Atraso e desídia na emissão de licenças ambientais, de responsabilidade do Poder Concedente, o que causou severos prejuízos com mobilização e desmobilização dos insumos e aparatos necessários às obras, que tiveram cronograma afetado por culpa da ANTT;
- o Reconhecimento de que a Lei dos Caminheiros desequilibrou o contrato, mas há 4 anos a ANTT furta-se a definir metodologia adequada para ressarcimento e restabelecimento da base econômica do contrato;

¹ - <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral.antt-defende-a-relicitacao-de-concessoes-de-rodovias-feitas-por-dilma,70002777225> – acessado em 26.11.2019, às 16:50.

- o Elevação sem precedentes de insumos asfálticos, que superaram sobremaneira o índice de correção tarifário, causando mais um desequilíbrio;
 - o Alteração da tributação de combustíveis, insumo utilizado durante a obra e na operação da Rodovia, com impactos também severamente superiores ao índice de correção da tarifa;
 - o Paralisação das obras em diversos trechos por determinação do Poder Público durante a Copa do Mundo e Eleições que impactaram no cronograma de obras e geram custos não previstos à Concessionária;
 - o Alterações do PER que, embora reconhecidamente fator para ser reequilibrado, mesmo depois da apresentação dos projetos seguem sem adequação
- ✓ Aplicação abusiva do denominado “Fator D”, com sucessivas reduções tarifárias em meio a pior crise registrada no Brasil nos últimos 120 anos e, pior, decorrente de uma interpretação dissociada da realidade do contrato, inclusive em razão de atrasos imputáveis à ANTT.

6. Em outros termos, a ANTT não consegue infirmar a ocorrência de abrupta, imprevisível (notadamente em seus graves efeitos) e extraordinária mudança do cenário econômico nacional que impactou, decisivamente, as bases econômicas mínimas do contrato. Até porque essa questão não arrebatou exclusivamente a requerente. É um mal que assola todas as concessionárias vencedoras da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – PROCROFE.

7. Sem conseguir negar a existência da crise, a ANTT optou, como estratégia de defesa, transferir toda a responsabilidade e o risco da sua derrocada à VIA 040. Essa linha, no entanto, apresenta erros. O primeiro é de que há farta documentação nos autos capaz de atestar que foram inequivocamente imprevisíveis, incalculáveis e deletérios os efeitos da crise econômica na equação do contrato. Repita-se, naquele momento, tratou-se da pior recessão dos últimos 120 anos, o que foge completamente do que se chamou de “*crises econômicas periódicas*”. O segundo é que, embora se tente alocar todos os riscos do negócio à VIA 040, o contrato de concessão é claro em atribuir a cada parte contratante as suas responsabilidades. E, nesse sentido, foram inúmeras as obrigações inadimplidas pela requerida. O tiro saiu pela culatra.

8. Assim, como será melhor demonstrado adiante, os frágeis e, diga-se, desleais argumentos da ANTT não merecem prosperar.

RECONHECIMENTO DA SITUAÇÃO CRÍTICA DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS MOTIVAÇÃO ECONÔMICA E POLÍTICA PARA EDIÇÃO DA LEI DA RELICITAÇÃO

9. Argumenta a ANTT que o instituto da relicitação não poderia ser usado enquanto meio para afirmar a existência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo em vista que “a

relicitação simplesmente põe fim amigavelmente à relação contratual, sem qualquer reconhecimento de desequilíbrio do contrato por qualquer das partes” (fl. 47 da resposta da ANTT).

10. Afirma a agência, ainda, que o *“cenário que se coloca é no sentido de, uma vez constatado que a Concessionária assumiu mais riscos do que conseguiria suportar e diante da probabilidade de que não consiga prestar o serviço a contento, o Poder Concedente pondera ser mais vantajosa uma extinção amigável da concessão do que aguardar a paulatina deterioração do serviço com prejuízo ao usuário e o consequente aumento da judicialização em razão das medidas punitivas adotadas”* (fl. 47 da resposta da ANTT).

11. Antes de mais nada, devem ser lembradas as circunstâncias que levaram à edição da Lei de Relicitação. 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”* (RTE - 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”*.

12. Exatamente por isso que a Lei nº 13.448/2017, no art. 13, dispõe que o objetivo do instituto é assegurar a prestação do serviço para os casos em que as *“disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”*.

13. Ou seja, embora a relicitação não possa ser considerada como instrumento para reequilíbrio do contrato de concessão, ela, dentro do que a própria lei prevê, foi criada para mitigar os efeitos de relações em vias de colapso, para que seja evitada a deterioração do serviço aos consumidores. Por isso, a relicitação não é instrumento para mero arrependimento ou insatisfação com a licitação em que foi vencedora. É meio de remediar uma situação já instável para a concessionária e insegura para os usuários.

14. A forma simplória tratada pela ANTT deixa de considerar os delicados liames da questão, passando a equivocada impressão de que, por meio da relicitação, qualquer concessionária pode pôr fim amigavelmente a um contrato de concessão. Porém, embora tente a agência minimizar a complexa situação vivenciada pela VIA 040 para tratá-la de forma banal, faz-se necessário aprofundar a análise.

15. Na exposição de motivos da Medida Provisória que culminou na Lei de Relicitações é exposto que a intenção primordial da medida era uma *“alternativa inovadora de devolução*

coordenada e negociada' da concessão evitando-se processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo” (RTE - 51). Por óbvio, não obstante o argumento da requerida, fato é que a medida jamais pretendeu ser direcionada para concessionárias que se encontravam em situação econômico financeira confortável.

16. A Lei de Relicitação não admite, portanto, indiscriminadamente, a aderência de concessionárias. Além da previsão do art. 13, já mencionado, a concessionária, ainda, deve demonstrar o atendimento aos demais requisitos previstos no art. 14, replicados no art. 3º do Decreto nº 9.957/19, dentre eles, “*das justificativas e dos elementos técnicos que demonstrem a necessidade e a conveniência da adoção do processo de relicitação, com as eventuais propostas de solução para as questões enfrentadas*”². E as justificativas para a necessidade e conveniência do processo de relicitação apresentado pela VIA 040, que foram devidamente aceitas, foram lastreadas em fatos supervenientes que não poderiam ser imputados à Concessionária, mas que macularam gravemente a relação estabelecida previamente.

17. A VIA 040, portanto, para que fosse aceita no projeto de relicitação, demonstrou, como já foi feito nas alegações iniciais, os fatos supervenientes, imprevisíveis e alheios à esfera de responsabilidade e atuação da VIA 040 e que impactaram as premissas originalmente consideradas pela Concessionária. Foram esses os mesmos motivadores que levaram a VIA 040 a tentar, pela via administrativa, resguardar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, a fim de que todas as alterações e eventos descritos pudessem ser devidamente compensados.

18. Assim, ao sugerir à VIA 040 que buscasse a via da relicitação, por meio da Deliberação nº 837 (RTE - 52), a própria ANTT reconhece que as questões submetidas à agência tornavam a concessionária aderente ao procedimento, ou seja, pressupõe, em razão da necessidade de cumprir o disposto nos art. 13 e 14 da Lei nº 13.448/2017, e art. 3º do Decreto nº 9.957/19, a existência de um desequilíbrio do negócio a justificar aquilo que restou requerido.

² § 2º Sem prejuízo de outros requisitos definidos em ato do Poder Executivo, a instauração do processo de relicitação é condicionada à apresentação pelo contratado:

- I - das justificativas e dos elementos técnicos que demonstrem a necessidade e a conveniência da adoção do processo de relicitação, com as eventuais propostas de solução para as questões enfrentadas;
- II - da renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no [§ 3º do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade; III - de declaração formal quanto à intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretroatável, ao processo de relicitação do contrato de parceria, nos termos desta Lei;
- IV - da renúncia expressa quanto à participação no novo certame ou no futuro contrato de parceria relicitado, nos termos do art. 16 desta Lei;
- V - das informações necessárias à realização do processo de relicitação, em especial as demonstrações relacionadas aos investimentos em bens reversíveis vinculados ao empreendimento e aos eventuais instrumentos de financiamento utilizados no contrato, bem como de todos os contratos em vigor de cessão de uso de áreas para fins comerciais e de prestação de serviços, nos espaços sob a titularidade do atual contratado.

19. E, exatamente, por considerar que a VIA 040 preenche os requisitos para tanto, que em 19.2.2020, foi publicado o Decreto nº 10.248 de fevereiro de 2020 (RTE 44), qualificando, para fins de relicitação, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – PPI, o trecho sob concessão da requerente.

20. Ainda sobre o reconhecimento da ANTT, da União e do Congresso Nacional acerca do grave e insustentável desequilíbrio do contrato de concessão, a requerida chega a afirmar que o argumento não faria sentido, pois a agência seria desprovida de interesses políticos e, caso tivesse verificado desajustes, o que só poderia ser reconhecido por seu conselho deliberativo, teria tomado as devidas providências para reequilibrar o contrato. Mais uma vez o argumento não se sustenta. Fosse assim, nenhuma agência reguladora no país seria demandada por reequilíbrios não realizados e ninguém mais poderia avaliar as bases econômicas dos contratos de concessão, o que, por óbvio não se verifica no mundo dos fatos.

21. A banalidade em que a ANTT trata o processo de relicitação, como mera forma de composição amigável, não pode ser admitida por esse Tribunal Arbitral. A questão é mais profunda e merece ser analisada dentro da sua complexidade para que sejam apuradas as consequências na relação travada entre as partes.

RESTABELECENDO A VERDADE DOS FATOS:
MODELO CONTRATUAL QUE ATRIBUI RISCOS AO PODER CONCEDENTE
ITEM 21.2 DO CONTRATO DE CONCESSÃO

22. Como mencionado, a defesa da requerida é centrada, basicamente, na rasa – e insustentável – premissa de que “*os contratos de concessão de serviços públicos são negócios jurídicos de longo prazo com previsão de dispêndio de vultosas quantias e que traz em seu bojo a previsão de riscos assumidos de parte a parte ao longo desse período de execução*” e que, portanto, “*o concessionário deverá explorar a atividade delegada por sua conta e risco, o que evidencia uma alocação prévia substancial do risco do negócio para o particular contratante*” (fl. 7 da resposta da ANTT).

23. E não podendo negar a existência da crise, que desnorтеou os rumos do contrato de concessão, a ANTT insiste na narrativa de que “*os serviços são delegados para a exploração do concessionário por sua conta e risco, que ao concessionário é reconhecida uma larga discricionariedade para a construção de seu modelo de negócio e, finalmente, que os tipos de riscos que lhe são alocados estão previstos em matriz conhecida antes da formação da proposta no certame,*

a imprevisibilidade ou extraordinariedade do evento danoso há de ser extrema para justificar uma medida de reequilíbrio contratual”.

24. O intuito primordial do axioma em que se pautou a ANTT é, através de estratégia marota, transferir à VIA 040 todo o risco do negócio, desconsiderando, assim, o que consta do próprio Contrato de Concessão.

25. Isso porque, embora a ANTT não poupe tinta em citar o disposto na cláusula 21.1, que arrola os riscos a cargo da concessionária, deixa de mencionar que, logo após, consta a cláusula 21.2 que trata dos riscos que devem ser recepcionados pelo Poder Público. Confira-se parte deles:

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

(...)

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

26. O Contrato de Concessão firmado entre as partes estabelece, portanto, que, embora recaia sobre a concessionária o ônus de arcar com as áreas ordinárias do ajuste, como pontuado à exaustão pela requerida, incumbe ao Poder Concedente a obrigação de suportar os eventos extraordinários (cláusulas 21.1 e 21.2 do Contrato de Concessão – RTE 2), que são exatamente os demonstrados por meio das alegações da requerente. Essa parte, convenientemente omitida pela ANTT, é de extrema relevância para se compreender a questão debatida nesses autos.

27. 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 contratuais³.

28. Como já demonstrado e, mais uma vez será reiterado, os eventos que macularam (senão romperam) as bases negociais do Contrato (RTE 2) não se enquadram na área ordinária dos ajustes ou, nas palavras do Professor Carlos Ari Sundfeld, no “*padrão contratual de normalidade*”, mas, ao contrário, foram eventos imprevisíveis e extraordinários, reconhecidos pelo Governo Federal, por meio da edição da Lei nº 13.448/2017 (RTE 7), e pela própria ANTT.

³ - 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 protraia 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 área normal do contrato, ou melhor, para detectar se a área 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. (...) O critério quantitativo de superação da área 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 área 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).

EFEITO DA CRISE FINANCEIRA NO CONTRATO DE CONCESSÃO ERA HIPÓTESE IMPREVISÍVEL – INCIDÊNCIA DO ITEM 21.2.4 DO CONTRATO. INEQUIVOCA HIPÓTESE DE CASO FORTUITO

29. Afirma a agência que “*a existência de crises econômicas periódicas não pode ser encarada como circunstância extraordinária na economia mundial contemporânea*” (fl. 19 da resposta da ANTT) e, na ânsia de se furtar de sua responsabilidade, alega a ANTT que era “*preciso ressaltar que o risco pela flutuação da demanda pelo serviço concedido foi previamente alocado como de responsabilidade do concessionário*” (fl. 18 da resposta da ANTT).

30. Inicialmente, pontue-se que a modificação abrupta, imprevisível (notadamente em seus graves efeitos) e extraordinária do cenário econômico nacional já foi reconhecida, por meio da União, do Congresso Nacional e da própria ANTT. Quanto a isso, aliás, não pode haver mais controvérsia sob pena de absoluta má fé do Poder Público:

a) pela própria ANTT, sendo fato, portanto, incontroverso (CPC, art. 374, II), na medida em que a Agência, em audiência pública, justamente por reconhecer a gravidade da situação das concessionárias em virtude de eventos extraordinários e imprevisíveis que ensejaram manifesto desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária, apresentou alternativas de solução para o problema, dentre as quais a revisão quinquenal dos contratos, ainda em 2018 (RTE 16); depois,

b) pela União Federal, por meio da Exposição de Motivos que antecedeu a Lei Federal nº 13.448/2017, ocasião em que confirmou a existência de desequilíbrio econômico nos contratos de concessão de rodovias federais, a demandar a instauração de procedimento de relicitação, razão pela qual não se poderia, enquanto não for concluído este procedimento, apenar a concessionária com a redução das tarifas e a exigência de execução de investimentos;

c) pelo Congresso Nacional, que, 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*” (RTE 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”. Além disso, a mencionada legislação prevê, em seu art. 14, §3º, “*qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado*”; e, ainda,

d) pelo Ministério Público Federal, que reconheceu que “*a situação das concessões de rodovia é grave e exige inovações ousadas*”, conforme recente notícia, veiculada pela Revista Istoé (RTE 17). Na avaliação do procurador da República Frederick Lustosa de Melo, durante audiência pública na Câmara dos Deputados, 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 (RTE 17; grifou-se).

31. Assim, ainda que, como mencionado pela ANTT seja possível admitir como previsível e normal certa oscilação da economia de um país, no caso concreto ela se deu de tal modo que se pode

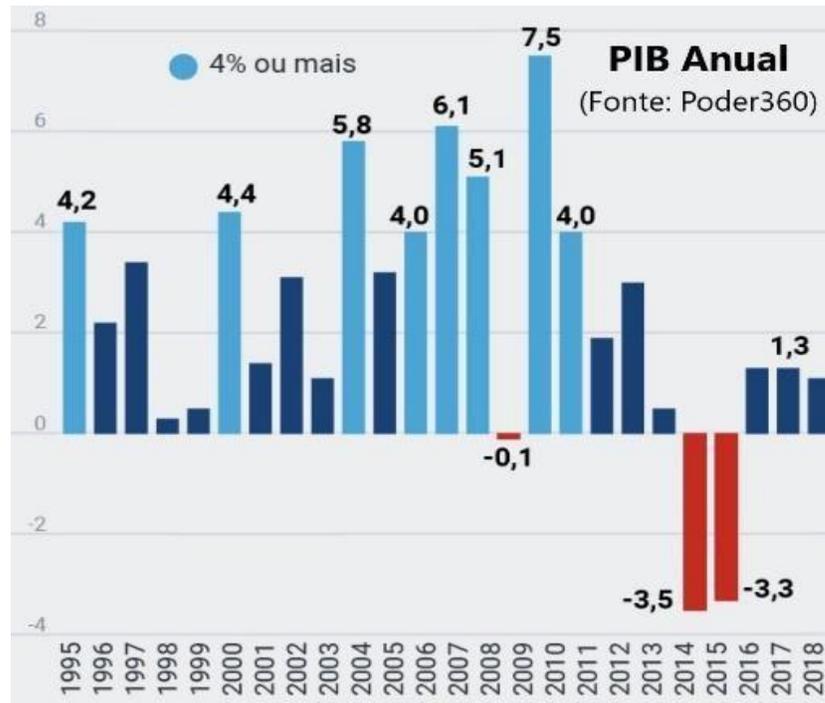
dizer – como, aliás, já se reconheceu – que foram inequivocamente imprevisíveis, incalculáveis e deletérios os seus efeitos na equação do contrato.

32. Note-se que, contradizendo tudo o que Poder Público, até então, havia analisado e admitido sobre a crise em comento, a ANTT alega que nos últimos 25 anos identificou “*crises econômicas de caráter internacional e de grande impacto como a dos mercados asiáticos (1997), a má desvalorização da moeda brasileira (1999), a crise econômica da argentina (2001-2002), a crise financeira mundial iniciada com a quebra do banco Lehman Brothers (2008), dentre outras de menor expressão*” (item 61 da resposta da ANTT).

33. Com isso busca, claramente, sugerir que a crise de 2015/2016 teria tido menor impacto do que as outras citadas, o que reforçaria sua tese de que a “*a existência de crises econômicas periódicas não pode ser encarada como circunstância extraordinária*”, especialmente porque, na sua visão, aplicação da teoria da imprevisão nas relações com o Estado requer maior rigor para se reconhecer determinado fato como extraordinário.

34. Pois bem. Ressalte-se, mais uma vez, que a requerente não discute, no caso, uma crise ordinária, de consequências, embora deletérias, usuais, esperadas, previsíveis e encampadas pelos riscos normais do contrato, a que, certamente, deveriam as partes se submeter. E mais: ainda que se adote a premissa marota da ANTT – de que extraordinariedade deveria ser maior para si, como se ela tivesse algum tipo de blindagem maior – não se pode negar que nenhuma das partes pôde cogitar que o Brasil pudesse entrar, em tão pouco tempo, em recessão extraordinariamente profunda, de consequências extremamente desastrosas.

35. Ao contrário do que sugere a ANTT, não se tratou de uma recessão comum, cíclica, recuperável a curto ou médio prazo. Analisando-se as outras crises apontadas pela própria ANTT e seus respectivos impactos no PIB do Brasil, verifica-se que o período que apresentou a queda mais acentuada foi, de fato, a recessão de 2014 a 2016, com variação negativa de cerca de -3,5% por dois anos consecutivos. Confira-se:



Histórico do PIB brasileiro: tabela com todos os valores (%)

2007	6,07%
2006	3,96%
2005	3,20%
2004	5,76%
2003	1,14%
2002	3,05%
2001	1,39%
2000	4,39%
1999	0,47%
1998	0,34%
1997	3,39%

Histórico do PIB brasileiro: tabela com todos os valores (%)

2018	1,12%
2017	1,06%
2016	-3,31%
2015	-3,55%
2014	0,50%
2013	3,00%
2012	1,92%
2011	3,97%
2010	7,53%
2009	-0,13%
2008	5,09%

36. Já não bastasse, ao contrário da gravíssima recessão de 2014/2016, as demais crises foram seguidas de imediata retomada econômica. Basta observar que depois da crise asiática em 1997, o crescimento do PIB do Brasil ficou próximo de zero em 1998. Em 1999 houve a má desvalorização do Real e novamente o PIB ficou próximo de zero. No entanto, no momento seguinte à crise do dólar e apenas dois anos depois dos “Tigres Asiáticos”, o PIB cresceu 4,4%. Logo após a crise de 2008 – diga-se de passagem arrebatou os mercados do mundo inteiro e gerou uma crise no mercado imobiliário sem precedentes – o PIB do Brasil caiu 0,1%. Novamente, um ano depois da queda, a economia voltou a crescer, a 7,5% ao ano.

37. Já no período apontado nos autos, além de se ter verificado tombos sucessivos no PIB da ordem de **-3,5%** ao ano, até o momento o Brasil não conseguiu retomar o crescimento. Depois de dois anos profundamente desastrosos, ainda se vive as consequências da crise, visto que, desde então, a economia não consegue crescer mais que 1% ao ano.

38. A propósito, de acordo com estudo elaborado pela FGV publicado em junho de 2019⁴, a crise deflagrada a partir de 2014, cujos efeitos, repita-se, ainda se fazem visíveis, representou a pior recessão da história econômica brasileira em 120 anos.

39. Não há dúvidas, portanto, que, nas palavras da ANTT, rigorosamente se está diante de crise sem precedentes há mais de século e, portanto, extraordinária e não prevista por qualquer das partes.

40. Com feito, a refutação da imprevisibilidade da crise não pode ser especulativa, ela deve ser constatada – ou não – dentro da relação objeto desse procedimento, já que ela não se relaciona unicamente aos fatos, *tout court*, mas, principalmente, repita-se, a seus efeitos. O impacto de uma crise econômica nas proporções da cidade não poderia ser analisado *in abstracto*, a partir de uma análise genérica do mercado. **Isso porque, fatos em si eventualmente previsíveis podem provocar diferentes impactos, in concreto, a depender da situação específica em que ele incide.** Há hipóteses em que eles não geram qualquer consequência, e outras – tal como ocorreu aqui – que acabam por criar consequências drásticas que não poderiam ser conjecturadas.

41. E não é demais lembrar o ambiente em que o Poder Público planejou o Contrato de Concessão e, na sequência, ocorreu o certame. As projeções eram de crescimento econômico, queda da taxa de juros, financiamentos específicos para o setor rodoviário através de bancos públicos, aumento de tráfego e etc. A crise, que na sua grave extensão é, por si só, capaz de configurar evento

⁴https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/06/23/internas_economia,764945/2011-a-2020-a-pior-decada-da-historia-da-economia-brasileira-em-120-a.shtml

extraordinário, torna-se ainda mais gritante se confrontada com as reais e razoáveis expectativas de ambas as partes.

42. Partindo-se, ainda, do próprio exemplo da ANTT, relativa à maxidesvalorização do Real – que, aparentemente, para agência, seria fato normal, esperado pelo mercado – é possível reforçar a conclusão de que situações atípicas fogem à alea do contrato e atraem a revisão de obrigações que se tornam desequilibradas. De fato, oscilações na taxa de câmbio são previsíveis numa economia de mercado; ocorre a todo o momento; faz parte mesmo do jogo; trata-se, pois, de fato notório e esperado. E, por óbvio, esse aspecto é considerado no momento da celebração de um ajuste.

43. No entanto, a sucessão de uma abrupta crise financeira, que faça o valor da moeda variar drasticamente, não poderia, jamais, ser considerado como fato previsível. É hipótese que foge a qualquer previsão, a ponto de tornar um fato previsível em imprevisível. Esse foi o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça com relação, justamente, à drástica variação do dólar em 1999, tendo compreendido que a hipótese seria imprevisível, gerando onerosidade contratual excessiva⁵. Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, não há como acolher a tese da ANTT.

44. Ademais, é absolutamente desarrazoado afirmar que “*tivesse o Consórcio Queiróz Galvão Infraestrutura ou o grupo Triunfo Participações e Investimentos S.A. vencido a licitação, muito provavelmente não teria havido as dificuldades de execução contratual suportadas pela Requerente*” (item 111 da resposta da ANTT). Primeiro porque não se admite exercícios de adivinhação ou genéricas suposições. Segundo porque o insucesso da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – PROCROFE é generalizada⁶, tendo, inclusive, em relação a um dos contratos, sido declarada a caducidade⁷.

⁵ “2. Elidir as conclusões do aresto impugnado, entendendo que a abrupta desvalorização cambial representou fato imprevisível que acarretou excessiva onerosidade contratual, demandaria o revolvimento dos elementos de convicção dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, providência vedada nesta sede especial a teor da súmula 07/STJ. 3. A orientação jurisprudencial da Terceira Turma desta Corte no sentido de que a divisão igualitária do ônus da brusca variação cambial ocorrida em janeiro de 1999, depende, necessariamente, da comprovação da captação de recursos no exterior, porquanto 'não basta a presunção de que: se houve um contrato de arrendamento mercantil reajustado com base na variação cambial, necessariamente, houve captação de recursos provenientes do exterior para autorizá-lo' (REsp 802.062/RS)” (AgRg no REsp 944.571/SP, Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 26/04/2011); “(...) 6. A desvalorização do real em relação ao dólar norte-americano em janeiro de 1999 representa fato imprevisível que resultou em excessiva onerosidade contratual para o mutuário. Assim, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de autorizar a repartição do ônus das diferenças resultantes da variação cambial.” (REsp 1348081/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 21/06/2016); “1. A desvalorização do real frente ao dólar norte-americano ocorrida em janeiro de 1999 representou fato imprevisível que redundou em excessiva onerosidade contratual, motivo pelo qual a jurisprudência desta Corte Superior pacificou-se no sentido de autorizar a repartição do ônus das diferenças resultantes da variação cambial do período entre o arrendatário e a instituição arrendante.” (REsp 1217057/TO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, j. 19/04/2016, DJe 26/04/2016).

⁶ <http://www.agenciainfra.com/blog/governo-tenta-pela-3a-vez-reprogramar-obras-de-concessoes-rodoviaras/>

⁷ http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/3_Etapa_de_Concessoes_Rodoviaras.html

45. Recentemente, o Grupo Triunfo Participações também solicitou a relicitação das rodovias que lhe foram concedidas, diante de inúmeros problemas não resolvidos, dentre eles o desequilíbrio do Contrato de Concessão e a drástica alteração do cenário econômico em relação ao que era previsto e foi considerado no momento da licitação, conforme publicação de Fato Relevante (RTE - 53)

46. Não cabe aqui, portanto, a afirmação da ANTT de que *“risco conhecido é risco precificado, e o preço, segundo a redação da Lei nº 8.987, é a base da tarifa adequada a ser cobrada dos usuários do serviço concedido. Mais que isso, a precificação do risco integra a estratégia empresarial e o risco negocial de cada proponente que participa da licitação, tratando-se, portanto, de elemento sensível sob a ótica da competitividade do certame”*. O risco conhecido não foi o risco efetivamente enfrentado, e é isso que se discute neste procedimento. Deve-se voltar a equilibrar essa equação. O cenário mudou drástica e repentinamente, mas o contrato ficou parado no tempo, no momento em que ele era efetivamente exequível.

47. Por isso que os doutrinadores, como é o caso do Celso Antonio Bandeira de Mello, entendem que *“a instabilidade, a mutação profunda das condições econômicas, em antítese com o momento histórico precedente, não mais se compatibilizaram com o rigor formalístico prestigiado na concepção napoleônica. Com efeito, a ideia de imutabilidade do pactuado só é convivente com períodos de grande estabilidade. Fora daí, longe de servir à disciplina de relações sociais – como pretende o direito – só pode gerar empecilho ao eficiente desenvolvimento delas”* (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 34 ed., 2019, p.687).

48. Judith Martins-Costa, por sua vez, também corrobora o posicionamento acima, com base na assertiva de que a imprevisibilidade deve *“ser relativizada, para considerar-se a expressão em seu significado normativo de correspondências às legítimas expectativas das partes no momento da conclusão do ajuste, tendo-se em conta, como fator primordial, o objetivo desequilíbrio não imputável à parte prejudicada”* (Judith Martins-Costa, *comentários ao Novo Código Civil*, v. 5, t. 1, 2003, p. 256).

49. Cláudio Luiz Bueno de Godoy assevera que a imprevisibilidade deve ser apreciada de forma extensiva, para que se possa considerá-la *“atinentem nem sempre ao fato em si, mas também à sua extensão”* (Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *A função social do contrato: os novos princípios contratuais*, 3ª ed. Saraiva, 2009, p. 69).

50. E justamente para cobrir essas hipóteses, foi que o Contrato de Concessão alocou ao Poder Público o risco por *“caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de*

seguros oferecidos no Brasil a época de sua ocorrência”. Por isso deve-se retificar a conclusão adotada pela ANTT: *“a tarifa cobrada pelo concessionário considera todas as categorias de risco previamente alocadas à sua responsabilidade”, mas apenas no momento da sua celebração, cabendo, no entanto, ao Poder Público readequá-la se houver – como houve – alteração drástica, repentina e imprevisível das circunstâncias.*

REDUÇÃO DO TRÁFEGO NÃO FOI O ÚNICO
EFEITO NEGATIVO DA ABRUTA RECESSÃO

51. A ANTT alega, ainda, que não houve qualquer garantia do nível de demanda dos serviços delegados e, seguindo sua linha de minimização da crise e seus efeitos, sugere que redução do tráfego teria sido de *“apenas 9,54% inferior às projeções”*, o que tornaria inadmissível considerar tal diferença como extraordinária.

52. Em primeiro lugar, além de já ter sido demonstrado que a crise em discussão não encontra precedentes nos últimos 120 anos, a redução do tráfego é apenas uma das facetas e das consequências deletérias que não foram imaginadas pelas partes. A crise desencadeou, v.g., fim das linhas de crédito específicas para o setor rodoviário que, antes, haviam sido amplamente anunciadas, o que será tratado adiante em tópico específico.

53. Seja como for, o cálculo da ANTT foi usado de modo deturpado para passar a impressão de que não teria havido grande impacto. No entanto, com base nos mesmos dados contidos no gráfico apresentado pela ANTT, percebe-se que a diferença entre o tráfego previsto e o real é de 30.608.250 veículos, nos anos de 2016, 2017 e 2018. Valendo-se das tarifas de pedágio de 2016 (R\$ 4,81, conforme RDA-046), 2017 (R\$ 5,28, conforme RDA-048) e 2018 (R\$ 5,10, conforme RDA-013⁸), chega-se à diferença percentual de 13,63%. Veja-se:

Total arrecadado previsto: R\$ 1.136.767.864,11
Total arrecadado real: R\$ 981.821.148,52
Diferença: R\$ 154.946.715,59
Diferença percentual: 13,63%.

54. *Data vênia*, esse demonstrativo é mais que o suficiente para comprovação de desequilíbrio quanto ao ponto, além dos inúmeros outros descritos pela requerente. Vale ressaltar, ainda, que a Audiência Pública destacada no RTE-16 reconhece que a crise econômica afetou muito o tráfego, reduzindo em média 13% do volume, em diversas concessões, o que corrobora a incorreção dos cálculos da ANTT.

⁸ O valor indicado não considera a decisão proferida nos autos da Ação Cautelar nº 1014300-37.2018.4.01.3400, quando foi defendida a tarifa de R\$ 5,30.

55. E tal percentual não é irrisório, especialmente porque era de se esperar que, com as obras de ampliação e melhoria do serviço, haveria aumento do volume de tráfego. Nesse sentido, se mesmo após os vultosos investimentos da concessionária o tráfego diminuiu e se essa diminuição foi superior a 13%, não resta dúvida de que houve grande impacto nos recebíveis e no fluxo de caixa da VIA 040. Ao contrário, portanto, da análise da requerida, o estudo do impacto jamais pode se limitar ao percentual isoladamente considerado.

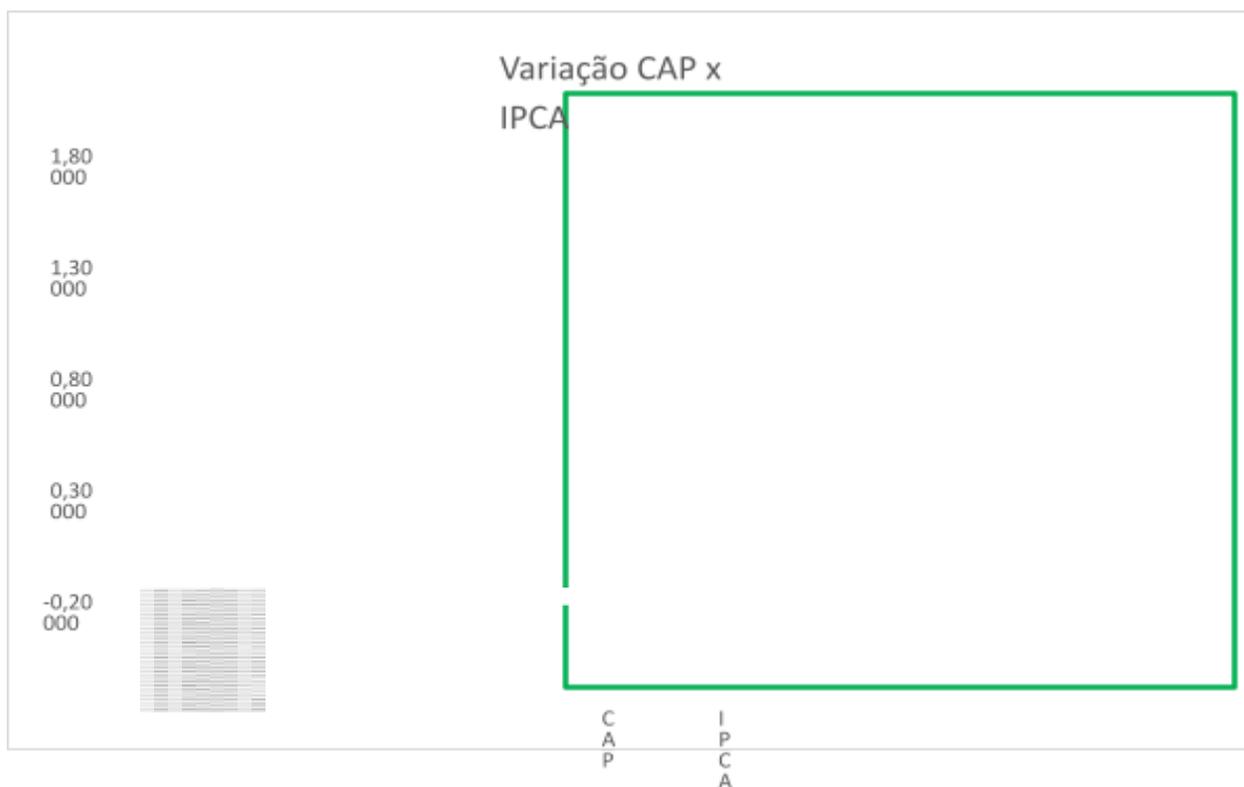
TEORIA DA IMPREVISÃO: ALOCAÇÃO DO RISCO PELAS ALTERAÇÕES NORMATIVAS RECAI SOBRE O PODER PÚBLICO (ITEM 21.2.5. DO CONTRATO DE CONCESSÃO)

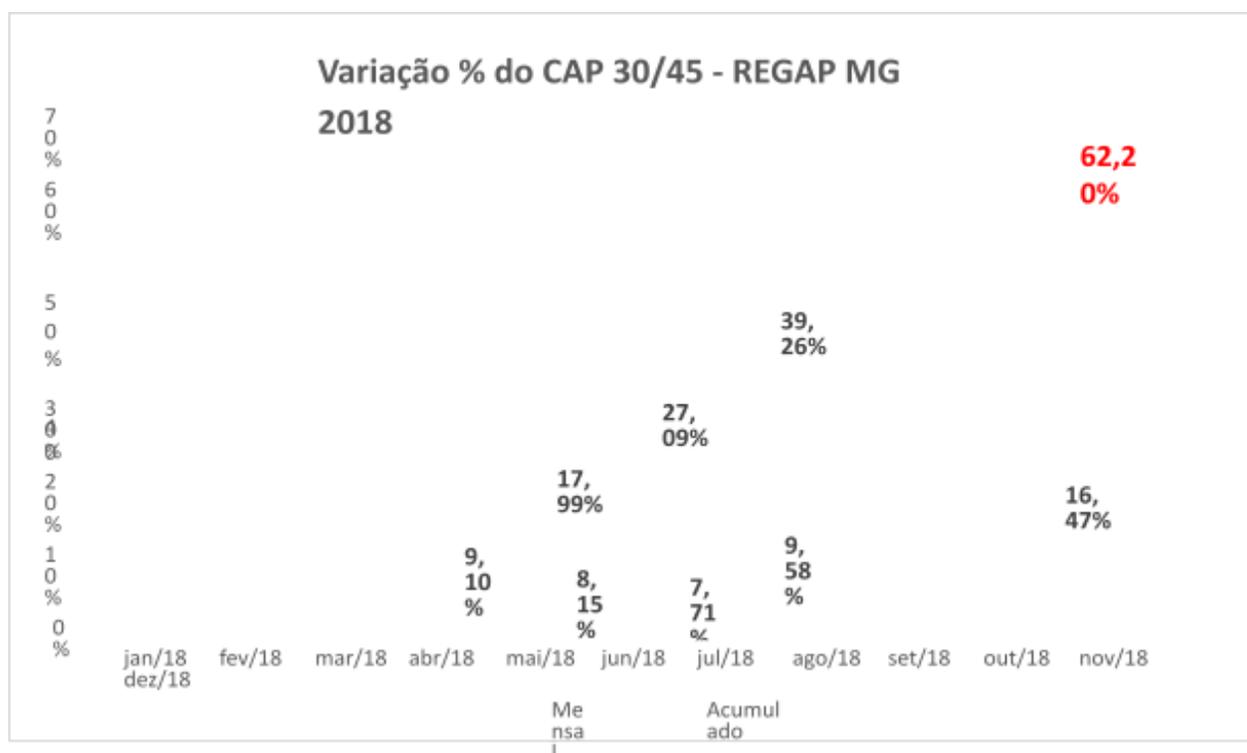
56. Como já mencionado, pela regra de alocação de riscos do Contrato de Concessão, recai sobre o Poder Público a responsabilidade relativa às “alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda”. E essa previsão decorre do fato de que todo e qualquer negócio – e os ajustes com a administração público não fogem à regra – é ajustado de acordo com projeções mantidas entre as partes.

57. Contudo, a ANTT insiste no mantra de que “contrato é claro em lhe atribuir o risco de variação de preços superior ao índice de inflação eleito para o reajuste tarifário” (item 133 da resposta da ANTT) para se isentar de mais essa responsabilidade. Deve-se ponderar, contudo, que há, evidentemente, riscos e variáveis, mas esses elementos, quando inerentes ao serviço prestado, são observados por ocasião das projeções realizadas pelas partes celebrantes do contrato. Isso apenas não acontece, por outro lado, na hipótese em que os riscos não sejam premeditados; isto é, quando eles decorrem de eventos e circunstâncias inesperadas. Foi isso o que ocorreu no caso da VIA 040.

58. Desde 2014, em razão de mudanças na política tributária nacional e com o fim da retenção de preços, a principal fornecedora de materiais betuminosos do país, controlada pelo Poder Público, reajustou seus preços de forma atípica e sem precedentes, o que impactou, diretamente, nas atividades da requerente, por se tratar de insumo utilizado nas obras das rodovias.

59. Os gráficos abaixo demonstram que houve claro descolamento, sem precedentes, da variação do CAP (Cimento Asfáltico de Petróleo) e o IPCA. Confirmam-se:





60. Destaque-se que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, especialmente em sessão Plenária, no Acórdão 1604/2015, sedimentou, justamente, que a elevação dos preços dos insumos asfálticos no período foi absolutamente anormal, imprevisível, e, portanto, motivador da necessidade de reequilíbrio contratual, *in verbis*:

“27. Não há controvérsia nos autos sobre a presença do primeiro requisito destacado no item 23 (fato imprevisível). Como é cediço, a Petrobras, na condição de reguladora dos preços do mercado de insumos asfálticos, em vista de exercer papel monopolista – v. cadeia de produção minuciosamente detalhada no relatório que acompanha o [Acórdão 1.077/2008-TCU-Plenário](#) -

, comunicou ao DNIT, em duas ocasiões, elevação de preços pontual, imprevisível e anormal, que, acumulada, representou mais de 30% de acréscimo sobre os patamares anteriores.

28. Ilustram bem este expressivo aumento gráficos constantes de documento produzido pela Diretoria de Infraestrutura Rodoviária daquela autarquia (peça 2, p.21), pelos quais se percebe que o comportamento mais recente da curva de preços dos principais insumos betuminosos – de janeiro/2013 em diante, data a partir da qual o Sicro2 contemplou mudança metodológica de cálculo dos custos referenciais de insumos betuminosos, até a primeira alta anunciada pela Petrobras (novembro/2014) – apresentou oscilações pequenas e, de maneira acumulada, sempre se situou dentro de uma faixa de variação de 10%. Após novembro/2014, notam-se acréscimos que, somados, representam aproximadamente 35%.

29. **Portanto, notória é a atipicidade da curva de preços desses materiais após as altas do final de 2014. Assim sendo, não há dúvidas quanto à legitimidade dos procedimentos administrativos do DNIT que levaram em consideração este evento imprevisível como motivador da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos em andamento.** Isso em função da lacuna existente entre o fato gerador (aumentos anunciados pela Petrobras) e as datas de reajustes de alguns contratos – com destaque para os recém reajustados ligeiramente antes do término do exercício de 2014, sobre os quais o impacto financeiro da alta de preços é mais significativo”.

61. Como se vê, embora a elevação dos valores dos insumos seja muito superior à variação do Índice de Preço do Consumidor Amplo – IPCA, a tarifa é reajusta, anualmente, tendo como parâmetro, justamente, a variação do Índice de Preço do Consumidor Amplo – IPCA. A cada ano, portanto, recrudescer o desequilíbrio entre os valores dos insumos e os valores das tarifas.

62. Por óbvio, à época da licitação, não era possível prever que um preço administrativo como o Cimento Asfáltico de Petróleo - CAP sofreria um reajuste excepcional em um horizonte de prazo tão curto. Esse risco, nessa dimensão, não era previsível. Não se está aqui falando simplesmente da flutuação dos preços de insumos, como tenta fazer crer a ANTT, mas de variação sem precedente a fazer incidir a previsão do item 21.2.5 do Contrato de Concessão.

63. Nesse ponto, é relevante destacar que essa variação não foi refutada no parecer acostado pela ANTT (RDA-43), que se resume a alegar, genericamente, que a questão estaria inserida nos riscos assumidos pelo concessionário. Em defesa, a requerida indica o Contrato de Concessão da ECOSUL como um contrato distinto, bem como o parecer AGU que opina pelo reequilíbrio naquele caso por abarcar uma lógica de monitoração de preços e não de alocação de riscos. Aquele contrato prevê o reequilíbrio em eventos *“imprevisíveis e não atendidas ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos no CONTRATO, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais*

pertinentes”, e o parecer AGU indica ao final que se “*deve avaliar a previsibilidade ou não das alterações indicadas*”. Do mesmo modo, o contrato da Via 040 possibilita o reequilíbrio da tarifa em caso de reajuste dos preços de insumos asfálticos no presente caso, eis que a sua forma é atípica e sem precedentes.

64. Além da variação sem precedente do CAP, outro aspecto impactou fortemente no equilíbrio econômico financeiro do contrato: mudanças provocadas pelas previsões dos Decretos de nº 8.395/15 e nº 9.101/2017, que majoraram alíquotas de PIS, COFINS e da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), incidentes sobre a importação e comercialização de combustíveis em quase 300%.

65. Embora tenha sido pleiteado pela VIA 040, por meio de pedidos de reequilíbrios, a ANTT jamais contemplou nas parcas revisões realizadas os desequilíbrios gerados em razão dos insumos referentes ao diesel, gasolina e etanol utilizados para abastecer a frota de caminhões, carros e equipamentos utilizados para administração e operação da concessão.

66. Em sua defesa, a ANTT alega que, ao analisar a questão, teria concluído, de forma rasa, pela ausência de desequilíbrio, uma vez que a tarifa já é reajustada pelo IPCA, que contemplaria a variação dos preços dos combustíveis. Sustenta ainda, sem muito sentido, que permitir o reequilíbrio, “*ainda que em decorrência das alterações tributárias*”, desfavoreceria o usuário. Tal assertiva demonstra o total desinteresse da ANTT em resolver os desequilíbrios verificados em prol de uma tarifa menor, ainda que isso custe a absoluta inviabilidade da concessão.

67. Ocorre que, com objetivo de abarcar essas hipóteses, o Contrato de Concessão prevê, na cláusula nº 21.2.5, que a Concessionária não é responsável, ao passo em que essa responsabilidade recairá, exclusivamente, ao Poder Concedente, por “*alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda*” (RTE 2)

68. Da mesma forma, não pode ser desconsiderada, ainda, a insuficiência de recursos públicos que foi empregado no Fundo Garantidor de Infraestrutura (FIGE), fundo criado pela Lei nº 12.712/12, que possuía a finalidade de proporcionar cobertura de riscos para projetos de infraestrutura relacionados às concessões.

69. Apesar da previsão de que o aludido fundo teria capital de onze bilhões de reais, a verdade é que, até o final de 2015, somente R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) haviam sido nele investidos.

Somente durante o ano de 2016 é que houve o primeiro aporte de recursos, no valor de quinhentos milhões de reais, o que, mesmo assim, em muito se distancia dos onze bilhões previstos inicialmente.

70. Portanto, tratam-se de hipóteses absolutamente imprevisíveis que não poderiam ser abarcadas pelas projeções no momento da celebração do contrato. A visão simplista da ANTT desconsidera, absolutamente, as circunstâncias que sucederam a assinatura do ajuste, muito embora a requerida tenha plena consciência dos impactos desses fatores na concessionária e no próprio Contrato de Concessão.

MAIS UM FATO DO PRÍNCIPE:
BLOQUEIO EM RAZÃO DA COPA DO MUNDO E ELEIÇÕES

71. Em mais um ato arbitrário do Poder Concedente, em observância aos atos normativos expedidos pela ANATEL, as Concessionárias de Rodovias Federais foram comunicadas, em junho de 2014, através do Ofício Circular nº 041/2014/SUINF, que, sob orientação do Ministério dos Transportes, estavam vedadas as execuções de obras previstas nos seus respectivos programas de exploração rodoviária. Considerava-se que as obras representariam risco de impactarem negativamente a infraestrutura de redes de cabeamento de transmissão de dados por fibra ótica e de energia elétrica.

72. A Concessionária prontamente comunicou à ANTT, em sua Carta PC 027/2014, datada de 18 de junho, que esta decisão arbitrária por parte do Poder Concedente indubitavelmente repercutiria nos prazos contratuais pactuados em seu Cronograma de Execução de Obras, mas que envidaria esforços para mitigar os impactos gerados. Assim, em 24 de junho de 2014, em sua Carta PC 034/2014, a Concessionária reitera sua disposição em cumprir as determinações do Ofício Circular nº 041/2014/SUINF, contudo salienta que irá executar aquelas atividades que entende serem não impactantes, bem como que os serviços de remoção de interferências previstos seriam, de fato, potenciais geradores de impactos a serem suportados pela Agência.

73. Para tentar contornar os efeitos deste ato, a ANTT argumenta em sua defesa que “*[n]ão foi solicitada, portanto, a paralização total das obras, motivo pelo qual a Concessionária poderia realizar as demais obras e serviços na faixa de domínio, com uma distância segura, eliminando assim o risco de rompimento da rede de fibra óptica e/ou energia elétrica*” (item 229 da defesa da ANTT). De fato, não houve a integral interrupção das atividades, mas elas foram limitadas a ponto de impactar o cronograma, demandando readequação do cronograma em 32 dias nos prazos previstos, o que não foi revisto pela ANTT.

74. Registre-se, que os serviços de mobilização e retirada de interferências estavam previstos para 12/06/2014.

ID	WBS	Nome da tarefa	Duration	Start	Timeline			
					13/10	01 January 19/01	27/04	21 July 03/08
73	5.5	Projeto Drenagem-T1	22 edays	09/05/14				
74	5.6	Projeto Interferências-T1	20 edays	09/05/14				
75	5.7	Projeto de Sinalização-T1	17 edays	09/05/14				
76	5.8	Planilha de Quantidades-T1	4 edays	23/05/14				
77	5.9	Interferências	28 days	29/05/14				
78	59.1	Realizar levantamento de campo com as concessionárias	10 days	29/05/14				
79	9.2	Mobilizar equipe para fiscalização do serviço	3 days	12/06/14				
80	59.3	Executar retirada provisória das interferências pelas concessionárias	15 days	17/05/14				
81	6	PRAÇA DE PEDÁGIO-P01	43 days	30/04/14				
116	7	PRAÇA DE PEDÁGIO-P02	48 days	30/04/14				
151	8	PRAÇA DE PEDÁGIO-P03	48 days	30/04/14				
186	9	PRAÇA DE PEDÁGIO-P04	48 days	30/04/14				
221	10	PRAÇA DE PEDÁGIO-P05	48 days	30/04/14				
256	11	PRAÇA DE PEDÁGIO-P06	48 days	30/04/14				
291	12	PRAÇA DE PEDÁGIO-P07	48 days	30/04/14				
326	13	PRAÇA DE PEDÁGIO-P08	38 days	30/04/14				
351	14	PRAÇA DE PEDÁGIO-P09	38 days	30/04/14				
396	15	PRAÇA DE PEDÁGIO-P10	43 days	30/04/14				
431	16	PRAÇA DE PEDÁGIO-P11	43 days	30/04/14				

75. Através da Carta PC 034/2014, de 24/06/2014, a Concessionária informou que iria executar atividades que não fossem impactantes: serviços de topografia, destocamento/desmatamento e limpeza onde não estavam alocados os serviços de telecomunicação:

Ressaltamos, todavia, que os serviços que pretendemos executar, conforme descrição abaixo, são considerados como não impactantes em relação à referida solicitação de paralisação das obras, ou seja, tratam-se de serviços que podem ser executados sem colocar em risco a infraestrutura de fibras, quais sejam:

- Serviços de Topografia com marcação de Offset's
- Destocamento/Desmatamento e Limpeza (Supressão vegetal)

76. Através desta carta, também foi comunicado que o houve a suspensão de serviços de remoção de interferências, que antecede as atividades de terraplenagem, atrasos nos serviços de drenagem profunda, construção de sub-base e base e aplicação de CBUQ, as quais poderiam apresentar risco de impacto na infraestrutura de redes de cabeamento de transmissão de dados por fibra ótica e de energia elétrica. Essas medidas também implicaram atraso Além do atraso na conclusão das praças de pedágio.

Contudo, imperioso ressaltar que a suspensão dos serviços de **Remoção de Interferências** gerará impactos potenciais, que deverão ser devidamente suportados por esta Agência, no **Cronograma de Execução** estabelecido previamente, a exemplo dos seguintes, além dos já citados na referida PC 027/2014:

- Atraso no cronograma para os serviços críticos de drenagem profunda (Bueiros) e terraplenagem;
- Os atrasos nos serviços para a construção de sub-base, base e a aplicação de CBUQ (tendo em vista a grande probabilidade do deslocamento destes para o período chuvoso);
- Atraso na conclusão dos serviços de execução das praças de pedágio, acarretando em impactos na aferição de receitas desta Concessionária.

77. Já em 26.9.2014, a ANTT solicita postergação das obras em execução que pudessem representar risco de interferências nas redes de fibras óticas listadas pela empresa Oi S.A, em virtude das eleições.

DF	Duplicação da BR-040 (Em GO - Km 30 até ao Km 135) e (Em MG - Km 0 até ao Km 35)	Consórcio INVEPAR (Via 040)
MG	BR 040, obras de instalações de posto de pesagem da Empresa INVEPAR	INVEPAR

78. Na carta PC 125/2014 de 1.10.2014, a VIA 040 informou que esta solicitação impactaria as atividades de terraplanagem e, conseqüentemente, no cronograma de execução. Além da necessidade de desmobilização das equipes para cumprimento da referida solicitação. Por fim, afirma que apresentaria os custos com os referidos impactos, que foram computados pela Concessionária em 8 dias.

79. Todos esses impactos, portanto, deveriam ser suportados pela Agência, ao invés de se esquivar alegando que não houve paralisação total ou que outras frentes poderiam ser aceleradas, como se fosse uma leiga em obras desse porte. É óbvio que tais entraves, impostos pelo Poder Concedente, causa impactos na alocação de recursos, maquinário, pessoas, de modo que o cronograma nunca foi uma escolha da Concessionária.

80. Aliás, se as obras fossem executadas em descumprimento às ordens do Poder Público, a requerente poderia sofrer sanções. O Poder Concedente não pode arbitrariamente impor regras que afetam diretamente no apertado cronograma do contrato de concessão e não garantir, posteriormente, o reequilíbrio.

81. Os atos mencionados foram, portanto, impostos pelo Poder Público. Não obstante o tenha feito em benefício da sociedade, a verdade é que foi ele quem criou essa situação. Nada mais razoável então que o Estado arque com os custos dessa determinação.

NEGLIGÊNCIA DO PODER PÚBLICO NÃO PODE SER PREMIADA:
ARGUMENTO DESLEAL

82. Afirma a ANTT, ainda, a respeito da obtenção das necessárias licenças, que “*embora tenha obtido as licenças de que tratam a alínea “a” do inciso (i) da subcláusula 5.1.1., a Concessionária não tomou as providências cabíveis para a obtenção das licenças de que tratam a alínea “b” do mesmo dispositivo*” (item 177 da resposta da ANTT). Como não é nenhuma surpresa, a requerida, mais uma vez, quer transferir responsabilidade, confessadamente assumida – e contratualmente prevista –, para a Via 040.

83. Como já mencionado, é obrigação exclusiva do Poder Concedente, no prazo de 12 (doze) meses da data da assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência dos Bens (Data da Assunção), nos termos de suas cláusulas nºs 5.2 e 10.3.2, obter a Licença de instalação:

“5.2 O Poder Concedente deverá:

5.2.1 Obter licença prévia e licença de instalação das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias do item 3.2.1 do PER, nas condições previstas na subcláusula 10.3.2.

5.2.2 Elaborar o inventário florestal e os Planos Básicos Ambientais.” (cf. RTE 2)

“10.3.2 A licença de instalação prevista na subcláusula 5.2.1 será disponibilizada a Concessionária em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1 .1. do PER, de acordo com as seguintes condições.

(i) A licença de instalação necessária ao cumprimento da primeira meta anual das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias prevista no item 3.2.1 do PER será disponibilizada a Concessionária em até 12 (doze) meses contados da Data da Assunção.” (cf. RTE 2)

84. Considerando que o Termo de Arrolamento e Transferência de Bens foi celebrado em 22.4.2014, a Licença de Instalação (“LI”) correspondente às metas anuais das Obras de Ampliação e Capacidade deveria ter sido obtida pelo Poder Concedente e disponibilizada para a Concessionária até 22.4.2015, a fim de possibilitar a execução das referidas obras nos prazos estabelecidos no Programa de Exploração da Rodovia (“PER”).

85. Contudo, a Licença de Instalação – LI nº 1.121/2016 – foi emitida apenas em 6.7.2016, ou seja, com mais de um ano de atraso, e abarcando apenas o Distrito Federal e o Estado de Goiás.

contemplando, portanto, apenas 16,70% de todo o trecho concedido. Apenas em 13.4.2017 – 2 anos após o prazo contratual⁹ –, fora obtida a licença ambiental referente ao trecho rodoviário situado no Estado de Minas Gerais, mas com diversos trechos ainda bloqueados pelo Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais (“IEF”).

86. Embora alegue que a concessionária não teria “*adotado as providências necessárias*”, deve-se pontuar que, não fosse a VIA 040, a expedição da licença teria sido expedida em prazo ainda maior. Isso porque todo o processo de emissão da licença foi marcado pelo desleixo e descaso por parte do Poder Concedente. A requerente participou ativamente de todo o processo de emissão da licença, a saber:

Em 17.11.2014, a Concessionária recebeu o Estudo de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, elaborado pela Empresa de Planejamento e Logística (“EPL”) – contratada pelo Poder Concedente - e encaminhado pela ANTT;

Em 10.2.2015, a Concessionária apresentou na ANTT “Relatório de Considerações do Plano de Compensação Ambiental”, com a retificação do valor do projeto citado no EIA e apresentação das divergências verificadas no EIA/RIMA, no entanto, a EPL não acatou as divergências apontadas pela Via 040;

Em março de 2015, o IBAMA concluiu a análise do EIA/RIMA elaborado pela EPL e emitiu Parecer informando pendências para a emissão de Licença Prévia ao empreendimento, por exemplo: estudos do meio físico (cavidades), biótico (estudo da fauna, insatisfatório e com discrepância, e da flora, com solicitações de revisão da lista de espécies sob regime de proteção legal) e inclusão de anuências de vários intervenientes (IEF, Fundação Cultural Palmares, IPHAN, ICMBIO, Prefeituras, etc);

Em agosto de 2015, após a EPL protocolar as complementações aos estudos, o IBAMA emitiu outro Parecer apontado que não havia, ainda, informações suficientes para a avaliação de viabilidade ambiental do empreendimento e informou ser contrária emissão da licença;

Em setembro de 2015, a Concessionária participou de reunião na Casa Civil com o Ministério dos Transportes, ANTT, IBAMA, EPL e Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (“ABDIB”) para apontamento e discussão dos gargalos de todas as concessionárias da referida Associação, ocasião em que a Via 040 encaminhou as divergências apontadas no laudo da EPL e ressaltou a importância do seu envolvimento no processo de licenciamento;

Em 15.12.2015, a EPL protocolou Planos Básicos Ambientais (“PBA”) no IBAMA, sem a análise final da Via 040;

Em 15.1.2016, a concessionária recebeu a versão final dos Planos Básicos Ambientais (“PBA”) protocolado no IBAMA;

Em 20.1.2016, em nova reunião na Casa Civil, a Via 040 ressaltou, novamente, a necessidade de aperfeiçoamento da comunicação entre as concessionárias e o agente licenciador, a EPL. A Casa Civil informou que havia orientado a sobre a necessidade

⁹ - Cf. itens 4.2.1 e 4.2.2 do Contrato (RTE 2).

de maior integração com o concessionário de modo a permitir a elaboração de produtos ambientais de caráter mais executivos e mais assertivos;

Em 5.2.2016, a EPL encaminhou o Programa de Proteção à Fauna a ser apresentado em reunião agendada para 11.2.2016, para considerações prévias da Concessionária;

Em 11.2.2016, em reunião na EPL foi informado à Concessionária que o Programa de Proteção à Fauna já havia sido protocolado no IBAMA em 10.2.2016, ou seja, novamente sem análise da Concessionária;

Em 26.4.2016, foi realizada reunião técnica entre a ANTT, EPL, STE e a Concessionária para tratar do levantamento das APPs, identificadas pela Concessionária ao longo da Rodovia BR-040 que não foram levantadas nos estudos apresentados pela EPL ao IBAMA. A EPL comprometeu-se a revisar os estudos e realizar novos mapeamentos e levantamentos das APPs *in loco*. Esse trabalho foi efetivado e concluiu-se que as insuficiências apontadas pela Concessionária, de fato, existiam;

O novo relatório foi entregue em 9.5.2016, Ofício nº 1528/2016/GEPRO/SUINF (RTE 46), em atendimento às solicitações da Via 040 na mencionada reunião onde a ANTT solicitou que as APPs identificadas no Relatório Complementar fossem incluídas no Projeto de Engenharia em elaboração pela Via 040;

Em 6.7.2016 o IBAMA emitiu a LI nº 1121/2016 e a Autorização de Supressão Vegetal nº 1131/2016, em nome da EPL.

87. O que se denota é que, embora tivesse 12 (doze) meses para obter a licença, a atuação descuidada e displicente do Poder Público ocasionou um atraso que afetou, diretamente, na execução do Contrato de Concessão e no planejamento orquestrado à época da licitação. Relembre-se que o contrato previa um grande volume de investimentos em um curto prazo de tempo, e a deflagração desses 4 (anos) era iniciado com a expedição da Licença de Instalação (“LI”).

88. Ademais, o enorme atraso na entrega, pelo Poder Concedente, da licença necessária para início das obras ensejou, como mencionado, custos de mobilização e desmobilização de funcionários e materiais e desinstalação do canteiro (já que a previsão inicial das obras não puderam ser cumpridas por culpa do Poder Concedente), dentre outros prejuízos – inclusive, atraso no recebimento de receita decorrente dos pedágios –, que só contribuíram para majorar o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

89. E os efeitos dessa reiterada omissão do Poder Concedente, além de financeiros, foram, ainda, sentidos no atraso no cronograma das obras, que veio para piorar a relação que já estava ruim com reiteradas e insistentes penalidades pela ANTT. Assim o desequilíbrio se agravou e, não fosse a decisão liminar proferida pela Justiça Federal, confirmada por esse Tribunal, estaria ainda pior, com a vigência de uma tarifa absolutamente insustentável.

90. Não fosse suficiente, a ANTT afirma ainda que “*notar que haverá o reequilíbrio econômico financeiro somente em caso de não obtenção de licença de instalação para os 10% (dez por cento) das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhoria*” e conclui, com a intenção de se isentar de qualquer ônus do seu descaso, que “[*o*] contrato não prevê, portanto, que haveria reequilíbrio por não disponibilização da totalidade (100%) das licenças, mas apenas em percentual compatível com as metas de Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias” (item 180 do contrato de concessão).

91. A ANTT quer fazer esse Tribunal Arbitral crer que, embora existisse, na cláusula 10.3.2 (i) do Contrato de Concessão, expressa previsão de que a Licença de Instalação, “*necessária ao cumprimento da primeira meta anual*”, deveria ser emitida em 12 (doze) meses, a omissão do Poder Público só seria passível de reajuste se esse inadimplemento fosse relativo a menos de 10% (dez por cento).

92. Já não bastasse o atraso cabalmente demonstrado pela requerente e confessado pela ANTT, a requerida ainda chegou ao absurdo de considerar que a Via 040 teria infringido a meta do Ano1, referente à pista dupla trecho DF-GO (cf. RDA-040). Considerou, também, a ANTT, que já teria ocorrido um reequilíbrio quanto ao ponto (RDA-046), e que este atraso, culpa exclusiva do Poder Concedente, não impediria o desconto na tarifa (Fator D).

93. A ANTT, porém, apenas reconheceu parte do impacto pelo atraso do licenciamento ambiental e acrescentou à tarifa de pedágio R\$ 0,01241. Este acréscimo representa o montante de R\$2.702.984,44 até a instauração da Arbitragem (H-03) e é constitui apenas 4% do total pleiteado e devido à VIA 040.

Ano	Tráfego em veículos equivalentes*	Aumento pelo Atraso no Licenciamento Ambiental - 15/07/2016		Calculo do aumento pelo Licenciamento
Ano 01	0	-		-
Ano 02	48.590.324	R\$ 0,00621	**	R\$ 301.502,96094
Ano 03	64.649.810	R\$ 0,01241		R\$ 802.304,14210
Ano 04	66.413.049	R\$ 0,01241		R\$ 824.185,93809
Ano 05	68.101.177	R\$ 0,01138	***	R\$ 774.991,39501
Total R\$				2.702.984,43615
* Valores obtidos da arquivo FCM 1 2018_VIA040_3ª RO & 5ª RE xls.				
** Como houve o acréscimo de R\$ 0,01241 na tarifa de pedágio em julho/2016, consideramos para o ano de 2016 a metade do aumento da tarifa, apontado pela ANTT				
*** Como a Arbitragem foi instaurada em nov/2019, consideramos o valor do acréscimo proporcional ao período de 11 meses				

94. O fato é que a primeira parte da licença apenas fora emitida pelo IBAMA 1 (um) ano e 2 (dois) meses após o prazo contratual e apenas para 16,70% do trecho concedido. Ou seja, nem assim, dentro desse malabarismo argumentativo, a ANTT consegue se isentar da inequívoca responsabilidade que ela detém pelo descaso na obtenção da licença de instalação.

95. Essa narrativa conflita, ainda, com a posição da ANTT durante as tratativas pela via administrativa, na qual, por diversas ocasiões, a própria requerida reconhece a sua responsabilidade

para os atrasos nas obras e a necessidade de recomposição contratual a fim de que seja retomado o reequilíbrio econômico financeiro o Contrato de Concessão, *verbis*:

(i) “reconhecemos que a Concessionária foi prejudicada em relação ao atraso do licenciamento ambiental, fazendo jus ao direito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão” (Nota Técnica nº 021/2016/GEINV/SUINF – RTE 48);

(ii) “Assim, deve ser reequilibrado o custo de desmobilização, além do custo de desinstalação do canteiro, uma vez que a obra de duplicação da rodovia foi paralisada devido ao atraso na emissão da Licença de Instalação” (Nota Técnica nº 022/2017/GEINV/SUINF – RTE 49).

96. A mudança de posicionamento nesse momento, neste procedimento arbitral, é temerária e de má fé. A ANTT, como visto, reconheceu, por inúmeras vezes, o seu erro e sua responsabilidade pela demora na emissão da essencial Licença de Instalação. A manobra artil contraria a obrigação prevista em contrato e não pode prevalecer.

ATITUDES INCONGRUENTES E CONTRADITÓRIAS DA AGÊNCIA:
ANUÊNCIA NA ALTERAÇÃO DO PER – RISCO DO PODER CONCEDENTE

97. Como já mencionado, o item 21.2.13 do Contrato de Concessão prevê que Poder Concedente deve suportar qualquer “alteração unilateral no PER e no Contrato, por iniciativa do Poder Concedente, por inclusão e modificação de obras e serviços que afete o equilíbrio econômico-financeiro”. Sem argumentos para afastar sua inconteste responsabilidade pelas inúmeras alterações por ela determinadas, a ANTT alegou vagamente que não havia informações suficientes nos autos “o que impede o exercício do contraditório pela Requerida”.

98. *Data vênia*, a ausência de impugnação pela requerida acerca de sua responsabilidade torna incontroverso a necessidade de reequilíbrio baseada nas alterações do PER. Resta apenas aferir os valores efetivamente devidos, o que deverá ser realizado por meio de futura prova pericial. Não obstante, a fim de que não se alegue qualquer nulidade, destaquem-se as alterações realizadas até o momento:

a) Projeto de melhoria da fluidez no trecho compreendido entre Brasília/DF e Luziânia/GO:

99. Sobre esse ponto, a ANTT afirma que “a Diretoria da ANTT (Doc. RDA-061) suspendeu a construção das faixas adicionais e vias marginais, substituindo por outra solução para melhoria da fluidez do tráfego, sem prejuízo da obrigação original para construção das passarelas previstas no item 3.2.1.2. do PER – Programa de Exploração da Rodovia (Doc. RDA-008)” (item 171 da resposta da ANTT). Explique-se: em 4 de abril de 2014 a ANTT solicitou à Concessionária que

apresentasse estudos visando à melhoria imediata da fluidez do tráfego no trecho compreendido entre Brasília/DF e Luziânia/GO, o que não havia sido previsto no PER.

100. Embora a ANTT alegue que “*a Requerida não elaborou os projetos a contento, conforme se depreende do Parecer Técnico nº 0574/2019/GEENG/SUINF-R00*”, não se aprofundou nos seus motivos. Assim, para rememorar a própria ANTT, traz-se um pequeno resumo desse imbróglio:

A solicitação de alteração do PER pela ANTT ocorreu em 4 de abril de 2014;

Em 7 de maio do mesmo ano, a concessionária apresentou, através da Carta PC 005/2014 de 7 de maio (RTE - 54), as cotações de mercado, as quais a ANTT não aceitou, sob o argumento de que os valores não estavam aderentes ao previsto na Portaria n 46/2014 do DNIT;

Em 23 de maio de 2014, a Concessionária envia a carta PC 12/2014 (RTE - 55), onde encaminha o detalhamento do projeto para restrição dos veículos pesados, de readequação e construção de pontos de embarque e desembarque do transporte coletivo e o termo de referência para serviço de assistência operacional;

Em 29 de maio de 2014, através do Ofício nº 1543/2014/SUINF, a ANTT solicita a inclusão de itens complementares ao previstos pela Concessionária, que foram abarcados pela Concessionária em suas comunicações de junho de 2014 (Cartas PC 019/2014; PC 028/2014 e PC 029/2014 - RTE - 56);

Em 23 de junho de 2014, a Agência envia à Concessionária o Ofício nº 1781/2014/SUINF (RTE - 57), onde faz objeções à provação dos projetos apresentados;

A concessionária, então, envia a Carta PC 036/2014 de 30 de junho (RTE - 58) através da qual responde aos questionamentos da ANTT e requer dilação do prazo para adequação do projeto;

Em resposta, a ANTT, em seu Ofício nº 2112/2014/SUINF (RTE - 59) informa não aceitar o pedido de prorrogação de prazo, e determina o envio imediato do projeto funcional de readequação dos pontos de embarque e desembarque de transporte coletivo, sob risco de aplicação das penalidades contratuais cabíveis;

Em 27 de fevereiro de 2015, através da Carta 061/2015 (RTE - 60), foram então submetidos à apreciação e análise da Agência os referidos estudos de passarelas elaborados pela Concessionária Via 040;

A Agência, por conseguinte, manifestou em seu Ofício nº 338/2015/GEINV/SUINF (RTE - 61) que optava por objetar-se à aprovação dos estudos apresentados, por julgar estarem em desacordo com os critérios constantes do Ofício Circular nº 020/2009/GEINV/SUINF de 25 de setembro de 2009 (RTE - 61), vinculantes neste caso.

A Concessionária apresentou então sua complementação aos estudos previamente apresentados em sua Carta 118/2015, abarcando alguns dos pontos identificados pela ANTT. Estes novos estudos não foram alvo de objeção por parte da Agência conforme expresso no seu Ofício nº 512/2015/GEINV/SUINF (RTE - 62);

A Concessionária apresenta então o Projeto Funcional-Fluidez Brasília/Goiás (Carta 310/2015 de 10 de agosto de 2015 - RTE - 63) e, em seguida, cronograma para Elaboração do Projeto Executivo na Carta PC 0351/2015 de 26 de agosto de 2015 (RTE - 64), onde era previsto um total de 35 dias para a sua elaboração;

Em 30 de novembro de 2015, a Agência remete à Concessionária o Ofício nº 920/2015/GEPRO/SUINF, onde se objeta ao aceite das chamadas Vias Amarelas do projeto Executivo apresentado e solicita a reapresentação do referido projeto;

Para melhor fundamentar sua análise sobre o projeto apresentado pela Concessionária, a Agência contratou a empresa SPAZIO Urbanismo Ltda., que elaborou o Relatório de Apoio à Análise de Projeto (RAP) nº 1649/2015, elencando os pontos que foram considerados carentes de fundamentação técnica desconformes em relação às normas técnicas vigentes;

Na correspondência OF-GCC-0155-2016, de 12 de abril de 2016 (RTE - 65), a Concessionária reapresenta então seu projeto executivo para as Vias Amarelas, considerando todos os pontos trazidos pela Agência em seu Parecer Técnico nº 859/2015;

Houve, contudo, nova objeção destes projetos por parte da ANTT, manifesta no Ofício nº 1498/2016/GEPRO/SUINF de 29 de Agosto de 2016 (RTE - 66);

Posteriormente a ANTT, em seu Memorando nº 156/2017/GEPRO/SUINF de 24 de abril de 2017(RTE - 67), informou que os referidos projetos ainda se encontravam em análise por aquela gerência.

101. Trata-se de mais um exemplo de outra *via crucis* percorrida pela requerente para – pasme-se – acatar o pedido da própria ANTT de alteração do PER. Além do desgaste e do tempo transcorrido sem que a alteração, que beneficiava a segurança da população, pudesse ser efetivamente concretizada, há ainda o enorme gasto despendido pela VIA 040 para cumprir as infinitudes de exigências da requerida.

102. Não obstante as investidas da VIA 040 para resolver a questão e acatar o pedido da ANTT de alteração do escopo da concessão, mais uma vez a requerente fica à mercê da agência, que usa de sua própria torpeza para alegar, nestes autos, que a culpa pelo não reequilíbrio é da concessionária. O que se evidencia é que a ANTT está, novamente, se utilizando do seu descaso e de sua omissão como justificativas para transferir responsabilidade à concessionária.

103. Assim, embora a requerida reconheça a procedência da pretensão da requerente, ao afirmar que “*como se trata de alteração unilateral do contrato, obviamente haveria a devida remuneração pelos eventuais custos adicionais suportados pela Requerente, inclusive os alegados custos com projetos*”, se furta dessa responsabilidade através da distorção da realidade da questão.

104. Considerando que é incontroversa a necessidade de reequilíbrio em razão da alteração do PER e que a ANTT distorceu a realidade a seu favor, sendo certo que a VIA 040 adotou todas as medidas necessárias para acatar o requerido pela agência, não procede a alegação de culpa da requerente.

b) Implantação de retornos de nível não previstos no PER:

105. Outro ponto que merece ser esclarecido é relativo à Nota Técnica 003/2015/GEINV/SUINF. A Concessionária apresentou sua proposta de incorporação de 45 retornos em nível ao sistema rodoviário concessionado, ou seja, nova alteração do PER. Esta proposta decorreu da identificação de que os Programas de Exploração da Rodovia (“PER”), especificamente os de 3ª Etapa de Concessões – Fases I e II –, não abarcavam todas as necessidades operacionais de tráfego, tal qual as necessidades de retorno dos usuários.

106. Assim, a ANTT requereu que a concessionária apresentasse soluções que viessem a mitigar os problemas de tráfego e segurança causados pela ausência de retornos em alguns dos trechos da rodovia, prioritariamente nos trechos onde estavam sendo executados os serviços de duplicação pela Concessionária VIA 040.

107. Em 15 de julho de 2015, mediante o Ofício nº 1661/2015/SUINF (RTE - 68), a ANTT autorizou a implantação de retornos provisórios em nível, nos quilômetros km 114 + 500/GO e km 122 + 000/GO da rodovia, definindo que estes deveriam estar operacionais até o término daquele mês, de maneira que os projetos funcionais destes deveriam ser apresentados antes desta data-limite. O prazo foi, então, devidamente cumprido pela requerente (conforme carta PC 0301/2015 - RTE - 69).

108. Embora a ANTT afirme que não foi detalhado esse aspecto, o que inviabilizaria a sua defesa, deve-se destacar que a responsabilidade do Poder Concedente com relação à alteração do PER é fato incontroverso e a Agência tenta furtar-se, alegando, falsamente, que não teria procedido ao reequilíbrio por suposta falta de projetos, o que definitivamente não procede. E, diante disso, a requerente entende que o que remanesce aqui é aferição do valor a ser reequilibrado, o que será devidamente aferido por meio de futura perícia técnica.

TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES -
ÓBICE INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE:
ALEGAÇÃO DA ANTT QUE BEIRA A MÁ FÉ

109. Afirma a ANTT ainda, que *“de uma maneira genérica, a concessionária alega haver sido criada uma expectativa de acessar linhas de crédito fornecidas pelo BNDES em razão, primeiro, de carta de intenções enviada por bancos públicos federais ao Diretor-Geral da Agência Nacional de Transportes Terrestres e, em segundo lugar, tendo em vista declarações públicas de agentes do então Ministério dos Transportes que indicavam o interesse do governo federal no estímulo à concessão de rodovias no país”* (fls. 26 da resposta às alegações iniciais). Não se trata, contudo, de mera expectativa.

110. Novamente, a questão é mais complexa do que tenta fazer crer a requerida. Relembre-se que 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. 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.

111. Assim, embora afirme a ANTT que “*nunca houve qualquer pré-contrato, contrato ou ato unilateral de promessa incondicional de financiamento envolvendo a mencionada instituição financeira e as concessionárias*” (fl. 25 da resposta às alegações iniciais), deve-se considerar que as condições de financiamento foram balizadoras para as ofertas apresentadas no processo licitatório e, portanto, diretamente vinculadas ao sucesso da 3ª Etapa do Programa Federal de Concessão de Rodovias.

112. Ou seja, o compromisso de financiamento era parte integrante do conjunto de condições precedentes e necessárias ao sucesso da licitação, e não mera promessa de financiamento. Foi, inclusive, em razão dessa mudança estrutural das condições de financiamento, publicamente oferecidas pelo Governo Federal às concessões da 3ª Etapa do Programa Federal de Concessão de Rodovias, que se produziu o resultado favorável do certame licitatório da BR-040, com alto número de participantes e a própria oferta que se sagrou vencedora (com deságio expressivo de 61,13%).

113. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, em conjunto com o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, por sua vez, publicaram condições de financiamento diferenciadas para as concessões rodoviárias federais licitadas à época, cujas principais condições eram as seguintes:

- (i) Participação de até 70% do volume de investimento obrigatórios previsto no plano de negócios do proponente à instituição financeira, observado o Índice de Cobertura do Serviço da Dívida - ICSD de 1,2% (considerando todas as dívidas) o que consubstanciaria um montante de R\$ 3,6 Bilhões;
- (ii) Prazo de 25 (vinte e cinco) anos, sendo até 5 (cinco) anos de carência e 20 (vinte) anos de amortização;
- (iii) Sistema de amortização pelo sistema SAC, podendo ser admitida a utilização do sistema *Price*, caso sejam emitidas debêntures de Projeto ou que haja previsão nas fontes de recurso;
- (iv) Taxa de juros a longo prazo (TJLP) de até 2% ao ano.

114. No entanto, essas condições de financiamento público para os investimentos previstos no contrato administrativo – que presidiram e balizaram as propostas de todos os investidores no certame licitatório – não se confirmaram. Diante, então, da drástica redução do percentual de financiamento público, afixado 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.

115. Por óbvio, não se trata meramente de uma expectativa frustrada, mas de rompimento, imprevisível e impactante, das bases negociais acertadas, o que impactou no equilíbrio econômico financeiro do ajuste. O argumento da ANTT beira, mais uma vez, o que não é nenhuma surpresa, a má fé, tendo em vista que ela própria reconheceu, em audiência pública realizada no dia 14.8.2018, a revelar mais uma postura contraditória e inaceitável por parte da Administração Pública, que uma das soluções para a grave crise enfrentada pelas concessionárias (por todas) seria uma revisão quinquenal dos contratos de concessão rodoviário, justamente com vistas a “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” (RTE 16).

116. De igual modo, em seu recente Ofício-Circular nº 001/2018/DG/ANTT, a ANTT admitiu, inequivocamente, a imprevisibilidade e o impacto da *“deterioração das condições das linhas de financiamento subsidiadas dos bancos públicos”* no âmbito dos contratos da *“3ª Etapa de Concessões”* (RTE 27). Reconheceu, pois, expressis verbis, que a modificação abrupta e inesperada das condições de financiamento – que subsidiariam as propostas apresentadas no certame e todos os cronogramas ali ajustados – acabou por impactar, decisivamente, na situação atual vivida pelas concessionárias.

117. À hipótese se aplica a teoria dos motivos determinantes, de longa data encampada pela doutrina, jurisprudência e pela lei (Lei nº 9.784/1999, art. 2º, *caput*), por meio do qual o motivo aduzido para a prática do ato administrativo deve, necessariamente, guardar, sempre, compatibilidade com a situação de fato que gerou a respectiva manifestação de vontade. Para Celso Antônio Bandeira de Melo, *“os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato.”*¹⁰

¹⁰ Curso de Direito Administrativo, 4ª ed, SP, Malheiros, p. 185.

118. Essa, justamente, é a hipótese. As condições de financiamento público presidiram e balizaram as propostas de todos os investidores e também da requerente; portanto, por óbvio, a frustração do investimento dos Bancos Públicos afetou de forma direta e grave a execução do contrato de concessão, desequilibrando manifestamente o ajuste.

119. Deve-se ponderar, ainda, que a alegação de que “*a requerente sabe do descabimento da sua pretensão, tanto que não há notícia nos autos de que tenha de alguma forma processado o BNDES*” é mais um desleal estratagemas da requerida para se isentar de sua responsabilidade, que lhe deve ser atribuída. Isso porque, não se volta a requerente contra a frustração do financiamento junto ao BNDES; mas ao fato de que, por não terem sido confirmadas aquelas condições que, repita-se, eram parte integrante do conjunto de condições precedentes e necessárias ao sucesso da licitação – razão pela qual configurou-se o desequilíbrio econômico-financeiro absolutamente insustentável.

120. Portanto, é totalmente descabido falar-se que o pleito deveria ser direcionado ao BNDES.

RECONHECIMENTO DE AUSÊNCIA DE METODOLOGIA DA READEQUAÇÃO RELATIVA A LEI DOS CAMINHONEIROS: CONCESSIONÁRIA NÃO PODE SER PREJUDICADA PELA DESORGANIZAÇÃO E LETARGIA DO PODER PÚBLICO

121. A ANTT traz ainda um argumento absolutamente conflitante. A respeito da alegação da requerente a respeito do impacto da Lei dos Caminhoneiros no Contrato de Concessão, a requerida assume ser “*incontroverso* que: (1) a edição da Lei nº 13.103/2015 trouxe sim um desequilíbrio ao contrato; (2) a ANTT reconheceu esse desequilíbrio administrativamente; (3) a ANTT já procedeu ao reequilíbrio desse contrato provisoriamente; num primeiro momento, valendo-se de estudo elaborado pelo DNIT; em seguida, nos termos do Acórdão 290/2018-Plenário do TCU (Doc. RDA-016)” (item 123 da resposta da ANTT).

122. No entanto, contraditoriamente afirma que esse ponto não poderia ser abordado no âmbito deste procedimento arbitral, “*porque envolveria a necessidade de que este Tribunal subtraísse a competência legal da ANTT para regular o contrato*”, por não existir, ainda, metodologia, editada pela ANTT, para reger a matéria já que “*não houve decisão definitiva da ANTT sobre o tema, o que também elide temporariamente o juízo arbitral, a teor do disposto no art. 31 da Lei nº 13.448/2017 e inciso VIII do art. 3º do Decreto nº 10.025/2019*” (fls. 40 da resposta da ANTT).

123. Ou seja, ao argumento da requerida é aplicável a máxima “*devo não nego, pago quando puder*”. A ANTT reconhece expressamente que a Lei Federal nº 13.103/2015, conhecida como “Lei dos Caminhoneiros”, cujo art. 16, *caput*, estabeleceu limite de tolerância a ser observado na pesagem

dos caminhões (5% sobre os limites de peso bruto total e 10% sobre os limites de peso bruto por eixo), impactando no contrato de concessão. Afinal, a alteração concorre para a diminuição da vida útil do asfalto, o que exige, pois, emprego de recursos mais elevado na manutenção das vias. No entanto, entende a requerida que essa questão não poderia ser debatida nesses autos, ou seja, não seria possível a sua consideração para fins de reequilíbrio, pois a agência reguladora não foi capaz de, em 5 (cinco) anos de vigência da lei, definir uma metodologia aplicável à hipótese.

124. Afirma que está em curso “*estudo que busca construir uma metodologia adequada ao reequilíbrio do contrato*” e que o projeto envolve “*07 (sete) profissionais, dos quais 03 (três) professores doutores da UFRS, e outros 04 (quatro) também com vasto currículo. O prazo previsto para desenvolvimento era de 12 (doze) meses, mas, justamente pela complexidade do objeto, já se arrasta por mais de 02 (dois) anos*” (item 130 da resposta da ANTT).

125. Embora seja louvável os esforços da ANTT em criar uma regra para reequilibrar os contratos de concessão em razão desse evento, fato é que as concessionárias não podem ficar à mercê do Poder Concedente, aguardando indefinidamente até que se decida quando e como haverá a compensação. Isso é inaceitável. A VIA 040 está desde 2016 pleiteando esse reequilíbrio e, embora tenha a resposta pela procedência do seu pedido, não há efetividade nesse decreto. Pagou, mas não levou. E, na lógica da ANTT, nem se sabe quando poderá levar.

126. Sobre esse ponto, Francisco José Cahali dispõe que “*discussões sobre o reequilíbrio econômico do contrato administrativo, desregulado por um ato de império, por exemplo, poderão ser levados à arbitragem, pois refletem o interesse público secundário*”¹¹. Não se está falando aqui em ato de império, mas de se estabelecer uma forma para o concessionário ser ressarcido de um direito que a própria agência já estabeleceu. E se a ANTT não conseguiu adotar um critério, que seja definido um por meio de prova pericial a ser realizada nesses autos.

127. A propósito, a mora da ANTT em recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na prática, faz com o Poder Concedente se financie junto ao concessionário, o que, inclusive, pode vir a ser enquadrado na Lei de Improbidade Administrativa¹².

¹¹ Cahali, Francisco José, in “Curso de arbitragem”, 5ª Ed., São Paulo, Editora Revista os Tribunais, 2015, pag 429.

¹² “Explicamos melhor: como a remuneração do concessionário pelos seus investimentos na concessão é a sua taxa interna de retorno- que funciona como a taxa de juros de um empréstimo - ao atrasar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o Poder Concedente está, na prática, se financiando junto ao concessionário usando, para tanto, desnecessariamente, uma taxa de juros extremamente alta (para um Estado como o de São Paulo em torno de 8 -9% a.a., em termos reais, o que, com a inflação atual quer dizer uma taxa em torno de 17 -18% a.a. em termos nominais) em relação ao custo de captação de entes públicos junto a bancos públicos (de 6-8% a.a. em termos nominais, com o BNDES ou Caixa Econômica Federal), ou órgãos multilaterais. Isso ocorre porque a taxa interna de retorno de uma concessão ou PPP reflete os riscos do concessionário na execução do contrato de concessão ou PPP (e não, como ocorreria em um financiamento comum ao Poder Concedente, apenas o risco de pagamento do Poder Concedente). A diferença pode ser maior que 9 pontos percentuais, o que significa, portanto, uma enorme perda para o Poder

128. As concessionárias e o próprio público em geral não podem ser prejudicados com a inércia do Poder Concedente. É a apatia do Poder Público que está colocando em risco os contratos de concessão. Não se pode premiar o torpor da ANTT, por isso deve ser rejeitado o pedido de inarbitrabilidade formulado em defesa.

HISTÓRICO DAS REVISÕES CONTRATUAIS

129. Afirma a ANT que “*houve as devidas revisões e reajustes tarifários para reequilibrar os prejuízos suportados pela Concessionária em relação a eventos alheios à sua matriz de risco, bem como para compensar os efeitos inflacionários*” (item 34 da resposta da ANTT) e cita uma lista de Resoluções e Deliberações que seriam capazes de atestar essa afirmação. Diferente do que fez a ANTT, e a fim de rebater o argumento da agência de que prestava ampla resolubilidade aos requerimentos da VIA 040, passa-se a pormenorizar os eventos de requerimento de revisão, extraordinária e ordinária:

- 1ª Revisão Extraordinária (Resolução 4.699, de 13 de maio de 2015 – RDA-045) em maio de 2015:
 - Aprovado o reajuste em razão da necessidade, trazida pelo próprio Poder Concedente, de adequação do contrato para melhoria na fluidez e segurança com implantação de dispositivo de retorno, o que gerou, como consequência, alteração do PER
 - Tarifa Básica Final: alteração da TBP de R\$ 3,22 para R\$ 3,33.

- 2ª Revisão Extraordinária (Resolução nº 4.787, de 17 de julho de 2015 – RDA-044) em agosto de 2015:
 - Aprovado o reajuste de 13,25% para contemplar os efeitos do art. 17 da Lei 13.303/2015 (Lei dos Caminhoneiros) bem como de 21,08% relativo à variação do índice IPCA.
 - Tarifa Básica Final: alteração da TBP de R\$ 3,33 para R\$ 4,56.

- 1ª Revisão Ordinária e 3ª Extraordinária (Resolução nº 5143, de 15 de julho de 2016, a ANTT – RDA-046) em agosto de 2016:
 - Alteração da Tarifa Básica de Pedágio de R\$ 3,77315 para R\$ 3,84701;
 - Aplicação do desconto de reequilíbrio de 0,88416% (oitenta e oito mil quatrocentos e dezesseis centésimos de milésimos por cento), sobre a Tarifa

Concedente (ou para os usuários), que terá que pagar uma dívida contratual muito mais alta em decorrência do atraso na realização do reequilíbrio do contrato.

De uma perspectiva financeira, como visto acima, muito mais eficiente do que adiar o reequilíbrio seria o Poder Concedente se endividar junto ao setor bancário e pagar ao concessionário, ou simplesmente, quando se tratar de concessão com cobrança de tarifa ao usuário, aumentá-la para cobrir o desequilíbrio.

A desídia em realizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro – que aparentemente, muitas vezes, é proposital para evitar desgastes políticos – consubstancia má-gestão dos recursos públicos e pode até ser caracterizada como improbidade administrativa”. (<https://www.migalhas.com.br/depeso/227206/o-atraso-em-reequilibrar-contratos-de-concessao-e-ppp-pode-ser-enquadrado-como-improbidade-administrativa>)

- Básica de Pedágio, correspondente ao Fator D, vigente entre 30 de julho de 2016 e 29 de julho de 2017;
- Aplicação do Índice de Reajustamento Tarifário - IRT de 1,32366, sobre a Tarifa Básica de Pedágio, que representa o percentual positivo de 9,32% (nove inteiros e trinta e dois centésimos por cento), correspondente à variação do IPCA no período;
 - Consideração do Fator C de - R\$ 0,23837 na Tarifa Básica de Pedágio, vigente entre 30 de julho de 2016 e 29 de julho de 2017
 - Tarifa Básica Final: alteração da TBP de R\$ 4,60 para R\$ 4,80.
- 2ª Revisão Ordinária e 4ª Extraordinária (Resolução nº 5392, de 27 de julho de 2017 da ANTT – RDA-048) em julho 2017:
 - Alteração da Tarifa Básica de Pedágio de R\$ 3,84701 para R\$ 4,10339;
 - Aplicação do desconto de reequilíbrio de 2,64603% (dois inteiros e setenta e quatro mil e seiscentos e três milésimos por cento), sobre a Tarifa Básica de Pedágio quilométrica, correspondente ao Fator D;
 - Aplicação do Índice de Reajustamento Tarifário - IRT de 1,37127, sobre a Tarifa Básica de Pedágio quilométrica, que representa o percentual positivo de 3,60% (três inteiros e sessenta centésimos por cento), correspondente à variação do IPCA no período; e
 - Consideração do Fator C negativo de R\$ 0,19992 na Tarifa de Pedágio por praça;
 - Tarifa Básica Final: alteração da TBP de R\$ 4,80 para R\$ 5,30.
 - 3ª Revisão Ordinária e 5ª Extraordinária (Deliberações nº 523, de 14 de agosto 2018, da ANTT – RDA-013) em julho 2017:
 - Alteração da Tarifa Básica de Pedágio de R\$ 4,10339 para R\$ 4,00094;
 - Aplicação do desconto de reequilíbrio de 9,09760%, sobre a Tarifa Básica de Pedágio, correspondente ao Fator D;
 - Aplicação do Índice de Reajustamento Tarifário - IRT de 1,41042, sobre a Tarifa Básica de Pedágio, que representa o percentual positivo de 2,85% (dois inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento), correspondente à variação do IPCA no período;
 - Consideração do Fator C negativo de R\$ 0,03733 na Tarifa de Pedágio reajustada.
 - Tarifa Básica Final: alteração da TBP de R\$ 5,30 para R\$ 5,10.
 - 4ª Revisão Ordinária e 6ª Extraordinária (Deliberação nº 1.012, de 26 de novembro de 2019 da ANTT – RDA-012) em julho 2017:
 - Alteração da Tarifa Básica de Pedágio de R\$ 4,00094 para R\$ 3,49941;
 - Aplicação do desconto de reequilíbrio de 25,541%, sobre a Tarifa Básica de Pedágio, correspondente ao Fator D;
 - Aplicação do Índice de Reajustamento Tarifário - IRT de 1,47612, sobre a Tarifa Básica de Pedágio, que representa o percentual positivo de 4,66% (quatro inteiros e sessenta e seis centésimos por cento), correspondente à variação do IPCA no período;
 - Aplicação do Fator Q de -1,00%;

- Aplicação do Fator X de 0,00%;
- Consideração do Fator C negativo de R\$ 0,98692 na Tarifa de Pedágio reajustada.
- Tarifa Básica Final: alteração da TBP para R\$ 2,90.

130. Relembre-se que o contrato de concessão previa a execução do vultoso programa de investimento em 60 (sessenta) meses após a data de assunção, sendo 12 (doze) meses para a obtenção da licença e mais 48 (quarenta e oito) meses para a realização das obras, era condição primordial da equação financeira que permitiu o deságio oferecido.

131. Contudo, como já esclarecido à exaustão, a Licença de Instalação (“LI”) correspondente às metas anuais das Obras de Ampliação e Capacidade, que deveria ter sido obtida pelo Poder Concedente e disponibilizada para a Concessionária até 22.4.2015, a fim de possibilitar a execução das referidas obras nos prazos estabelecidos no Programa de Exploração da Rodovia (“PER”) só foi emitida 2 (dois) anos após essa data, em 13.4.2017.

132. E esse fato, impactou, diretamente, em todo o cronograma do contrato e gerou, ao olhar do Poder Público, inadimplemento que o autorizou a reduzir a tarifa a cada novo pedido de revisão, gerando, efetivamente, o estrangulamento da concessionária, que teve que recorrer ao Poder Judiciário para obter uma decisão que estancasse a sangueira.

133. Embora alegue que promoveu os reajustes necessários através de processo administrativo, o que se percebe na prática é que houve um aumento tímido no início da relação, motivada por vezes por atualização decorrente de indexadores de inflação. De resto, o que pode ser verificado é a ANTT usando de artimanhas contratuais para afundar a VIA 040 através de reduções cada vez mais drásticas apoiada na premissa de que se tratavam apenas de “*aplicabilidade do mecanismo contratual denominado desconto/acréscimo de reequilíbrio ou fator D*” (item 188 da resposta da ANTT).

134. Tendo a oportunidade de contribuir para a qualidade do serviço rodoviário, a ANTT se esforçou em desequilibrar cada vez mais a relação. Fazia vista grossa aos problemas da concessionária e de seus próprios erros para, então, piorar a situação do Contrato de Concessão. E os documentos apresentados pela própria ANTT demonstram isso. Seja pelas reiteradas sugestões de caducidade por descumprimento de cláusulas contratuais por inexecução das obrigações de investimento, seja pelas investidas ilegais e arbitrárias na tentativa de reduzir a tarifa do pedágio (a exemplo da Deliberação 986 de novembro de 2019).

135. O descalabro da alegação da ANTT, que já foi demonstrado aqui, é evidenciado da atual situação financeira calamitosa da requerente. Além de já ter sido necessário – em diversas ocasiões – o aporte de valores pelos sócios da concessionária, os índices que avaliam a saúde financeira da empresa indicam a sua frágil solvabilidade que, a longo prazo, só tende a se agravar.

ARTIMANHA DA ANTT PARA JUSTIFICAR O INJUSTIFICÁVEL:
SUBVERSÃO ARBITRÁRIA DE PREVISÃO CONTRATUAL
(O DENOMINADO FATOR D)

136. Afirma a ANTT que “o Contrato de Concessão assinado pela Requerente é claro ao estabelecer o Fator D (desconto de reequilíbrio) como ferramenta de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão” e que a sua aplicação “independe da apuração de culpa da concessionária, servindo simplesmente como mecanismo de equilíbrio contratual, a partir da ponderação entre serviços efetivamente executados e remuneração da concessionária” (itens 189 e 191 da resposta da ANTT).

137. Essa não é, contudo, exatamente a realidade. De acordo com o contrato de concessão, o “desconto de equilíbrio” (Fator D) seria aplicado “em função do não atendimento aos parâmetros de desempenho e a inexecução das obras e serviços da frente de ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço, tal como previstos no PER e no Anexo 5, mediante a aplicação do fator D”.

138. Pressupõe-se, então, uma inexecução injustificada – afinal, se razão legal e motivada houver, não seria possível cogitar-se de qualquer punição, sob pena de configurar medida legal abusiva e contrária à lei – do cronograma de obras e serviços estabelecidos no instrumento contratual. E isso depende, evidentemente, ou de prévio acordo entre as partes, ou, então, de pronunciamento de um órgão jurisdicional que possa resolver a controvérsia instaurada entre os contraentes. O que não se admite, enfim, é que uma das partes (mesmo o Poder Público) atue unilateralmente; fiscalize, avalie o dano, aprecie a justificativa do particular e, por conta própria, execute a punição.

139. Mas a ANTT arquitetou, no curso da relação havida entre as partes, e agora nestes autos, uma tese arrojada. Alega que o denominado “Fator D”, que implica gravosa e drástica redução da tarifa vigente, como já visto anteriormente, não poderia ser considerado como uma penalidade contratual, na medida em que a sua aplicação seria, supostamente, de aferição objetiva, independentemente de culpa da concessionária, isto é, como consequência imediata do suposto descumprimento das metas previstas no ajuste a fim de evitar “enriquecimento sem causa” da Via 040. Pior, ao longo da relação, o Fator D foi aplicado mesmo quando os atrasos decorriam de incontroversa culpa da própria ANTT.

140. Seja como for, o poder de autotutela do Poder Público não pode ser absoluto e desvinculado das reais circunstâncias que permeiam a relação havida entre as partes. Nessa hipótese, por expressa disposição legal (Lei nº 8.666/93, arts. 58, § 1º, e 65, II, 'd', e § 6º), só um ajuste bilateral poderia readequar as condições econômicas do contrato de concessão, cabendo ao Poder Concedente, no limite, caso não fosse possível um novo ajuste bilateral (o que não é o caso) – socorrer-se ao Poder Judiciário para discutir a questão (como, aliás, a própria VIA 040 fez, observando os ditames legais e contratuais).

141. Não existe, aliás, qualquer enriquecimento da requerente às custas dos usuários. Muito ao contrário: diante da realidade periclitante da concessão, já demonstrado neste procedimento, a prestação do serviço tem sido mantida por intermédio de aportes de sócios da requerente.

142. Registre-se que ANTT apresenta planilha (RDA-050) através da qual indica que o valor da receita que a Concessionária deixou de receber até o 5º ano (2018/2019), em decorrência da aplicação do Desconto de Reequilíbrio, foi de R\$ 202.880.837,28 (duzentos e dois milhões, oitocentos e oitenta mil, oitocentos e trinta e sete reais e vinte e oito centavos), o que, per se, demonstra o grave impacto que o fator causou no desequilíbrio contratual, sobretudo face a sua errônea e abusiva aplicação por fatos imputáveis à própria ANTT.

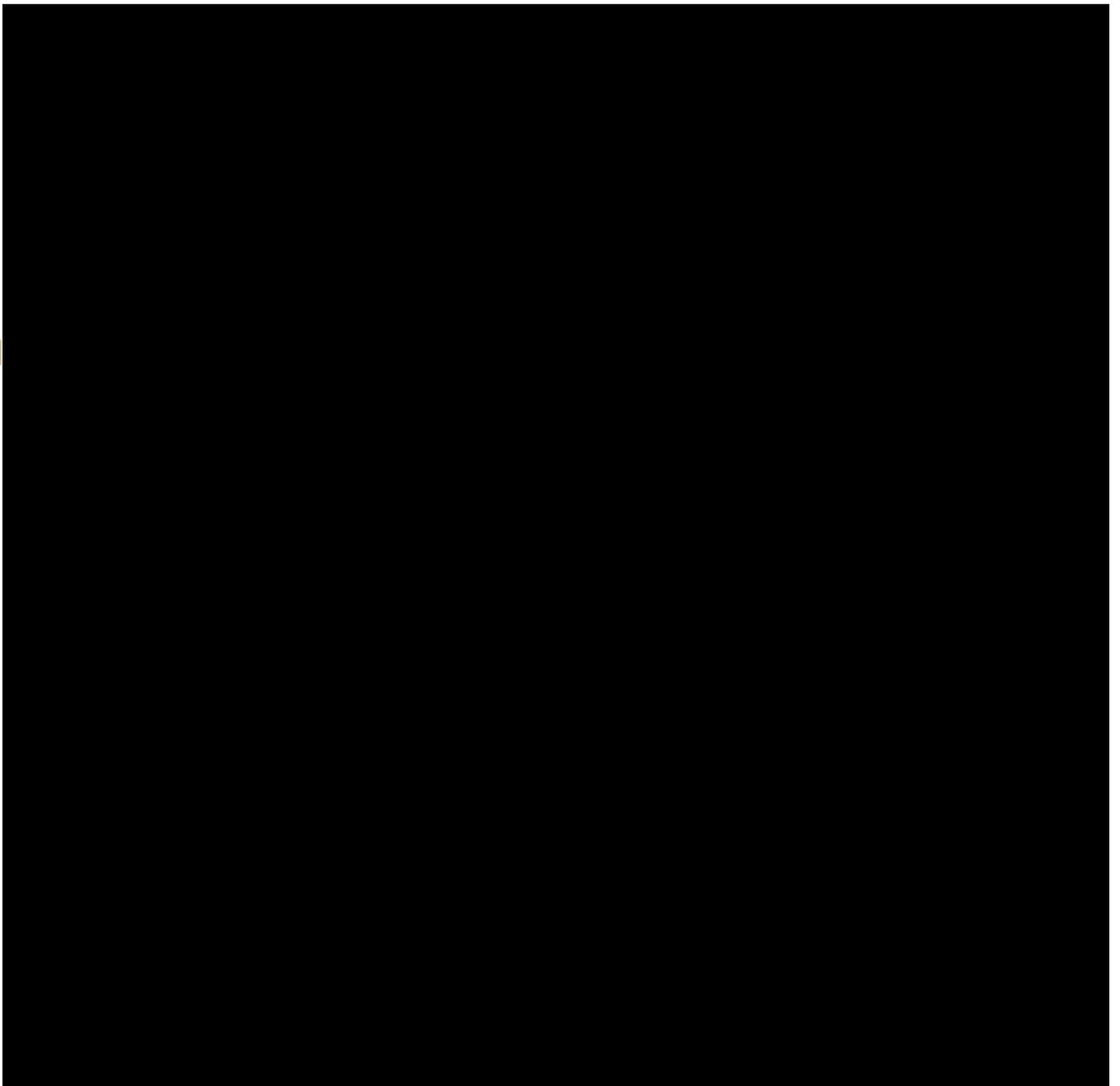
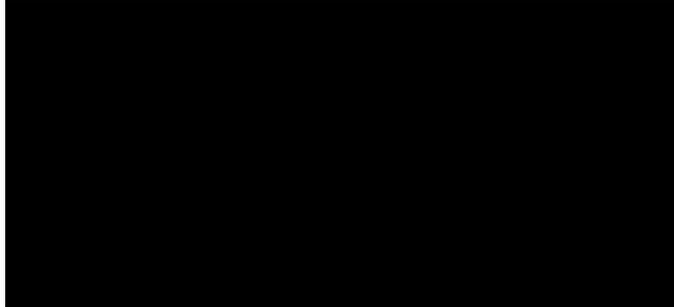
143. O abuso da investida da ANTT é evidente. A aplicação do Fator D, que nada tem de “meramente objetiva”, levou no histórico dos reajustes, como demonstrado, à piora substancial da situação financeira da VIA 040, ao ponto de a concessão beirar o colapso.

AINDA SOBRE O GRAVE CENÁRIO DE DESEQUILÍBRIO:
OS APORTES REALIZADOS

144. A requerida argumenta, ainda, que “*não pode a Requerida se queixar de ter que recorrer a capital próprio (o que inclui aporte dos acionistas) para desincumbir-se das obrigações e dos riscos que assumiu*”, e afirma que “*o valor de investimentos que a Concessionária deixou de aportar perfaz o total de R\$ 3.210.034.614,33 (três bilhões duzentos e dez milhões trinta e quatro mil seiscentos e quatorze reais e trez centavos)*”. Inicialmente, pontue-se que a requerida não trouxe nenhuma prova dessa alegação, como era devido, por força do previsto no art. 373, II, do Código de Processo Civil.

145. Assim, embora sequer seja ônus da requerente, os gráficos reproduzidos abaixo indicam, de forma pormenorizada, os valores que foram aportados, por parte dos acionistas da concessionária nos últimos anos, apenas para que seja viável o prosseguimento da prestação desse

relevante serviço público, o que denota, por si só, o manifesto desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Confira-se:



148. A tarifa, de acordo com o tráfego atual, não se mostra suficiente para o adimplemento de todos os insumos necessários ao serviço, especialmente com a crise recessiva e de liquidez, que



afastou as linhas de crédito anunciadas para as concessões de rodovias, severos prejuízos decorrentes dos atrasos do Poder Concedente em suas obrigações contratuais, aplicação abusiva e injustificada do Fator D, retardamento de reequilíbrio já reconhecido como devido, aumento substancial de insumos igualmente não reequilibrados, dentre os demais ônus excessivos que estão sobre os ombros da Concessionaria.

149. O descompasso é manifesto e avulta *icto oculi*. Ele, aliás, como visto, foi reconhecido pela própria ANTT. Portanto, trata-se de mais uma leviana afirmação do Poder Público, desprovida no mínimo lastro probatório, na inócua tentativa de macular a imagem da VIA 040 para transparecer que a requerente não adotou os esforços necessários para garantir o sucesso da licitação.

**PREJUÍZOS DA CONCESSÃO DEVEM SER COMPROVADOS EM PROVA PERICIAL:
PROVA CAPAZ DE ATESTAR A DIMENSÃO DA RECOMPOSIÇÃO**

150. Embora alegue a ANTT genericamente que “*não há o devido detalhamento das razões que fundamentam o pleito, o que impede o exercício do contraditório pela Requerida*” (item 239 da resposta da ANTT), não há dúvidas de que valores e formas de cálculo – exatamente o reclamado pela requerida – deverão ser fixados por prova pericial. Os cálculos são complexos, demandam conhecimento técnico que não é esperado de advogados ou mesmo do próprio Tribunal Arbitral.

151. E a prova pericial se presta exatamente a este papel: assistir ao juiz “*quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico*”, na forma do *caput* art. 156 do Código de Processo Civil. Essa é a hipótese dos autos. À requerente coube o ônus de demonstrar juridicamente a ocorrência da ruptura da base econômico-financeira do negócio, tornando inviável, de uma só vez, a subsistência da VIA 040 e o cumprimento adequado do contrato de concessão. Comprovou, ainda, que isso se deu em razão de (i) fatos supervenientes e imprevisíveis bem como de (ii) acintosos descumprimentos contratuais, inclusive, já reconhecido pelo Poder Conceder em inúmeras ocasiões.

152. Contudo, o alcance, a dimensão que esses fatos tomaram no âmbito do contrato de concessão, só uma prova técnica pode apurar efetivamente. Os valores deverão ser esmiuçados e corroborados, sem prejuízo da confissão do Poder Público e das outras incontáveis provas já acostadas, por meio da realização de prova pericial econômica e contábil, ocasião em que poderão ser concretamente apurados os reflexos financeiros (atuais e futuros) no âmbito da relação contratual encetada entre partes.

153. Ou seja, apenas partir de prova técnica, com avaliação contábil e econômica, será possível atestar, de uma vez por todas, o rompimento das bases negociais do contrato, com vistas a dimensionar, efetiva e concretamente, os prejuízos suportados pela VIA 040; ou seja, mostra-se

indispensável para estabelecer parâmetros efetivos que viabilizarão o reequilíbrio da relação contratual objeto deste procedimento arbitral.

CONCLUSÃO

154. Diante do exposto, os frágeis e, diga-se, desleais argumentos da ANTT não merecem prosperar. Toda a extensa resposta da requerida, como se demonstrou, limita-se a uma tentativa escusa de atribuir à VIA 040 a responsabilidade que deve recair sobre o Poder Público.

155. Confia a VIA 040, portanto, em que esse Tribunal Arbitral, *ipso facto et ipso iure*, reconhecerá, por meio de sentença arbitral, o desequilíbrio do Contrato de Concessão e, por conseguinte, condenará a recorrida a promover a restauração do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão – Edital nº 006/2013 – Parte VII, mediante adequação do valor da tarifa do pedágio, de acordo com os prejuízos aqui assinalados e que serão comprovados e mensurados em posterior prova pericial, 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 8.977/1995 e dos arts. 58, §§ 1º e 2º e 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993, para que seja preservado, como *ultima ratio*, a devida prestação do serviço público.

156. Sucessiva e subsidiariamente, caso finalizado o processo de relicitação e encerrado o contrato de concessão antes do término deste procedimento arbitral, determinar a conversão do pleito de reequilíbrio contratual em indenização, com condenação da ANTT ao pagamento de perdas e danos, em montante a ser calculado em posterior produção de prova pericial, de modo a aferir os prejuízos suportados pela VIA 040 durante todo o período de vigência do contrato de concessão, em razão dos fatos narrados nessa manifestação.

Nestes termos.

P. Deferimento.

Do Rio de Janeiro para São Paulo, 8 de junho de 2020.

Ana Tereza Basilio
OAB/RJ 74.802

Bruno Di Marino
OAB/RJ nº 93.384

Marcio Henrique Notini
OAB/RJ nº 120.196

Fernanda Marques Ferreira
OAB/RJ nº 171.048

Thiago Vilas Boas Zimmermann
OAB/RJ nº 148.790

LISTA DE DOCUMENTOS:

RTEs 1 (1, 1.1 e 1.2)	Procuração e atos constitutivos da requerente.
RTE 2	Contrato de Concessão – Edital nº 006/2013 – Parte VI
RTE 3	Nota Técnica nº 003/GEPRO/SUINF/2018.
RTE 4	Programa de Exploração Rodoviário – PER.
RTE 5 (5.1 a 5.20)	Processos de revisão ordinária e extraordinária.
RTE 6	Processo de revisão – 8.7.2016.
RTE 7	Lei nº 13.448/2017 – Relicitação.
RTE 8	Ofício ANTT nº 271/2017/SUINF.
RTE 9	Pedido de Relicitação – Via 040.
RTE 10	Ofício ANTT nº 052/2018/SUINF.
RTE 11	Ofício ANTT nº 214/2018/GEFIR/SUINF.
RTE 12	Ofício ANTT nº 353/2018/SUINF.
RTE 13	Petição Inicial – Ação Cautelar nº 1014300-37.2018.4.01.3400.
RTE 14	Decisão Liminar – 17ª VFDF.
RTE 15	Deliberação nº 523, de 15.8.2018.
RTE 16	ANTT – Audiência Pública.
RTE 17	Isto É, de 14.8.2018.
RTE 18	O Globo, de 15.8.2018.
RTE 19	Reportagem Folha de São Paulo.
RTE 20	Fato Relevante.
RTE 21	Deliberação nº 986 de 5 de novembro de 2019.
RTE 22	Nota Técnica SEI Nº 2914/2019/GEREF/SUINF/DIR.
RTE 23	Nota Técnica SEI Nº 2091/2019/GEREF/SUINF/DIR
RTE 24	Nota nº 00303/2019/PF-ANTT/PGF/AGU.
RTE 25	Despacho nº 13333/2019/PF-ANTT/PGF/AGU
RTE 26	Decisão proferida no AI 1026337-14.2018.4.01.0000 pelo Des. Federal Souza Prudente
RTE 27	Ofício-Circular nº 001/2018/DG/ANTT
RTE 28	Petição da ANTT na Ação Cautelar nº 1014300-37.2018.4.01.3400
RTE 29	Nota Técnica nº 005/2018/GEFIR/SUINF
RTE 30	Exposição de Motivos Medida Provisória 752/16
RTE 31	Certidão cartorária que atesta a intimação da ANTT da decisão liminar na Ação Cautelar nº 1014300-37.2018.4.01.3400
RTE 32	Decreto nº 9.957/2019
RTE 33	Reiterado pedido de Relicitação
RTE 34	Ofício SEI nº 11325/2019/SUINF/DIR-ANTT
RTE 35	Manifestação Via 040 no processo de relicitação
RTE 36	RELATÓRIO À DIRETORIA SEI Nº 762/2019
RTE 37	OFÍCIO CIRCULAR_SEI Nº 869/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT
RTE 38	Relatório Técnico apresentado em resposta ao Ofício nº 15019/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT
RTE 39	Ata da 837ª Reunião de Diretoria da ANTT
RTE 40	Reportagem “Estado de São Paulo”, de 2.4.19
RTE 41	Reportagem “Estado de Minas”, de 12.9.17

RTE 42	Reportagem página do Ministério da Infraestrutura, de 21.2.19
RTE 43	Resposta ao ofício nº 271.2017.SUINF
RTE 44	Decreto nº 10.248 de fevereiro de 2020
RTE 45	Carta OF.GCC.0138/2016
RTE 46	Ofício nº 1528/2016/GEPRO/SUINF
RTE 47	Carta OF.GCC.237.2016
RTE 48	Ofício nº 1733/2014/GEINV/SUINF
RTE 49	Nota Técnica nº 021/2016/GEINV/SUINF
RTE 50	Nota Técnica nº 022/2017/GEINV/SUINF
RTE 51	Exposição de Motivos – MPV 752, de 24 de novembro de 2016.
RTE 52	Deliberação nº 837 – ANTT
RTE 53	Fato Relevante – Relicitação Grupo Triunfo
RTE 54	Carta PC 005/2014
RTE 55	Carta PC 12/2014
RTE 56	Cartas PC 019/2014; PC 028/2014 e PC 029/2014
RTE 57	Ofício nº 1781/2014/SUINF
RTE 58	Carta PC 036/2014
RTE 59	Ofício nº 2112/2014/SUINF
RTE 60	Carta 061/2015
RTE 61	Ofício nº 338/2015/GEINV/SUINF
RTE 62	Ofício nº 512/2015/GEINV/SUINF
RTE 63	Carta 310/2015
RTE 64	Carta PC 0351/2015
RTE 65	Correspondência OF-GCC-0155-2016
RTE 66	Ofício nº 1498/2016/GEPRO/SUINF
RTE 67	Memorando nº 156/2017/GEPRO/SUINF
RTE 68	Ofício nº 1661/2015/SUINF
RTE 69	Carta PC 0301/2015