

**À CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE
COMÉRCIO INTERNACIONAL – CCI**

Procedimento Arbitral nº 23433/GSS

1

ALEGAÇÕES INICIAIS

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 S/A

REQUERENTE

ANTT E UNIÃO FEDERAL

REQUERIDAS

Brasília, 14 de janeiro de 2019

Excelentíssimos Senhores Membros do Tribunal Arbitral,

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 SPE S/A 2
(“REQUERENTE” OU “CONCESSIONÁRIA”), devidamente qualificada perante essa
d. Câmara, vem, por seus advogados, em atenção ao cronograma estabelecido na Ata
de Missão, apresentar suas

ALEGAÇÕES INICIAIS

contra a ANTT (Requerida 1) e União Federal (Requerida 2), o que faz nos termos e
fundamentos a seguir expostos.

SUMÁRIO

Lista de documentos anexos	4
Lista de termos definidos.....	7
I. Síntese do que restará demonstrado nestas Alegações Iniciais	13
II. O Requerimento de Instauração de Arbitragem e a Ata de Missão.....	27
III. Arbitrabilidade da Matéria submetida a esse Tribunal	30
IV. O Mérito destas Alegações Iniciais	36
IV.1. A Indenização devida à Requerente pelos investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados.....	37
IV.1.1. Síntese dos fatos: Investimentos realizados pela Requerente até a retomada do Sistema Rodoviário pelo DNIT.....	39
IV.1.2. A posição defendida pelas Requeridas com base no Relatório Final da Comissão Processante não tem respaldo na disciplina contratual e legal sobre a indenização devida à Requerente no caso de caducidade do Contrato de Concessão .	41
IV.1.3. A correta metodologia de cálculo do valor da indenização devida à Requerente.....	60
IV.1.4. Conclusão: O valor da indenização devida à Requerente	69
IV.2. A ausência de descumprimento contratual imputável à Requerente	69
IV.2.1. Síntese dos fatos: A não obtenção dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente inviabilizou a execução do Contrato de Concessão.....	70
IV.2.2. Os financiamentos prometidos pelo Poder Concedente caracterizam-se como condições do Contrato de Concessão e integram a equação econômico-financeira contratual.....	101
IV.2.3. Não obtenção dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente é caracterizada juridicamente como Evento de Desequilíbrio.....	118
V. Conclusão e Pedidos	145

LISTA DE DOCUMENTOS ANEXOS

- Doc. A.1.** Contrato de Concessão.
- Doc. A.2.** Edital.
- Doc. A.3.** Decreto de Caducidade.
- Doc. A.4.** Relatório Final.
- Doc. A.5.** Deliberação nº 138/2017 da Diretoria Colegiada da ANTT.
- Doc. A.6.** Carta de Apoio dos Bancos Públicos.
- Doc. A.7.** Parecer da GO Associados.
- Doc. A.8.** Carta Consulta da Concessionária ao BNDES para enquadramento do projeto.
- Doc. A.9.** Carta 730/2014 do BNDES com enquadramento do projeto. 4
- Doc. A.10.** Comprovação do cumprimento dos requisitos pela Concessionária para liberação do empréstimo-ponte.
- Doc. A.11.** Parecer nº 02/AADMA/CGU/AGU/2014.
- Doc. A.12.** Memorando 876/2018/SUINF e Ofício-Circular 001/2018/DG/ANTT.
- Doc. A.13.** Estudo da ANTT denominado “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões”.
- Doc. A.14.** Pesquisa Trimestral de Condições de Crédito do Banco Central do Brasil.
- Doc. A.15.** Ofício PTC nº 002/2015.
- Doc. A.16.** Ofício PTC nº 004/2015.
- Doc. A.17.** Ofício PTC nº 005/2015.
- Doc. A.18.** Ofício PTC nº 006/2015.
- Doc. A.19.** Despacho nº 209/2015/NIP/SUINF.
- Doc. A.20.** Memorando 297/2015/SUINF.
- Doc. A.21.** Parecer nº 2.717/2015/PF-ANTT/PGF/AGU.
- Doc. A.22.** VOTO DCN 093/2015.

- Doc. A.23.** Deliberação nº 114/2015 da Diretoria Colegiada da ANTT.
- Doc. A.24.** Ofício nº PTC 007/2015.
- Doc. A.25.** Nota Técnica nº 250/2015/SUINF.
- Doc. A.26.** Nota Técnica nº 266/2015/SUINF.
- Doc. A.27.** Carta de Cancelamento da Operação de crédito do BNDES.
- Doc. A.28.** Ofício nº 387-A/2015/BNDES/GP.
- Doc. A.29.** Ofício nº PTC 027/2015.
- Doc. A.30.** Nota Técnica 424/15/SUINF.
- Doc. A.31.** Parecer nº 13.906/2015/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU.
- Doc. A.32.** Parecer nº 00034/2015/DEPCONSU/PGF/AGU.
- Doc. A.33.** Ofício s/nº/2015/DG/ANTT.
- Doc. A.34.** Nota 00069/2015/DEPCONSU/PGF/AGU.
- Doc. A.35.** Voto DMB 079/2015.
- Doc. A.36.** Deliberação nº 380/2015 da Diretoria Colegiada da ANTT.
- Doc. A.37.** Ofício nº 2.723/2015/SUINF.
- Doc. A.38.** Parecer Técnico nº 209/2015/GEFOR/SUINF.
- Doc. A.39.** Ofício nº PTC 004/2016.
- Doc. A.40.** Nota Técnica nº 012/SUINF/2016.
- Doc. A.41.** Parecer nº 00584/2016/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU.
- Doc. A.42.** Parecer Técnico nº 058/2016/COINF-MG.
- Doc. A.43.** Deliberação nº 138/2016 da Diretoria Colegiada da ANTT.
- Doc. A.44.** Plano de Retomada da Concessão.
- Doc. A.45.** Atas de Reunião.
- Doc. A.46.** Defesa administrativa da Concessionária no Processo de Caducidade apresentada em 26/07/2016.
- Doc. A.47.** Primeiro Relatório Final da Comissão Processante no Processo de Caducidade.
- Doc. A.48.** Ofício nº PTC 012/2016.
- Doc. A.49.** Manifestação da Concessionária de 30/03/2017

- Doc. A.50.** Parecer nº 00595/2017/PF-ANTT/PGF/AGU.
- Doc. A.51.** Ofício nº 315/2017/OF.
- Doc. A.52.** Memorando nº 257/2017/SUINF.
- Doc. A.53.** Ofício nº PTC 017/2015.
- Doc. A.54.** Ofício nº PTC 019/2015.
- Doc. A.55.** Opinião Legal elaborada pelo escritório Portugal Ribeiro Advogados.

LISTA DE TERMOS DEFINIDOS

- ANTT ou Requerida 1: Agência Nacional de Transportes Terrestres, autarquia sob regime especial criada pela Lei nº 10.233.
- Bancos Públicos: conjuntamente, a Caixa Econômica Federal, o Banco do Brasil e o BNDES, instituições financeiras sob controle da União e signatárias da Carta de Apoio dos Bancos Públicos.
- Bens Reversíveis: bens da Concessão necessários à continuidade dos serviços relacionados à Concessão, que serão revertidos ao término do Contrato.
- BNDES: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, empresa pública criada pela Lei nº 1.628 de 20 de junho de 1952 e vinculada ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, principal instrumento do Governo Federal para o financiamento de longo prazo e investimento em todos os segmentos da economia brasileira.
- Carta Consulta: Carta Consulta da Concessionária ao BNDES para enquadramento do projeto e obtenção dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente nas condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.
- Carta de Apoio dos Bancos Públicos: documento anexo a estas Alegações Iniciais como seu Doc. A.6., assinado pelos Bancos Públicos em 4 de setembro de 2013, remetido ao Diretor Geral da ANTT e disponibilizado ao mercado e à sociedade pelo Poder Concedente, no qual o “*BNDES, a Caixa e o Banco do Brasil vêm a público informar as condições de apoio aos investimentos relacionados aos projetos dos futuros concessionários?*” das rodovias concedidas na 3ª Etapa do

Programa de Concessões Rodoviárias Federais.

- Comissão Processante: Comissão Processante - Concessionária Galvão BR-153, instaurada pela Deliberação nº 138, de 16 de maio de 2016, da Diretoria Colegiada da ANTT, responsável pela condução do Processo de Caducidade e pelo cálculo da indenização devida à Concessionária.
- Concessionária ou Requerente: Concessionária de Rodovias Galvão, vencedora do certame licitatório correspondente ao Edital de Concessão nº 1/2014 da ANTT.
- Contrato de Concessão: Contrato de Concessão nº 1/2014, presente no Doc. A.1.
- Concessão: concessão do serviço público de exploração, por 30 anos, do Sistema Rodoviário.
- Decreto de Caducidade: Decreto Presidencial de 15 de agosto de 2017, anexo a estas Alegações Iniciais como seu Doc. A.3.
- Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões: estudo confeccionado pela ANTT, anexo a estas Alegações Iniciais como seu Doc. A.13.
- DNIT: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, autarquia federal criada pela Lei nº 10.233/01.
- DOU: Diário Oficial da União, disponível em <http://www.in.gov.br/consulta>.
- Edital: Edital ANTT nº 001/2014, anexo a estas Alegações Iniciais como seu Doc. A.2.

- Evento de Desequilíbrio: evento que materializa risco atribuído ao poder concedente pelo contrato de concessão ou pela legislação aplicável, mas que produz efeitos sobre a concessionária, desequilibrando, assim, a equação econômico-financeira contratual.
- EVTE: Estudos de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira utilizados para a formulação do Edital.
- Galpar: Galvão Participações S.A. – Galpar, acionista da Concessionária.
- GEROR: Gerência de Regulação e Outorga da Exploração de Rodovias da SUINF da ANTT.
- IPCA: Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.
- Lei de Arbitragem: Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.
- MP 752/2016: Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016.
- MP 800/2017: Medida Provisória nº 800, de 18 de setembro de 2017.
- Parecer da GO Associados: Parecer Técnico encomendado pela Requerente à GO Associados sobre o cálculo do valor da indenização que lhe é devida, anexo a estas Alegações Iniciais como seu Doc. A.7.
- Partes Relacionadas: conforme definido no Contrato de Concessão (item xxxiii da subcláusula 1.1.1), “*com relação à Concessionária, qualquer pessoa Controladora ou Controlada, entendida como tal a sociedade na qual a Controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente,*

preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores da Controlada, nos termos do art. 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76”.

- PER: conforme definido no Contrato de Concessão (item xxxiv da subcláusula 1.1.1), “*Programa de Exploração da Rodovia vinculado como Anexo 2 ao Contrato de Concessão, que abrange todas as condições, metas, critérios, requisitos, intervenções obrigatórias e especificações mínimas que determinam as obrigações da Concessionária, englobando, dentre outras coisas, (a) os Parâmetros de Desempenho e respectivas metas de prazo de atendimento, indicados na Frente de Recuperação e Manutenção, (b) as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias, as Obras em Trechos Urbanos, as Obras de Manutenção de Nível de Serviço, as Obras Emergenciais e respectivos prazos de implantação, indicados na Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço, (c) as obrigações relativas à conservação indicadas na Frente de Conservação; (d) as obrigações de implantação e operacionalização dos Serviços Operacionais e respectivos prazos, indicados na Frente de Serviços Operacionais; (e) os Escopos e Parâmetros Técnicos mínimos a serem observados pela Concessionária; (f) as obrigações quanto à Monitoração e Relatórios; e (g) as obrigações quanto à Gestão Ambiental e à Gestão Social”.*

- PF-ANTT: Procuradoria Federal junto à ANTT.

- PIL: Programa de Investimento em Logística.

- Poder Concedente ou Requerida 2: União Federal.

- PRC: Plano de Retomada da Concessão apresentado pela Concessionária à ANTT e outras autoridades, anexo a estas Alegações Iniciais como seu Doc. A.44.

- Primeiro Relatório Final: Refere-se ao Doc. A.47 destas Alegações Iniciais, que foi juntado ao Processo de Caducidade em 06/01/2017.

- PSR: Plano de Segurança Rodoviária, apresentado pela Concessionária à ANTT, em 15 de abril de 2015, por meio do Ofício nº PTC 007/2015 (anexo a estas Alegações Iniciais como seu Doc. A.24).
- Processo de Caducidade: Processo administrativo ordinário nº 50500.215568/2016-36 da ANTT, instaurado para apurar a ocorrência de infrações de natureza grave, puníveis com pena de caducidade, praticadas pela Concessionária.
- Processo de Suspensão/Reprogramação das Obrigações: Processo administrativo ordinário nº 50500.052216/2015-82, que se inicia com o Ofício nº PTC 004/2015, de 26 de fevereiro de 2015.
- PROCROFE: Programa de Concessões Rodoviárias Federais.
- Relatório Final: Relatório Final apresentado pela Comissão Processante no Processo de Caducidade, acolhido pela Deliberação nº 138/2017, de 23 de junho de 2017, da Diretoria Colegiada da ANTT, e no qual se fundamentou o Decreto de Caducidade, anexo a estas Alegações Iniciais como seu Doc. A.4.
- Requeridas: a Requerida 1 e a Requerida 2 em conjunto.
- SELIC: refere-se à Taxa de Juros Selic, equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais.
- Sistema Rodoviário: subtrecho rodoviário localizado entre o entroncamento da BR 060 em Anápolis, no Estado de Goiás, e o entroncamento com a TO-070 (Oeste) em Aliança do Tocantins, perfazendo o itinerário de 624,8 km.
- STJ: Superior Tribunal de Justiça.

- SUINF: Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária da ANTT.
- TCU: Tribunal de Contas da União,
- Tarifa de Pedágio: Tarifa a ser paga pelos usuários do Sistema Rodoviário nas praças de pedágio nos termos do Contrato de Concessão.
- Verba de Fiscalização: verba devida pela Requerente à requerida a título do cumprimento do item 15.9 do Contrato de Concessão, com a finalidade de cobrir despesas com a fiscalização da Concessão.

I. SÍNTESE DO QUE RESTARÁ DEMONSTRADO NESTAS ALEGAÇÕES INICIAIS

A. Contexto:

- As Requeridas celebraram, em 12 de setembro de 2014, com a Requerente Contrato de Concessão delegando-lhe a exploração, por 30 anos, do Sistema Rodoviário.
- Decisões das Requeridas levaram à publicação, em 15 de agosto de 2017, de Decreto Presidencial que (a) extinguiu o Contrato de Concessão por caducidade – em razão de supostos inadimplementos contratuais imputados à Requerente –, (b) negou o direito da Requerente à indenização por investimentos vinculados a Bens Reversíveis não amortizados e (c) a condenou ao pagamento de R\$ 20.141.831,50, a preços de abril de 2017, à Requerida 2.

13

B. Questões a serem enfrentadas por este Tribunal Arbitral no presente procedimento:

- i. Foi correta a decisão das Requeridas de não reconhecer o direito da Requerente à indenização pelos investimentos vinculados a Bens Reversíveis e não amortizados que realizou?
- ii. Os fundamentos invocados pelas Requeridas em suas decisões possuem respaldo jurídico na legislação aplicável e no Contrato de Concessão?

- iii. Como deve ser calculada e qual o valor da indenização a que tem direito a Requerente?
- iv. Considerando os elementos fáticos do caso sob análise e a alocação de riscos entre as partes disciplinada pela legislação aplicável e pelo Contrato de Concessão, é juridicamente correto atribuir à Requerente a responsabilidade pela inexecução do objeto contratual? Mais especificamente, tendo em vista (a) o histórico da elaboração do Edital, da condução do processo licitatório e da celebração, execução e extinção do Contrato de Concessão, (b) a superveniência, meses após a celebração do Contrato de Concessão, da crise econômica de 2015 e 2016 e suas manifestações no mercado de crédito para o setor de infraestrutura rodoviária, (c) as diferentes posturas assumidas pelas Requeridas e seus agentes (c.i) no momento da licitação e celebração do Contrato de Concessão, (c.ii) a partir das manifestações da crise econômica sobre o setor de infraestrutura rodoviária e (c.iii) após a decretação da caducidade da Concessão, foi correta a decisão das Requeridas de imputar à Requerente a responsabilidade pelos inadimplementos contratuais que originaram a aplicação de multas administrativas e levaram à extinção do Contrato de Concessão por caducidade?

14

C. Fatos e fundamentos jurídicos a serem considerados por este Tribunal Arbitral no enfrentamento de tais questões:

- **Análise das questões i e ii (seções IV.1.1 e IV.1.2 destas Alegações Iniciais):**
 - O direito da Requerente a ser indenizada pelos investimentos vinculados a Bens Reversíveis e não amortizados que realizou lhe foi negado,

indevidamente, pelas decisões das Requeridas que resultaram na caducidade do Contrato de Concessão. Parte dos fundamentos invocados em tais decisões não possui respaldo na regra de indenização prevista no Contrato de Concessão e na legislação aplicável para o caso de aplicação da pena de caducidade.

- o Destaca-se que a Requerente está de acordo com os seguintes pontos assumidos pelas Requeridas em suas decisões, que devem ser reconhecidos como **pontos incontroversos nesta Arbitragem**:

a) A subcláusula 32.7 do Contrato de Concessão e os arts. 36, *caput*, e 38, § 5º, da Lei nº 8.987/1995 formam o conjunto normativo básico aplicável para a definição do direito da Concessionária à indenização.

b) Foram realizados investimentos pela Concessionária no Sistema Rodoviário.

c) A fonte das informações a serem utilizadas para o levantamento dos investimentos indenizáveis são as demonstrações financeiras da Concessionária, “*devidamente auditadas por empresa de auditoria independente, de acordo com as normas de contabilidade brasileiras e/ou regulamentação da ANTT*” (subcláusula 14.1.5 do Contrato de Concessão).

d) Não é possível promover o desconto de valores de multas decorrentes de infrações ainda em apuração ou ainda pendentes de análise de defesa ou recurso pela ANTT.

- e) Os valores não pagos pela Concessionária à ANTT a título de Verba de Fiscalização (calculados pela Comissão Processante no montante de R\$ 12.036.008,84, a preços de setembro de 2016) devem ser descontados do valor da indenização devida à Requerente.
- o) Todavia, **devem ser revistos os seguintes pontos da posição defendida pela Comissão Processante em seu Relatório Final e acolhidos pelas decisões das Requeridas**, por não possuírem qualquer respaldo na legislação aplicável e no Contrato de Concessão, como demonstrado:

f) Embora a Lei nº 8.987/1995 e o Contrato de Concessão estabeleçam que devem ser indenizados à Concessionária os investimentos “**vinculados a** Bens Reversíveis” e não amortizados, a Comissão Processante, a PF-ANTT e a GEROR, sem maiores explicações, assumem que somente são indenizáveis os investimentos “**em** Bens Reversíveis” ou “**nos** Bens Reversíveis”. Ocorre que o conjunto dos investimentos “**em** Bens Reversíveis” ou “**nos** Bens Reversíveis” é, por óbvio, menor do que o conjunto dos investimentos “**vinculados a** Bens Reversíveis”. A adoção de tal interpretação implica, portando, restrição indevida do direito da Concessionária à indenização.

g) A Comissão Processante e a GEROR, contrariando orientação expressa da PF-ANTT, assumem que um investimento realizado pela Concessionária somente seria indenizável se fosse realizado “*segundo as prescrições contratuais de **escopo e parâmetros***”

técnicos e desempenho exigidos por esta Agência”. Não considerar os valores investidos pela Concessionária para efeito de indenização por sua insuficiência para atingir os parâmetros exigidos pela ANTT claramente resulta em enriquecimento sem causa do Poder Concedente em face da Concessionária, que efetivamente, despendeu os recursos para a prestação do serviço no Sistema Rodoviário.

h) A PF-ANTT e a GEROR sobrepueram à regra contratual sobre o direito de indenização da Concessionária no caso de caducidade uma condição limitadora prevista no art. 36, *caput*, da Lei nº 8.987/1995, que não foi prevista na subcláusula 37.2.1 do Contrato de Concessão – i.e., que o investimento tenha se prestado à continuidade e atualidade do serviço objeto da concessão. A Lei nº 8.987/1995 estabelece os requisitos mínimos para a garantia do direito das concessionárias à indenização, podendo os contratos de concessão disciplinar e ampliar esse direito, mas jamais restringi-lo. No presente caso, o Contrato de Concessão não reproduziu a referida condição legal. Razão pela qual, não cabe invocar o texto legal para restringir o direito à indenização contratualmente conferido de forma ampliativa à Concessionária.

i) A GEROR estabelece relação entre o cálculo da indenização devida à Concessionária e a efetiva reversibilidade dos Bens da Concessão. Segundo tal posição, o dever de indenizar surgiria em função da transferência de bens da Concessionária ao Poder Concedente. Não é isso, todavia, que estabelecem a lei e o Contrato de Concessão. Na verdade, dos dispositivos

normativos aplicáveis **resta claro que o dever de indenizar surge em razão da realização pela Concessionária de investimento vinculado a bens reversível que não seja amortizado**, pouco importando, pois, para que reste configurado o dever de indenizar, se eventuais bens que resultem de investimentos realizados pela Concessionária foram ou não efetivamente revertidos ao Poder Concedente.

j) A GEROR assume que não são indenizáveis os gastos com a contratação de Partes Relacionadas. Ora, **as transações com Partes Relacionadas foram expressamente admitidas no Contrato de Concessão** (item i da subcláusula 14.1.5), salvo as hipóteses expressamente tratadas na subcláusula 26.5, nas quais não se enquadram os contratos celebrados entre a Concessionária e a Galvão Engenharia S.A. Razão pela qual é inteiramente descabida a tentativa de excluir os gastos com Partes Relacionadas do cálculo da indenização devida à Concessionária.

k) A Comissão Processante exige o pagamento pela Concessionária ao Poder Concedente de valores decorrentes da aplicação indevida (conforme demonstrado na seção IV.2 destas Alegações Iniciais) de multas administrativas relativas a supostos inadimplementos imputados pela ANTT à Concessionária (cujo valor calculado pela Comissão Processante seria de R\$ 8.105.822,66, a preços de setembro de 2016). A inexecução do Contrato de Concessão foi causada pela ocorrência de eventos que materializam riscos alocados ao Poder Concedente e não imputáveis, portanto, à Concessionária. Por esta razão, **não há**

que se descontar o valor das multas administrativas do cálculo da indenização, devendo este Tribunal Arbitral, na presente Arbitragem, reconhecer a inexigibilidade do pagamento de tais multas pela Concessionária.

• **Análise da questão iii (seções IV.1.3 e IV.1.4 destas Alegações Iniciais):**

- A regra contratual para a indenização no caso de caducidade determina que:

“32.7.1 A indenização devida à Concessionária em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos **investimentos vinculados a Bens Reversíveis** ainda **não amortizados**”
(sem grifos no original).

- Em uma concessão de serviços públicos, a amortização do capital aplicado, com sua devida taxa de remuneração, ocorre ao longo do prazo de vigência do contrato de concessão, através da percepção de receitas tarifárias pela concessionária. De maneira que a extinção antecipada da relação contratual faz com que reste um saldo não amortizado do capital aplicado pela concessionária na concessão a ser-lhe devolvido, com a respectiva taxa de remuneração, pelo poder concedente.
- No presente caso, não tendo sequer se iniciado a cobrança de pedágio, todo o capital aplicado pela Concessionária para viabilizar a prestação do serviço público concedido se caracteriza como investimento vinculado a Bens Reversíveis não amortizado e deve ser a ela indenizado.

- Assim, devem ser considerados no cálculo da indenização devida à Requerente:
 - o Os aportes diretos de capital da Concessionária;
 - o Os aportes de capital por meio de conta corrente compartilhada entre a Concessionária e os seus acionistas controladores;
 - o Custos e despesas vinculados a bens reversíveis, estimados por meio dos passivos (dívidas) da Concessão na data base de cálculo; e
 - o Os descontos referentes aos valores não pagos pela Concessionária de Verba de Fiscalização à ANTT e aos valores disponíveis no caixa da Concessionária quando do cálculo de sua indenização.

- Além disso, conforme demonstrado na Seção V.2, a Comissão Processante errou ao imputar à Requerente descumprimentos contratuais causados por eventos caracterizados juridicamente como riscos do Poder Concedente, o que resultou na recomendação de aplicação da pena de Caducidade do Contrato de Concessão. Trata-se no presente caso, portanto, de hipótese *sui generis* de extinção do Contrato de Concessão, em que se aplicou à Requerente a pena de Caducidade sem que tenham ocorrido descumprimentos contratuais a ela imputáveis suficientes para tanto. Daí por que (a) a regra prevista no Contrato de Concessão e na legislação aplicável para o cálculo da indenização devida à Requerente no caso de Caducidade há de ser complementada quanto à sua **abrangência** e quanto ao **tratamento no tempo dos valores devidos**, por analogia às hipóteses de extinção contratual causadas pelo Poder Concedente (encampação ou rescisão) e (b) não há razão para se descontar do valor da

indenização os valores de multas administrativas decorrentes de inadimplementos indevidamente imputados pela ANTT à Concessionária. De forma mais específica:

- Quanto à abrangência da indenização, por analogia aos casos de extinção do Contrato de Concessão causada pelo Poder Concedente, é preciso reconhecer o direito da Requerente de ser indenizada também pelos demais prejuízos que lhe foram gerados pela extinção antecipada do Contrato de Concessão causada pelo Poder Concedente. Além disso, restando reconhecida a ausência de responsabilidade da Concessionária pela inexecução contratual, mesmo as despesas administrativas da Concessionária posteriores à data contratualmente prevista para a conclusão dos Trabalhos Iniciais do PER e das demais condições (subcláusula 18.1.1 do Contrato de Concessão) para o início da cobrança de pedágio também seriam consideradas “gastos pré-operacionais”, enquadráveis, portanto, como investimentos não amortizados vinculados a Bens Reversíveis.
- No que diz respeito ao tratamento no tempo do valor da indenização devida à Concessionária, tem-se que, considerando que o capital por ela aplicado corresponde ao capital aportado por seu acionista, o reconhecimento da ausência de responsabilidade da Concessionária pela inexecução contratual também exige que se utilize como taxa para correção do valor da indenização o custo de capital do acionista (TIR do acionista),
- Por fim, inexistindo os inadimplementos contratuais que foram imputados pela Requerida 1 à Concessionária, não há que se falar em desconto do valor das multas administrativas aplicadas indevidamente

com fundamento nesses supostos inadimplementos do valor da indenização devido à Concessionária. Isso porque, sendo indevida a aplicação de tais multas, resta inexigível o seu pagamento pela Concessionária.

- **Análise da questão iv (seção IV.2 destas Alegações Iniciais):**

- Os contratos de concessão da 3ª Etapa PROCROFE foram modelados tendo em conta a disponibilização de financiamento extremamente subsidiado, ofertado ao mercado por meio da Carta de Apoio dos Bancos Públicos. As Requeridas, quando das licitações, foram a público em diversas instâncias garantir que tais condições de financiamento seriam cumpridas, atraindo assim interessados para os respectivos leilões. Contudo, celebrado o Contrato de Concessão, eclodiu a crise econômica extraordinária e imprevisível que atingiu o Brasil a partir do último trimestre de 2014, e cujos efeitos se intensificaram em 2015 e 2016 e se espriam até os dias de hoje. Inviabilizou-se, assim, o cumprimento das ofertas financiamento anunciadas pela Requerida 2, frustrando a legítima expectativa da Concessionária e impondo gravíssimo desequilíbrio ao Contrato de Concessão.
- Apesar das tentativas da Requerente de pleitear administrativamente o reestabelecimento das condições de equilíbrio do Contrato de Concessão, as Requeridas incorretamente entenderam não ser devida a recomposição das condições originalmente pactuadas, omitindo-se no dever de garantir a manutenção de tal direito à Concessionária. A despeito de todos os avisos e informações prestadas pela Requerente relativamente à extraordinariedade e imprevisibilidade da crise (que vieram

posteriormente a ser reconhecidas pelas próprias Requeridas), e mesmo contrariamente às manifestações da área técnica da Requerida 1 (que reconheciam na continuidade da Concessão o caminho mais condizente com o interesse público, relativamente às opções de extinção antecipada da Concessão) as Requeridas, fundamentadas em rasa interpretação contratual promovida pela Procuradoria Federal da Requerida 2, atuaram deliberadamente no sentido de imputar responsabilidade à Concessionária pelos supostos inadimplementos e inviabilizar qualquer saída que permitisse a continuidade da Concessão, chegando ao ponto de decretar a sua caducidade.

- Por disposição legal, as bases objetivas ou condições essenciais de contratos de concessão devem ser respeitadas a todo tempo para que se considere respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da avença. No caso do Contrato de Concessão, a disponibilização dos financiamentos prometidos fazia parte das condições essenciais de viabilidade do Contrato de Concessão, sem as quais o Contrato não sobreviveria (a não ser que fosse reequilibrado), como efetivamente ocorreu. Tais condições são protegidas pela garantia contida no art. 10 da Lei 8.987/1995, que impõe a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sempre que as condições dos contratos de concessão forem alteradas por Eventos de Desequilíbrio.
- Como reconhecido posteriormente pela própria Requerida 1, a ocorrência da crise econômica correspondia a hipótese com menos de 0,27% de probabilidade de ocorrência à época da licitação, o que evidentemente representa evento imprevisível, sendo seus efeitos absolutamente incalculáveis e alheios à vontade da Requerente. A crise superveniente, imprevisível e extraordinária, em sua manifestação no mercado de crédito

nacional, impediu a contratação do financiamento prometido (apesar de a Concessionária ter cumprido todos os requisitos para tanto) e se caracteriza juridicamente como caso fortuito/força maior, cujo risco é alocado pela Cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão ao Poder Concedente.

- A alocação contratual e/ou legal dos riscos ligados à ocorrência de eventos extraordinários ao Poder Concedente sobrepõe-se a eventual alocação contratual de risco ordinário à Concessionária, de modo que é descabida a alegação (feita pelas Requeridas para atribuir à Requerente a responsabilidade pela inexecução do objeto contratual) de que o risco (ordinário) de financiamento foi contratualmente alocado à Concessionária.

- Caso não se entenda pela ocorrência de caso fortuito ou força maior, eventos que configuram álea econômica extraordinária e que são abrangidos pela teoria da imprevisão, é necessário reconhecer a ocorrência de Fato da Administração caracterizado pela condutas determinantes das Requeridas para a inviabilização do Contrato de Concessão após constatada a recusa do BNDES em disponibilizar à Requerente financiamentos nos termos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, em clara afronta ao interesse público na continuidade do serviço, sendo portanto abusivas, contraditórias e violadoras dos padrões objetivos de lealdade e proteção da confiança legítima impostos pela boa-fé objetiva.

24

D. Conclusões e pedidos da Requerente (seção V destas Alegações Iniciais):

- Diante do exposto nestas Alegações Iniciais, conclui-se que:

- É direito da Requerente ser indenizada pelos investimentos vinculados a Bens Reversíveis e não amortizados que realizou. Mas esse direito lhe foi negado indevidamente pelas decisões das Requeridas que resultaram na caducidade do Contrato de Concessão.
 - As Requeridas imputaram indevidamente à Concessionária a responsabilidade pela inexecução do objeto contratual, o que importou na aplicação descabida de multas administrativas e acabou levando à extinção do Contrato de Concessão por caducidade sem que tenha havido inadimplemento pela Concessionária de suas obrigações
- Justamente por isso, pede a Requerente:
 - i. O reconhecimento da arbitrabilidade dos pedidos formulados nestas Alegações Iniciais e, conseqüentemente, da jurisdição do Tribunal Arbitral para resolução da presente controvérsia;
 - ii. A condenação das Requeridas ao pagamento de indenização à Requerente pelos investimentos vinculados a bens reversíveis e não amortizados que realizou, em valor final a ser arbitrado neste procedimento conforme a metodologia apresentada na seção IV.1 destas Alegações Iniciais e no Parecer da GO Associados, devidamente atualizado;
 - iii. O reconhecimento de que a inexecução do objeto contratual não se deveu aos supostos inadimplementos imputados à Concessionária pelas Requeridas e que fundamentaram a aplicação de multas administrativas pela ANTT e a decisão das Requeridas de extinguir antecipadamente o

Contrato de Concessão por caducidade, e sim à materialização de risco alocado contratualmente e por lei ao Poder Concedente, que desequilibrou a equação econômico-financeira contratual em desfavor da Concessionária, inviabilizando a Concessão;

- iv. A declaração da inexistência das infrações que ensejaram a aplicação de multas administrativas à Requerente pela Requerida 1; e
- v. A declaração da inexigibilidade do pagamento pela Requerente de tais multas, ou, subsidiariamente, caso o Tribunal Arbitral entenda que as controvérsias sobre a aplicação de penalidades contratuais e seu cálculo não são arbitráveis, o reconhecimento de que o valor de tais multas não deve ser descontado do valor da indenização devida à Requerente.

II. O REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM E A ATA DE MISSÃO

1. As demandas submetidas à presente Arbitragem têm origem no Contrato de Concessão nº 01/2014 (“Contrato de Concessão” - **Doc. A.1**), resultante do Edital ANTT nº 001/2014 (“Edital” - **Doc. A.2**), através do qual a União Federal (“Poder Concedente” ou “Requerida 2”) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT (“ANTT” ou “Requerida 1”) delegaram à Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. (“Concessionária” ou “Requerente”) a exploração, por 30 anos (contados a partir do 31/10/2014, data referente à assunção da Rodovia Federal BR 153), do subtrecho rodoviário localizado entre o entroncamento da BR 060 em Anápolis, no Estado de Goiás, e o entroncamento com a TO-070 (Oeste) em Aliança do Tocantins, perfazendo o itinerário de 624,8 km (“Sistema Rodoviário”).

27

2. Questiona a Requerente na presente Arbitragem os fundamentos e parte dos efeitos do **Decreto Presidencial de 15 de agosto de 2017** (“Decreto de Caducidade” - **Doc. A.3**), que acolheu as recomendações do Relatório Final (**Doc. A.4**) apresentado pela Comissão Processante - Concessionária Galvão BR-153 (“Comissão Processante”) no processo administrativo ordinário nº 50500.215568/2016-36 (“Processo de Caducidade”), cuja aprovação se deu por meio da **Deliberação nº 138/2017**, de 23 de junho de 2017 (**Doc. A.5**), da Diretoria Colegiada da ANTT. A publicação do Decreto de Caducidade implicou:

- A caducidade do Contrato de Concessão por supostos inadimplementos contratuais imputados à Requerente pelas Requeridas (art. 1º do Decreto de Caducidade - **Doc. A.3**);

- A negativa do pagamento de indenização à Requerente nos termos da Cláusula 32.7 do Contrato de Concessão (parágrafo 184 do Relatório Final - **Doc. A.4**); e
- A condenação da Requerente ao pagamento de R\$ 20.141.831,50 (vinte milhões, cento e quarenta e um mil, oitocentos e tinta e um reais e cinquenta centavos), a preços de abril de 2017, à Requerida 2 (parágrafo 210 do Relatório Final - **Doc. A.4**).

3. Embora não busque reverter no âmbito desta Arbitragem a extinção antecipada do Contrato de Concessão por decisão das Requeridas, **insurge-se a Requerente contra o Decreto de Caducidade a fim de demonstrar que:**

- Deve ser revisto o equivocado entendimento da Comissão Processante em seu Relatório Final, aprovado pela Diretoria Colegiada da ANTT e acolhido pelo Decreto de Caducidade, quanto ao cálculo da indenização devida à Concessionária, nos termos da subcláusula 32.7.1 do Contrato de Concessão, pelos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados que realizou, que resultou na negativa do pagamento de quaisquer valores à Requerente à título de indenização pela extinção antecipada do Contrato de Concessão; e
- Deve ser reconhecida a inexigibilidade do pagamento das multas administrativas que lhe foram aplicadas pela Requerida 1, uma vez que não são imputáveis à Concessionária os supostos inadimplementos contratuais que fundamentariam a aplicação de tais penalidades.

4. Na verdade, como se demonstra na seção IV.2 destas Alegações Iniciais, a Requerente se viu impedida de continuar a executar o Contrato de Concessão por força da materialização de risco alocado contratualmente e por lei ao Poder Concedente, que desequilibrou a equação econômico-financeira contratual, inviabilizando a Concessão. O reconhecimento da ausência de responsabilidade da Requerente pela inexecução do objeto contratual lhe é especialmente relevante por impactar diretamente o cálculo do valor da indenização que lhe é devida, conforme demonstrado na seção IV.1 destas Alegações Iniciais. Justamente por isso, a Requerente vem também questionar na presente Arbitragem:

- Os supostos inadimplementos contratuais que lhe foram imputados pelas Requeridas.

29

5. Quando da submissão do Requerimento de Instauração de Arbitragem, a Requerente indicou como valor estimado da disputa o total de R\$ 277.180.409,90 (duzentos e setenta e sete milhões, cento e oitenta mil reais, quatrocentos e nove reais e nove centavos), em moeda corrente. Por ocasião da elaboração da Ata de Missão, a Requerente atualizou tal valor para R\$413.229.540,66 (quatrocentos e treze milhões, duzentos e vinte e nove mil, quinhentos e quarenta reais e sessenta e seis centavos), correspondente ao valor da indenização à Concessionária pelos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados que realizou, conforme previsto no Contrato de Concessão, na Lei nº 8.987/95, nas normas contábeis e regulamentos da ANTT sobre a matéria, a ser confirmado e corrigido no tempo na fase instrutória deste procedimento arbitral. Pretende a Requerente que as Requeridas sejam condenadas a lhe pagar tal valor a título de indenização pela extinção antecipada do Contrato de Concessão.

6. Ainda no ato de submissão do Requerimento de Instauração de Arbitragem e na Ata de Missão, a Concessionária, para atender aos requisitos exigidos pelo Regulamento da CCI, indicou as circunstâncias que originaram as demandas formuladas, antecipando, de maneira meramente inicial, os fundamentos que as embasariam. Agora, no momento oportuno, passa-se à **exposição detalhada de todos esses fundamentos**, cuja análise certamente levará à procedência dos pedidos formulados pela Concessionária perante o Tribunal Arbitral.

III. ARBITRABILIDADE DA MATÉRIA SUBMETIDA A ESSE TRIBUNAL

7. Antes de mais nada, e para que não restem quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de apreciação dos pedidos formulados pela Requerente perante esse Tribunal Arbitral, destaca-se, desde logo, que **as matérias e discussões ora apresentadas tratam de direitos e interesses patrimoniais disponíveis**, passíveis, portanto, de deliberação no presente procedimento arbitral, conforme dispõem a Lei de Arbitragem e o próprio Contrato de Concessão:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para **dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis**.

37.1.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao

Contrato elou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

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

8. Tratando especificamente do conceito de arbitrabilidade objetiva no âmbito de conflitos envolvendo a Administração Pública, os professores José Antonio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, em sua Teoria Geral da Arbitragem,¹ esclarecem que:

“(…) no Brasil a definição da arbitrabilidade para litígios envolvendo entes públicos passa pela noção de ‘pessoas capazes de contratar’, pelo conceito de ‘direitos patrimoniais disponíveis’ – na acepção mais ampla e específica para a seara arbitral, conforme mencionado algumas linhas atrás – e, também, pela investigação a respeito da existência de eventual vedação normativa específica”.

9. Sobre o sentido de “*direito patrimonial disponível*”, para fins de definição dos direitos de titularidade da Administração Pública passíveis de discussão em arbitragem, o professor Alexandre Santos de Aragão² explica que:

¹ FICHTNER, José Antonio; Mannheimer, Sérgio; Monteiro, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 19-58, jul./set. 2017.

“Se a prerrogativa examinada decorrer diretamente da lei (ou de qualquer outra fonte heterônoma), ela será insuscetível de apreciação em instância arbitral. Por outro lado, caso o direito sub judice, ainda que previsto mediatemente em Lei (ou em outro ato normativo estatal), demandar o assentimento particular para a sua constituição, não necessariamente para o seu exercício, ele poderá ser objeto de arbitragem”.

10. Como mencionado na seção II acima, com a presente Arbitragem a Requerente pretende que (i) sejam revistos o cálculo da indenização devida à Concessionária realizado pela Comissão Processante em seu Relatório Final e as consequentes decisões das Requeridas de negar o pagamento de quaisquer valores à Requerente a título de indenização pela extinção antecipada do Contrato de Concessão; bem como que (ii) seja reconhecida a inexigibilidade do pagamento das multas administrativas que lhe foram aplicadas pela Requerida 1, como decorrência (iii) do reconhecimento da ausência de responsabilidade da Requerente pela inexecução do objeto contratual.

32

11. Como se observa, **os pedidos formulados pela Requerente em seu Requerimento de Instauração de Arbitragem remontam a controvérsias sobre direitos e interesses de cunho eminentemente patrimonial e disponível**, a saber:

- O cálculo da indenização decorrente da extinção antecipada do Contrato de Concessão (o qual, conforme explicado na seção IV.1.3 destas Alegações Iniciais, depende da definição quanto à exigibilidade do pagamento das multas administrativas aplicadas pela Requerida 1 à Concessionária); e

- A ausência de responsabilidade da Concessionária pelos inadimplementos contratuais que lhe foram imputados pelas Requeridas.

12. A corroborar tal entendimento, não obstante a inexistência de previsão direta na Lei de Arbitragem quanto ao conceito e abrangência da expressão “*direito patrimonial disponível*”, já **há em nosso ordenamento jurídico previsões normativas que dispõem expressamente sobre a matéria**, indicando os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que, indubitavelmente, podem ser objeto de arbitragem.

13. A título exemplificativo, veja-se a Lei nº 13.448/2017, que estabelece diretrizes para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria:

33

“Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, **no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis**, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

§ 4º **Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:**

I - as questões relacionadas à **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro** dos contratos;

II - o **cálculo de indenizações** decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o **inadimplemento de obrigações contratuais** por qualquer das partes” (sem grifos no original).

14. Assim também o Decreto nº 8.465/2015, que dispõe sobre os critérios de arbitragem para resolução de conflitos no âmbito do setor portuário, *verbis*:

“Art. 2º Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto:

I - **inadimplência de obrigações contratuais** por qualquer das partes;

II - questões relacionadas à **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro** dos contratos; e

III - outras questões relacionadas ao **inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras** perante a administração do porto e a ANTAQ”
(sem grifos no original).

34

15. Seguindo esse mesmo raciocínio, a própria ANTT recentemente realizou audiência pública para discussão de proposta de Resolução sobre os critérios de solução de controvérsias no setor. Embora ainda não haja texto aprovado sobre a matéria, desde já, destacam-se **os critérios indicados pela ANTT no projeto, e que possivelmente serão confirmados pela Agência quanto aos litígios passíveis de resolução via arbitragem**:

“Art. 2º São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de Solução de Controvérsias regulado pela presente Resolução:

I - questões relacionadas à **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro** dos contratos;

II - revisão de tarifas;

III - **indenizações decorrentes da extinção** ou transferência do Contrato;

IV - **penalidades contratuais e seu cálculo**, bem como controvérsias advindas da execução de garantias;

V - o processo de relicitação do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente;

VI - **o inadimplemento de obrigações contratuais** por qualquer das partes” (sem grifos no original).

16. Veja-se que todas as “*controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis*” citadas **dizem respeito a deveres e obrigações com fundamento direto nos contratos de parceria regidos pela lei**, sobre os quais as partes podem transigir e negociar livremente, durante toda a relação contratual.

35

17. Voltando-se os pedidos da Requerente exatamente a tais direitos, conclui-se por sua arbitrabilidade, devendo ser, portanto, apreciados e, ao final, acolhidos pelo Tribunal Arbitral.

18. Reforça-se novamente, por fim, que **não se pretende discutir, na presente Arbitragem, a extinção antecipada do Contrato de Concessão por decisão das Requeridas**, mas tão somente obter o reconhecimento (i) do direito da Requerente à indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados que realizou até a extinção do Contrato de Concessão e retomada do Sistema Rodoviário pelo DNIT, (ii) da inexigibilidade das multas administrativas indevidamente aplicadas à Requerente pela Requerida 1 e (iii) afastar qualquer responsabilidade da Concessionária pelos inadimplementos contratuais apontados pelas Requeridas como fundamento da extinção do Contrato de Concessão por caducidade.

IV. O MÉRITO DESTAS ALEGAÇÕES INICIAIS

19. Demonstram-se nesta seção as razões de mérito que suportam os pedidos da Requerente na presente Arbitragem:

- Inicialmente, (IV.1) expõe-se por que devem ser revistos o cálculo da indenização devida à Concessionária realizado pela Comissão Processante em seu Relatório Final e as consequentes decisões das Requeridas de negar o pagamento de quaisquer valores à Requerente a título de indenização pela extinção antecipada do Contrato de Concessão. Apresenta-se, assim, a correta metodologia de cálculo e o valor da indenização devida à Requerente.
- Em seguida, (IV.2) se esclarece por que a inexecução do objeto contratual não se deveu aos supostos inadimplementos indevidamente imputados à Concessionária pelas Requeridas e que fundamentaram a aplicação de multas administrativas pela ANTT e a decisão das Requeridas de extinguir antecipadamente o Contrato de Concessão por caducidade. A análise dos fatos à luz do disposto na legislação aplicável e no Contrato de Concessão não deixa dúvidas de que a Requerente se viu impedida de continuar a executar o Contrato de Concessão por força da materialização de risco alocado contratualmente e por lei ao Poder Concedente, que desequilibrou a equação econômico-financeira contratual, inviabilizando a Concessão.

IV.1. A INDENIZAÇÃO DEVIDA À REQUERENTE PELOS INVESTIMENTOS VINCULADOS A BENS REVERSÍVEIS AINDA NÃO AMORTIZADOS

20. É direito da Requerente ser indenizada pelos investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados que realizou. Esse direito lhe foi negado, no entanto, pela decisão do Presidente da República que, por meio do Decreto de Caducidade, declarou a caducidade do Contrato de Concessão.

21. Como já mencionado na seção II acima, o Decreto de Caducidade se fundamentou na recomendação contida na Deliberação nº 138/2017, de 23 de junho de 2017, da Diretoria Colegiada da ANTT, que acolheu as conclusões do Relatório Final da Comissão Processante no Processo de Caducidade. Especificamente em relação ao cálculo da indenização devida à Requerente pelos investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados, concluiu a Comissão Processante em seu Relatório Final “(...) **não ser cabida indenização pelos investimentos realizados no Sistema Rodoviário concedido** (...)”³ (sem grifos no original).

37

22. Nesta seção, demonstra-se que está errada a conclusão do Relatório Final da Comissão Processante quanto à inexistência de indenização devida à Requerente:

- Primeiro, porque tal conclusão decorre da adoção de premissas e critérios de análise que não possuem qualquer respaldo na regra de indenização prevista no Contrato de Concessão e na legislação aplicável para o caso de aplicação da pena de caducidade; e
- Segundo, porque, conforme demonstrado adiante na Seção IV.2, a Comissão Processante errou ao imputar à Requerente

³ Cf. fl. 2.957 do Processo de Caducidade.

descumprimentos contratuais causados por evento caracterizado juridicamente como risco do Poder Concedente, o que resultou na recomendação de aplicação da pena de Caducidade do Contrato de Concessão. Trata-se no presente caso, portanto, de hipótese *sui generis* de extinção do Contrato de Concessão, em que se aplicou à Requerente a pena de caducidade sem que tenham ocorrido descumprimentos contratuais suficientes para tanto a ela imputáveis. Daí por que a regra prevista no Contrato de Concessão e na legislação aplicável para o cálculo da indenização devida à Requerente no caso de caducidade há de ser complementada quanto à sua abrangência e quanto ao tratamento no tempo dos valores devidos, por analogia às hipóteses de extinção contratual causadas pelo Poder Concedente (encampação ou rescisão).

38

23. Assim é que se optou por estruturar esta seção em quatro partes:

- Inicialmente, no item IV.1.1, apresenta-se uma síntese dos principais fatos que compuseram o histórico dos investimentos realizados pela Concessionária na Concessão;
- Em seguida, no item IV.1.2, expõe-se a regra contratual de indenização da Requerente pela extinção antecipada do Contrato de Concessão no caso de aplicação da pena de caducidade e se demonstra que a posição defendida pela Comissão Processante em seu Relatório Final não possui qualquer fundamento em tal regra. De fato, da simples comparação entre a redação do Contrato de Concessão e os fundamentos invocados pela Comissão Processante para justificar sua posição quanto à inexistência de indenização devida à Concessionária, resta claro que as conclusões

da Comissão Processante decorrem não apenas da completa incompreensão da regra contratual, mas da sua inobservância.

- No item IV.1.3, apresenta-se, com base no regramento contratual da matéria explorado no item IV.1.2, a metodologia correta de cálculo da indenização devida à Requerente pelos seus investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados. Em especial, importa neste item:
 - (i) definir, tendo por base o Contrato de Concessão e a legislação aplicável, quais são, no caso, os investimentos realizados pela Requerente que devem ser indenizados; e
 - (ii) explicar por que, no presente caso, por se tratar de hipótese *sui generis* de extinção do Contrato de Concessão, na qual se aplicou à Requerente a pena de Caducidade sem que ela tenha incorrido em descumprimentos contratuais, a indenização que lhe é devida é maior do que a indenização que lhe seria devida caso houvesse dado causa à extinção contratual.
- Ao final, tendo por base o exposto no item IV.1.3, apresenta-se, no item IV.1.4, o valor da indenização devida à Requerente, tal qual calculado no Parecer da GO Associados.

39

IV.1.1. Síntese dos fatos: Investimentos realizados pela Requerente até a retomada do Sistema Rodoviário pelo DNIT

24. A Requerente assumiu o Sistema Rodoviário concedido em 31/10/2014. Desde tal data até a decretação da caducidade e retomada do Sistema

Rodoviário pelo DNIT, a Concessionária realizou investimentos vinculados a bens reversíveis que não foram amortizados, desde a assinatura do Contrato de Concessão até a data da retomada do Sistema Rodoviário pelo DNIT. A relação destes investimentos encontra-se detalhada no Parecer da GO Associados anexo a estas Alegações Iniciais (Doc. A.7).

25. Constituem o objeto da seção IV.2 adiante (i) a narrativa detalhada do histórico da licitação e das discussões entre Requerente e Requerida 1 quanto à responsabilidade pela inviabilização da execução do Contrato de Concessão, bem como (ii) a demonstração de que a não disponibilização pelo BNDES à Concessionária dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente se caracteriza juridicamente como um evento que desequilibrou a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão. Para a presente seção, cabe destacar apenas que, não obstante a inviabilização da conclusão da frente dos Trabalhos Iniciais do PER pela não disponibilização dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente, **a Concessionária aplicou seu capital na viabilização da prestação do serviço público que lhe foi concedido, incorrendo em gastos que configuram investimentos vinculados a Bens Reversíveis e que não foram amortizados.**

40

26. Tais recursos empregados pela Concessionária, ainda que insuficientes para atingir o nível de serviço estipulado no PER para a frente de Trabalhos Iniciais, certamente importaram na melhoria operacional do Sistema Rodoviário. Garantiram, principalmente, que se evitasse a deterioração da infraestrutura, viabilizando a continuidade do serviço e o aumento da segurança para os usuários da rodovia.

27. Contudo, por ter sido inviabilizado – em função da ocorrência de eventos que materializaram risco alocado ao Poder Concedente, conforme demonstrado na seção IV.2 – o atingimento do nível de serviço previsto na frente de Trabalhos Iniciais do PER, a Concessionária jamais chegou a iniciar a cobrança de

pedágio dos usuários. De maneira que não houve amortização alguma dos investimentos realizados pela Concessionária, fundamentais para a operação do Sistema Rodoviário no período entre 2014 e 2017.

28. A decretação pela Requerida 2 da Caducidade do Contrato de Concessão e a conseqüente retomada do Sistema Rodoviário pelo DNIT não fez com que cessassem todos os gastos da Concessionária. Isso porque continua em funcionamento uma estrutura administrativa mínima necessária para lidar com os passivos gerados pela Concessão e sua extinção antecipada.

IV.1.2. A posição defendida pelas Requeridas com base no Relatório Final da Comissão Processante não tem respaldo na disciplina contratual e legal sobre a indenização devida à Requerente no caso de caducidade do Contrato de Concessão

41

29. A análise da Comissão Processante em seu Relatório Final quanto à indenização tem início com a transcrição do disposto na subcláusula 32.7 do Contrato de Concessão e nos arts. 35, III, e 36, *caput*, e 38, § 5º, da Lei nº 8.987/1995. Dentre os dispositivos citados pela Comissão Processante, cabe reproduzir aqui aqueles que dizem respeito propriamente à definição de quais são os investimentos indenizáveis no caso de extinção do Contrato de Concessão por caducidade. Isso porque a referência à redação de tais dispositivos será necessária para evidenciar que a posição da Comissão Processante neles não se apoia. São eles:

Contrato de Concessão, subcláusula 32.7.1:

“32.7.1 A indenização devida à Concessionária em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados” (sem grifos no original).

Lei nº 8.987/1995, art. 36, *caput*:

“Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”
(sem grifos no original).

30. Em seguida, explica a Comissão Processante que realizou consulta jurídica à PF-ANTT, por meio do Memorando nº 001/2016/CP-GALVAO-BR-153/SUINF, de 18.07.2016, “[c]om o intuito de esclarecer sobre a definição exata do termo *Bens Reversíveis (...)*”⁴ Isso, porque, mesmo reconhecendo que a Concessionária “(...) realizou alguns investimentos (gastos) no sistema rodoviário a ela confiado”⁵ (sem grifos no original), o entendimento da Comissão Processante era de que:

“7. (...) Não obstante, considerando que estes investimentos no sistema devem estar condizentes as [sic] condições mínimas assentadas no Contrato e no PER (segundo os escopos, parâmetros de desempenho e parâmetros técnicos), entendemos - salvo melhor Juízo - que o simples gasto não configura em si um investimento em bem reversível indenizável, só assim seria, se o fizesse segundo as prescrições contratuais de escopo e parâmetros técnicos e desempenho exigidos por esta Agência, (...)”

9. Diante disso, entendemos que para apurar o valor de uma possível indenização, a qual pressupõe a mensuração dos

⁴ Relatório Final, pp. 89-91 (fls. 2.947 a 2.949 do Processo de Caducidade).

⁵ Idem.

investimentos realizados nos bens reversíveis, imperioso é, previamente a isto, destacar dentre o universo de dispêndios realizados qual deles (se é que há algum) deram-se sob os parâmetros técnicos e de desempenho exigidos no Contrato. Assim, entendemos que a mensuração financeira só se fará útil a posteriori, isto é, a partir do elenco de obras e demais investimentos que observaram as condições técnicas mínimas exigidas no PER e no Contrato” (sem grifos no original).⁶

31. Antes de passar à resposta da PF-ANTT a tal consulta, cabe destacar alguns dos pontos da posição sustentada pela Comissão Processante:

43

- **Primeiro**, se reconhece de forma inequívoca que:
 - A subcláusula 32.7 do Contrato de Concessão e os arts. 36, *caput*, e 38, § 5º, da Lei nº 8.987/1995 formam o conjunto normativo básico aplicável para a definição do direito da Concessionária à indenização; e
 - Foram realizados investimentos pela Concessionária no Sistema Rodoviário.
- **Segundo**, embora aponte como aplicáveis ao caso e transcreva em seu Relatório Final os dispositivos contratuais e legais acima mencionados, segundo os quais são indenizáveis os investimentos “**vinculados a Bens Reversíveis**”, a Comissão Processante, sem maiores explicações, assume que somente são

⁶ Idem.

indenizáveis os investimentos “**em** Bens Reversíveis” ou “**nos** Bens Reversíveis”. Ocorre que o conjunto dos investimentos “**em** Bens Reversíveis” ou “**nos** Bens Reversíveis” é, por óbvio, menor do que o conjunto dos investimentos “**vinculados a** Bens Reversíveis” previsto pela legislação aplicável e pelo Contrato de Concessão. Aparentemente, a Comissão Processante não atentou para essa distinção.

- **Terceiro**, a Comissão Processante, também sem qualquer respaldo nos dispositivos contratuais e legais que apontou como aplicáveis ao caso, estabelece que um investimento realizado pela Concessionária somente seria indenizável se fosse realizado “segundo as prescrições contratuais de **escopo e parâmetros técnicos e desempenho** exigidos por esta Agência”. Ora, não considerar os valores investidos pela Concessionária para efeito de indenização por sua insuficiência para atingir os parâmetros exigidos pela ANTT claramente resulta em enriquecimento sem causa do Poder Concedente em face da Concessionária, que efetivamente, dispendeu os recursos para melhoria do Sistema Rodoviário.

44

32. A PF-ANTT apresentou em seu Parecer nº 01705/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, de 09.09.2016, sua resposta à consulta formulada pela Comissão Processante. Nele destacou, corretamente, que:

“a) **não nos parece razoável o entendimento defendido pela Comissão Processante no sentido de que só seriam indenizáveis os valores gastos que de fato tenham atingido**

as exigências técnicas, de desempenho e de nível de serviço; (...)” (sem grifos no original).⁷

33. Também acertada a conclusão da PF-ANTT ao consignar, no mesmo documento, que:

“c) Não é possível promover o desconto de valores de multas decorrentes de infrações ainda em apuração ou ainda pendentes de análise de defesa ou recurso pela ANTT, (...)” (sem grifos no original).⁸

34. Confundiu-se, contudo, a PF-ANTT ao dispor sobre a regra que, segundo seu entendimento, deveria presidir a apuração do valor da indenização devida à Concessionária. Segundo a PF-ANTT:

“b) exige-se que, para ser indenizado, o investimento deve ter sido aplicado em bens reversíveis e deve ter se prestado à continuidade e atualidade do serviço objeto da concessão, ainda que não tenha sido capaz, por insuficiente, a atingir os parâmetros exigidos; (...)”⁹

35. Esse entendimento está correto, como já mencionado, na sua parte final, em que sustenta que não se deve condicionar a indenização por um investimento realizado pela Concessionária ao atingimento dos parâmetros exigidos pela ANTT. Porém, está equivocado em sua parte inicial e há de ser revisto por duas razões:

- **Primeiro**, porque, talvez induzida pelo erro acima apontado da

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

Comissão Processante na formulação de sua consulta, a PF-ANTT também não observou que a linguagem da lei e do Contrato de Concessão determina que devem ser indenizados os investimentos “vinculados a Bens Reversíveis”, e não os investimentos “em Bens Reversíveis.

- **Segundo**, porque a PF-ANTT sobrepôs à regra contratual sobre o direito de indenização da Concessionária no caso de caducidade uma condição limitadora prevista no art. 36, *caput*, da Lei nº 8.987/1995, que não foi prevista na subcláusula 37.2.1 do Contrato de Concessão – i.e., que o investimento tenha se prestado à continuidade e atualidade do serviço objeto da concessão. Sabe-se que o art. 23, XI, da Lei nº 8.987/1995 define como cláusula essencial do contrato de concessão a relativa “aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária (...)” (sem grifos no original) e que o art. 10 da mesma lei estabelece que “[s]empre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro” (sem grifos no original). Com isso tem-se deferência expressa do texto legal ao disposto no Contrato de Concessão quanto a tal matéria. A rigor, a Lei nº 8.987/1995 estabelece os requisitos mínimos para a garantia do direito das concessionárias à indenização, podendo os contratos de concessão disciplinar e ampliar esse direito, mas jamais restringi-lo. No presente caso, o Contrato de Concessão não impôs que os investimentos indenizáveis “*tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido*”, tal qual previsto na

parte final do art. 36, caput, da Lei nº 8.987/1995. Definiu somente, em sua subcláusula 32.7.1, que “*A indenização devida à Concessionária em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados*” (sem grifos no original). Razão pela qual, não cabe à PF-ANTT invocar o texto legal para restringir o direito à indenização contratualmente conferido de forma ampliativa à Concessionária.

36. Na sequência de seu Relatório Final, a Comissão Processante solicitou à Concessionária, por meio do Ofício n2003I2016/CP-GALVAO-BR-153/SUINF, de 30.09.2016, o detalhamento de suas informações financeiras, que lhe foram prontamente encaminhadas através do Ofício nº PTC 011/2016, de 14.10.2016. O objetivo da Comissão Processante era verificar “*todo e qualquer valor dispendido pela concessionária até então*”.¹⁰

47

37. Em paralelo, a Gerência de Regulação e Outorga da Exploração de Rodovias - GEROR (“GEROR”) foi instada por meio do Memorando nº 005/2016/CP-GALVÃO-BR-153/SUINF, de 23.11.2016, a “*fornecer subsídios econômico-financeiros acerca dos investimentos vinculados aos bens reversíveis ainda não amortizados, com base nas demonstrações financeiras auditadas e demais laudos contábeis e documentos pertinentes à análise, os quais comporão a base para mensuração de eventual indenização devida*” (sem grifos no original).¹¹

38. Através do Ofício nº 191/2016/GEROR/SUINF, de 23.11.2016, a GEROR, informou que “*realizaria inspeção econômico-financeira na sede administrativa da*

¹⁰ Relatório Final, pp. 95-99 (fls. 2.953 a 2.957 do Processo de Caducidade).

¹¹ Idem.

Galvão entre os dias 28.11.2016 e 02.12.2016, a fim de apurar e prover subsídios com relação às informações prestadas pela Companhia a respeito da composição do Ativo Fixo da Concessionária”.¹² Na realidade, a análise do Ativo Fixo (também denominado “Ativo Imobilizado”) da Concessionária é desnecessária para a determinação do valor da indenização que lhe é devida. Isso porque, embora a Lei nº 8.987/1995 permita que se escolha entre a amortização dos investimentos ou a depreciação dos bens físicos como critério para o cálculo da indenização, a regra contratual estabelecida na subcláusula 32.7.1 do Contrato de Concessão, como já mencionado, foi expressa ao definir a amortização dos investimentos como critério aplicável para o cálculo da indenização na hipótese de caducidade do Contrato de Concessão.¹³

39. De todo modo, cabe registrar, como ponto de concordância entre a Requerente e a GEROR, a definição de que a fonte das informações a serem utilizadas para o levantamento dos investimentos indenizáveis são as demonstrações financeiras da Concessionária, “*devidamente auditadas por empresa de auditoria independente, de acordo com as normas de contabilidade brasileiras e/ou regulamentação da ANTT*” (subcláusula 14.1.5 do Contrato de Concessão). Mesmo porque, o próprio Contrato de Concessão destaca quais as informações que devem necessariamente constar dessas demonstrações financeiras e que são indispensáveis para a definição dos investimentos indenizáveis à Concessionária, incluindo, por exemplo, a amortização de ativos e o detalhamento

48

¹² Idem.

¹³ Cabe registrar que a confusa resposta apresentada pela Comissão Especial de Licitação na Ata de Respostas aos Pedidos de Esclarecimento ao Edital de Concessão nº 001/2014 – mencionada, inclusive, no Relatório Final (pp. 94-95, fls. 2.952-2.953 do Processo de Caducidade) à (também confusa) pergunta 31 do Protocolo nº 1774189 não muda o fato de que, no presente caso, interessa como critério de indenização a análise dos investimentos não amortizados, e não de bens não depreciados, uma vez que, como explica a GO Associados em seu Parecer: “*A amortização do capital de uma concessão, por muitas vezes é confundida com a depreciação contábil dos ativos. No entanto, são absolutamente distintas. A diferença primordial é que a depreciação contábil ocorre independentemente do efetivo fluxo financeiro da concessão. Trata-se de uma taxa aplicada ano a ano ao valor original do ativo registrado no balanço patrimonial e que diminui o valor patrimonial registrado no balanço. Já a amortização de capital associada a uma concessão está intrinsecamente vinculada ao fluxo financeiro. Trata-se de devolver à Concessionária o capital financeiro que esta aplicou na concessão*” (p. 38, **Doc. A.7**).

das transações com Partes Relacionadas (subcláusula 14.1.5, itens i e ii, do Contrato de Concessão).

40. Nesse sentido, consta no Relatório Final que após “(...) a análise **das demonstrações contábeis anuais e trimestrais aprovadas e auditadas, em especial as Demonstrações Financeiras de encerramento do exercício social de 2015** (último balanço anual publicado), e **das peças financeiras do último trimestre publicado**, ou seja, de 30.09.2016, a equipe técnica da ANTT analisou os procedimentos adotados para o registro dos investimentos realizados em bens reversíveis ainda não amortizados/depreciados” (sem grifos no original).¹⁴ Com base nessa análise, a GEROR emitiu o Parecer Técnico nº 040/2016/GEROR/SUINF, com as seguintes conclusões:

“IV) Conclusão

159. Parece-nos seguro recomendarmos à Comissão Processante, À [sic] SUINF e à Diretoria que **[A] não houve investimentos em bens reversíveis não amortizados que possam compor a base para indenização. [B] Inúmeras são as inconveniências nos ativos estudados que suportam a presente recomendação para não reversibilidade.**

160. Sucintamente, **[C] temos elevados valores transferidos à empreiteira do Grupo, R\$ 104 milhões; [B] numerosos ativos alienados fiduciariamente que prejudicam severamente a operacionalização da reversão à União; medições não pagas, sem notas fiscais e recolhimentos das obrigações tributárias, sem o necessário recebimento das áreas competentes da empresa ou desta ANTT; serviços e bens incompletos, com contratos suspensos;** dentre tantos

¹⁴ Idem.

outros já relatados.

(...)

164. (...) bens dispensáveis devem sempre ser preferencialmente precificados no mercado, **[D] restringindo-se, em deferência a imposição contratual, a indenização somente aqueles investimentos que por sua natureza são necessários à continuidade do serviço.**

165. **[D] Não se encontrou dentro do todo o acervo de ativos da concessionária e de investimentos realizados ativos ou investimentos necessários à continuidade do serviço objeto da outorga, pois como amplamente relatado, nada foi posto em operação, portanto, inexistindo benefício real ao usuário em função destes ativos frutos das aquisições e dispêndios realizados.**

166. Assim, **[A] entendemos ser nulo o montante de indenização referente a investimentos realizados em Bens Reversíveis.**

(...)

169. Contribui para este entendimento os termos da Nota Técnica nº 266/2015/SUINF, onde é descrito que foram adquiridos diversos equipamentos e veículos, **[B e D] contudo, os mesmos não entraram em operação, ou foram ao menos recebidos pelas GEFOR e COINF-URMG,** assim como, do Memorando nº 258/2016/GEFOR/SUINF, no qual fica evidenciado que **[E] a Concessionária não cumpriu os parâmetros técnicos e de desempenho mínimos estabelecidos para a fazer [sic] de serviços iniciais,** (...).

170. Assim, **ao valer-se das peças contábeis, documentos internos de compliance da entidade regulada, contratos**

firmados, sistemas de gestão, notas fiscais, extratos, relatórios auxiliares, livros societários, registros financeiros, dentre outros itens ora avaliados, bem como das normas contábeis e regulatórias vigentes, dos Pareceres, Notas Técnicas e todo acervo probatória disponível a respeito da inexecução das obras e serviços previstos em contrato e no PER pela Concessionária, enfim, do arcabouço regulatório e documental que rege o tema para formar juízo do que, de fato, representam os ativos da Concessionária e **[B] se há algum ativo ou investimento que a luz do contrato de concessão seja merecedor de reversão e indenização.**

171. Nessa lida, firmamos entendimento que em face às dramáticas contingências de múltiplas naturezas e inconsistências insanáveis que circundam cada um dos ativos oriundos dos investimentos apresentados pela Concessionária, **[B] resta severamente desaconselhável à Administração Pública a reversibilidade e indenização destes bens**” (sem grifos no original).¹⁵

51

41. Considerando o que se expôs até aqui, resta claro que são muitos os equívocos que fundamentam as conclusões da GEROR no Parecer Técnico nº 040/2016/GEROR/SUINF, nas quais se baseou a Comissão Processante para a elaboração de seu Relatório Final. Tendo em vista que esses equívocos se repetem ao longo do trecho acima transcrito do Parecer Técnico, optou-se por classificá-los em cinco categorias, correspondentes às letras **A** a **E**, a fim de tornar mais didática a sua exposição. Tem-se, assim, que:

¹⁵ Idem.

- Os trechos marcados com a letra **A** indicam que, assim como, a própria Comissão Processante e a PF-ANTT, a GEROR se prende a analisar os investimentos realizados “em Bens Reversíveis”, quando, como já demonstrado anteriormente, a lei e o Contrato de Concessão definem que são indenizáveis os investimentos “vinculados a Bens Reversíveis”.

- Os trechos indicados pela letra **B** revelam que a GEROR estabelece relação – também não prevista em lei ou no Contrato de Concessão – entre o cálculo da indenização devida à Concessionária e a efetiva reversibilidade dos Bens da Concessão. Segundo tal posição, o dever de indenizar surgiria em função da transferência de bens da Concessionária ao Poder Concedente. Não é isso, todavia, que estabelecem a lei e o Contrato de Concessão. Na verdade, tanto da redação do art. 36, caput, da Lei nº 8.987/1995 quanto da redação da subcláusula 32.7.1 do Contrato de Concessão, resta claro que o dever de indenizar surge em razão da realização pela Concessionária de investimento vinculado a bens reversível que não seja amortizado, pouco importando, pois, para que reste configurado o dever de indenizar, se eventuais bens que resultem de investimentos realizados pela Concessionária foram ou não efetivamente revertidos ao Poder Concedente.

- O trecho indicado pela letra **C** revela mais uma premissa adotada pela GEROR em sua análise sem qualquer fundamento na lei ou no Contrato de Concessão: Assume-se que não são indenizáveis os gastos com a contratação de Partes Relacionadas. Ora, as

transações com Partes Relacionadas foram expressamente admitidas no Contrato de Concessão (item i da subcláusula 14.1.5), salvo as hipóteses expressamente tratadas na subcláusula 26.5, nas quais não se enquadram os contratos celebrados entre a Concessionária e a Galvão Engenharia S.A.

- Nos trechos precedidos pela letra **D**, percebe-se que a GEROR incorre no mesmo erro da PF-ANTT (ver a respeito parágrafos 33 a 35 acima) ao sobrepor à regra contratual sobre a definição dos bens indenizáveis (i.e., “investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados”) condição restritiva do direito da Concessionária à indenização (i.e., terem sido tais investimentos realizados “com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”) que não foi prevista no Contrato de Concessão.
- Por fim, no trecho indicado pela letra **E**, a GEROR comete o mesmo equívoco da Comissão Processante e entende que seriam indenizáveis somente os investimentos que tivessem gerado o cumprimento pela Concessionária dos parâmetros técnicos e de desempenho mínimos estabelecidos no PER para a frente de serviços iniciais – mesmo já tendo sido tal posição rechaçada pela análise jurídica da PF-ANTT.

53

42. Assim, considerando as manifestações da PF-ANTT e da GEROR, conclui a Comissão Processante que “*seja pelo entendimento desta Comissão ou pela análise contábil de todos os custos incorridos pela concessionária, denotada no Parecer Técnico nº 040/2016/GEROR/SUINF, que revelou diversas inconsistências na documentação da*

GALVÃO, entendemos não ser cabida indenização pelos investimentos realizados no Sistema Rodoviário concedido, que, além disso, foram feitos à revelia dos parâmetros técnicos, do escopo definido, dos parâmetros de desempenho e do nível de serviço exigidos por força contratual? (sem grifos no original).¹⁶

43. Por fim, à luz do disposto na subcláusula 32.7.2 do Contrato de Concessão, passa a Comissão Processante a analisar os possíveis descontos sobre o valor da indenização em razão da aplicação de multas administrativas pela Requerida 1 à Concessionária por supostos inadimplementos contratuais a ela imputados, do não pagamento pela Concessionária da verba de fiscalização e de prejuízos – supostamente – por ela causados ao Poder Concedente e à sociedade.

44. Da troca de correspondências entre as Requeridas narrada no Relatório Final da Comissão Processante, fica claro que elas não tinham clareza sobre quais seriam os prejuízos supostamente causados pela Concessionária ao Poder Concedente e à sociedade.¹⁷ Conclui a Comissão Processante quanto a esse ponto que não existe “*metodologia clara e instrutiva para sua definição*” e que caberia ao Poder Concedente estabelecer tal valor¹⁸ – o que jamais foi feito.¹⁹

45. Quanto à necessidade de desconto dos valores não pagos pela Concessionária à ANTT a título de Verba de Fiscalização (calculados pela Comissão Processante no montante de R\$ 12.036.008,84, a preços de setembro de 2016), a Requerente nada tem a opor. O tema é tratado no Parecer da GO Associados por ocasião do cálculo do valor devido à Concessionária.

¹⁶ Relatório Final, p. 99 (fl. 2.957 do Processo de Caducidade).

¹⁷ Relatório Final, pp. 100-102 (fls. 2.958-2.960 do Processo de Caducidade).

¹⁸ Idem.

¹⁹ A rigor, é ilegal a declaração da caducidade do Contrato de Concessão sem a definição “*no decurso do processo*” (art. 38, § 4º, da Lei nº 8.987/1995) do valor dos danos supostamente causados pela Concessionária e, consequentemente, do valor da indenização, o que não foi observado pelas Requeridas.

46. Contudo, opõe-se a Requerente aos descontos decorrentes da aplicação – indevida, conforme demonstrado adiante, na seção IV.2 – de multas administrativas relativas a supostos inadimplementos imputados pela Requerida 1 à Concessionária (cujo valor calculado pela Comissão Processante seria de R\$ 8.105.822,66, a preços de setembro de 2016). A inexecução do Contrato de Concessão foi causada pela ocorrência de eventos que materializam riscos alocados ao Poder Concedente e não imputáveis, portanto, à Concessionária. Por esta razão, não há que se descontar o valor das multas administrativas do cálculo da indenização, devendo este Tribunal Arbitral, na presente Arbitragem, reconhecer a inexigibilidade do pagamento de tais multas pela Concessionária.

55

47. Em resumo, portanto, da análise da posição da Comissão Processante em seu Relatório Final quanto à indenização à Concessionária, cabe destacar que:

- A Requerente está de acordo com os seguintes pontos assumidos pelas Requeridas em suas decisões, que devem ser reconhecidos como **pontos incontroversos nesta Arbitragem:**
 - a) A subcláusula 32.7 do Contrato de Concessão e os arts. 36, *caput*, e 38, § 5º, da Lei nº 8.987/1995 formam o conjunto normativo básico aplicável para a definição do direito da Concessionária à indenização.
 - b) Foram realizados investimentos pela Concessionária no Sistema Rodoviário.
 - c) A fonte das informações a serem utilizadas para o

levantamento dos investimentos indenizáveis são as demonstrações financeiras da Concessionária, “*devidamente auditadas por empresa de auditoria independente, de acordo com as normas de contabilidade brasileiras e/ou regulamentação da ANTT*” (subcláusula 14.1.5 do Contrato de Concessão).

- d) Não é possível promover o desconto de valores de multas decorrentes de infrações ainda em apuração ou ainda pendentes de análise de defesa ou recurso pela ANTT.
- e) Os valores não pagos pela Concessionária à ANTT a título de Verba de Fiscalização (calculados pela Comissão Processante no montante de R\$ 12.036.008,84, a preços de setembro de 2016) devem ser descontados do valor da indenização devida à Requerente.
- **Devem ser revistos os seguintes pontos da posição defendida pela Comissão Processante em seu Relatório Final e acolhidos pelas decisões das Requeridas**, por não possuírem qualquer respaldo na legislação aplicável e no Contrato de Concessão:
 - a) Embora a Lei nº 8.987/1995 e o Contrato de Concessão estabeleçam que devem ser indenizados à Concessionária os investimentos “**vinculados a** Bens Reversíveis” e não amortizados, a Comissão Processante, a PF-ANTT e a GEROR, sem maiores explicações, assumem que somente são indenizáveis os investimentos “**em** Bens Reversíveis” ou “**nos**

Bens Reversíveis”. Ocorre que o conjunto dos investimentos “**em** Bens Reversíveis” ou “**nos** Bens Reversíveis” é, por óbvio, menor do que o conjunto dos investimentos “**vinculados a** Bens Reversíveis”. A adoção de tal interpretação implica, portando, restrição indevida do direito da Concessionária à indenização.

- b) A Comissão Processante e a GEROR, contrariando orientação expressa da PF-ANTT, assumem que um investimento realizado pela Concessionária somente seria indenizável se fosse realizado “*segundo as prescrições contratuais de **escopo e parâmetros técnicos e desempenho** exigidos por esta Agência*”. Não considerar os valores investidos pela Concessionária para efeito de indenização por sua insuficiência para atingir os parâmetros exigidos pela ANTT claramente resulta em enriquecimento sem causa do Poder Concedente em face da Concessionária, que efetivamente, despendeu os recursos para a prestação do serviço no Sistema Rodoviário.
- c) A PF-ANTT e a GEROR sobrepuseram à regra contratual sobre o direito de indenização da Concessionária no caso de caducidade uma condição limitadora prevista no art. 36, *caput*, da Lei nº 8.987/1995, que não foi prevista na subcláusula 37.2.1 do Contrato de Concessão – i.e., que o investimento tenha se prestado à continuidade e atualidade do serviço objeto da concessão. A Lei nº 8.987/1995 estabelece os requisitos mínimos para a garantia do direito das concessionárias à indenização, podendo os contratos de concessão disciplinar e ampliar esse direito, mas jamais restringi-lo. No presente caso, o

Contrato de Concessão não reproduziu a referida condição legal. Razão pela qual, não cabe invocar o texto legal para restringir o direito à indenização contratualmente conferido de forma ampliativa à Concessionária.

d) A GEROR estabelece relação entre o cálculo da indenização devida à Concessionária e a efetiva reversibilidade dos Bens da Concessão. Segundo tal posição, o dever de indenizar surgiria em função da transferência de bens da Concessionária ao Poder Concedente. Não é isso, todavia, que estabelecem a lei e o Contrato de Concessão. Na verdade, dos dispositivos normativos aplicáveis **resta claro que o dever de indenizar surge em razão da realização pela Concessionária de investimento vinculado a bens reversível que não seja amortizado**, pouco importando, pois, para que reste configurado o dever de indenizar, se eventuais bens que resultem de investimentos realizados pela Concessionária foram ou não efetivamente revertidos ao Poder Concedente.

e) A GEROR assume que não são indenizáveis os gastos com a contratação de Partes Relacionadas. Ora, **as transações com Partes Relacionadas foram expressamente admitidas no Contrato de Concessão** (item i da subcláusula 14.1.5), salvo as hipóteses expressamente tratadas na subcláusula 26.5, nas quais não se enquadram os contratos celebrados entre a Concessionária e a Galvão Engenharia S.A. Razão pela qual é inteiramente descabida a tentativa de excluir os gastos com

Partes Relacionadas do cálculo da indenização devida à Concessionária.

48. Diante de todo o exposto, resta claro que a posição da Comissão Processante em seu Relatório Final, no sentido de “(...) **não ser cabida indenização pelos investimentos realizados no Sistema Rodoviário concedido** (...)”²⁰ não possui amparo na lei ou no Contrato de Concessão. De fato, ainda que se admitisse tratar-se no caso de extinção do Contrato de Concessão por caducidade, por força de inadimplementos contratuais imputáveis à Concessionária, a regra contratual a ser seguida para o cálculo da indenização da Concessionária nessa hipótese estabelece apenas que “[a] indenização devida à Concessionária em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos **investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados**” (sem grifos no original), não havendo lugar para as condições e restrições impostas pela Comissão Processante em sua análise.

59

49. Entretanto, conforme demonstrado na Seção V.2, a Comissão Processante errou ao imputar à Requerente descumprimentos contratuais causados por eventos caracterizados juridicamente como riscos do Poder Concedente, o que resultou na recomendação de aplicação da pena de Caducidade do Contrato de Concessão. Trata-se no presente caso, portanto, de hipótese *sui generis* de extinção do Contrato de Concessão, em que se aplicou à Requerente a pena de Caducidade sem que tenham ocorrido descumprimentos contratuais a ela imputáveis suficientes para tanto. Daí por que a regra prevista no Contrato de Concessão e na legislação aplicável para o cálculo da indenização devida à Requerente no caso de Caducidade há de ser complementada quanto à sua abrangência e quanto ao tratamento no tempo dos valores devidos, por analogia às hipóteses de extinção contratual causadas pelo Poder Concedente (encampação ou rescisão).

²⁰ Cf. fl. 2.957 do Processo de Caducidade.

50. Assim é que se passa a expor a correta metodologia de cálculo do valor da indenização devida à Requerente na seção IV.1.3 a seguir.

IV.1.3. A correta metodologia de cálculo do valor da indenização devida à Requerente

51. Viu-se que a regra contratual para a indenização no caso de caducidade determina que:

“32.7.1 A indenização devida à Concessionária em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos **investimentos vinculados a Bens Reversíveis** ainda **não amortizados**” (sem grifos no original).

60

52. O esclarecimento do significado em uma concessão de serviços públicos dos conceitos de “investimentos vinculados a Bens Reversíveis” e “amortização”, utilizados pelo Contrato de Concessão e pela Lei nº 8.987/1995, é fundamental para o entendimento da regra de indenização aplicável ao presente caso.

53. Em uma concessão de serviços públicos tem-se que as receitas da prestação dos serviços devem ser suficientes para (i) cobrir as despesas de exploração (custo de pessoal, energia elétrica, impostos, obras entre outros) e (ii) amortizar o capital aplicado com sua devida taxa de remuneração. Nas concessões rodoviárias, especificamente, as concessionárias assumem o risco de, mediante a cobrança de pedágio dos usuários, cobrir as despesas necessárias à execução do objeto contratual (prestação do serviço concedido) e amortizar o capital aplicado na Concessão.

54. No presente caso, se estabeleceu como premissa da modelagem econômico-financeira (seguindo o que é usualmente adotado na modelagem de concessões e PPPs) que todo o capital aplicado na Concessão fosse amortizado dentro do prazo contratual.²¹ De maneira que, expirado o prazo do Contrato de Concessão, não haveria capital aplicado pela Concessionária a amortizar – i.e., não existiria um saldo residual devido pelo Poder Concedente à Concessionária.

55. Decorrencia lógica de tal regra é que extinto o Contrato de Concessão antes do término de seu prazo de vigência, não terá sido amortizado todo o capital aplicado pela Concessionária na Concessão. É justamente por isso que a lei e o Contrato de Concessão estabelecem o direito da Concessionária à indenização nos casos de extinção antecipada da relação contratual causados tanto pelo Poder Concedente (encampação e rescisão) quanto pela Concessionária (caducidade).

61

56. No presente caso, tem-se situação em que, inequivocamente:

- A Concessionária aplicou capital na Concessão (a própria Comissão Processante reconhece em seu Relatório Final que a Concessionária realizou investimentos no Sistema Rodoviário que lhe foi confiado);²² e
- Não houve a amortização do capital aplicado pela Concessionária, tendo em vista que sequer teve início a cobrança de pedágio dos usuários.

²¹ Conforme previsto na subcláusula 4.3.3 do Contrato de Concessão: “4.3.3 Todos os Bens da Concessão ou investimentos neles realizados deverão ser integralmente depreciados e amortizados pela Concessionária no Prazo da Concessão de acordo com os termos da legislação vigente, não cabendo qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no advento do termo contratual”.

²² Relatório Final, pp. 89-91 (fls. 2.947 a 2.949 do Processo de Caducidade).

57. Na verdade, o ponto de controvérsia entre Requerente e Requeridas (tendo em vista que as Requeridas se apoiam nas conclusões do Relatório Final da Comissão Processante) reside única e precisamente na caracterização do capital aplicado pela Concessionária na Concessão como um “investimento indenizável”, segundo a regra de indenização contratualmente prevista.

58. Viu-se na seção IV.1.2 que a posição defendida pela Comissão Processante e acolhida pelas Requeridas não possui qualquer respaldo na regra contratual sobre a indenização devida no caso de caducidade. Cabe agora demonstrar por que, à luz da regra contratual acima transcrita, o capital aplicado pela Concessionária e não amortizado em função de não se ter iniciado a cobrança de pedágio dos usuários se caracteriza juridicamente como “**investimento vinculado a Bens Reversíveis**” e deve ser, portanto, indenizado à Concessionária.

62

59. Sabe-se que os Bens Reversíveis são os bens que, administrados pela Concessionária, se afiguram essenciais à continuidade e atualidade do serviço público. O próprio Contrato de Concessão os conceitua, na Subcláusula 1.1.1 item (vi), como “bens da Concessão necessários a continuidade dos serviços relacionados a Concessão (...)”. Já por “Bens da Concessão”, entende o Contrato de Concessão, em sua Subcláusula 4.1.1

“4.1.1. Integram a Concessão os Bens da Concessão a seguir indicados, cuja posse, guarda, manutenção e vigilância são de responsabilidade da Concessionária:

- (i) o Sistema Rodoviário, conforme alterado durante o Prazo da Concessão, de acordo com os termos do Contrato;
- (ii) todos os bens vinculados a operação e manutenção do Sistema Rodoviário, transferidos a Concessionária, conforme listados no Termo de Arrolamento e transferência de bens; e
- (iii) os bens adquiridos, arrendados ou locados pela

Concessionária, ao longo do Prazo da Concessão, que sejam utilizados na operação e manutenção do Sistema Rodoviário.”

60. Em todo caso, não exigem a lei ou o Contrato de Concessão que os investimentos indenizáveis sejam diretamente **em Bens Reversíveis**. Apenas exigem que os investimentos indenizáveis sejam **vinculados a esses bens**. Isso significa, por exemplo, que, para fins de indenização, não se considera apenas os valores gastos por uma concessionária com verbas expropriatórias para aquisição de bens imóveis nos quais uma rodovia será implantada, mas todo o conjunto de custos associados aos processos de desapropriação e mobilização da concessionária para o local.

61. Nem poderia ser diferente já que, sendo a Concessionária uma sociedade de propósito específico, que tem por objeto único a execução do Contrato de Concessão, **todo o capital que aplica na Concessão tem por objetivo realizar esse objeto**. No presente caso, pois, os gastos pré-operacionais que a Concessionária realizou com o objetivo de executar a frente dos Trabalhos Iniciais do PER no intuito de viabilizar o início da cobrança de pedágio certamente se enquadram no conceito de “investimento vinculado a Bens Reversíveis”. Todos os recursos por ela empregados para a execução do Programa de Exploração da Rodovia - PER estão abarcados no conceito exposto, mas não só. Também o capital aplicado no âmbito do Plano de Segurança Rodoviária (“PSR”) levado a cabo pela Concessionária se inclui na análise aqui efetuada, pois o PSR representa o esforço da Concessionária em garantir a continuidade dos serviços em níveis essenciais durante o período no qual se aguardava a solução (até hoje não construída pelas Requeridas para as demais concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE) para os problemas financeiros que afetaram o Contrato de Concessão devido a eventos cujo risco é do Poder Concedente. Ou seja, todo o capital aplicado pela Concessionária para arcar com gastos vinculados aos Bens Reversíveis, incluindo até mesmo custos operacionais para

63

a manutenção da estrutura necessária para a prestação do serviço (despesas administrativas), estão abrangidos pela regra contratual de indenização.

62. Conforme demonstrado na seção IV.2, a Concessionária foi atingida pelos efeitos de evento que materializou riscos alocados ao Poder Concedente e que inviabilizou a execução do Contrato de Concessão. De fato, sem os financiamentos prometidos pelo Poder Concedente nas condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos divulgada à época da licitação, tornou-se inviável a Concessão e foi necessário interromper a execução dos investimentos planejados, de modo que os Trabalhos Iniciais não chegaram a ser concluídos e por consequência a tarifa jamais foi cobrada dos usuários.

63. Mas, independentemente da discussão sobre o responsável pela inexecução do Contrato de Concessão e por sua extinção antecipada, fato é que qualquer interpretação que negue à Concessionária ser indenizada pelos investimentos vinculados a Bens Reversíveis que realizou implica verdadeiro enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública. Se não houve a cobrança de tarifa dos usuários, também não houve amortização alguma do capital aplicado pela Concessionária.

64. Ademais, entende a jurisprudência²³ que é devido o pagamento pela Administração da remuneração pelo serviço prestado para que se evite o

²³ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça diversas vezes, como evidenciado, por exemplo, nos casos a seguir: i) “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONSTATADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. Segundo jurisprudência pacífica desta Corte, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade. (...)” (grifos nossos) (STJ, AgRg no Ag 1056922 /RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/02/2009);

enriquecimento sem justa causa por parte do Poder Público mesmo nos casos em que o contrato administrativo é considerado nulo ou anulável. Ora, com muito mais razão deve-se levar essa proibição em conta quando tratar-se de um contrato plenamente válido e que exige, como visto, a indenização pelos investimentos realizados.

65. Assim, não tendo sequer se iniciado a cobrança de pedágio no presente caso, todo o capital aplicado pela Concessionária se caracteriza como investimento vinculado a Bens Reversíveis não amortizado e deve ser a ela indenizado. Como explicado no Parecer da GO Associados, devem ser considerados no cálculo da indenização devida à Requerente:

- Os aportes diretos de capital da Concessionária;
- Os aportes de capital por meio de conta corrente compartilhada entre a Concessionária e os seus acionistas controladores;
- Custos e despesas vinculados a bens reversíveis, estimados por

65

ii) “ADMINISTRATIVO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO EM EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇÃO AO LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. SÚMULA 83/STJ. 1. A Corte a quo decidiu de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que eventual irregularidade contratual não isenta o beneficiário do serviço da obrigação de indenizar o contratado por serviços efetivamente prestados, sob pena de significar confisco ou locupletamento ilícito (...)” (STJ, AgRg no REsp 1295483 /MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 19/03/2012);

iii) “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO NULO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAÇÃO. 1. O ordenamento jurídico pátrio veda o enriquecimento sem causa em face de contrato administrativo declarado nulo porque inconcebível que a Administração incorpore ao seu patrimônio prestação recebida do particular sem observar a contrapartida, qual seja, o pagamento correspondente ao benefício. Precedente: AgRg no REsp 332956/SP DJ 16.12.2002. (...)” (STJ, REsp 753039 /PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 21/06/2007).

No mesmo sentido, Cf. também os REsp 1306350 / SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04/10/2013; REsp 928315/MA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29 de junho de 2007; e REsp 545471/PR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 19 de setembro de 2005.

meio dos passivos(dívidas) da Concessão na data base de cálculo; e

- Os descontos referentes aos valores não pagos pela Concessionária de Verba de Fiscalização à ANTT e aos valores disponíveis no caixa da Concessionária quando do cálculo de sua indenização.

66. Considerando, no entanto, que, conforme demonstrado na seção IV.2, ocorreu no presente caso a extinção antecipada da Concessão por meio da aplicação da pena de caducidade sem que houvesse inadimplementos contratuais imputáveis à Concessionária, a regra contratual para o cálculo da indenização devida à Requerente no caso de Caducidade há de ser complementada quanto à sua abrangência e quanto ao tratamento no tempo dos valores devidos, por analogia às hipóteses de extinção contratual causadas pelo Poder Concedente (encampação ou rescisão).

66

67. Quanto à abrangência da indenização, observa-se da análise dos casos de extinção do Contrato de Concessão causada pelo Poder Concedente – a saber, as hipóteses de encampação e de rescisão – que, adicionalmente à indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, cabe à Concessionária ser indenizada, também, por outros prejuízos que teve com a extinção do Contrato de Concessão, por exemplo, decorrentes do rompimento de relações com terceiros, incluindo honorários advocatícios:

“31 Encampação

(...)

31.2 Indenização

A indenização devida à Concessionária em caso de encampação cobrirá:

(...)

31.2.3 **todos os encargos e ônus decorrentes de multas,**

rescisões e indenizações que se fizerem devidas a fornecedores, contratados e terceiros em geral, inclusive honorários advocatícios, em decorrência do conseqüente rompimento dos respectivos vínculos contratuais celebrados em função deste Contrato” (sem grifos no original).

(...)

33 Rescisão

(...)

33.3 Indenização

33.3.1 A indenização devida à Concessionária no caso de rescisão será calculada de acordo com a subcláusula 31.2 acima” (sem grifos no original).

67

68. É certo que não se trata, no presente caso, de hipótese de encampação (que demanda lei autorizativa e indenização prévias) e nem de rescisão (que se opera sempre pela via judicial), mas de uma hipótese *sui generis* de extinção antecipada do Contrato de Concessão por caducidade, na qual o Poder Concedente – e não a Concessionária – causou o término da relação contratual. De todo modo, por analogia à regra de indenização prevista para os casos em que o Poder Concedente dá causa à extinção da Concessão, é preciso reconhecer o direito da Requerente de ser indenizada também pelos demais prejuízos que lhe foram gerados pela extinção antecipada do Contrato de Concessão causada pelo Poder Concedente.

69. Ainda quanto à questão da necessidade de complementação da abrangência da regra contratual sobre indenização no caso de caducidade, é importante observar que, conforme explicado no Parecer da GO Associados, restando reconhecida a ausência de responsabilidade da Concessionária pela inexecução contratual, mesmo as despesas administrativas da Concessionária

posteriores à data contratualmente prevista para a conclusão dos Trabalhos Iniciais do PER e das demais condições (subcláusula 18.1.1 do Contrato de Concessão) para o início da cobrança de pedágio também seriam consideradas “gastos pré-operacionais”, enquadráveis, portanto, como investimentos não amortizados vinculados a Bens Reversíveis. Essa observação é importante na medida em que, caso tivesse sido a Concessionária a responsável pela caducidade, as despesas administrativas posteriores a abril de 2016 deveriam ser excluídas do cálculo da indenização – já que, após tal data essas despesas deveriam ser remuneradas com as receitas da própria Concessão, que, nesse cenário, só não teriam sido auferidas pela Concessionária em razão do inadimplemento de suas obrigações contratuais.

70. No que diz respeito ao tratamento no tempo do valor da indenização devida à Concessionária, tem-se que, considerando que o capital por ela aplicado corresponde ao capital aportado por seu acionista, o reconhecimento da ausência de responsabilidade da Concessionária pela inexecução contratual também exige que se utilize como taxa para correção do valor da indenização o custo de capital do acionista (TIR do acionista), conforme justificado no Parecer da GO Associados. Caso a Concessionária tivesse dado causa à extinção contratual, a taxa a ser utilizada para correção dos valores devidos a título de indenização seria a TIR de projeto.

71. Por fim, inexistindo os inadimplementos contratuais que foram imputados pela Requerida 1 à Concessionária, não há que se falar em desconto do valor das multas administrativas aplicadas indevidamente com fundamento nesses supostos inadimplementos do valor da indenização devido à Concessionária. Isso porque, sendo indevida a aplicação de tais multas, resta inexigível o seu pagamento pela Concessionária.

IV.1.4. Conclusão: O valor da indenização devida à Requerente

72. Diante de todo o exposto e conforme detalhado no Parecer da GO Associados, o **valor líquido** da indenização devida à Requerente, considerando o reconhecimento por este Tribunal Arbitral da ausência de responsabilidade da Concessionária para a inexecução e consequente extinção antecipada do Contrato de Concessão, e descontado o valor não pago pela Concessionária à Requerida 1 referente à Verba de Fiscalização, é de R\$ 430.430.031,48. Considerando a incidência de tributos (PIS, COFINS, IR e CSLL), a indenização bruta a ser recebida pela Requerente deve ser de R\$ 676.872.562,90.

73. Ainda que este Tribunal Arbitral entendesse que a extinção antecipada do Contrato de Concessão foi causada por inadimplemento da Concessionária de suas obrigações contratuais, há de se rever, como demonstrado, a posição equivocada da Comissão Processante em seu Relatório Final e as consequentes decisões das Requeridas de negar à Requerente o pagamento de quaisquer valores a título de indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis que realizou. De maneira que, no cenário de se considerar que foi devida a aplicação da pena de caducidade à Concessionária, o valor líquido que deve ser indenizado à Requerente é de R\$ 292.416.159,12. Considerando a incidência de tributos, o valor bruto da indenização a ser paga à Requerente deve ser de R\$ 459.838.906,64.

69

IV.2. A ausência de descumprimento contratual imputável à Requerente

74. Nesta seção demonstra-se que os supostos descumprimentos que foram imputados pela Comissão Processante e pelas Requeridas à Requerente decorrem, na verdade, de Evento de Desequilíbrio; ou seja, são consequências da materialização de risco alocado contratualmente e/ou por lei ao Poder Concedente,

mas cujos efeitos atingem a Concessionária, violando as condições do Contrato de Concessão e, conseqüentemente, desequilibrando a equação econômico-financeira contratual.

75. Inicia-se retomando brevemente, na seção IV.2.1, a narrativa do histórico da Concessão para demonstrar como se materializou o Evento de Desequilíbrio em questão – i.e., a não disponibilização à Requerente dos financiamentos prometidos pela Requerida 2 à época da licitação através da divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos (Doc. A.6). Destacam-se nesta narrativa (i) o cenário inicial em que se realizou a modelagem do Edital e a licitação, (ii) a eclosão da pior crise econômica da história do Brasil e seus impactos sobre a Concessão e (iii) como as Requeridas lidaram com tais impactos. Em seguida, demonstra-se, na seção IV.2.2, como os financiamentos nos termos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos constituem condições essenciais do Contrato de Concessão (para os fins do artigo 10 da Lei 8.987/1995), sem as quais a Concessão resta inviabilizada – como, de fato, ocorreu. Ressalta-se, ainda, a necessidade de proteção das condições do Contrato de Concessão contra os efeitos de Eventos de Desequilíbrio, de modo a preservar-se o equilíbrio da equação econômico-financeira contratual. Por fim, na seção IV.2.3, caracteriza-se juridicamente a não disponibilização à Requerente dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente como Evento de Desequilíbrio, por configurar caso fortuito e/ou força maior ou, subsidiariamente, por se tratar de fato da Administração.

70

IV.2.1. Síntese dos fatos: A não obtenção dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente inviabilizou a execução do Contrato de Concessão

76. A Concessionária sagrou-se vencedora em 23/05/2014 do leilão relativo à licitação do Edital (Doc. A.2) para delegação da exploração, por 30 anos,

do Sistema Rodoviário, tendo o respectivo resultado sido homologado em 02/07/2014. O Edital integrou a 3ª Etapa do programa de Concessões Rodoviárias Federais – PROCROFE (“PROCROFE”), um conjunto de contratos de concessão com editais publicados em 2013, cujos EVTEs foram realizados em 2012 e 2013.

77. Os sete lotes de concessões rodoviárias contemplados na 3ª Etapa PROCROFE, integrantes das ações de investimento em infraestrutura previstas pelo Governo Dilma no âmbito do Programa de Investimento em Logística - PIL (“PIL”), foram modelados com uma clara diretriz de política pública: priorizar a expansão da malha rodoviária de forma a deixar um legado de infraestrutura, com a garantia de uma tarifa módica a ser cobrada dos usuários. Para cumprir esta **ambiciosa meta de duplicação integral das rodovias**, seria necessário arcar com um volume elevado de investimentos logo nos primeiros 5 dos 30 anos da Concessão, ainda que **de forma desvinculada à demanda rodoviária**.

78. Considerando apenas esses fatores (duplicações integrais concentradas nos anos iniciais da Concessão, desvinculadas de demanda que justificasse tais investimentos, e fixação de tarifas em patamares historicamente baixos), **os projetos da 3ª Etapa PROCROFE não se mostrariam inicialmente viáveis** – o que muito possivelmente **levaria a licitações desertas**. A estratégia então adotada pela Requerida 2 para viabilizar essas concessões foi **oferecer condições de financiamento extremamente subsidiadas por meio dos Bancos Públicos**. Foi assim que, juntamente com o lançamento dos editais da 3ª Etapa PROCROFE, foi ativamente divulgada pelas Requeridas a Carta de Apoio dos Bancos Públicos (Doc. A.6), que continha **compromisso de financiamento de longo prazo em termos**

extremamente subsidiados e sem paralelo no mercado, ou mesmo considerando as condições anteriormente ofertadas pelo próprio BNDES ao setor rodoviário.²⁴

Comparação das condições de financiamento FINEM²⁵ com Carta de Apoio dos Bancos Públicos²⁶

	FINEM	Carta de Apoio dos Bancos Públicos	O que é mais vantajoso?
CUSTO FINANCEIRO	70% TJLP e 30% TJ-462 (que é igual a TJLP + 1,0% a.a.)	100% TJLP	Carta de Apoio dos Bancos Públicos
REMUNERAÇÃO BÁSICA DO BANCO PÚBLICO	1,3% a.a.	2% a.a.. Em tese, estaria contido nesse valor a remuneração básica do Banco Público, a taxa de risco de crédito, a taxa de intermediação financeira e a remuneração da instituição financeira credenciada.	Carta de Apoio dos Bancos Públicos
TAXA DE RISCO DE CRÉDITO	4,18% a.a., conforme o risco de crédito do cliente.	básica do Banco Público, a taxa de risco de crédito, a taxa de intermediação financeira e a remuneração da instituição financeira credenciada.	
TAXA DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA	0,1% a.a. para micro, pequenas e médias empresas e 0,5% a.a. para as média-grandes e grandes empresas.		
REMUNERAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDENCIADA	Estipulada entre a instituição financeira credenciada e o cliente.		

72

²⁴ Como consta de sua própria página na internet até hoje, “O BNDES foi o principal agente financiador do Programa de Investimento em Logística (PIL), do Governo Federal. O programa previa investimentos em ferrovias, rodovias, portos e aeroportos. No âmbito do PIL, o apoio financeiro do BNDES oferecia a possibilidade de aumento da parcela financiada com custo em TJLP, mais barato, se houver a emissão de um percentual mínimo de debêntures de infraestrutura por parte da empresa.” (disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/onde-atuamos/infraestrutura/programa-investimentos-logistica/pil%20programa%20investimentos%20logistica>).

²⁵ O FINEM (Financiamento a Empreendimentos) é uma linha de crédito financiamento de longo prazo acima de R\$ 10 milhões oferecida pelo BNDES para projetos de investimento.

²⁶ RIBEIRO, Mauricio Portugal. 10 Anos da Lei de PPP e 20 Anos da Lei de Concessões. pp. 150-151. Disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-de-concessoes>. Acesso em 22 de outubro de 2018.

ALAVANCAGEM	Por regra 60% dos itens financiáveis. Pode ser estendida até 90% dos itens financiáveis. Em rodovias, o normal é 70%. Apesar de isso não estar expresso nas condições públicas, o ICSD igual ou maior que 1,2 ou 1,3 a depender do projeto.	Até 70% dos itens ordinariamente financiáveis pelo BNDES, Caixa e Banco do Brasil, observado o ICSD maior ou igual a 1,2.	Condições Semelhantes
Prazo	Para rodovias, normalmente, 20 anos, com 5 anos de carência e 15 de amortização.	25 anos, com 5 anos de carência e 20 anos de amortização.	<i>Carta de Apoio dos Bancos Públicos</i>

79. Publicada em 04/09/2013 especificamente para tornar as concessões da 3ª Etapa PROCROFE viáveis,²⁷ as condições contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos correspondem à premissa essencial da modelagem econômico-financeira de tais concessões, sendo as únicas condições capazes de viabilizar o modelo de contrato almejado pelas Requeridas. E nem poderia ter sido diferente: elas foram diretamente consideradas no EVTE que, por sua vez, fundamentou o Edital. Assim, o valor máximo de Tarifa Pedágio previsto no Edital foi obtido por meio de modelo econômico-financeiro constante do EVTE, que considerou, por sua vez, as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

80. Concomitantemente, o Poder Concedente assegurava às proponentes e à sociedade como um todo que seriam cumpridas as condições de financiamento oferecidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Diversas autoridades se manifestaram publicamente garantindo que o modelo de concessão estruturado para

²⁷ A finalidade de atrair interessados às concessões fica bem clara pela leitura da própria Carta de Apoio dos Bancos Públicos, que dispõe expressamente: “Tendo em vista as licitações anunciadas para a concessão de rodovias federais integrantes do Programa de Investimentos em Logísticas (PIL), o BNDES, a Caixa e o Banco do Brasil vêm a público informar as condições de apoio aos investimentos relacionados aos projetos dos futuros concessionários”.

a 3ª Etapa PROCROFE seria integralmente respeitado, com observância da oferta de tarifas módicas aos usuários.

81. Por exemplo, em matéria veiculada no jornal Valor Econômico, de 10 de junho de 2014, o então Ministro César Borges se empenhou em enviar uma mensagem de tranquilidade aos vencedores das licitações integrantes da 3ª Etapa PROCROFE, assegurando que, caso as instituições privadas se recusassem a fazer o repasse de recursos dos Bancos Públicos com as taxas prometidas, os bancos estatais tratariam de cumprir esse papel. Conforme descrito na matéria:

“Os compromissos de financiamento serão mantidos integralmente (...). **Quero dar uma garantia de que vamos cumprir exatamente o prometido. Se o [banco] privado achar que é desinteressante, a operação será feita pelos bancos públicos**”.²⁸

74

82. Em outros termos, **os licitantes confiaram de boa-fé que o conjunto de condições de financiamento ali apresentados em referência indissociável aos projetos da 3ª Etapa PROCROFE seriam honrados.**

²⁸ Também caminhou neste sentido a declaração do então Secretário Executivo do Ministério da Fazenda, Paulo Caffarelli, oferecida em 10 de junho de 2014: “*Criamos um modelo de financiamento e operação que atende a expectativa dos bancos e das empresas que vão operar*”. Além disso, nesta mesma reportagem, Caffarelli afirma que a divulgação da Carta de Apoio aos Bancos Públicos “*garante que as regras não vão mudar*”. <https://exame.abril.com.br/economia/liberadas-cartas-de-intencao-para-operacao-de-credito/>.

A então Presidente da República, Dilma Rousseff, em entrevista divulgada nos jornais do Estado de São Paulo e O Globo, logo após o resultado da licitação em que a Concessionária se sagrou vencedora, declarou, ao ser indagada se estaria seguindo o modelo de Concessões de rodovias do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB: “*O modelo, meu querido, é meu. Eu não tenho nenhum conhecimento de nenhum investimento dessa envergadura feito antes do 2003, não tenho nenhum conhecimento disso. Você me mostra onde*” e completou ao afirmar que “*foi muito importante o tamanho do deságio e também isso produziu uma tarifa de pedágio muito competitiva. É competitiva, vai possibilitar que você faça esse escoamento com um custo menor, o que vai ser uma garantia para todo mundo*”. (<https://oglobo.globo.com/economia/o-modelo-meu-diz-dilma-sobre-plano-de-investimentos-no-pais-10898062>).

83. Outro fator importante da modelagem foi o período de crescimento estável vivenciado pelo Brasil em 2013: à época, havia grande otimismo em relação à economia brasileira. O PIB crescia de forma constante desde o ano 2000, e mesmo a crise econômica global de 2008 não impactou fortemente o Brasil: após uma pequena estagnação de - 0,2% do PIB em 2009, no ano seguinte houve elevação deste indicador, revelando um crescimento nacional no patamar de 7,6%. Seguiram-se a este, aumentos sucessivos de 3,9% em 2011, 1,8% em 2012 e 2,7% em 2013, quando o restante do mundo ainda buscava se recuperar da recessão internacional, resultando em verdadeira euforia. Isso implicou a adoção no EVTE de projeções otimistas do tráfego e, conseqüentemente, da arrecadação tarifária, dada a correlação direta entre atividade econômica e o transporte rodoviário, como explicado em maiores detalhes no Parecer da GO Associados (Doc. A.7) que acompanha estas Alegações Iniciais.

75

84. O resultado da licitação foi homologado em 02/07/2014, e logo após, em 14/08/2014, a Concessionária entregou a carta consulta ao BNDES (Doc. A.8) para enquadramento do projeto. Após a formulação e entrega desta Carta Consulta ao BNDES, comprovou-se a constituição da sociedade de propósito específico - SPE ("SPE"), a subscrição integral do capital social da SPE no valor de R\$ 221.000.000,00 (duzentos e vinte e um milhões de reais) e a integralização de R\$ 155.000.000,00 (cento e cinquenta e cinco milhões de reais) deste capital social, em 05/09/2014. A partir deste momento estavam completos os requisitos presentes no item 15.3 do Edital para a assinatura do Contrato de Concessão, o que ocorreu em 12/09/2014.

85. Assim é que, no dia 23/09/2014, o BNDES informou por meio da Carta 730/2014 à Concessionária que o Comitê de Enquadramento, Crédito e Mercado de Capitais havia enquadrado o projeto de Concessão para análise de viabilidade de apoio financeiro do BNDES, na modalidade *Project Finance Direto*, no valor de R\$ 2.663.183,00 (dois bilhões, seiscentos e sessenta e três milhões, cento e oitenta e três mil reais) (Doc. A.9).

86. As condições de financiamento anunciadas aos licitantes pelo Governo Federal previam a disponibilização do empréstimo-ponte em até 90 (noventa) dias contados da assinatura do Contrato de Concessão. **Todas as formalidades para a concessão do empréstimo foram cumpridas pela Concessionária em 01/12/2014**, conforme demonstra a correspondência da Rio Bravo Advisory, anexa ao Ofício nº PTC 004/2015, e as garantias mencionadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos para a contratação do empréstimo-ponte na fase pré-operacional estavam disponíveis à Concessionária naquele momento (destaca-se a este respeito, em especial, a carta do Banco Santander Brasil S.A., confirmando sua disposição para emitir carta de fiança – i.e., fiança bancária – a ser outorgada em garantia do empréstimo-ponte pleiteado pela Concessionária junto ao BNDES) (**Doc. A.10**). Ou seja, não havia qualquer razão para a não contratação do empréstimo-ponte, pois, ainda que a Concessionária e/ou seus acionistas inadimplissem suas obrigações referentes a este financiamento, a execução da fiança bancária restituiria o valor financiado pelo BNDES até o limite de R\$ 500 milhões estipulado (vale notar que a liberação dos recursos do empréstimo-ponte pelo BNDES seria progressiva, *pari passu* à realização dos investimentos pela Concessionária, de modo que o banco jamais ficaria exposto em valor superior ao limite de R\$ 500 milhões da fiança bancária).

76

87. **A despeito do cumprimento de todas as formalidades para a concessão do empréstimo em 01/12/2014 (Doc. A.10)**, o prazo previsto para a concessão do empréstimo-ponte se encerrou em 11/12/2014 sem qualquer manifestação do BNDES. Ressalte-se que ainda em dezembro de 2014 foi encaminhado ao BNDES o Parecer da Advocacia-Geral da União nº 02/AADMA/CGU/AGU/2014 (**Doc. A.11**), no qual a AGU informava que **não havia qualquer impedimento para a realização de operações financeiras com empresas do Grupo Galvão**.

88. O que, de fato, ocorreu foi que, **após a licitação, iniciou-se progressivamente a mais profunda crise econômica da história republicana do Brasil**. Destaca-se o rebaixamento nacional da nota da dívida de longo prazo em moeda estrangeira pelas agências internacionais de classificação de risco Standard & Poors²⁹ e Fitch,³⁰ que também repercutiu na nota atribuída por essas mesmas agências às empresas brasileiras que atuam no setor de infraestrutura rodoviária.³¹

89. Além do rebaixamento, diversos outros eventos também evidenciam esta deterioração acelerada, entre os quais a queda de 3,55% do PIB do Brasil em 2015 e de 3,31% em 2016, acumulando queda aproximada de 7% no biênio – o pior resultado da economia do país nos últimos 25 anos.³² Na comparação realizada pela Austin Rating do desempenho das 35 principais economias do mundo, os resultados econômicos do Brasil nos dois primeiros trimestres de 2015 o colocavam apenas à frente da Rússia e da Ucrânia, sendo que a primeira vinha sofrendo com um forte embargo econômico em razão da anexação da região da Criméia a seu território e a segunda passava por uma grave guerra civil³³ – eventos tipicamente caracterizados como caso fortuito ou força maior pela doutrina jurídica. No primeiro trimestre de 2016, segunda a mesma comparação da Austin Rating, a economia brasileira teve

77

²⁹ Disponível em: https://www.standardandpoors.com/pt_LA/web/guest/article/-/view/type/HTML/sourceAssetId/1245386849138; e <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/standard-and-poors-tira-grau-de-investimento-do-brasil.html>. Acesso em 20 dezembro de 2018.

³⁰ Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/05/fitch-volta-rebaixar-nota-do-brasil.html>; e <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/12/fitch-tira-grau-de-investimento-do-brasil.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.

³¹ Por exemplo, a Fitch rebaixou por três vezes – em 16 de maio, 25 de julho e 14 de setembro de 2016 – o Rating Nacional de Longo Prazo da Triunfo Participações e Investimentos S.A. e de suas emissões de debêntures sem garantias reais e revisou a sua perspectiva para negativa. Em 08 de janeiro de 2016 a Fitch rebaixou o Rating Nacional de Longo Prazo da CCR S.A. para AA(bra), e, em 06 de julho de 2016 manteve a perspectiva como estável neste patamar.

³² <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-03/pib-fecha-2016-com-uma-queda-de-36>; <https://g1.globo.com/economia/noticia/pib-brasileiro-recua-36-em-2016-e-tem-pior-recessao-da-historia.ghtml>. Acesso em 07/01/2019

³³ Dados disponíveis em <https://oglobo.globo.com/economia/brasil-so-esta-frente-da-russia-da-ucrania-em-ranking-do-pib-16302087>. Acesso 07/01/19

desempenho ainda pior do que as da Rússia e da Ucrânia, que permaneciam enfrentando sanções econômicas e guerra civil, respectivamente. Do mesmo modo, houve uma súbita variação da TJLP e do IPCA. A TJLP aumentou de 5% para 7,5% entre dezembro de 2014 e março de 2017, quando caiu para 7%, patamar que se mantém;³⁴ enquanto isso, o IPCA aumentou de 6,4% para 10,7% – a mais alta taxa de inflação desde 2002 – no período de dezembro de 2014 a dezembro de 2015, caindo posteriormente para 6,29% em 2016, retomando a meta de inflação de 4,5% com margem de dois pontos para mais ou para menos, mantendo-se nesse patamar até hoje.³⁵ Vale lembrar que desde 2002 a inflação não superava a margem superior da meta de inflação estipulada pelo governo brasileiro e medida pelo IPCA. Agravou e deixou ainda mais evidente a relevância da crise a lenta retomada da economia brasileira que foi e vem sendo verificada, como explicitado pela Requerida 1 em seu estudo realizado pela SUINF em decorrência da audiência pública realizada na Comissão de Viação e Transportes (CVT) da Câmara dos Deputados³⁶ e evidenciado também no Parecer da GO Associados que acompanha estas Alegações Iniciais. Por exemplo, o PIB cresceu apenas 1,0% em 2017 e teve estimativa de crescimento de somente 1,5% em 2018. Nesse sentido, o país ficou na última posição (45ª) em 2017 e na 39ª posição de 44 países ranqueados em 2018, ainda segundo a Austin Ratings.

78

90. A conjunção de fatores extraordinários, como o esfacelamento do cenário macroeconômico, evidenciado pelo aumento da SELIC, a inflação crescente percebida via IPCA, o aumento dos preços administrados absorvidos e não reequilibrados, a recessão econômica atingindo as projeções de demanda e as condições de financiabilidade dos projetos de concessão rodoviária, a obrigação de

³⁴ Dados disponíveis em <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/guia/custos-financeiros/taxa-juros-longo-prazo-tjlp>. Acesso em 07/01/19.

³⁵ Dados disponíveis em https://www2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaultseriesHist.shtm. Acesso em 07/01/19.

³⁶ Nesse sentido, a ANTT destaca que tendo sido registrada leve expansão de 0,98% em 2017 e previsão de 1,47% para 2018; p.1.

investimentos concentrados nos primeiros anos de implantação da infraestrutura rodoviária e impossibilidade de se repassarem os sobrecustos ao mercado culminaram em condição extraordinária, imprevisível e inevitável, agravada ainda mais pelo contingenciamento fiscal soberano.

91. Nesse contexto, o BNDES viu-se impossibilitado de cumprir as condições excepcionalmente subsidiadas de financiamento com as quais havia se comprometido por meio da assinatura da Carta de Apoio dos Bancos Públicos. O impacto da deterioração do mercado de crédito, como dimensão da crise, no setor de rodovias é apontado pela própria Requerida 1 em diversos documentos, como o Memorando 876/2018/SUINF (Doc. A.12), que encaminha o estudo Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões (Doc. A.13). No memorando, destaca-se que o estudo evidencia, por meio de inferência estatística, a imprevisibilidade e severidade da crise no setor. Nota, nesse sentido, a “**deterioração das condições das linhas de financiamento subsidiadas dos bancos públicos**”, de modo a “**frustrar o planejamento das concessionárias de rodovias**”.

79

92. Também o próprio estudo Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões:³⁷

“Com a recessão dos anos 2015-2016, houve uma redução das projeções de tráfego concebidas nos estudos de viabilidade que pautaram os processos licitatórios realizados. (...) **Dada a incerteza instaurada, os bancos públicos buscaram proteger-se com alterações nas suas políticas operacionais, de forma a tornar mais rigorosos os requisitos para a liberação das tranches de financiamento.** (...)”

³⁷ Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões, p.6.

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

93. Estas conclusões sobre o fechamento do mercado de crédito ao setor de infraestrutura como dimensão da crise econômica extraordinária são corroboradas pelos dados da Pesquisa Trimestral de Condições de Crédito do Banco Central do Brasil, conforme informado pela Requerente à Requerida 1 ainda em junho de 2015 (Doc. A.14). Tal pesquisa tem por objetivo criar indicadores de tendência do mercado de crédito, tanto do lado da oferta como da demanda, medindo a percepção das principais instituições financeiras³⁸ atuantes no segmento “pessoa jurídica/grande empresa”³⁹ sobre as perspectivas do mercado com base em suas respostas qualitativas a questionários aplicados com periodicidade trimestral.⁴⁰

80

94. De sua parte, a Concessionária, agindo diligentemente e cumprindo de boa-fé sua responsabilidade contratual de manter o Poder Concedente ciente de todos os fatos que pudessem impactar o bom desenvolvimento da Concessão, passou a remeter ofícios sucessivos comunicando o atraso na obtenção do financiamento e

³⁸ Segundo a descrição da metodologia da pesquisa disponível no sítio eletrônico do Banco Central, visando abranger as principais instituições financeiras atuantes no segmento de grandes empresas, são convidadas a participar da pesquisa os conglomerados e instituições financeiras independentes mais representativas desse segmento de crédito de forma a totalizar, pelo menos, 90% do volume total de crédito do segmento.

³⁹ O critério para a classificação de uma empresa como “grande empresa” é possuir endividamento superior a R\$10 milhões.

⁴⁰ Esse tipo de pesquisa foi adotado no Brasil tendo como parâmetro pesquisas semelhantes já realizadas por outros países, como Estados Unidos da América (*Senior Loan Officer Opinion Survey on Bank Lending Practices*), Inglaterra (*Credit Conditions Survey*), Japão (*Senior Loan Officer Opinion Survey on Bank Lending Practices*), Chile (*Estándares de Aprobación en el Mercado del Crédito Bancario*), além da União Europeia (*Bank Lending Survey for the Euro Area*) (Cf. ANNIBAL, Clodoaldo Aparecido; e KOYMA, Sérgio Mikio. *Pesquisa Trimestral de Condições de Crédito no Brasil*. Banco Central do Brasil. Trabalhos para Discussão nº 245. Junho de 2011, p. 4. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/TD245.pdf>.

sugerindo planos e providências para a manutenção da Concessão e preservação do serviço.

95. Os Ofícios de nº PTC 002/2015 (Doc. A.15), 004/2015 (Doc. A.16) e 005/2015 (Doc. A.17), foram as primeiras comunicações remetidas à ANTT para tratar da questão. A partir desses ofícios foi a Requerida 1 informada da necessidade de adoção do **Plano de Contingência para minimizar os efeitos gravosos do atraso do BNDES em disponibilizar o empréstimo-ponte**. Diante da **situação calamitosa em que a ausência do financiamento a deixou**, a Concessionária no Ofício PTC nº 006/2015 (Doc. A.18) requereu formalmente a suspensão da execução contratual, tendo em vista a impossibilidade de cumprimento do Contrato de Concessão sem o financiamento-ponte ofertado no período da licitação e cujo enquadramento o BNDES já havia realizado.

81

96. Em todas estas comunicações a Concessionária defendeu que a ausência de concessão do financiamento, no caso, correspondia à materialização de risco extraordinário da Concessão, alocado legalmente ao Poder Concedente, pela ocorrência da crise econômica. É preciso destacar que a Requerida 1 jamais se manifestou sobre tais informações, que lhe foram fornecidas desde 2015 pela Concessionária, e que, à época, já apontavam para as mesmas conclusões que a própria Requerida 1 viria a posteriormente reconhecer no estudo Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões, como demonstrado nesta seção.

97. Nesta mesma linha, o Especialista em Regulação da SUINF manifestou-se, no Despacho nº 209/2015/NIP/SUINF (Doc. A.19), reconhecendo a ocorrência de caso fortuito, que afastaria a responsabilização da Concessionária. Ainda, considerou “[v]álido destacar que entre os meses de junho de novembro de 2014, o BNDES firmou empréstimo-ponte com todas as demais cinco Concessionárias vencedoras da 3ª

Etapa, Fase III do PROCROFE, ainda que alguma das empresas também sejam investigadas pela Polícia Federal”. Isso porque as cinco primeiras concessões do da 3ª Etapa PROCROFE tiveram seus contratos assinados entre 05/12/2013 e 12/03/2014, tendo seus empréstimos-ponte aprovados pelo BNDES entre 23/05/2014 e 14/09/2014, entre cinco e seis meses após a assinatura dos contratos, conforme destacado no Quadro 10 do Parecer da GO Associados Anexo a estas Alegações Iniciais e também presente no Memorando 297/2015/SUINF (Doc. A.20). Fica evidente que os projetos que foram contratados até a metade do ano de 2014 (BR-050/GO/MG, em 05/12/13; BR-060/153/262/DF/GO/MG, em 31/01/14; BR-163/MS, BR-163/MT e BR-040/DF/GO/MG em 12/03/14) tiveram seus empréstimos-ponte aprovados até o terceiro trimestre de 2014, portanto antes da forte deterioração da economia e da forte redução de contratações e desembolsos do BNDES. No caso específico da Concessionária, em que o Contrato de Concessão foi assinado apenas em setembro de 2014, não houve aprovação do financiamento, inviabilizando o investimento.

82

98. A ANTT, ainda no **Memorando nº 297/2015/SUINF**, reconheceu que a Concessionária cumpriu todos os requisitos para a concessão do empréstimo ponte, que tais condições foram ofertadas durante a licitação, atraindo interessados para o certame. Avaliou, ainda, que estas intercorrências *“não seriam consideradas de responsabilidade da Concessionária se decorrentes de caso fortuito ou força maior bem como de fato da Administração, como aparenta se afigurar na presente situação, haja vista a não concretização da linha de financiamento governamental oferecida quando do procedimento licitatório por razões alheias à Concessionária”*.

99. A Concessionária ainda batalhava para operacionalizar a melhor execução do Contrato de Concessão, quando em 25/03/2015, a Galvão Participações S.A. – Galpar (“Galpar”), do Grupo Galvão e sua acionista, entrou em recuperação judicial.

100. Por sua vez, a Procuradoria da ANTT considerou, no Parecer nº 2.717/2015/PF-ANTT/PGF/AGU (Doc. A.21), que, no caso, a obtenção do financiamento era risco da Concessionária. Assim, na Requerida 1, o VOTO DCN 093/2015 (Doc. A.22) considerou não haver “descumprimento de qualquer das obrigações contratuais ou regulamentares por parte do Poder Concedente, razão pela qual não se observa a incidência do estabelecido no item 21.2.3 do Contrato de Concessão”⁴¹. Por fim, considerou ser necessária a abertura de processo administrativo para apurar se os deveres contratuais da Concessionária foram violados. Nesse sentido, a Diretoria Colegiada da Requerida 1, na Deliberação nº 114 de 1º de abril de 2015 (Doc. A.23), indeferiu o pleito de suspensão formulado pela Concessionária.

83

101. Na ocasião, porém, a ANTT não considerou a observação constante do já mencionado Memorando nº 297/2015/SUINF (Doc. A.20) de que, embora o Contrato não admita a possibilidade de suspensão de sua execução, reconhece a possibilidade de adiamento das obrigações nele previstas. Atuando nesta linha, a Concessionária protocolou o Ofício nº PTC 007/2015 (Doc. A.24) solicitando o adiamento, por 1 (um) ano, das datas previstas no Contrato de Concessão para o cumprimento das obrigações de investimento, apresentando, em contrapartida, as bases do Plano Temporário de Segurança Rodoviária - PSR (“PSR”) para garantir a continuidade da prestação dos serviços em nível essencial até que fosse disponibilizado o empréstimo-ponte pelo BNDES.

102. Através da Nota Técnica nº 250/2015 (Doc. A.25), manifestou-se a SUINF no sentido de ser viável, mediante acordo entre as partes, alteração do Contrato de Concessão para postergar prazos de execução de obras e serviços com

⁴¹ “21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...) 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 e/ou na legislação vigente, e a disponibilização de acesso ao Sistema Rodoviário prevista na cláusula 10.1.5”.

fulcro no art. 65, inciso II, alínea ‘c’ ou ‘d’” da Lei Federal nº 8.666/1993. Além disso, sugeriu a submissão da matéria à decisão colegiada da ANTT e, ainda, manifestação do Ministério dos Transportes a respeito, “*tendo em vista a repercussão da medida e por se tratar de opinativo que afeta diretamente a política pública a ser adotada pelo setor*”.

103. Em 15/05/2015, após diversas solicitações de análise a respeito do pleito de adiamento das obrigações pela Concessionária – vide Ofícios PTC nº 002 (Doc. A.15), 005 (Doc. A.17), 006 (Doc. A.18) e 007 (Doc. A.24), todos de 2015 – que permaneciam sem resposta da Requerida 1, a SUINF emitiu a Nota Técnica nº 266/2015/SUINF (Doc. A.26), reconhecendo o esforço da Concessionária em dar cumprimento ao Contrato de Concessão⁴² e afirmando que “***a proposta de adiamento tende à preservação do interesse público, em detrimento das demais alternativas anteriormente expostas, sem prejuízo da construção de cenários não aventados na presente análise***”. Ou seja, a SUINF reconheceu expressamente que a proposta da Concessionária era preferível ao encerramento precoce do Contrato de Concessão e assunção do Sistema Rodoviário pelo DNIT,⁴³ ou a realização de nova licitação,⁴⁴ destacando ainda o impacto da não contratação do financiamento:

84

⁴² “Destaca-se, entretanto, que a Concessionária adquiriu todos os veículos e equipamentos necessários a implantação do serviço. Ademais, a empresa ainda empregou esforços para a obtenção de licenças ambientais necessárias ao cumprimento das obrigações, de duplicação da rodovia, sendo a Concessionária que obteve licenças de instalação em menor tempo, tendo assumido por meio de Termo Aditivo risco originalmente alocado ao Poder Concedente, referente à realização de estudos ambientais e licenciamento completo das obras.”

⁴³ Quanto a esse ponto, destacou a Nota Técnica nº 266/2015/SUINF: “Nessa hipótese, o Poder Concedente poderia escolher não conceder novamente a rodovia, condição que dificilmente levará à duplicação completa da rodovia no prazo contido na nova proposta da Concessionária, em especial devido aos contingenciamentos orçamentários experimentados atualmente em todo o Governo Federal, bem como por se tratar de medida extrema e inesperada pela Autarquia responsável pelas rodovias federais. Ademais, o nível de serviço das rodovias administradas pelo DNIT apresenta parâmetros de desempenho distintos daqueles estabelecidos para rodovias integrantes do Programa de Concessão de Rodovias Federais - PROCROFE, alterando as características, quando não a própria prestação, dos serviços oferecidos aos usuários da via”.

⁴⁴ “O cenário de nova concessão passa pela hipótese anterior, dado implicar transferência, ao menos temporária, do trecho ao DNIT até a assunção pela segunda colocada do certame ou realização de novos estudos de viabilidade e licitação, o que certamente não ocorreria antes do prazo da nova proposta da atual Concessionária, e aparenta ser menos vantajoso ao interesse público, frente a possibilidade de retomada dos trabalhos da concessão em prazo inferior. Uma nova licitação dificilmente terá resultado tarifário tão favorável ao usuário, vez que a segunda colocada no leilão ofereceu deságio da ordem de 21 %, frente aos 37% da Concessionária. Há ainda que se ponderar que a segunda colocada acabou de vencer leilão para a concessão da Ponte Rio-Niterói, o que exigirá vultuosos recursos nos próximos anos, de modo que a empresa pode não ter mais interesse ou capacidade financeira para assumir um novo contrato, seja por via de nova licitação ou pela assunção da concessão atual na condição de segunda colocada. Ademais, a

“Válido ainda considerar a **situação atual do mercado financeiro no que atine ao financiamento de empresas de infraestrutura face à nova realidade econômica do país, com restrições de financiamento público, aumento de juros, inflação e baixo crescimento**, afetando diretamente o apetite do Setor Privado por negócios com o Poder Público, podendo comprometer o sucesso de novo certame licitatório”.

104. Em meio a todo este processo, **apenas em 25/05/2015** a Concessionária recebeu a Carta de Cancelamento da Operação de crédito do BNDES (Doc. A.27). E foi somente em 30/09/2015, por meio do Ofício nº 387-A/2015/BNDES/GP (Doc. A.28), que **o BNDES respondeu (muito extemporaneamente, frise-se) às solicitações de esclarecimentos da ANTT sobre situação do financiamento**, informando que a sua negativa na concessão dos empréstimos ocorrera por força dos seus normativos internos, que impedem a realização de operações de crédito com companhias em recuperação judicial.

105. É preciso lembrar, contudo, **que o enquadramento do crédito antecedeu em muito o pedido de recuperação judicial** formulado pela Galpar, e mesmo que não o fosse, **o prazo limite de 90 dias para que o BNDES concedesse o empréstimo-ponte também já havia transcorrido quando a empresa formulou pedido de recuperação**: a justificativa do banco era, assim, anacrônica e carecia de fundamento. Em termos claros, o BNDES pretendia se beneficiar de sua própria morosidade e desrespeito aos prazos com os quais tinha se comprometido, e cujo descumprimento foi fundamental para a derrocada da Concessão.

terceira colocada no leilão da BR-153 ofereceu deságio inferior a 1 %, o que aumentaria substancialmente a tarifa de pedágio divulgada aos usuários, caso viesse a ser chamada a assumir a Concessão”.

106. Ademais, como destacado no Despacho nº 209/2015/NIP/SUINF (Doc. A.19), o BNDES celebrou os empréstimos-ponte com os demais concessionários da 3ª Etapa PROCROFE. Como destacado anteriormente, os demais empréstimos-ponte foram celebrados, até setembro de 2014 – ou seja, antes do agravamento da crise econômica manifestada no fechamento do mercado de crédito.

107. Apesar disso, em razão das ofertas recebidas para a alienação de seu controle, a Requerente reiterou, no Ofício PTC nº 27/2015 (Doc. A.29), seu pleito de reprogramação dos investimentos, informando sua **essencialidade para que fosse operacionalizada a troca do controle societário da Concessionária, visto que as ofertas para a aquisição das suas ações estavam vinculadas à reprogramação dos investimentos.**

86

108. Na Nota Técnica 424/15/SUINF de 27/10/2015 (Doc. A.30), a ANTT reconheceu a possibilidade de que fosse alienado o controle da Concessão a terceiros mesmo antes do decurso dos cinco primeiros anos, com fundamento na Cláusula 25.1, considerando nesse sentido que a Concessionária se encontrava “*em situação de insolvência iminente, nos termos previstos pela Cláusula 25.1 do Contrato de Concessão*”, e contemplou a hipótese de reprogramação dos investimentos. Além disso, também opinou pela “*comunicação detalhada das inadimplências contratuais conforme o 2º do Art. 38 da Lei nº 8.987/95 e cláusula 32.4 do Contrato de Concessão*”.

109. Observando as conclusões emanadas pela SUINF, a Procuradoria Federal junto à ANTT expediu o Parecer nº 13.906/2015/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU (Doc. A.31), em que considerou que “*por estar devidamente caracterizada a insolvência da Concessionária, é sim admissível, respeitadas as exigências legais, a transferência de controle acionário antes mesmo de ultimada a duplicação da rodovia nos moldes dispostos no PER*”. Além disso, “*tendo em vista a repercussão da matéria aqui tratada, com alcance nas políticas públicas adotadas para o setor*”, julgou “*mais uma vez necessária*

a manifestação da Procuradoria-Geral Federal, especialmente em relação à possibilidade de postergação de obrigações contratuais com vistas a viabilizar a transferência de controle acionário de concessionário de serviços públicos”. Desta forma, condicionou a autorização da reprogramação de investimentos à manifestação da Procuradoria-Geral Federal.

110. Por meio do Parecer nº 00034/2015/DEPCONSU/PGF/AGU (Doc. A.32), a Procuradoria-Geral Federal considerou (a) não haver amparo legal para o adiamento das obrigações contratadas e (b) haver omissão por parte da ANTT na fiscalização da contratação, considerando os supostos inadimplementos em que incorreu a Concessionária. Para que fique claro: a Procuradoria-Geral Federal adotou interpretação rasa dos dispositivos legais e contratuais, o que fundamentou sua postura bastante incisiva e adversarial em relação à Concessionária e também à própria ANTT. Vê-se divergência radical em relação ao tom cooperativo que a Requerida 1 vinha adotando até então (como evidenciado, por exemplo, pela Nota Técnica 266/2015/SUINF). Em verdade, a Procuradoria-Geral Federal questionou até mesmo a diligência da Requerida 1 na condução dos assuntos relativos à Concessão e seu zelo à coisa pública. Como será visto ao longo desta seção, essa postura dos órgãos da Requerida 2 influenciou negativamente a Requerida 1.

111. O posicionamento da Procuradoria-Geral Federal foi tal que após receber este Parecer nº 00034/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, a Diretoria Geral da ANTT encaminhou pedido de reconsideração do posicionamento da Procuradoria-Geral através do Ofício s/nº/2015/DG/ANTT (Doc. A.33), solicitando novamente esclarecimentos quanto à possibilidade ou não de transferência do controle acionário de concessionário de serviço público em estado de iminente insolvência. Reconsiderando sua manifestação anterior, a Procuradoria-Geral Federal, na Nota 00069/2015/DEPCONSU/PGF/AGU (Doc. A.34) considerou “*que se diga [...] que a referida previsão de possibilidade de transferência de controle da concessionária tem sua razão de existir calcada no princípio da continuidade do serviço – fartamente assentado em diversas cláusulas*

do contrato de concessão com a finalidade de não permitir a interrupção das atividades vinculadas à Concessão -, e não como um dispositivo que visa preservar os interesses particulares da Concessionária. E é justamente em respeito do referido princípio que, a ANTT, diante da conduta assumida pela Concessionária, já deveria há muito ter deflagrado o processo administrativo com vistas à declaração de caducidade da concessão. Diante do exposto, sugiro a Vossa Excelência que tanto a Nota como meu Despacho complementar sejam integralmente aprovados.”.

112. Frise-se: enquanto inicialmente a Requerida 1 reconhecia as dificuldades enfrentadas pela Concessionária e avaliava formas de viabilizar a continuidade da Concessão, ela veio a ser pressionada pela Requerida 2, por meio de sua Procuradoria-Geral Federal, a instaurar procedimento de caducidade. Esse comportamento adversarial da Requerida 2 contaminou a atuação da Requerida 1, que passou a adotar postura totalmente contraditória ao interesse público e à continuidade da Concessão ao caminhar no sentido da caducidade, como narrado adiante nesta seção.

113. Em manifestação posterior, o Diretor da ANTT Marcelo Bruto, através do Voto DMB 079/2015 (Doc. A.35), chegou a mencionar as fragilidades apontadas pela Agência a respeito da declaração de caducidade da Concessão:

“É oportuno alertar esta Diretoria Colegiada das considerações feitas para SUINF em sua Nota Técnica sobre as possíveis consequências de uma eventual declaração de caducidade da concessionária(...). Ante todo o exposto, é notório que o cenário de eventual declaração de caducidade da concessão traz dificuldades em relação ao alcance do interesse público visado pela concessão no que toca à continuidade da prestação do serviço, em face das consequências de uma eventual nova licitação (seja pelo tempo demandado, seja pelas condições

obtidas no último certame, conforme analisado pela Suinf), ou ainda a transferência do trecho para o DNIT. Não obstante, a ANTT não deverá deixar de observar as suas obrigações legais e contratuais, e deverá igualmente dar andamento ao processo prévio à abertura do processo específico de declaração de caducidade”.

114. Assim, mesmo diante de toda a documentação posta no processo, a Diretoria da ANTT determinou, através da Deliberação nº 380/15 da ANTT (Doc. A.36), fundamentada no Voto DBM 079, de 30 de novembro de 2015: (a) o indeferimento o pleito de postergação dos prazos contratuais, como formulado pela Concessionária, (b) a notificação da Concessionária a respeito dos descumprimentos contratuais em que incorreu (e que seriam posteriormente detalhados por comissão específica para tanto) no prazo de 90 dias para saneamento e exercício de ampla defesa, sob pena de abertura de processo administrativo para declaração de caducidade em caso de descumprimento ou verificação de inadimplência, (c) o reconhecimento da insolvência iminente da Concessionária, para admitir a possibilidade de transferência de seu controle acionário desde que respeitadas as exigências legais, (d) a fixação do prazo de 30 dias para a análise da transferência de controle acionário da Concessionária

89

115. Após a Deliberação nº 380/2015, a ANTT notificou a Concessionária sobre os descumprimentos contratuais e sobre a abertura do prazo de 90 (noventa) dias para apresentação de defesa e saneamento das inconformidades, por meio do Ofício nº 2.723/2015/SUINF (Doc. A.37). Este ofício encaminhou o Parecer Técnico nº 209/2015/GEFOR/SUINF (Doc. A.38), listando os pontos de não atendimento a parâmetros de desempenho verificados até o final do 1º ano do

Contrato de Concessão, causados pela perda de fôlego financeiro e iminente insolvência da Concessionária originadas pela ausência do financiamento prometido.

116. Paralelamente, como indicado, desde 2015 a **Concessionária mantinha tratativas relativas à alienação do seu controle**, amparada na subcláusula 25.1 do Contrato de Concessão. Assim, encaminhou o Ofício PTC nº 004/2016 (Doc. A.39), encaminhando três propostas de empresas interessadas em assumir o controle da Concessionária.⁴⁵ Em todos os casos, **a viabilidade das propostas dependia da atuação da Requerida 1 para o atingimento das seguintes condições**: i) reprogramação dos marcos contratuais para o cumprimento das obrigações da Concessionária; e ii) a celebração de um TAC-Multas entre a ANTT e a Concessionária, para converter os valores referentes a processos de aplicação de penalidades já instaurados, mas até aquele momento ainda não julgados, em obras e serviços para a melhoria da rodovia.

90

117. Apesar de ter reconhecido a possibilidade em tese de reprogramação dos investimentos e a celebração de TAC-Multas na Nota Técnica nº 012/SUINF/2016 (Doc. A.40), a Requerida 1 permaneceu inerte no sentido de viabilizar a transferência do controle da Concessionária, ignorando – indevidamente – as propostas apresentadas ao alegar que sua atuação para aprovação da proposta dependeria de “*plano específico*” apresentado pela proponente. Mais explicitamente ainda, o Parecer nº 00584/2016/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU (Doc. A.41) da Procuradoria Federal junto à ANTT, em evidente confusão, afirmou que a transferência do controle serviria a “*preservar os interesses particulares da Concessionária*” e que não seria lícito à Requerente o “*ônus para que ela celebre um bom negócio*”. Ou seja, não percebeu a Procuradoria Federal que as tentativas de alienação do controle da Concessionária não diziam respeito a um “bom” ou “mau” negócio de interesse da

⁴⁵ As três propostas foram das seguintes empresas: i) Progen Projetos Gerenciamento e Engenharia; ii) Souza Kiriara Construtora; e vi) Six Hands Empreendimentos, Participações e Serviços.

Concessionária, mas efetivamente da possibilidade de continuidade da prestação do serviço público, que era preferível – como reconhecido pela própria ANTT anteriormente – às demais alternativas que envolviam a extinção antecipada da Concessão. Era justamente a incerteza a respeito da conduta das Requeridas em relação às soluções necessárias para a viabilidade da Concessão, caso viesse a ser alterado seu controle, que estava em questão como fator complicador das negociações. Ao confirmar sua posição não cooperativa, as Requeridas contribuíram para o insucesso da Concessão.

118. Seguindo a linha adotada em tais documentos e no Parecer Técnico nº 058/2016/COINF-MG (Doc. A.42) de 06/04/2016, a Diretoria da ANTT determinou, por meio da Deliberação nº 138 de 16/05/2016 (Doc. A.43), a abertura do processo administrativo para a apuração de eventuais infrações cometidas pela Requerente puníveis com pena de caducidade. Essa mesma Deliberação constituiu a Comissão Processante responsável pelo processo. O Processo de Caducidade foi instaurado em 19/05/2016 sob o nº 50500.215568/2016-36, sendo a Requerente intimada e notificada em 24/06/2016 para apresentação de defesa no prazo de 30 (trinta) dias.

119. Enquanto isso, a Requerente ainda continuava a adotar todos os cursos de ação possíveis na busca de uma alternativa para a transferência de seu controle societário e para a continuidade da Concessão. Uma dessas iniciativas foi a interação com o Ministério Público Federal para discutir formas para a retomada de investimentos, visto que as condições insatisfatórias da rodovia e a falta de duplicação passaram a ser objeto de preocupação desse órgão, que instaurou inquéritos civis e propôs uma ação civil pública a respeito. Assim, para viabilizar a recuperação da rodovia, passou-se a buscar as condições para celebrar um **Termo de Ajustamento de Conduta** envolvendo o Ministério Público Federal, a ANTT, a Concessionária e o Ministério dos Transportes.

120. Além disso, a Concessionária elaborou o **Plano de Retomada da Concessão (“PRC”) para regularizar a execução do Contrato de Concessão (Doc. A.44)** e passou a apresentar e discutir esta alternativa com diversas entidades públicas.⁴⁶ Nesse sentido, destaca-se que tanto o Ministério dos Transportes quanto a ANTT reconheceram, em Audiência Pública na Câmara dos Deputados, que a **preservação da Concessão era uma alternativa mais eficiente para o investimento no trecho rodoviário objeto do Contrato de Concessão do que a declaração de caducidade**, que o transferiria novamente ao DNIT até nova licitação. Nas palavras do Sr. Dino Nunes Batista, Secretário de Fomento para Ações de Transportes do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil:

92

“O interesse do Ministério dos Transportes é bastante grande na manutenção dessa concessão, ou seja, desses serviços que são prestados (...). É óbvio que não vai ser exatamente da maneira como havia sido planejado no contrato original, mas que sim, **trará ainda benefícios aos usuários e esses benefícios a gente do Ministério dos Transportes acha que são importantes e que, portanto, devemos lutar para que a Concessão, com as adequações que forem feitas, ela tenha continuidade (...).**”

Então o que se busca aqui – e a gente já está trabalhando há algum tempo nesse sentido dentro do Ministério [dos

⁴⁶ Isso foi feito: em reunião com a ANTT em 25/05/2016; em apresentação ao Ministério Público Federal no Município de Gurupi/Toem 17/06/2016; em apresentação ao Ministério Público Federal no Município de Anápolis/GO em 27/06/2016; e também em Audiência Pública no dia 13/07/2016 ao Comitê de Integração Nacional de Desenvolvimento Regional da Amazônia - CINDRA da Câmara dos Deputados, com participação da ANTT, do Ministério dos Transportes e de diversos Deputados e Senadores, conforme atas em anexo (Doc. A.45). Em todos esses encontros, foi sinalizada uma disposição muito favorável ao PRC, com as autoridades interessadas na resolução do problema apoiando-o como a alternativa que melhor atenderia ao interesse público.

Transportes], na ANTT e junto ao próprio Ministério Público Federal é algo além: É algo que proteja o interesse público, que é mais amplo, em relação à continuidade da concessão. E, para isso, teremos que ter uma alteração contratual significativa e para que isso tenha realmente o suporte necessário para a continuidade dessa operação do contrato da Galvão, é fundamental que tenhamos o apoio de Vossas Senhorias e da sociedade como um todo”.⁴⁷

121. No mesmo sentido foi a colocação do representante da ANTT:

“[A caducidade] é uma coisa que ninguém quer, que ninguém deseja, todo mundo sai perdendo. O usuário, está claro que o usuário sai perdendo, a Concessionária sai perdendo, o Governo sai perdendo, todo mundo sai perdendo nessa história. (...)

Dado toda a condição que nós estamos percebendo aqui, de todas as autoridades, técnicas e políticas, entenderem que essa concessionária pode parar de pé eu acho que a gente não pode trabalhar com outra opção que não manter essa concessão de pé e a agência vai dar todo o respaldo técnico para que isso aconteça”.⁴⁸

122. Por isso é que, na defesa administrativa da Concessionária no Processo de Caducidade, apresentada em 26/07/2016 (Doc. A.46), foi preliminarmente pedida a suspensão cautelar do feito até a definição do que seria adotado para viabilizar a

⁴⁷ Cf. Arquivo sonoro da Audiência Pública disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=57399..>

⁴⁸ Cf. Arquivo sonoro da Audiência Pública disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=57399.>

repactuação e retomada da execução do Contrato de Concessão. As alternativas, não excludentes, eram a edição de medida legislativa com o apoio do Poder Legislativo, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC com o Ministério Público Federal e a alienação de controle da Concessionária, que seria facilitada em ambas as situações. Além disso, também preliminarmente, foi ressaltado que, no âmbito do Processo de Caducidade, fora imputada à Concessionária uma série de novos supostos descumprimentos que não haviam sido objeto de notificação prévia e instauração de prazo de cura de 90 (noventa) dias.

123. No mérito, a defesa da Concessionária explicou novamente que os supostos descumprimentos foram causados pelo advento de situação econômica extraordinária que ocasionou a não disponibilização dos financiamentos prometidos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, evento este que configura caso fortuito ou força maior, risco alocado ao Poder Concedente.

124. O PRC e as alternativas para a continuidade da Concessão continuaram a ser apresentadas pela Concessionária. Por exemplo, em 10/08/2016, foi feita reunião no TCU de comitiva de parlamentares com o Min. Augusto Nardes, sendo sinalizada a concordância deste órgão com as linhas gerais do PRC. Ocorre que a Requerida 1 mantinha-se inerte e, não obstante as diversas manifestações favoráveis à continuidade da Concessão, **falhou em tomar ações efetivas que viabilizassem quaisquer das soluções buscadas pela Requerente.**⁴⁹

125. Foi assim que a **Requerida 1 jamais cooperou de forma efetiva** com a Requerente para que se alcançasse uma solução satisfatória para a Concessão, o que

⁴⁹ Como no Ofício PTC 012/2016 (Doc. A.48) de 31/10/2016, que reiterou (i) os efeitos prejudiciais do início do período de chuvas, (ii) esgotamento de recursos para manter a execução do PSR, e (iii) a necessidade de reformulação do PSR para sua exequibilidade. Caso a ANTT não quisesse discutir nova versão do PRC, foi reiterada a necessidade de definição quanto à Caducidade da Concessão até 16 de novembro de 2016, data em que os recursos próprios da Concessionária seriam esgotados.

ficou evidenciado quando da apresentação do Primeiro Relatório Final da Comissão Processante no Processo de Caducidade (Doc. A.47), em 06/01/2017. Além de simplesmente rechaçar todas as propostas de solução para exequibilidade da Concessão, incluindo tratativas de venda, a Comissão Processante, tendo por base análise superficial da disciplina jurídica contratual e legal e sem fundamentar seu entendimento, entendeu em seu Primeiro Relatório Final não estar configurado episódio de caso fortuito e força maior pela não obtenção do financiamento. Assim, recomendou a declaração da caducidade pelos descumprimentos avaliados.

126. O Primeiro Relatório Final elaborado pela Comissão Processante continha vícios formais manifestos na violação aos direitos de defesa da Concessionária, tendo em vista que não se permitiu à Concessionária que se defendesse em relação a todos os fatos que lhe eram imputados.⁵⁰ Assim, o Primeiro Relatório Final foi anulado e a Concessionária pôde apresentar manifestação sobre os documentos produzidos nos autos, o que fez no dia 30/03/2017 (Doc. A.49), reiterando sua manifestação anterior.

95

127. Na sequência, a Comissão Processante elaborou um novo e definitivo Relatório Final (Doc. A.4), de 04/04/2017. Nele, além de recomendar a declaração de caducidade da Concessão, foi expedida manifestação quanto à indenização pelos investimentos não amortizados, já tratada na seção IV.1, negando o direito à indenização da Requerente e concluindo que seria ela obrigada a pagar à Requerida 2

⁵⁰ A violação ao contraditório e ampla defesa pela expedição do Relatório Final e juntada de diversos documentos aos autos sem prévia notificação à Concessionária **foi reconhecida pela própria Procuradoria Federal junto à ANTT**. Isso ocorreu no Parecer nº 00595/2017/PF-ANTT/PGF/AGU de 15/04/2017 (Doc. A.50), que **recomendou a anulação do Relatório Final da Comissão Processante** e intimação da Concessionária para se manifestar, em novo prazo de 10 (dez) dias, em sede de alegações finais, sobre os documentos produzidos nos autos. Além disso, ressalta-se ter sido aberto um prazo de apenas 10 (dez) dias para Concessionária apresentar suas considerações sobre o Relatório Final e sobre o restante do processo, ao qual **até então ela não havia tido acesso à integralidade de seu conteúdo**.

o valor de R\$ 20.1414.831,50, correspondente às verbas de fiscalização não pagas e a multas aplicadas pela Requerida 1.

128. Nesse ínterim, a Concessionária continuou a avançar nas tratativas para viabilizar a manutenção da Concessão por meio da venda de seu controle societário. A primeira operação deveria ser concluída até 30/03/2017, quando estaria disponível no Brasil cerca de €200 milhões (duzentos milhões de euros) à Concessionária. **Ocorre que a recomendação inicial da Comissão Processante pela caducidade inviabilizou essa operação, pelos grandes riscos gerados aos investidores interessados.**

129. Por esse motivo, o juízo da 7ª Vara Empresarial da Justiça Estadual do Rio de Janeiro, onde estava sendo julgado o processo de recuperação judicial da controladora da Concessionária, a Galpar, expediu à ANTT o Ofício nº 315/2017/OF (Doc. A.51), solicitando a suspensão por 90 dias do Processo de Caducidade para possibilitar a venda da Concessionária diante da proposta de aquisição de suas ações. **No entanto, a ANTT ignorou essa solicitação, determinando no Memorando nº 257/2017/SUINF (Doc. A.52) que o processo de caducidade deveria continuar.**

130. O Processo de Caducidade foi pautado para julgamento pela Diretoria da ANTT, que, na Deliberação nº 138 de 23 de junho de 2017, acolheu, no mérito, as recomendações do Relatório Final e propôs a decretação de caducidade do Contrato de Concessão, conforme publicado no DOU de 26/06/2017 (Doc. A.5).⁵¹

⁵¹ Confira-se o teor da Deliberação nº 138/2017:

“A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, no uso de suas atribuições, fundamentada no Voto DEB - 043, de 23 de junho de 2017;

CONSIDERANDO as disposições contidas nos arts. 24, VIII, 26, VII, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001; nos arts. 3º, IX e XXII, e 5º, VII, do anexo do Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002; e nas manifestações das áreas técnica e jurídica procedidas nos autos do Processo nº 50500.215568/2016-36, delibera:

131. O feito foi, então, enviado ao Ministério dos Transportes e na sequência à Presidência da República, para a decisão final quanto à da caducidade do Contrato de Concessão. Isso ocorreu no Decreto Presidencial de 15 de Agosto de 2017, publicado no DOU de 16/08/2017 (Doc. A.3), no qual o Presidente da República “***declarou a caducidade da Concessão de titularidade Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A-BR-153/GO/TO por inexecução contratual por parte da referida Concessionária, nos termos do § 4º do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995***” (art. 1º). Ressalta-se que **não foi fixada indenização alguma à Concessionária.**

132. Diante do exposto, percebe-se que as Requeridas recusaram as diversas tentativas da Requerente em viabilizar a continuidade do Contrato de Concessão, seja por transferência a terceiros do controle societário da SPE, pela adoção do PRC, por solução legislativa ou pela busca de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC com o Ministério Público Federal. Com isso, agiram em desacordo às próprias considerações de que a continuidade da Concessão por sua reestruturação seria a medida que melhor atenderia ao interesse público, conforme foi evidenciado diversas vezes, antes, durante e após o Processo de Caducidade.

133. Ocorre que, posteriormente à decretação da caducidade do Contrato de Concessão, passou a ficar mais claro para as autoridades de diferentes entidades públicas que estavam corretos as análises e argumentos apresentados pela Requerente às Requeridas desde 2015 sobre a extraordinariedade do fechamento do mercado de crédito para as concessionárias de rodovias, como uma das faces da crise econômica que, desde então, se instalou no país. De fato, a gravidade da crise econômica e da

Art. 1º Acolher as recomendações constantes do Relatório Final apresentado pela Comissão Processante para propor à União a decretação da caducidade do Contrato de Concessão da Rodovia BR- 153/GO/TO, sob responsabilidade da Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A”

indisponibilidade do financiamento subsidiado pelos Bancos Públicos afetou não só a Concessionária, mas também os demais contratos da 3ª Etapa PROCROFE, o que levou à busca dessas soluções legislativas.

134. Assim é que, além das manifestações já citadas de autoridades públicas, inclusive de representantes das Requeridas, destaca-se a **edição das Medidas Provisórias nº 752 de 24 de novembro de 2016** (MP 752/2016) e **nº 800 de 18 de setembro de 2017** (MP 800/2017). Na MP 752/2016, posteriormente convertida na Lei 13.448/17, foi criado o instituto da relicitação, que consiste na extinção amigável da Concessão e a realização de nova licitação, com a indenização dos investimentos não amortizados.

135. Já a MP 800/2017 explicitava a juridicidade (já existente com o arcabouço normativo até então existente) da reprogramação de investimentos. Na exposição de motivos da MP em questão, **o próprio Governo Federal** reconheceu os impactos da crise e a necessidade de uma atuação efetiva para mitigar os seus efeitos e viabilizar a continuidade das concessões, como se vê da exposição de motivos:

“Com o início dos contratos [da 3ª Etapa PROCROFE], ao contrário do que se projetava para a economia brasileira, o que se constatou foi uma **grave deterioração das variáveis macroeconômicas no cenário nacional nos últimos anos**, com dois anos sucessivos de quedas expressivas no Produto Interno Bruto (PIB), de 3,8% em 2015 e 3,6% em 2016. **Esse cenário trouxe restrições à liquidez financeira de outrora, inviabilizando a tomada de empréstimos de longo prazo nas condições veiculadas quando da elaboração do Programa de Investimentos em Logística – PIL.** À época da

realização dos leilões dos sistemas rodoviários em questão, o Brasil passava por período de forte crescimento econômico, tendo registrado crescimento médio anual do PIB de aproximadamente 4% no período 2010-2013. **A crise econômica atingiu fortemente a modelagem prevista para esses contratos, a partir das já mencionadas quedas no PIB. (...)**

Cabe destacar conclusivamente a urgência nas medidas para efetivação da reprogramação do cronograma de investimentos, tendo em vista que as concessões alvo desta Medida Provisória já se encontram em dificuldades financeiras, passando gradualmente a apresentar desempenho incompatível com o previsto no Programa de Exploração da Rodovia (PER). Nesse sentido, é imediata a necessidade de reprogramação dos investimentos, de forma que as concessionárias possam concentrar seus esforços financeiros em serviços mais prioritários para a manutenção da fluidez e da segurança rodoviária”.

99

136. No mesmo sentido, no ano de 2018 a ANTT produziu, por meio da SUINF, o já mencionado documento denominado Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais (Doc. A.13) , veiculado por meio do Memorando 876/2018/SUINF e Ofício-Circular 001/2018/DG/ANTT (Doc. A.12), que **reconheceu expressamente a imprevisibilidade da crise econômica e seus impactos na Concessão**. É extremamente importante notar que nesse estudo a Requerida 1 reconhece a imprevisibilidade e extraordinariedade da crise e sua dimensão restritiva do crédito no setor rodoviário. Ou seja, a ANTT, mais de três anos depois, reconheceu os argumentos que a Requerente sempre sustentou desde fevereiro de 2015 com os

Ofícios nº PTC 17 e 19/2015 (Doc. A.53 e Doc. A.54), com a Opinião Legal elaborada pelo escritório Portugal Ribeiro Advogados (Doc. A.55) e suas manifestações nos processos administrativos de suspensão/reprogramação de obrigações e em sua defesa no Processo de Caducidade.

137. Ou seja, as Requeridas sabiam que (i) **o Contrato de Concessão tornou-se inviável pela crise econômica** e impossibilidade de obtenção dos empréstimos subsidiados junto ao BNDES, eventos **reconhecidos como imprevisíveis e de consequências incalculáveis**; (ii) que a **manutenção da Concessão era o curso de ação que melhor atenderia ao interesse público**; e (iii) que a **Concessionária buscou e propôs várias alternativas sua ocorrência**. Mesmo assim, **as Requeridas ignoraram todo o contexto e esforços da Requerente, agindo de forma contraditória ao preterir soluções que privilegiariam interesse público, e declararam a caducidade da Concessão.**

100

138. Em resumo, portanto, todos os supostos descumprimentos têm sua origem (i) na crise econômica que assolou o país, que em sua dimensão no setor rodoviário foi representada pelo fechamento das linhas de crédito, mais especificamente, quanto à Concessão, pela não disponibilização pelo BNDES de recursos financeiros no valor de R\$ 798.507.000,00 (setecentos e noventa e oito milhões, quinhentos e sete mil reais) referentes ao empréstimo-ponte; e (ii) na conduta das Requeridas, a partir da eclosão da crise e sua manifestação na Concessão, conduta essa contrária a qualquer forma de viabilização da continuidade da Concessão. Como alertado à ANTT pela Concessionária ainda em fevereiro de 2015, a não formalização do empréstimo-ponte provocou um “efeito cascata” que impediu a execução das obras e serviços que já haviam sido inteiramente planejadas para o 1º ano da Concessão, e que certamente atingiriam os níveis de qualidade definidos no Contrato de Concessão. Uma vez manifestada a crise sob a Concessão, as Requeridas adotaram postura adversarial e contrária ao próprio interesse público na continuidade do

serviço, ao invés de agirem para recompor as condições de equilíbrio do Contrato de Concessão.

IV.2.2. Os financiamentos prometidos pelo Poder Concedente caracterizam-se como condições do Contrato de Concessão e integram a equação econômico-financeira contratual

139. Considerando o histórico acima descrito, demonstra-se nesta seção que, no caso sob análise, os financiamentos prometidos pelo Poder Concedente desempenharam papel chave para a avaliação da viabilidade da Concessão tanto pela Requerida 1 quanto pela Requerente. Ao fim, restará evidente que:

- Em razão de sua essencialidade, os contratos de financiamento (ponte e de longo prazo) que foram prometidos pelo Poder Concedente nos termos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e que deveriam ter sido celebrados pela Requerente com o BNDES (empresa estatal de titularidade do Poder Concedente) integram a equação econômico-financeira contratual como verdadeiras “condições” do Contrato de Concessão, para os fins do art. 10 da Lei 8.987/1995;
- A legislação aplicável e os próprios mecanismos contratuais protegem as condições do Contrato de Concessão contra os efeitos de Eventos de Desequilíbrio, de modo a preservar-se o equilíbrio da equação econômico-financeira contratual; e
- A violação dessas condições do Contrato de Concessão desequilibra a equação econômico-financeira contratual e requer que sejam adotadas medidas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

101

140. Razão pela qual, conforme se constata na seção IV.2.3 adiante, os efeitos sobre a Requerente da não obtenção dos financiamentos que foram prometidos pelo Poder Concedente nos termos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos violaram as condições do Contrato de Concessão, desequilibrando a equação econômico-financeira contratual em desfavor da Concessionária e inviabilizando a execução do objeto da Concessão.

141. É preciso, entretanto, iniciar com uma breve explicação (i) do que se entende por equação econômico-financeira de um contrato de concessão e seu equilíbrio, bem como (ii) da relação entre tais conceitos e os conceitos de “condições do contrato” (art. 10 da Lei 8.987/1995) e de Evento de Desequilíbrio.

102

142. A contratação da licitante vencedora pela Administração nas condições efetivas de sua proposta na licitação marca o momento de formação da equação econômico-financeira de um contrato de concessão. Denomina-se “equação econômico-financeira” a **função** resultante das condições efetivas da proposta vencedora na licitação (as quais, após a assinatura, se transformam nas condições do contrato de concessão), **que relaciona a remuneração a ser percebida pela concessionária aos encargos e riscos por ela assumidos**⁵² para a execução do objeto contratual.⁵³

⁵² Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 101-103. Por riscos entendem-se eventos futuros e incertos que impactam as prestações das partes, tornando a execução contratual mais ou menos onerosa. Isso é de especial relevância em relações de longo prazo, como o presente Contrato de Concessão, que têm como características a **incompletude** e a **mutabilidade** (Cf. GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências*. Revista de contratos públicos, v. 3, n° 5, p. 53-83, mar./ago., 2014.). Assim, **há disciplina legal e contratual que estabelece qual parte irá se responsabilizar pelos diversos riscos** aos quais o ajuste está sujeito (Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público, inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 354-355).

⁵³ Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal, idem, p. 103: “Essa equação representará sempre a conexão entre o compromisso de prestação de um serviço e os riscos assumidos pelo parceiro privado e a remuneração que ele receberá por isso. Daí dizermos que, na verdade, o que define a equação econômico-financeira do contrato é a relação entre o serviço a ser prestado, a sua matriz de riscos e a remuneração prevista no contrato. É esta relação que é a estabilizado no momento da formulação da proposta.”

143. Enquanto a relação representada nessa função se mantiver preservada (tal qual definida no momento de sua formação ou, posteriormente, redefinida por força de revisões contratuais), diz-se que a equação econômico-financeira contratual se encontra **equilibrada**. Daí por que se prever, no art. 10 da Lei 8.987/1995, que “[s]empre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o seu **equilíbrio econômico-financeiro**”.

144. *A contrario sensu*, portanto, sempre que violada uma condição do contrato, restará desequilibrada a equação econômico-financeira contratual. Violações às condições do contrato de concessão são causadas necessariamente pelo que se denominou anteriormente⁵⁴ Evento de Desequilíbrio – i.e., um **evento que materializa risco legal ou contratualmente alocado ao poder concedente**, mas cujos efeitos impactam a concessionária da perspectiva econômico-financeira.

103

145. A razão é simples: os riscos alocados à concessionária foram – ou deveriam ter sido – por ela considerados e precificados na sua proposta na licitação. Em outras palavras, a concessionária assumiu em sua proposta a responsabilidade de absorver os efeitos positivos ou negativos gerados por eventos que materializam esses riscos, incluindo o compromisso de não deixar que eventos que lhe sejam gravosos prejudiquem a adequada execução do objeto do contrato de concessão. Justamente por isso, os efeitos gerados sobre a concessionária por eventos que materializam os riscos a ela alocados em nada alteram as condições do contrato de concessão.

146. Já os riscos que foram alocados ao poder concedente não foram considerados e precificados pela concessionária em sua proposta na licitação. Assim é que, ocorrendo eventos de materialização de tais riscos, caberá ao poder concedente

⁵⁴ Ver a respeito o parágrafo 74 acima.

e/ou ao usuário do serviço a responsabilidade por absorver os efeitos positivos ou negativos por eles produzidos sobre a concessionária. Enquanto esses eventos continuarem a produzir efeitos sobre a concessionária, restarão violadas as condições do contrato de concessão e, conseqüentemente, estará desequilibrada a equação econômico-financeira contratual. Por isso dizer-se que tais eventos são Eventos de Desequilíbrio.

147. A ocorrência de um Evento de Desequilíbrio requer, portanto, que se busque neutralizar as alterações por ele produzidas (i.e., seus efeitos) sobre as condições do contrato de concessão, sob pena de não se recompor o equilíbrio econômico-financeiro contratual. De fato, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é ponto pacífico na doutrina^{55,56} e na jurisprudência dos tribunais superiores,⁵⁷ destacando-se as considerações feitas em decisão do STJ de

104

⁵⁵ Além dos entendimentos expostos nas notas anteriores de Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Maurício Portugal Ribeiro e Egon Bockman Moreira, cf. também SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 (Coleção Pareceres, v.2), p. 69; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp.190 e ss.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.92; DI PIETRO, Mari Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 320-330; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de Serviço Público*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, pp. 325 e ss.; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)* 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 303; ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 636-637; e AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviços Públicos – Novas Tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 18-19.

⁵⁶ Segundo a doutrina majoritária, ela é uma concretização do mandamento constitucional de manutenção das condições efetivas na proposta nas contratações com a administração pública, previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Confira-se: “Art. 37 (...): XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações?”. (grifos nossos)

⁵⁷ Por exemplo no STF, cf. RE 571969/DF, Rel. Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 18/09/2014; e RE 183180/DF, Rel. Min. Octavio Galotti, 1ª Turma, DJ 01.08.1997.

Já no STJ, cf. RESP 1248237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 01/10/2014; REsp 976.836/RS, Primeira Seção Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05/10/2010; AgRg na SL 76/PR, STJ, Rel. Min. Edson Vidgal, j. 01/07/2004, DJ 20.09.2004; e REsp 961.376/RS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 02/09/2008, DJe 22/09/2009.

que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é corolário da segurança jurídica e necessária para a própria continuidade da prestação dos serviços públicos.⁵⁸

148. Duas consequências decorrem do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões: (i) as condições do contrato originalmente pactuadas – **incluindo a alocação dos riscos entre as partes** – devem ser respeitadas ao longo da vigência da concessão; e (ii) **toda e qualquer alteração a tais condições deve ser neutralizada**, de modo a se restabelecer o estado de equilíbrio da equação econômico-financeira contratual.⁵⁹ Assim é que a lei e os contratos de concessão preveem mecanismos de revisão das condições do contrato, que formam, em cada caso, verdadeiro sistema de preservação e atualização do equilíbrio da equação econômico-financeira contratual.

105

⁵⁸ STJ, RESP 1248237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 01/10/2014. Cf. trechos do Acórdão: “3. Os contratos de concessão têm garantida a manutenção do seu equilíbrio econômico financeiro, de modo a viabilizar que as obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste encontre correspondência na compensação econômica adequada; é assegurada durante todo o período de execução do contrato a real e efetiva correlação entre a execução do contrato e a sua remuneração, conforme preconizam, de forma uníssona, doutrinadores excelentes como os Professores HELY LOPES MEIRELLES, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO e CAIO TÁCITO. (...)”

5. A garantia de estabilidade da relação jurídico-administrativa contratada entre Poder Concedente e a Concessionária é expressão clara do princípio da segurança jurídica, assegurando àqueles que assumem a execução de um serviço de interesse público a preservação das circunstâncias e expectativas que levaram à assunção do contrato. A quebra da equação por ato omissivo ou comissivo do Poder Concedente gera, por conseguinte, o dever de recomposição do equilíbrio, não somente em nome da almejada segurança jurídica como da inegável importância da continuidade da prestação do Serviço Público, até para não gerar desconfiança na firmeza dos tratos públicos. (...)”

Ainda, o próprio STJ já associou a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos ao princípio da moralidade em célebre julgado no RMS 15.154/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 02/12/2002, p. 222: “1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93. **Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula mater da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as "condições efetivas da proposta"**.

⁵⁹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual – Coleção Pareceres*, Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p.122-123. “Essa garantia é reconhecida pela Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95), ao estabelecer que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ocorrerá “sempre que forem atendidas as condições do contrato” (art. 10), acenando com o princípio de que, alteradas as condições, haverá desequilíbrio. (...) **Se importante condição do contrato viesse a ser suprimida (mesmo que por suposta ilegalidade), afetando o seu equilíbrio econômico-financeiro original, as hipóteses legais acima descritas seriam implementadas, suscitando o dever de restabelecimento imediato do equilíbrio por parte do ente contratante.**”

149. No presente caso, o Contrato de Concessão trata da matéria em suas Cláusulas 21 e 22. **Buscou-se estabelecer na Cláusula 21 a matriz de riscos contratual**, na qual são identificados e alocados alguns dos principais riscos assumidos por cada parte. Já a Cláusula 22 trata dos procedimentos e meios para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro toda vez que um risco alocado ao Poder Concedente impacte negativa ou positivamente a Concessionária.

150. Na Lei 8.987/1995 a garantia de preservação da equação econômico-financeira contratual está prevista em seu art. 9º, que, no §2º, por exemplo, deixa claro que os contratos devem prever “*mecanismos de revisão de tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico financeiro*”. Os §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo legal trazem, respectivamente, a necessidade de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro nos casos de modificação de encargos legais e de alteração unilateral do contrato.⁶⁰

106

151. Em resumo, portanto, há dispositivos contratuais e da legislação aplicável que exigem a proteção das condições do Contrato de Concessão contra os efeitos de Eventos de Desequilíbrio como requisito de preservação do equilíbrio da equação econômico-financeira contratual. De forma mais específica, tem-se que os **fatores internos e externos** à avença considerados pelas partes para a viabilização do projeto de Concessão, representados no Edital e no Contrato de Concessão, devem ser respeitados durante a vigência contratual.

152. A rigor, essas “condições do contrato” não são determinadas *a priori* pela legislação; deve-se avaliar em cada caso quais são os **elementos essenciais para**

⁶⁰ Lei 8.987/1995, “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...)”

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

a **viabilização da modelagem contratual** desejada pelo Poder Concedente e refletida no Edital para a qual os licitantes fizeram suas ofertas.

153. São os fatores elementares considerados pelos licitantes na precificação de suas ofertas, como, por exemplo, o volume de investimentos a serem feitos durante a vigência do contrato; as condições de conservação e a capacidade de utilização de um bem público objeto de serviço a ser concedido (ambos fatores internos ao contrato); ou a existência de modais de transporte que compitam com aquele serviço concedido; e as condições macroeconômicas do país (ambos fatores externos ao contrato). Afinal, na lição de Patrícia Baptista, “o contrato [administrativo], antes de assumir a forma jurídica, configura uma realidade econômica. **A regulação jurídica dos contratos não pode pretender subverter a lógica econômica da relação contratual, sob pena de pôr em risco o êxito do contrato**”.⁶¹

107

154. Também para Flávio Amaral Garcia:

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

Questões como metas de inflação, a taxa de juros e câmbio **são fundamentais na atração de recursos privados para negócios públicos.** Esta conjuntura é decisiva para atrair em

⁶¹Cf. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 236.

maior ou menor intensidade o setor privado, em especial o setor de infraestrutura (...)

Quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a própria matriz de risco) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, tem-se a *quebra da base objetiva do negócio* e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto”.⁶²

155. Assim, como narrado na seção anterior, as condições de financiamento oferecidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos são inegavelmente caracterizadas **como bases objetivas ou condições essenciais do contrato, e formam a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão** sem os quais a Concessão não existiria nos moldes pretendidos pelo Poder Concedente – vultosos investimentos em duplicação, concentrados nos anos iniciais da Concessão, a serem remunerados por tarifas em patamares historicamente reduzidos.

108

156. Diz-se essenciais porque, caso tais condições não fossem consideradas na licitação, os proponentes teriam que adotar premissas irreais em suas propostas econômicas, o que resultaria em licitações desertas ou faria com que a tarifa de pedágio teto estimada tivesse que ser maior que o valor que o Poder Concedente efetivamente delimitou no Edital.

⁶² GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 116-117.

157. Tanto é assim **que a essencialidade de tais condições para a 3ª Etapa PROCROFE foi reconhecida inclusive pelas próprias Requeridas** em algumas ocasiões. Por exemplo, ainda em 2015, a Nota Técnica 266/2015/SUINF (Doc. A.26) foi absolutamente inequívoca ao admitir a “**dependência da obtenção de financiamento para o sucesso da outorga**”. Confira-se o trecho completo:

“Contudo, **ante o não provisionamento dos recursos esperados por meio de financiamento do BNDES, apesar de cumpridos todos os requisitos pela Sociedade de Propósito Específico - SPE** inaugurada a partir da vitória no certame licitatório, a Concessionária não detém meios financeiros para dar continuidade à totalidade das obrigações assumidas contratualmente.

A situação é evidente ao se constatar que apesar da Concessionária ter apresentado Capital Social no valor de R\$ 155.000.000,00 (cento e cinquenta e cinco milhões de reais), os investimentos previstos no PER para o 1º ano de concessão superam os R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).

O valor restante equivaleria a R\$ 66.000.000,00 (sessenta e seis milhões de reais) em capital próprio para integralização do Capital Social, até o final do 1º ano de concessão, e outros R\$ 798.954.900,00 (setecentos e noventa e oito milhões e novecentos e cinquenta e quatro mil e novecentos reais) por meio de empréstimo-ponte do BNDES.

Ademais, válido ressaltar que 70% (setenta por cento) do investimento total da Concessão seria financiado pelo BNDES, **explicitando a dependência da obtenção de financiamento para o sucesso da outorga, sobretudo ao se considerar as**

condições vantajosas oferecidas pelo Banco Oficial quando do procedimento licitatório”.

158. Posteriormente, o representante do Poder Concedente na audiência pública na Câmara dos Deputados, Sr. Dino Antunes Dias Batista, Secretário de Fomento para Ações de Transportes do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, reconheceu que, no caso da Concessionária, as condições de deterioração da economia trouxeram impactos significativos que geraram dificuldade de obtenção de financiamentos, gerando uma frustração da estrutura de financiamento que havia sido considerada para a elaboração da proposta na licitação. Em suas palavras:

“Pelo lado da iniciativa privada, a concessão também ela envolve uma questão muito importante de financeiro. Uma concessão é um ativo financeiro importante para empresas. **A partir do momento em que a gente tem dificuldades de financiabilidade da concessão, isso realmente põe em xeque toda uma possibilidade de sustentação daquele ativo privado. Foi exatamente o que tivemos no caso da Galvão. (...)**

110

Sem financiamento uma concessão realmente não existe. A concessão é um projeto muito dependente de financiamentos e isso, infelizmente nesse caso, a gente teve uma frustração das expectativas que existiam em relação a esse contrato, muito em decorrência dessa frustração da estrutura financeira que era necessária.”⁶³

⁶³ Cf. Arquivo sonoro da Audiência Pública disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=57399>. Acesso em 19/12/2018

159. Já o Sr. Luis Fernando Castilho, representante da SUINF da ANTT naquela audiência pública, observou que “Ela [a Concessionária] não conseguiu cumprir com as suas **obrigações em razão da não obtenção do financiamento conforme foi veiculado lá no início, antes da assinatura do contrato**”, concluindo que a ANTT, “*sem sombra de dúvida, entende como extremamente pertinente e necessário*” rediscutir e repactuar o contrato.⁶⁴

160. Também a ANTT, no documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões (Doc. A.13) afirmou que:

“O modelo concebido nessa etapa privilegiava a execução de vultuosas obras de duplicação e outras melhorias nos primeiros cinco anos de contrato, independentemente do nível de serviço verificado, **refletindo política pública de caráter indutor e desenvolvimentista.** (...)”

A viabilidade dos projetos associava-se à política de financiamento extremamente ousada, com grau de alavancagem de 65 a 80% dos investimentos previstos, com taxas de juros subsidiadas com base na oferta de crédito por bancos públicos (BNDES, CAIXA e Banco do Brasil).

Os trechos modulados possuíam elevado porte em termos de extensão, com média de 764,1 km, e localizavam-se também na região centro-oeste, reflexo da tentativa de fazer integrar a fronteira agrícola nacional com a região sudeste”.

161. Desse modo, resta clara a fundamentalidade da contratação dos financiamentos pelas concessionárias com os Bancos Públicos, nas condições

⁶⁴ Cf. Arquivo sonoro da Audiência Pública disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=57399>. Acesso em 19/12/2018

divulgadas pelas Requeridas e previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, para a viabilidade das concessões da 3ª Etapa PROCROFE, dentre as quais se inclui a Concessão sob análise. Observa-se que **há um alto grau de interferência dos financiamentos prometidos sobre as condições de formação do Contrato de Concessão**, não apenas porque se destinam, essencialmente, à consecução de uma mesma finalidade – o desenvolvimento do setor de infraestrutura rodoviária brasileiro, mas também porque a viabilidade da Concessão, nos termos da proposta apresentada pela Concessionária, **esteve sempre vinculada às condições de financiamento anunciadas pelo Governo Federal através da divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos.**

162. De fato, o nível de subsídio público da linha prometida de financiamentos – nunca antes praticado nem mesmo pelo próprio BNDES – e a inexistência de qualquer alternativa de financiamento em condições comparáveis com aquelas previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos estabeleceram situação de inevitável dependência dos contratos de concessão da 3ª Etapa PROCROFE em relação aos contratos de financiamento prometidos pelo Poder Concedente, diferenciando-os de outros projetos de concessão rodoviária já realizados no país. Inegavelmente, portanto, constituíram-se os financiamentos prometidos pelo Poder Concedente por meio da ampla divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos em verdadeiras condições desses contratos de concessão, atraindo **a aplicação do art. 10 da Lei 8.987/1995 para proteger a expectativa legítima da Concessionária de obtenção desses financiamentos nas condições anunciadas, com base na qual se formou a sua proposta na licitação⁶⁵ e, conseqüentemente, a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão.**

112

⁶⁵ A rigor, a própria Constituição da República, em seu art. 37, XXI, estabelece o dever da Administração Pública de, nas suas relações contratuais com privados, manter as “*condições efetivas da proposta*”, que, no caso, certamente compreendem os financiamentos prometidos pelo Poder Concedente nos termos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

163. A rigor, é possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro situações análogas à presente em que, restando clara a relação de dependência entre negócios jurídicos, o Direito protege a oportunidade de negócio originalmente vislumbrada pelas partes, considerando-se conjuntamente, e não de forma isolada, as condições de exequibilidade de ambos os contratos. Se no regime de Direito Público que rege as concessões de serviço público essa lógica de proteção jurídica decorre do art. 10 da Lei 8.987/1995, no Direito Privado ela se depreende, por exemplo, do instituto da coligação ou conexão contratual⁶⁶ do Direito Civil.

⁶⁶ Como explica o professor Nelson Konder: “(...) São normalmente **considerados coligados contratos cuja vinculação, além de repercutir na sua interpretação e qualificação, podem afetar sua eficácia. Isto é, as vicissitudes de um, como a invalidade ou ineficácia por causa superveniente, podem acabar por também tornar o outro ineficaz**, conforme o aforisma latino, *simul stabunt, simul cadent*. Avaliar se isto irá efetivamente ocorrer vai depender da avaliação funcional dos contratos em questão e também da ligação entre eles. (...)” (KONDER, Carlos Nelson. *Qualificação e coligação contratual*. Publicado originalmente em Revista Forense, vol. 406. Rio de Janeiro, nov./dez. 2009, p.55-86. Sem grifos no original). Já Roberto Rosas esclarece que: “Os contratos individuais ligam-se entre si por um nexo, para formar a coligação. Ainda que os contratos estejam destacados individualmente, ligam-se por um **vínculo substancial, uma relação de dependência**. Um dos contratos tem supremacia sobre o outro. Um deles é condição ou motivo do outro, não há um contrato sem existir o outro. (...) Há **unidade de interesse econômico**. Num contrato único não é tão importante distingui-lo pelo interesse econômico, mas se há complexidade de interesses, é importante verificar-se **o escopo econômico**” (ROSAS, Roberto. *Contratos coligados*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, jan./mar. 1978, p. 31.. Sem grifos no original). Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça também já consolidou sua jurisprudência no sentido de que **a coligação contratual se verifica sempre que houver um nítido interesse econômico comum entre os contratos**: “(...) 5. A interdependência, a conexão ou a coligação dos contratos firmados pelas partes (cisão de empresa, acordo de acionistas e contrato de locação) resultam claras e evidentes, haja vista a **unidade dos interesses representados, principalmente os de natureza econômica**, constituindo esse plexo de avenças o que a doutrina denomina de contratos coligados; em caso assim, embora possível visualizar de forma autônoma cada uma das figuras contratuais entabuladas, exsurge cristalina a intervinculação dos acordos de vontade assentados, revelando a inviabilidade da revisão estanque e individualizada de apenas um dos pactos, **quando unidos todos eles pela mesma função economia comum**. (...)” (AgRg no REsp nº 1.206.723. 5ª Turma. Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 11/10/2012.). E ainda: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. DOCUMENTO COMUM. SERVIÇO DE TELEFONIA. DISK AMIZADE. SERVIÇO PRESTADO POR TERCEIRO E COBRADO PELA CONCESSIONARIA DE TELEFONIA. DOCUMENTOS COMUNS EM VIRTUDE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS COLIGADAS. NEGATIVA DE EXIBIÇÃO. MULTA COMINATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 372/STJ). PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. INAPLICABILIDADE. BUSCA E APREENSÃO, SEM PREJUÍZO DA RESPONSABILIDADE PO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 362 DO CPC). (...) 4. **Os contratos coligados são aqueles que, apesar de sua autonomia, se reúnem por nexo econômico funcional**, em que as vicissitudes de um podem influir no outro, dentro da malha contratual na qual estão inseridos. ‘Por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca’ (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99). Nesse passo e em uma perspectiva funcional dos contratos, deve-se ter em conta que a invalidade da obrigação principal não apenas contamina o contrato acessório (CC, art. 184), estendendo-se, também, aos contratos coligados, intermediário entre os contratos principais e acessórios, pelos quais a resolução de um influenciará diretamente na existência

164. Ainda que possam ter partes e causas autônomas e conteúdo adequado a cada tipo de contrato, os contratos coligados ou conexos têm em conjunto a “realização de uma operação econômica unitária e complexa”.⁶⁷ Assim, na coligação ou conexidade, o elemento associativo se situa no plano do negócio ou sistema de contratos, e não em cada contrato. Não é um elemento específico de cada contrato, mas **um pressuposto para o funcionamento do sistema de contratos**.⁶⁸ Em outros termos, há entre eles “uma causa econômica que impõe o funcionamento em forma de sistema dos vários contratos celebrados”,⁶⁹ pois a associação se situa não no contrato, mas no plano do negócio global.⁷⁰ Daí por que sua vinculação demanda um tratamento normativo diferenciado, especialmente quanto **aos efeitos do inadimplemento de um sobre o outro**.⁷¹

114

do outro. (...)” (Recurso Especial nº 1.141.985/PR. Quarta Turma. Ministro Relator Luís Felipe Salomão. DJe: 07/04/2014).

⁶⁷ GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 114.

⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 22-58, out./dez. 1998. p. 34.

⁶⁹ RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Prefácio Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 449.

⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 34, out./dez. 2008.

⁷¹ Cf. ⁷¹ TJ-SP - APL: 142128720108260224 SP 0014212-87.2010.8.26.0224, Relator: Orlando Pistoresi, Data de Julgamento: 30/11/2011, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/11/2011. “Arrendamento mercantil - Contratos conexos ou coligados - Solidariedade - Reconhecimento. Os contratos apresentando-se conexos ou coligados não subsistem isoladamente eis que um afeta o outro, de sorte que o inadimplemento de um faculta ao lesado acionar, em caráter solidário, qualquer dos integrantes da rede contratual. Recurso improvido”.

Também a decisão do TJ-SP na APL: 9267365562008826 SP 9267365-56.2008.8.26.0000, Relator: Tasso Duarte de Melo, Data de Julgamento: 15/08/2012, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/08/2012 é elucidativa. “Compra e venda de veículo e financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia. Contratos conexos ou coligados, que compõem a mesma operação econômica e não subsistem isoladamente. Revendedora do veículo e instituição financeira, ora Apelada, que são parceiras comerciais. Responsabilidade solidária caracterizada (art. 7º, par. único, e art. 34, do CDC). Compra e venda não concretizada, muito embora realizado o financiamento do veículo. Propriedade e posse do veículo não transferidos ao Apelante. Invalidez da compra e venda que reflete no contrato de financiamento, que deve ser rescindido, com a exclusão do nome do Apelante dos cadastros de proteção ao crédito”. É possível vislumbrar um paralelo ao Contrato de Concessão no sentido de que o Poder Concedente e os Bancos Públicos ocupam posições e funções, no âmbito do Contrato de Concessão, análogas às exercidas pela revendedora e a instituição financeira responsável pelo financiamento do veículo alienado. O nexa de codependência entre os contratos de financiamento com instituição financeira parceira da revendedora e o próprio contrato de compra e venda do veículo é bastante similar à relação de dependência entre o Contrato de Concessão e os empréstimos subsidiados prometidos pelo Poder Concedente quando da licitação. Em ambos os casos, as operações não subsistem sem os respectivos

165. Cabe mencionar que o TCU, julgando situação semelhante à que se viu a Requerente quando da não disponibilização pelo BNDES dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente, também reconheceu a necessidade de proteção da oportunidade de negócio originalmente vislumbrada pelas partes de um contrato que foi afetado pela inviabilização de outro contrato. No caso analisado pela Corte de Contas, a contratada da Administração Pública tornou-se refém de um terceiro, o proprietário de jazidas que lhe cobraram *royalties* excessivos, em preço fora de mercado, ou fizeram exigências inviáveis de serem cumpridas, de todo modo demonstrando seu desinteresse em negociar com a contratada da Administração. Isto é, pela impossibilidade de efetivação dos contratos entre a contratada e os proprietários das jazidas, inviabilizou-se o cumprimento das obrigações contratuais estabelecidas entre a contratada e a Administração Pública.

115

166. Enquanto a área técnica (Secex/RS) entendeu que “*não houvera negativa formal de licenciamento, mas dificuldades de negociação entre a empreiteira contratada e seus proprietários*”, e, conseqüentemente, “[*n*]ão haveria, nesse caso, possibilidade de afastar a incidência dos comandos editalícios, uma vez não ter ocorrido qualquer ato de origem estatal com influência sobre a execução dos contratos”, o Plenário do TCU afastou o entendimento da Secex/RS para afirmar que “*se esse terceiro impõe uma contraprestação inaceitável pelo direito de uso - a exemplo da exigência de construção de acesso pavimentado até a jazida - configurado está, a meu ver, óbice relevante à exeqüibilidade do contrato por fator alheio ao campo de previsibilidades em que se estabeleceu a relação.*”⁷²

167. Deste modo, entendeu o TCU que o contrato entre Administração Pública e contratada deveria ser revisto nesse caso:

financiamentos, que, por sua vez, não fazem sentido isoladamente, mas somente em relação aos contratos que viabilizam.

⁷² TCU, Acórdão-0720-13/08-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

“A Secex/RS enquadra a exigência como ocorrência comum de mercado, valendo-se, em defesa da tese, de ensinamento da emérita doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro no sentido de que a álea ordinária 'está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação de mercado; sendo previsível, por ele responde o particular'. A lição, como sói ocorrer, é inteiramente pertinente, **porém entendo que a situação descrita nos autos, em que uma das partes tem poder absoluto de determinar o preço de transação totalmente inédita e excepcional dificilmente pode ser vista como flutuação normal de mercado** (sem grifos no original).⁷³

116

168. Em outra oportunidade, o TCU reconheceu que a ocorrência de fato imprevisível (surgimento de fornecedor de cimento mais próximo do local do respectivo contrato) que permitiria a redução do custo de insumo utilizado por contratada do DNIT acarretaria a obrigação de o DNIT: (i) negociar termo aditivo com a contratada para reduzir o valor referente ao cimento, diante das novas condições, realizando o reequilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Público; (ii) caso não fosse possível obter a anuência da contratada para repactuação do contrato nesses termos, que o DNIT rescindisse o contrato e realizasse nova licitação.⁷⁴ De toda forma, o que importa é que o TCU reconheceu que alterações na

⁷³ TCU, Acórdão-0720-13/08-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

⁷⁴ TCU, Acórdão 3289/2011 – Plenário, Rel. Min. José Jorge. “10. Com o surgimento da nova fábrica em Xambioá/TO, e diante da possibilidade de o cimento da obra ser adquirido pelo consórcio por preço mais baixo do que o efetivamente consignado no contrato (fato imprevisível superveniente à celebração da avença), a administração deveria, em homenagem ao princípio da economicidade, negociar com a contratada o fornecimento do cimento nessas novas condições. Com a anuência do consórcio (assinatura do aditivo), estar-se-ia promovendo, consensualmente, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato Dnit/TT nº 96/2010-00, nos exatos termos do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93. Justamente nesse sentido foi formulada a determinação inserta no subitem 9.1.3 do acórdão recorrido. 11. Caso o consórcio não concordasse com a aquisição do cimento

relação de contratados da Administração com terceiros particulares compõe as condições essenciais, as bases objetivas de contratos administrativos, de modo que a alteração imprevisível e extraordinária em tais relações implica o reequilíbrio econômico-financeiro de tais contratos.

169. Nota-se, desse modo, que, na ocorrência de situações análogas à que se encontrou a Requerente quando não lhe foram disponibilizados os financiamentos prometidos pelos Poder Concedente, a lógica subjacente às diferentes áreas do Direito brasileiro aponta sempre para a necessidade de proteção da oportunidade de negócio originalmente acordada entre as partes tendo em conta o conjunto de arranjos contratuais necessário para a sua execução. Razão pela qual, o direito de ter preservada tal oportunidade de negócio é assegurado à parte que, por razões alheias ao seu controle, se vê prejudicada em uma relação contratual pelos efeitos da não celebração ou inadimplemento de contrato do qual dependa a viabilidade dessa relação.

117

170. De toda forma, em se tratando de concessão de serviços públicos é necessário caracterizar a ocorrência de um Evento de Desequilíbrio para demonstrar que houve efetivamente alteração das condições do Contrato de Concessão. Para tanto, é preciso analisar os fatos descritos na seção IV.2.1 à luz da alocação legal e contratual de riscos entre as partes, como explicitado nos parágrafos 144 a 146 destas

dessa nova fábrica, a administração teria que partir para outra solução economicamente mais vantajosa, a qual envolveria, muito provavelmente, a rescisão contratual por motivo de interesse público e a realização de nova licitação. A Administração não poderia, ante a simples ocorrência de fato imprevisível (possibilidade da aquisição do cimento junto à fábrica em Xambioá/TO, com impacto sobre os preços originais pactuados com o Dnit), reduzir unilateralmente o lucro da contratada sem a prévia celebração de aditivo, passando a pagar-lhe, automaticamente, valores mais baixos dos que os efetivamente pactuados. Não se pode olvidar, à luz do art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93, que a alteração aqui tem que ser consensual, somente operando efeitos depois da assinatura de termo aditivo, ou seja, após a anuência formal da contratada quanto às novas cláusulas econômico-financeiras do contrato. 12. Da mesma forma, não poderia a contratada unilateralmente, sem a anuência da administração contratante, valer-se desse mesmo fato superveniente e imprevisível (instalação da nova fábrica em Xambioá/TO) para simplesmente majorar seu lucro na avença, em consequência da significativa redução de custos com aquisição de cimento para a obra. Tal conduta estaria evada de vício, sendo assim nula de pleno direito, por representar flagrante violação ao teor do art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93, o qual exige consenso entre as partes (acordo de vontades para o aperfeiçoamento da alteração), além de atentar contra o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que se caracteriza, em essência, pela "justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento".

Alegações Iniciais e disposto no próprio Contrato de Concessão. É o que se passa a fazer na próxima seção.

IV.2.3. Não obtenção dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente é caracterizada juridicamente como Evento de Desequilíbrio

171. Nesta seção, demonstra-se como a não disponibilização à Requerente dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente nos termos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos é evento que materializa risco alocado pelo Contrato de Concessão e/ou pela legislação aplicável ao Poder Concedente. Tal evento caracteriza-se juridicamente, portanto, como Evento de Desequilíbrio – particularmente, como materialização de hipótese de caso fortuito ou força maior não segurável, configurando álea econômica extraordinária (IV.2.3.1). Subsidiariamente, caso este Tribunal Arbitral não entenda pela caracterização dos fatos do caso em tela na seara da álea econômica extraordinária, há que se reconhecer a ocorrência de fato da Administração, como exposto a seguir (IV.2.3.2).

118

IV.2.3.1. Caracterização da álea econômica extraordinária

172. A proteção das partes contratuais contra eventos extraordinários, imprevisíveis e/ou incalculáveis, que modificam substancialmente as condições do contrato, é encontrada tanto no direito privado⁷⁵ quanto no público. No Direito

⁷⁵ O Código Civil, através de seus arts. 317 e 478, por exemplo, manifesta ao juiz a possibilidade de alteração das condições contratuais em razão de fatos que alterem manifestamente as prestações a serem cumpridas pela parte: “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

Administrativo, destaca-se o disposto no art. 65, II, d) da Lei nº 8.666/1993, aplicável também aos contratos de concessão de serviços públicos:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

II - por acordo das partes: (...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, **em caso de força maior, caso fortuito** ou fato do príncipe, **configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.**”

119

173. Na mesma linha, nos termos do item 21.2.4 do Contrato de Concessão, alocou-se ao Poder Concedente o risco de caso fortuito ou força maior que não possam ser cobertos por seguro, eventos afetos à álea econômica extraordinária:

“21.2 a Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...)

21.2.4 Caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência.”

174. Embora a definição específica desses conceitos possa variar na doutrina,⁷⁶ tem-se assentado que caso fortuito e força maior são situações de fato alheias à vontade das partes e por elas inevitáveis que geram a impossibilidade do cumprimento de obrigações contratuais. É essa, inclusive, a posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), com respaldo nas lições de Clóvis Bevilacqua: *“Na lição de Clóvis, caso fortuito é ‘o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes’, enquanto a força maior é ‘o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer’, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade”*.⁷⁷

175. De acordo com a jurisprudência a doutrina especializada *“a álea econômica extraordinária, que serve como fundamento ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, há que ser entendida como um risco imprevisível, extemporâneo e de excessiva onerosidade e que, sendo insuportável, não se pode exigir que a parte prejudicada arque com suas consequências por um dado período de tempo, sob pena de se concluir que esse fato não decorreu de uma situação de álea econômica extraordinária”*.⁷⁸ Como nota Carlos Ari Sunfeld, a doutrina costuma empregar a expressão *álea econômica extraordinária* para designar justamente esses fatores de influência no equilíbrio contratual que não são suportados pelo contratado. O que houver sido considerado contratualmente como risco do particular designa-se *álea econômica ordinária*.⁷⁹ No Direito Administrativo, a análise dos casos de ocorrência de álea econômica extraordinária tem sido informada pela chamada *“teoria da imprevisão”*.⁸⁰ Para sua incidência, afirma Marçal Justen Filho que *“se deve admitir que a distinção entre ordinariiedade e extraordinariiedade se relaciona com a*

120

⁷⁶ De forma geral, se entende que caso fortuito é aquele decorrente de eventos da natureza, enquanto que a força maior resulta de fato causado pela vontade humana, embora alheia às partes.

⁷⁷ STJ, REsp nº 264.589-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ: 18/12/2000.

⁷⁸ Acórdão 1.563/2004 - TCU – Plenário. Relator Min. Augusto Sherman.

⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual – Coleção Pareceres*, Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

⁸⁰ Na doutrina administrativista tradicional, ver a respeito: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 613 e ss.

*previsibilidade e a probabilidade da ocorrência dos eventos. É evidente que não se pode estabelecer como critério diferencial a mera possibilidade do evento. Fórmula dessa ordem tornaria inútil a distinção entre álea ordinária e extraordinária: todo evento possível seria previsível e, por isso, integraria a álea ordinária. Logo, integrariam a álea extraordinária apenas os eventos impossíveis, os quais nunca ocorreriam por sua própria definição”.*⁸¹

176. Ou seja, integram a álea econômica extraordinária todos aqueles eventos inevitáveis pelas partes, que impactem a execução do ajustado e cuja previsão não era razoável (i.e., baixa probabilidade de ocorrência) de acordo com as circunstâncias iniciais da contratação ou, ainda que fosse possível prever sua ocorrência, não era à época possível estimar seus efeitos na forma ocorrida (i.e., consequências incalculáveis). Em suma, **são eventos que fogem às circunstâncias ordinárias de execução do objeto contratual, onerando excessivamente uma das partes contratuais.**

121

177. Assim, é preciso deixar claro que a extraordinariedade do evento atrai a necessidade de proteção do equilíbrio econômico-financeiro, de maneira a fazer com que a alocação contratual e/ou legal dos riscos ligados à ocorrência de eventos extraordinários ao Poder Concedente **sobreponha-se a eventual alocação contratual de risco ordinário à Concessionária.** Explica-se: o Contrato de Concessão, quando aloca riscos específicos – por exemplo, a variação cambial, ou o preço de insumos, ou a contratação de financiamento – salvo quando expressamente ressalvado, aloca tais riscos tendo em conta as **circunstâncias ordinárias da contratação.** Assim, dentro das flutuações ordinárias cambiais, da variação ordinária do preço de insumos ou de um cenário de normalidade no mercado de crédito, considera-se que o risco é assumido pela Concessionária, conforme previsto nas respectivas cláusulas contratuais.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400.

178. Outro exemplo relativo aos custos para execução dos serviços previstos nas Frentes de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, alocados à Concessionária pela subcláusula 21.1.7: se os preços dos insumos necessários para as intervenções tiverem altas extraordinárias por conta de fatores totalmente alheios ao controle da Concessionária, como uma escassez súbita do material ou uma desvalorização cambial que torne inviável adquirir determinado insumo cujo preço esteja vinculado ao valor do dólar, estaremos diante de riscos alocados ao Poder Concedente de caso fortuito ou força maior.

179. Ainda, em relação a risco de demanda: o risco de volume de tráfego é ordinariamente alocado à Concessionária. No entanto, na eventual ocorrência de caso fortuito ou força maior que ocasione uma extraordinária, imprevisível e inevitável diminuição do volume de tráfego no Sistema Rodoviário – como o rompimento de uma barragem que afete a rodovia, ou uma operação de força policial ou militar em comunidades lindeiras à rodovia que imponha risco à segurança dos usuários que nela trafegam – há sobreposição ao risco ordinário de demanda, criando o dever de reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão pelo Poder Concedente.

122

180. É precisa a análise de Flávio Amaral Garcia:

“Dito em outros termos, o ponto central a ser abordado envolve saber se **os riscos contratualmente partilhado entre as partes – quando têm as suas consequências extremadas em razão de profunda modificação no contexto econômico que emoldurou a celebração do contrato –** podem gerar reequilíbrio do contrato ou, de outro lado, se uma vez compartilhados os riscos cada parte deve assumir integralmente as suas consequências, mesmo que diante de novas condições e

circunstâncias, não se cogitando de aplicar a racionalidade da Teoria da Imprevisão em razão de se tratar de riscos contratualmente delimitado (...) Ainda que o desequilíbrio recaia essencialmente em **custos assumidos por uma das partes**, parece **solução simplista** dizer que se tratava de risco contratualmente previsto, afastando-se a teoria da imprevisão. (...)

Certos riscos, ainda que corretamente alocados, podem ter as suas consequências extremadas por circunstâncias imprevisíveis a ponto de abalar a economia original do contrato e colocar em perigo a sua eficiente execução.

A sutileza da distinção é relevante para a compreensão do que ora se afirma.

Quando ocorrências fáticas – contratualmente partilhadas – se desenvolvem em **cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis e que geram uma elevação extrema e extraordinária dos custos**, onerando excessivamente uma das partes, a interpretação que privilegie o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto é a que melhor se coaduna com a concretização do interesse público e a justiça contratual”.⁸²

123

181. Por sua vez, o TCU, no caso narrado na seção anterior que tratou de contrato administrativo que foi impactado pelas condições impostas por terceiros particulares para liberação de jazidas, em relação privada com o contratado da Administração, também ponderou que a previsão de alocação do risco ordinário de

⁸² GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 117.

liberação das jazidas ao contratado da Administração não exige a aplicação da teoria da imprevisão e da verificação dos riscos extraordinários, afirmando que “*mesmo que o impasse verificado na liberação das jazidas tenha estado nas cogitações da autarquia promotora da licitação, disposição que transfere à contratada a responsabilidade pela superação de todos os óbices que venham a se interpor à regular execução do contrato apoia-se em suporte de escassa ou nenhuma juridicidade.*”⁸³

182. Para que seja efetiva a proteção legal e contratual da Requerente contra eventos caracterizados como caso fortuito e força maior, **é preciso observar a alocação legal e contratual de riscos extraordinários ao Poder Concedente, inclusive nos casos em que há alocação de risco específico – ordinário – à Concessionária. De outro modo, de nada valeria a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro assegurada pela legislação e pelo Contrato de Concessão à Concessionária nos casos afetos à teoria da imprevisão.** Seria letra legal e contratual morta a alocação de risco ao Poder Concedente nos casos fortuitos e de força maior se fosse a ele simplesmente possível alegar, mesmo quando se verifica a extraordinariedade do evento, que há alocação de risco ordinário à Concessionária. Nesse sentido, é extensa a referência doutrinária e jurisprudencial à prevalência da alocação extraordinária de riscos, que impede que ao contratado seja imposta toda e qualquer situação pela simples alegação que um risco ordinário fora a ele alocado. Segundo Carlos Ari Sunfeld, “*a concessionária, por óbvio, não assume qualquer risco referente a mudanças nas condições contratuais de exploração.*”⁸⁴ Já Pedro Gonçalves é categórico ao afirmar que “*as circunstâncias de o contratante assumir um determinado risco (v.g., de procura ou de construção) não significa que tenha de suportar as consequências de todo e qualquer facto que produza efeitos no domínio desse risco.*”⁸⁵

124

⁸³ TCU, Acórdão-0720-13/08-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual – Coleção Pareceres*, Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 124.

⁸⁵ GONÇALVES, Pedro Costa, com a colaboração de MACHADO, Carla e MOREIRA, José Azevedo. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 559.

183. Assim, para interpretar o Contrato de Concessão de modo sistemático e harmônico com a legislação, **é preciso compatibilizar os riscos ordinários e extraordinários, sendo certo que alocação de riscos ordinária cede vez à extraordinária quando for verificada a aplicação da teoria da imprevisão.**

184. No caso, a ocorrência da mais grave crise da história brasileira, que, no setor de infraestrutura rodoviária, se manifestou através do fechamento do mercado de crédito e não disponibilização pelo BNDES dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente, é evento imprevisível, como reconhecido pela própria Requerida 1 em seu Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais:⁸⁶

125

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

Essas inferências estatísticas apontam para uma forte imprevisibilidade da recessão econômica vivida entre 2015 e 2016. Quando se toma por base a série histórica desde a estabilização da economia brasileira decorrente do Plano Real, evidencia-se a **impossibilidade de se prever quedas nesse**

⁸⁶ Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais, p.1.

patamar daqueles que assumiram concessões de rodovias federais nesse período. Mesmo nos cenários mais pessimistas que poderiam balizar as propostas econômicas ofertadas nos leilões das rodovias, é pouco provável que se considerasse hipóteses com menos de 0,27% de probabilidade de ocorrência.”

185. Mais adiante, afirma-se que “o diagnóstico ora realizado tem como conclusão que os efeitos de queda no tráfego impactam - em maior ou menor magnitude - todas as rodovias federais concedidas, **devido à baixíssima probabilidade de que os ofertantes nos leilões pudessem prever quedas anuais do PIB superiores a 3%. Quanto menor o tempo entre a licitação e o efeito da inflexão da economia nacional, maior a sensibilidade do projeto à queda nas suas receitas.**” Considerando que a licitação da Concessão foi a última a ser realizada dentre as licitadas nos anos de 2013 a 2014, logo na aurora da crise, é evidente a conclusão, com esteio na manifestação da própria ANTT, que a Requerente foi a concessionária mais impactada pela crise.⁸⁷

126

186. E não se argumente que, por ter sido o último dos projetos do conjunto de licitações de 2013 e 2014, já seria previsível o cenário de crise. Como narrado, o leilão relativo ao Edital ocorreu no primeiro semestre de 2014, em maio, na véspera do esfacelamento da economia brasileira.

187. Trata-se, obviamente, de fato imprevisível e alheio à vontade das partes que impactou gravemente a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, impedindo a sua execução. E o fez de forma inevitável, já que não havia e não há no mercado, em razão da gravidade e do caráter extraordinário da crise econômica que afetou o crédito ao setor de infraestrutura, opções substitutivas

⁸⁷ Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais, p.9.

similares das condições de financiamento prometidas pelo Poder Concedente para obtenção de recursos pela Concessionária – embora tais condições, por força da Carta de Apoio dos Bancos Públicos divulgada pelo Governo Federal no momento da licitação e por terem sido consideradas pela própria ANTT no EVTE que resultou no Edital, tenham embasado a proposta econômica da Concessionária na licitação. Considerando as declarações e promessas de representantes das Requeridas e o histórico do BNDES como principal financiador dos projetos de infraestrutura em geral e das concessões rodoviárias em especial, a não disponibilização pelo banco do empréstimo-ponte era evento que as partes, razoavelmente, jamais poderiam prever. Mais do que isso, a magnitude da crise econômica – repita-se, a mais grave crise da história republicana brasileira – e de suas faces no setor de infraestrutura rodoviária era também imprevisível (i.e., tinha probabilidade absolutamente remota de ocorrência, como aliás reconhecido pela própria Requerida 1, tal qual acima exposto) e, mesmo que pudesse ser prevista, suas consequências, em função do ineditismo de uma crise dessa proporção, eram certamente incalculáveis.

127

188. **É descabido invocar no caso, portanto, o disposto na subcláusula 26.1 do Contrato de Concessão**, segundo a qual “*A Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato*”, para atribuir à Requerente a responsabilidade pelas mudanças das condições de financiamento praticadas pelo mercado de crédito para as empresas do setor de infraestrutura rodoviária, notadamente, pelo BNDES.

189. Tal subcláusula estabelece tão somente que, em circunstâncias ordinárias, o risco de obtenção do financiamento deve ser suportado pela Concessionária. Assim se, por exemplo, a não disponibilização dos financiamentos pelo BNDES tivesse como causa o não atendimento pela Concessionária das

condições usualmente exigidas pelas instituições financeiras, certamente caberia somente a ela arcar com o ônus da decisão proferida pelo banco.

190. Todavia, não foi esse o caso. A rigor, embora a Concessionária tenha atendido tempestivamente a todas as exigências do BNDES, não houve a disponibilização do empréstimo-ponte e muito menos do financiamento de longo prazo. Fato é que **a extraordinária deterioração do cenário econômico brasileiro**, iniciada no último trimestre de 2014 – como demonstrado pela Concessionária à ANTT, por meio dos Ofícios nº PTC 017/2015 e nº 019/2015 –, se manifestou no setor de infraestrutura rodoviária **tornando insustentável a manutenção, pelo BNDES ou qualquer outra instituição financeira, das condições de financiamento anunciadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.**

128

191. Foram diversas as instâncias em que as próprias Requeridas reconheceram esse fato. Como narrado na seção IV.2.1, a SUINF da ANTT, ainda em março de 2015, nos Despachos 209/2015/NIP/SUINF (Doc. A.19) e Memorando 297/2015/SUINF (Doc. A.20), assumiu que não seriam consideradas hipóteses de responsabilidade da Concessionária as situações de caso fortuito e força maior, como as em questão. Ainda, na Nota Técnica 424/15/SUINF, de 27/10/2015 (Doc. A.30), afirmou que eventuais concessões posteriores às da 3ª Etapa PROCROFE já não mais conseguiriam se subordinar às mesmas premissas adotadas para as concessões da 3ª Etapa PROCROFE. Esta mesma nota afirmou categoricamente, ainda, que o aumento da Taxa de Juros de Longo Prazo – outra face da crise econômica no mercado de crédito - *“encarece substancialmente os empréstimos do BNDES, principal agente financiador das concessões principalmente durante a fase onde é necessário*

realizar a maior parte dos investimentos e, por sua vez, as concessionárias estão mais alavancadas”.

88

192. Por fim, mais recentemente, no já mencionado documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais, **a ANTT inequivocamente admite que a crise econômica inviabilizou a execução normal dos contratos de concessão da 3ª Etapa PROCROFE** por conta de sua dimensão específica de fechamento do mercado de crédito às concessionárias. Confira-se:

“Os efeitos dessa conjuntura traduziram-se na redução no ritmo de execução das obras de grande vulto previstas nas concessões rodoviárias. Com recursos insuficientes, foram priorizados serviços básicos, como a operação e manutenção da rodovia, relegando a um segundo plano os investimentos em ampliação de capacidade e melhorias. **Um forte agravante sobre a**

129

⁸⁸ Ao tratar da eventual modelagem de uma nova concessão para o trecho anteriormente concedido à Concessionária, a ANTT faz os seguintes apontamentos macroeconômicos na Nota Técnica 424/15/SUINF:

- *“As PMIS que vem sendo entregues para a ANTT nos últimos meses apontam para um patamar de tarifas bem acima daquele praticado nos leilões anteriores. De acordo com os estudos que foram entregues e submetidos a Audiência Pública, as tarifas estão no patamar de R\$ 14,00/100km. Entre os motivos desse aumento estão o aumento da Taxa Interna de Retorno exigida para as novas PMIs de 8,2% para 9,2%; o aumento generalizado nos custos de insumos asfálticos de acordo com o DNIT ocorrido entre 2014 e 2015; e aumento nos preços referenciais do SICRO ocorrido entre 2014 e 2015;*
- *Taxa básica de juros (SELIC) está em 14,25% a qual em, como um dos seus efeitos, a exigência de uma maior remuneração do projeto por parte do acionista;*
- *A Taxa de juros de longo prazo (TJLP) aumento de 5% (janeiro-dezembro de 2014) para 6,5% (julho a setembro de 2015), o que encarece substancialmente os empréstimos do BNDES, principal agente financiador das concessões principalmente durante a fase onde é necessário realizar a maior parte dos investimentos e, por sua vez, as concessionárias estão mais alavancadas;*
- *As tarifas elevadas refletem a piora de variáveis macroeconômicas como: o PIB, cuja projeção para é de -% e em de -%, o IPCA, cuja projeção para é de 9,70% e em 2016 de 6,05%; Produção Industrial (% do crescimento), cuja projeção para 2015 é de -7,00% e em 2016 de -1,00%, Taxa de câmbio (R\$/US\$ - fim de período), cuja projeção para 2015 é de 4,00 e em 2016 de 4,15;*
- *Houve piora considerável na percepção de risco do mercado em relação ao Brasil, tendo em vista os sucessivos rebaixamentos da nota de crédito por agências internacionais de classificação de risco, inclusive com a perda do grau de investimento pela Standard & Poors e rebaixamento pela Fitch Ratings. Vale ressaltar que tais rebaixamentos da nota de crédito do Brasil tem um efeito sistêmico, podendo contaminar empresas brasileiras do setor de infraestrutura, o que dificulta a obtenção de financiamento de longo prazo para essas empresas e, obviamente, diminui o número de possíveis players interessados em novos leilões;*
- *Aumento na percepção de risco regulatório e risco de financiamento por parte do mercado;*

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

193. Mais adiante, reconhece-se que *“a queda na atividade econômica impactou duplamente as concessões, não somente com a queda nas suas próprias receitas provenientes da cobrança de pedágio, mas também da sua capacidade de obter financiamento subsidiado por meio dos bancos públicos. Essa realidade é claramente demonstrada pelo exemplo das concessões da 3ª etapa, uma vez que haviam sido divulgadas condições de financiamento imediatamente antes dos leilões. Cabe, destacar, contudo, que o enrijecimento das políticas operacionais e de crédito dos bancos públicos estendeu-se a todo o setor rodoviário, debilitando que estes sejam o motor financeiro para a execução das obras em concessões”*.⁸⁹

130

194. Trata-se, portanto, de situação excepcional, que, como sustentado acima, comporta enquadramento jurídico na hipótese de riscos alocado ao Poder Concedente pela subcláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão e na legislação, pugnando pela aplicação da teoria da imprevisão, conforme decisão paradigmática do STJ no MS nº 15.154-PE,⁹⁰ que estendeu aos contratos administrativos a aplicação da teoria da imprevisão – até então restrita às relações de direito privado estabelecidas por meio de contrato de *leasing* ou às relações de consumo –, de modo a sustar o cumprimento de obrigações pela contratada da Administração Pública que se tornaram excessivamente onerosas em razão da súbita desvalorização cambial ocorrida em 1999:

⁸⁹ Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais, p.6.

⁹⁰ STJ, RO em MS nº 15.154-PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ: 02/12/2002.

“ (...) 2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, **configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes. 3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato.** Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (...)”.

195. Nos termos do voto do Relator, Min. Luiz Fux:

“**Vislumbra-se ante o quadro econômico que o País se encontrava nos idos de 1999, a incidência irrefutável da Teoria da Imprevisão, que exonera o contratado de sua responsabilidade**, posto que a mudança da política econômica para o câmbio flutuante produziu álea administrativa, equiparável ao caso fortuito e à força maior luzentes nos arts. 1.058 e 1.277 do Código Civil, impondo o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro rompido”⁹¹.

196. Em caso tratando de matéria similar, o TCU também entendeu pelo cabimento de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro por conta da desvalorização cambial.⁹² E de modo semelhante, a Justiça Federal considerou possível o reequilíbrio econômico-financeiro por conta do congelamento de preços impostos a concessionária por planos governamentais.⁹³

⁹¹ Idem.

⁹² TCU, Decisão nº 464/2000 - Plenário, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 7.6.200.

⁹³ TRF 1ª Região, AC 1997.01.00.028532-7 /DF, 4ª Turma, Rel. Juiz Hilton Queiroz.

197. Cuidavam os acórdãos do STJ, do TCU e do TRF da 1ª Região, portanto, de situações muito próximas à que, no presente caso, se analisa. Evento excepcional atinge um mercado ou setor específico (no presente caso, o setor de infraestrutura e construção pesada; no caso do referido Acórdão do STJ, o setor de tecnologia da informação, altamente exposto às variações cambiais) causando graves prejuízos a uma das partes da relação contratual, sem que qualquer das partes tenha contribuído para tanto. Presentes os requisitos da inevitabilidade, imprevisibilidade e da gravidade do impacto sobre a equação econômico-financeira do Contrato, entenderam os órgãos do Poder Judiciário e o TCU tratarem-se de hipóteses equiparáveis ao caso fortuito e à força maior, que requer a aplicação da teoria da imprevisão para que se revejam as obrigações a serem suportadas pela contratada.

132

198. Assim, sendo, resta inequivocamente caracterizada a materialização de Evento de Desequilíbrio ao Contrato de Concessão que deveria ter sido solucionado pelas Requeridas enquanto ainda era viável a manutenção da Concessão em suas condições originalmente pactuadas. Contudo, como se viu da seção IV.2.1 e detalhado na próxima seção, a conduta das Requeridas foi completamente contrária à continuidade da Concessão.

IV.2.3.2. Caracterização como fato da Administração e a violação à boa-fé objetiva

199. Caso este Tribunal Arbitral não reconheça o caráter extraordinário dos fatos narrados nestas Alegações Iniciais e seu enquadramento como álea econômica extraordinária com base na teoria da imprevisão, pleiteia a Requerente, subsidiariamente, que seja reconhecida a ocorrência de fato da Administração. Isso porque o histórico dos fatos apresentado na seção IV.2.1 impõe que se reconheça o papel determinante desempenhado pelas Requeridas tanto para que a Requerente não

obtivesse os financiamentos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos quanto para que não se lograsse êxito em construir uma solução que assegurasse a viabilidade da Concessão. Resta claro que as atuações das Requeridas, omissivas e comissivas,⁹⁴ foram **deletérias ao próprio interesse público, abusivas e violadoras dos padrões objetivos de lealdade e proteção da confiança legítima impostos pela boa-fé objetiva.**

200. A exposição a seguir desenvolvida estrutura-se da seguinte forma: primeiramente, demonstra-se que as faltas aos deveres objetivos da boa-fé se materializaram em **violações à legítima expectativa** criada na Concessionária desde a divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos e durante todo o processo licitatório e de negociação do financiamento. Em seguida, é visto como as ações do Poder Concedente também caracterizam violações aos seus **deveres legais e contratuais de colaboração** para que seus contratados possam executar os objetos dos contratos administrativos. Por fim, demonstra-se como tais ações e omissões constituem **atos da Administração.**

133

201. Da análise do histórico apresentado na seção IV.2.1, vê-se que **o Poder Concedente usou seu poder de controle sobre os Bancos Públicos para ofertar ao mercado crédito ultra-subsidiado e atrair interessados para os projetos da 3ª Etapa PROCROFE. A instrumentalização do seu controle sobre os Bancos Públicos foi, nesse sentido, fundamental para viabilizar a estruturação pela ANTT dos projetos que implementavam a política pública de investimento do Governo Federal para o setor de infraestrutura rodoviária, consubstanciada no capítulo de concessões rodoviárias do PIL.**

⁹⁴ Citem-se, como anteriormente relatado, as medidas de austeridade, a ausência de aporte de recursos no FGIE, revisão da política pública para o setor, repercutindo na forma de atuação dos Bancos Públicos, além da própria omissão em sanar a demora e posterior recusa injustificada do BNDES em contratar o empréstimo ponte.

202. Contudo, quando adveio a crise econômica, as Requeridas **falharam em garantir** que as promessas feitas pelo Governo Federal através das entidades sob seu controle, os Bancos Públicos, fossem cumpridas. **Não tendo sido disponibilizados os financiamentos prometidos, cabia às Requeridas, reconhecendo tratar-se da ocorrência de evento caracterizado como caso fortuito ou força maior, proceder à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**, o que não foi feito. Ainda que entendessem (como, equivocadamente, entenderam) não se tratar de Evento de Desequilíbrio, cabia à Requerida 2, tendo em vista as várias manifestações das áreas técnicas da ANTT quanto à maior aptidão – à luz dos princípios da eficiência, economicidade e segurança dos usuários – para a promoção do interesse público de soluções voltadas à continuidade da Concessão (quando comparadas com a alternativa de extinção antecipada do Contrato de Concessão por caducidade), exercer a prerrogativa que lhe é assegurada pelos arts. 58 e 65 da Lei nº 8.666/1993 e pelo art. art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995, para alterar o Contrato de Concessão e adequá-lo às circunstâncias supervenientes e imprevistas que impediram a execução do seu objeto pela Concessionária. O descumprimento das promessas feitas à época da licitação e a atuação das Requeridas para lidar com os efeitos sobre a Concessão da não disponibilização dos financiamentos dos Bancos Públicos constitui clara violação aos deveres de boa-fé objetiva⁹⁵ e de proteção da confiança legítima gerada na Concessionária. Nas palavras de Flávio Amaral Garcia:

“Supor que as partes devam manter tudo como está, **mesmo diante de uma aguda transformação das circunstâncias**

⁹⁵ Quanto à aplicabilidade da boa-fé no Direito Público, confira-se a lição de Anderson Schreiber: “É certo que também a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional [art. 3º da Constituição de 1988 – princípio da solidariedade social]. Justamente por isso por isso se indicou como mais acertada a **orientação segundo a qual sua aplicação não se deve restringir a relações contratuais ou mesmo a relações privadas, devendo se infiltrar por todos os ramos do direito**”. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 107.

econômicas exógenas ao contrato, bastante o suficiente para desequilibrar a financeiramente a relação e gerar iniquidades e injustiças gravosas para um dos contratantes, é ignorar a boa-fé como pressuposto das públicas relações contratuais.”⁹⁶

203. A boa-fé objetiva tem, na verdade, “*tríplice função no sistema jurídico, a saber: (i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e (iii) a função restritiva ao exercício de direitos*”.⁹⁷ Em especial, a boa-fé objetiva estipula regras de conduta que prescrevem um comportamento fundado na lealdade a ser seguido pelos sujeitos obrigacionais, o qual impõe que se leve em conta as expectativas geradas em outrem. Tais regras atuam como verdadeiros *standards* de condutas objetivas a serem seguidas pelas partes de um contrato – tanto antes de sua celebração, quanto durante sua vigência e depois de sua extinção. Às partes cabe, mutuamente, respeitar seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, sempre agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses de ambas as partes.⁹⁸ **Dos chamados deveres anexos da boa-fé objetiva, destacam-se para o caso os deveres de cuidado ou proteção e os deveres de colaboração.**⁹⁹ Tais deveres são ainda mais relevantes nos contratos concessionais – construídos que

135

⁹⁶ GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 117.

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.86.

⁹⁸ Cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório rio: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e técnica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 412; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 216.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e técnica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 440.

são a partir de uma relação duradoura – que somente produzem benefícios recíprocos para as partes **quando ambas adotam a cooperação, a confiança e a boa-fé** como elementos centrais na construção coordenada das soluções *pós-contratuais*.¹⁰⁰

204. Assim, por um lado, durante toda a fase preparatória do certame do Edital, o Poder Concedente e os Bancos Públicos geraram uma expectativa legítima de que seria concedido financiamento nas condições e prazos divulgados na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e garantidos pelo Poder Concedente.¹⁰¹ Por outro, depois da celebração do Contrato de Concessão, tanto os Bancos Públicos quanto o Poder Concedente não envidaram esforços para levar a cabo as condições oferecidas; ao contrário, **atuaram decisivamente para que as expectativas da Concessionária fossem violadas**.

136

205. A proteção à confiança legítima é uma função da lealdade necessária entre as partes, sendo o principal conteúdo dos padrões de conduta da boa-fé objetiva.¹⁰² A proteção à confiança legítima e o correlato dever de boa-fé objetiva são assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro como corolários do princípio da segurança jurídica.¹⁰³

¹⁰⁰ GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 123.

¹⁰¹ A geração da confiança legítima nos licitantes dos contratos de concessão da 3ª Etapa PROCROFE restou evidente da síntese fática presente na seção IV.2.1. Como demonstra Anderson Schreiber: “*A existência do estado de confiança não exige demonstração absolutamente rigorosa. Pela própria função que o nemo potest venire contra factum proprium desempenha no sistema jurídico, qual seja, a de garantir efeitos jurídicos a alterações de abusividade mantidas geralmente à margem da lei, pode o magistrado presumir a adesão ao comportamento inicial, a partir das circunstâncias fáticas presentes. A própria existência de um prejuízo sugere, normalmente, que o prejudicado aderiu, em alguma medida, ao factum proprium. Não basta, todavia, o estado de confiança; é preciso que uma confiança seja legítima, no sentido de que deve derivar razoavelmente do comportamento inicial.*”. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 143.

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 95.

¹⁰³ Cf. Art. 422 do Código Civil. No âmbito da atuação da Administração Pública Federal, a Lei nº 9.784/99 já estabeleceu, de forma expressa, a necessidade de observância pelos agentes públicos da boa-fé nos processos administrativos (Cf. art 2º, parágrafo único, IV).

206. O vínculo entre o princípio da boa-fé e a proteção da confiança surge por meio do dever anexo de cuidado ou proteção das expectativas legítimas criadas nos contratantes. Pautar os comportamentos pelo princípio da boa-fé antes, durante e depois da celebração de contratos é de fundamental importância para tutelar as legítimas expectativas geradas entre as partes, o que contribui para garantir a necessária estabilidade e a segurança jurídica nas relações contratuais travadas entre administradores e administrados.¹⁰⁴ Nas palavras de Mario Engler Pinto Júnior, analisando caso semelhante ao tratado no presente:

“O problema surge quando, após a conclusão do empreendimento, o Estado resolve suprimir os estímulos até então concedidos, ou alterar radicalmente o ambiente jurídico e econômico vigente, com forte impacto no resultado financeiro e na própria viabilidade do negócio. Não é qualquer mudança de postura estatal que merece ser censurada nesse contexto, **mas apenas aquela que contrarie expectativas legítimas incutidas na iniciativa privada, com base em declarações, atos formais e até posturas informais das autoridades públicas.**

A retirada abrupta do apoio governamental, quando procedente a crença de que teria continuidade por mais tempo, implica a violação aos princípios da segurança jurídica e seus consectários lógicos, com a previsibilidade da ação estatal, a boa-fé e a proteção à confiança legítima.

¹⁰⁴ GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos (Casos e Polêmicas)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp.339-340.

No limite, a nova decisão pode obrigar o Estado a ressarcir o empreendedor indevidamente prejudicado”.¹⁰⁵

207. Trata-se obviamente de comportamento contraditório que é vedado pelo ordenamento jurídico. Na lição de Anderson Schreiber:

“[p]ode-se indicar quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição do comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isso mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição”.

138

208. O fato próprio é a inclusão, pelas Requeridas, dos financiamentos subsidiados nas condições essenciais, nas bases objetivas do Contrato de Concessão. Ele é reforçado pela conduta do Poder Concedente quando da licitação, que, como narrado, em diversas instâncias garantiu que tais condições seriam mantidas. A legítima confiança manifesta-se na conduta da Concessionária, que a todo tempo deixou claro confiar que as condições do Contrato de Concessão seriam mantidas, seja com a própria contratação dos financiamentos ou com o reequilíbrio contratual que viabilizasse sua continuidade.

209. O comportamento contraditório da Requerida 2 se verificou de modo comissivo e omissivo. Comissivamente, pois **alterou sua orientação quanto à**

¹⁰⁵ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Confiança legítima no relacionamento entre poder público e iniciativa privada*. In: André Rodrigues Corrêa; Mario Engler Pinto Junior. (Org.). *Cumprimento de Contratos e Razão de Estado*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 352.

forma de utilização dos Bancos Públicos como instrumento de políticas públicas no setor de infraestrutura e implementou mediadas de austeridade que impactaram o mercado de crédito. Foi também omissa, pois em nenhum momento agiu para proteger a oportunidade de negócio originalmente vislumbrada pelas partes, que considerava as condições de financiamento ofertadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Permaneceu absolutamente passiva ao ver a situação da Concessão se deteriorar por conta da não disponibilização do empréstimo ponte, apesar de a Requerente ter diligenciado inúmeras vezes para alertar – mais que isso, para conclamar – as Requeridas a colaborarem para que se assegurasse a viabilidade econômico-financeira e continuidade da Concessão – solução que, como reconhecido pelas próprias Requeridas, melhor atendia ao interesse público. Pior ainda, as Requeridas caminharam decididamente de modo contrário a esse reconhecimento, movidas a partir dos posicionamentos – tão incisivos quanto juridicamente frágeis – da Procuradoria Federal,¹⁰⁶ processando e decretando a caducidade da Concessão mesmo quando esta solução era considerada, pelos próprios representantes técnicos das Requeridas, a pior das soluções disponíveis.

139

210. Na verdade, o caso ora em tela é ainda mais grave, pois a promessa de financiamentos extremamente subsidiados foi, como se viu, **condição da própria viabilidade da política pública setorial, implementada por meio das concessões da 3ª Etapa do PROCROFE**. Não é o caso, portanto, de mera perda de expectativa de apoio por parte do particular contratado, mas de expectativa legítima do cumprimento das condições de viabilidade do projeto tal qual elaborado pelas Requeridas Concedente e assumido pela Requerente. Em outras palavras, a

¹⁰⁶ Como destacado no Parecer nº 00584/2016/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU (Doc. A.41): “*Em pelo menos cinco oportunidades, esta Procuradoria Federal e o Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, todos órgãos de assessoramento jurídico da Advocacia-Geral da União - AGU, manifestaram-se de forma uníssona, no sentido de que a captação do financiamento, seja perante alguma instituição pública, seja junto a alguma agência de financiamento privada, é obrigação legal e contratual que diz respeito única e exclusivamente à alçada da Concessionária de Rodovias BR-153 S.A.*”.

Requerida 2 atuou contra o próprio Contrato de Concessão, motivo pelo qual, além de representar violação às expectativas da Concessionária, as condutas do Poder Concedente concretizam verdadeira violação contratual.

211. Isso porque há um **dever imposto pelo ordenamento jurídico sobre as partes de atuar no sentido de colaborar para que tenha sucesso o projeto da Concessão**. Essa obrigação possui três fundamentos distintos: o primeiro decorrente do dever de colaboração, anexo à boa-fé objetiva; o segundo pela própria legislação publicística, em especial pelos artigos 66 c/c art. 78, XVI da Lei 8.666/93;¹⁰⁷ o terceiro pelo Contrato de Concessão, em sua subcláusula 21.2.3.

212. Como visto acima, dos padrões de conduta impostos pela boa-fé objetiva decorrem diversos deveres anexos ou laterais a um contrato. Dentre eles, destacam-se dois: um com sentido negativo e um de sentido positivo. O primeiro diz respeito à **obrigação de lealdade**, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais e contraditórios, tratado anteriormente; o segundo diz respeito à **obrigação de cooperação** entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada.¹⁰⁸ A lógica de cooperação e consenso no âmbito administrativo é destacada por Patrícia Baptista:

140

¹⁰⁷ No plano do direito positivado, a Lei nº 8.666/93 afirma, em seu artigo 66, que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”. Na lição de Marçal Justen Filho. “O inc. XVI alude à ausência de liberação de área, local, ou objeto para a execução da prestação ou de fonte material natural. **O dispositivo deve ser interpretado de modo amplo. Devem ser abrangidas outras situações semelhantes. Sempre que a execução do contrato ficar na dependência de providência da Administração, deverá aplicar-se o dispositivo no inc. XVI. Se a Administração não desencadear as providências que ficaram a seu cargo, o particular estará de mãos atadas e não poderá iniciar ou desenvolver a execução do contrato. A situação não pode se prolongar indefinidamente. A lei estabelece o dever de observar o limite contratual previsto para a prática do ato pela Administração. Isso não significa que a regra apenas seja aplicável quando o contrato expressamente impuser a obrigatoriedade da providência para a Administração” JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 981-982.**

¹⁰⁸ SOARES. Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*, São Paulo: LTr, 2008, p. 83.

“O que de mais atual tem sido gestado no direito administrativo aposta suas fichas em mecanismos de consenso, de adesão e de cooperação dos particulares com a Administração, no lugar dos modos tracionais de ação pública estatal, do tipo comando-controle, baseados na lógica adversarial. A ação consensual é, de fato, mais rápida, mais barata e, possivelmente por causa disso, mais eficiente.”¹⁰⁹

213. Para Flávio Amaral Garcia, surge daí “*a necessidade de contratante e contratada agirem em regime de parceria e colaboração, pautando os seus comportamentos pelo princípio da boa-fé, que envolve lealdade e confiança recíprocas, com vistas à tutela das legítimas expectativas geradas entre as partes para fins de garantia da estabilidade e segurança jurídica das relações travadas*”.¹¹⁰ Sobre o tema, também esclarece Mario Engler Pinto Júnior que “*o atingimento de um resultado satisfatório para os dois contratantes deve ser entendido como escopo comum do contrato, daí decorrendo o dever jurídico de colaboração recíproca, que constitui desdobramento do conceito de boa-fé contratual*”.¹¹¹

141

214. Nesse sentido, o próprio Contrato de Concessão na subcláusula 21.2.3 afirma não ser risco da Concessionária o “*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 e/ou na legislação vigente, e a disponibilização de acesso ao Sistema Rodoviário prevista na cláusula 10.1.5*”. Ocorre que essa cláusula é interpretada de modo mais amplo pela doutrina, para englobar não somente o acesso ao objeto do contrato, **mas toda e qualquer providência pela**

¹⁰⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 227.

¹¹⁰ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)* 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 302.

¹¹¹ Cf. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Confiança legítima no relacionamento entre poder público e iniciativa privada*. In: André Rodrigues Corrêa; Mario Engler Pinto Junior. (Org.). *Cumprimento de Contratos e Razão de Estado*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 350.

Administração Pública da qual dependa o particular contratado para executar a prestação do serviço.¹¹² Ao se manter omissos e não agir para evitar que a não disponibilização dos financiamentos prometidos inviabilizasse a execução do objeto contratual, o Poder Concedente **violou seu dever de cumprir providência indispensável ao Contrato de Concessão**, conforme se depreende desta leitura sistemática dos dispositivos legais e contratuais.

215. Pior do que isso: como visto na seção IV.2.1, além de ter se omitido no dever de viabilizar a continuidade da Concessão, **o Poder Concedente teve atuação decisiva durante a derrocada da Concessão para que fosse inviabilizada qualquer solução de continuidade dos serviços concedidos**, principalmente por intermédio de sua procuradoria, que atuou incisivamente para que a ANTT instaurasse o processo de caducidade e recomendasse a sua decretação, mesmo sem qualquer fundamento jurídico e contrariamente às análises técnicas que apontavam a continuidade da Concessão como a alternativa mais apta a promover o interesse público. Nesse sentido, é preciso notar que há dever de coerência entre as diversas esferas administrativas para cumprimento das expectativas legitimamente geradas nos particulares. Como afirma Anderson Schreiber:

“Por fim, atente-se para a frequente e relevante hipótese de condutas incoerentes praticadas por diferentes órgãos da Administração Pública. Em tais casos, também não haverá perfeita identidade entre os sujeitos ativos da conduta inicial e do comportamento contraditório. Ainda assim, **parece inegável que a confiança do administrado não se dirige apenas à atuação coerente de um certo ente administrativo,**

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 981-982.

mas é legitimamente estendida a uma coerência global na atuação dos diversos órgãos da Administração Pública. (...) [A] boa-fé objetiva e a tutela da confiança impediam que o particular fosse prejudicado por opiniões e atitudes contraditórias entre os diversos órgãos públicos. Embora os órgãos sejam dotados cada qual de específica personalidade jurídica, não há dúvida que a atuação descontrolada entre eles configura *venire contra factum proprium* da Administração Pública”.¹¹³

216. De todo modo, indubitável tratar o caso de evento conhecido no Direito Administrativo como fato da Administração. Apesar de haver certas distinções no modo como diferentes autores trabalham com os conceitos afetos à álea administrativa – Fato da Administração e Fato do Príncipe¹¹⁴ – há um certo consenso que para a caracterização de um Fato do Príncipe deve haver um evento inespecífico da Administração que apenas indiretamente afete o contrato administrativo. Ao contrário, para a **caracterização do Fato da Administração é necessário que o próprio ente contratante pratique um ato ou mesmo se omita sobre uma providência material que lhe cabia, afetando direta e especificamente a economia do contrato.**¹¹⁵ Neste sentido, a divergência entre os administrativistas a respeito da conceituação de Fato da Administração residiria mais na sua equivalência

143

¹¹³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp.159-160.

¹¹⁴ Para alguns autores, tanto o fato da Administração quanto o fato do príncipe são atribuíveis à própria Administração contratante; o fato da Administração, porém, é atitude da Administração que irá afetar diretamente a execução do contrato, enquanto o fato do príncipe decorre de atos genéricos e abstratos da Administração Pública (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos* 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 552). Para outros, entretanto, Fatos da Administração somente podem ser praticados pela própria Administração contratante (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103; MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011).

¹¹⁵ GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos (Casos e Polêmicas)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 372.

– ou melhor, sua redução – ou não à figura do inadimplemento contratual por parte da Administração Pública.

217. Por um lado, para certos autores, o Fato da Administração é mais abrangente que mero inadimplemento, abarcando qualquer evento, por parte do Estado contratante, que impacte negativamente o contrato.¹¹⁶ Para outros, é “*qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico*”.¹¹⁷ Há, porém, autores que consideram fato da Administração como um sinônimo de inadimplemento contratual da Administração Pública.¹¹⁸

218. Independente do conceito que se adote, certo é que as condutas do Poder Concedente são plenamente caracterizáveis como fato da Administração. As violações pelo Poder Concedente ao Contrato de Concessão e às expectativas legítimas da Concessionária estão bem documentadas nestas Alegações Iniciais e fica claro que **houve condutas específicas que interferiram no Contrato de Concessão**, omissivas (quando deveria ter interferido para viabilizar solução que mantivesse as condições pactuadas no Contrato de Concessão) e comissivas (quando agiu para inviabilizar as soluções de continuidade da Concessão e sua alienação, bem como no sentido de decretar sua caducidade de modo injustificado e contrário às análises do corpo técnico da ANTT).

144

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato administrativo*, 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 325.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 256. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho afirma que quando houver inadimplemento pelo Estado a deveres essenciais à execução das prestações assumidas pelo concessionário o inadimplemento do poder concedente é caracterizado como fato da Administração. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 479.

¹¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.344; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 368; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed São Paulo: Malheiros, 2001, p. 542

219. Deste modo, além da violação das expectativas legítimas da Requerente, quer se entenda que o descumprimento contratual caracteriza fato da Administração, quer se entenda tratar-se o Fato da Administração de conceito e risco autônomo, o que fica claro de todo o exposto nesta seção é que a omissão do Poder Concedente em lidar com os efeitos do retardamento e posterior recusa injustificada do BNDES em conceder o empréstimo ponte e sua atuação comissiva para inviabilizar as soluções de continuidade da Concessão que até então vinham sendo construídas entre Requerente e Requerida 1 se enquadram na hipótese de risco contratualmente alocado ao Poder Concedente, mais especificamente nas subcláusulas 21.2.21 e 21.2.3 do Contrato de Concessão.¹¹⁹

220. Assim, tendo em vista as circunstâncias às quais se prende o Contrato de Concessão, fica claro que **os supostos descumprimentos que se pretendem imputar à Concessionária são, na verdade, consequências da materialização de risco alocado ao Poder Concedente cujos efeitos atingem diretamente a equação econômico-financeira da Concessão e prejudicaram a Concessionária.**

145

V. CONCLUSÃO E PEDIDOS

221. Como demonstrado nestas Alegações Iniciais, portanto:

- É direito da Requerente ser indenizada pelos investimentos vinculados a Bens Reversíveis e não amortizados que realizou. Mas esse direito lhe foi negado indevidamente pelas decisões das Requeridas que resultaram na caducidade do Contrato de

¹¹⁹ “21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...) 21.2.21 fato do príncipe ou fato da administração que provoque impacto econômico-financeiro no Contrato”.

Concessão.

- As Requeridas imputaram indevidamente à Concessionária a responsabilidade pela inexecução do objeto contratual, o que importou na aplicação descabida de multas administrativas e acabou levando à extinção do Contrato de Concessão por caducidade sem que tenha havido inadimplemento pela Concessionária de suas obrigações.

222.

Por todo o exposto, pede a Requerente:

- vi.** O reconhecimento da arbitrabilidade dos pedidos formulados nestas Alegações Iniciais e, conseqüentemente, da jurisdição do Tribunal Arbitral para resolução da presente controvérsia;
- vii.** A condenação das Requeridas ao pagamento de indenização à Requerente pelos investimentos vinculados a bens reversíveis e não amortizados que realizou, em valor final a ser arbitrado neste procedimento conforme a metodologia apresentada na seção IV.1 destas Alegações Iniciais e no Parecer da GO Associados, devidamente atualizado;
- viii.** O reconhecimento de que a inexecução do objeto contratual não se deveu aos supostos inadimplementos imputados à Concessionária pelas Requeridas e que fundamentaram a aplicação de multas administrativas pela ANTT e a decisão das Requeridas de extinguir antecipadamente o Contrato de Concessão por caducidade, e sim à materialização de risco

146

alocado contratualmente e por lei ao Poder Concedente, que desequilibrou a equação econômico-financeira contratual em desfavor da Concessionária, inviabilizando a Concessão;

- ix. A declaração da inexistência das infrações que ensejaram a aplicação de multas administrativas à Requerente pela Requerida 1; e
- x. A declaração da inexigibilidade do pagamento pela Requerente de tais multas, ou, subsidiariamente, caso o Tribunal Arbitral entenda que as controvérsias sobre a aplicação de penalidades contratuais e seu cálculo não são arbitráveis, o reconhecimento de que o valor de tais multas não deve ser descontado do valor da indenização devida à Requerente.

147

* * *

Atenciosamente,

ARTHUR LIMA GUEDES
OAB/DF 18.073

MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO
OAB/RJ 177.738

ANTONIO HENRIQUE M. COUTINHO
OAB/DF 34.308

MARCELO RANGEL LENNERTZ
OAB/RJ 133.919

JÉSSICA LOYOLA CAETANO RIOS
OAB/DF 53.018

ANDRE MARTINS BOGOSSIAN
OAB/RJ 167.898