

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

Procedimento Arbitral nº 23433/GSS

TRÉPLICA

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 S/A

REQUERENTE

1

ANTT E UNIÃO FEDERAL

REQUERIDAS

Brasília, 15 de julho de 2019

Excelentíssimos Senhores Membros do Tribunal Arbitral,

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

2

TRÉPLICA

à Reconvensão apresentada pela União Federal (Requerida 2), o que faz nos termos
e fundamentos a seguir expostos.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	3
LISTA DE DOCUMENTOS ANEXOS.....	4
I. Preliminarmente: Ordem Processual nº 1, de 23.05.2019	5
II. Introdução.....	6
II.1. O Pedido Reconvencional formulado pela União.....	10
II.2. Inadmissibilidade do Pedido reconvencional efetivamente formulado.....	11
III. Pontos Controvertidos	17
III.1. Inexistência de Confissão da Requerente quantos ao estado de deterioração do Sistema Rodoviário	18
III.2. Inexistência de Prejuízo Indenizável à União.....	21
III.3. Da ausência de responsabilidade da Concessionária pelos supostos danos	28
III.3.1. A caracterização do fato excludente de responsabilidade civil.....	31
III.3.1.1. Da ocorrência de “ciclos de prosperidade e recessão” econômica	38
III.3.1.2. Do fechamento do mercado de crédito	41
III.3.1.3. Da demonstração de que o deságio, a Lava-Jato, o <i>rating</i> e a Recuperação Judicial de empresas do Grupo Galvão não influenciaram a não concessão do financiamento	46
III.3.2. Da ausência de omissão ou desídia da requerente	50
III.4. Inadequação da Metodologia de Cálculo da União.....	55
III.4.1. Degradação como processo natural decorrente da Ação do Tráfego e da Natureza	56
III.4.2. A Divisão em Segmentos Homogêneos	58
III.4.3. Definição das soluções (DNER PRO 11/79) e Fresagem e recomposição de pavimento	60
III.4.4. Dos Segmentos em que houve melhoria	61
III.4.5. Considerações Finais sobre a Metodologia.....	62
IV. Conclusão	63
V. Pedidos	64

LISTA DE DOCUMENTOS ANEXOS

- Doc. A.70.** Manifestações da Requerente sobre as multas administrativas aplicadas pela ANTT após a declaração da caducidade da concessão.
- Doc. A.71.** Lista de ações judiciais contra a Concessionária relativas a acidentes na rodovia.
- Doc. A.72.** Tutela Cautelar Antecedente nº 1014379-79.2019.4.01.3400. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (CONCEBRA).
- Doc. A.73.** Medição de janeiro de 2015.
- Doc. A.74.** Relatório COPAVEL.

I. PRELIMINARMENTE: ORDEM PROCESSUAL Nº 1, DE 23.05.2019

1. Antes de mais nada, em resposta à manifestação das Requeridas acerca da Ordem Processual nº 1, de 23 de maio de 2019, a Requerente reitera que, até o momento, não formulou pedido cautelar ao Tribunal Arbitral, sem prejuízo de fazê-lo oportunamente, se necessário e preenchidos os requisitos legais para tanto.

2. Tampouco pretendeu a Requerente antecipar o julgamento do mérito da arbitragem pelo Tribunal Arbitral, mas apenas levou a conhecimento desse E. Tribunal fatos novos que influenciam no exame de parte dos pedidos desde a inicial formulados, quais sejam:

- 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.

3. Vale dizer, reiterou os termos de seus pedidos que têm relação com o mérito discutido – o reconhecimento da ausência de culpa da Concessionária pelas inexecuções contratuais e a imputação do pagamento da indenização que lhe é devida pelos investimentos que realizou no Sistema Rodoviário durante a vigência do Contrato de Concessão – mas sem sobre eles inovar.

4. Em verdade, as recentes manifestações encaminhadas à Corte Arbitral buscaram **dar conhecimento aos árbitros de que a ANTT persiste na aplicação de multas administrativas à Concessionária**, mesmo após a declaração da caducidade da concessão. Naturalmente, quando do julgamento da arbitragem, com o provável acolhimento dos pedidos da Requerente, a exigibilidade dessas multas também deverá ser extinta.

5. É, aliás, o que se reitera nesta oportunidade, em relação às penalidades aplicadas pela ANTT após a declaração da caducidade da concessão¹ (Doc. A.70), que também devem ser de conhecimento do Tribunal, para que sobre elas possam deliberar, quando do exame do mérito dos pedidos desde sempre formulados.

6

II. INTRODUÇÃO

6. Dito isto, passa-se aos fatos e fundamentos que merecem ser discutidos em relação à reconvenção da União, seus fatos, fundamentos e descabidos pedidos.

7. Em sua Réplica, a União busca afastar os argumentos apresentados pela Concessionária, em sede de Resposta, voltados ao reconhecimento (i) da inadmissibilidade do pedido reconvenicional por ela formulado, tendo em vista que o mesmo está fora dos limites fixados pela própria Requerida 2 na Ata de Missão; e (ii) da inarbitrabilidade dos pedidos outrora indicados pela Requerida 2 em Ata de

¹ Ofício SEI nº 3304/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, Ofício SEI nº 3020/2019/CIPRO/SUINF/DIR-ANTT, Ofício SEI nº 2958/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, Ofício SEI nº 5616/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, Ofício SEI nº 5664/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, Ofício SEI nº 5080/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, Ofício SEI nº 4570/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, Notificação de Multa nº 49/2019/GEFIR/SUINF, Notificação de Multa nº 86/2019/GEFIR/SUINF, Notificação de Advertência nº 3/2019/GEFIR/SUINF.

Missão, por não se tratarem de direitos patrimoniais disponíveis e passíveis, portanto, de discussão nessa arbitragem.

8. No mérito, a União insiste na tese de que sofreu prejuízos, por culpa da Concessionária, devido à não realização dos investimentos previstos no Contrato de Concessão, o que teria levado à devolução do Sistema Rodoviário ao Poder Concedente em condições inferiores àquelas em que fora recebido no início da concessão.

9. Para tal, ignorando por completo o fato de que **a Concessionária jamais iniciou a cobrança de pedágio na rodovia** e tampouco incluiu, no cálculo da indenização que lhe é devida, quaisquer valores relativos aos serviços de recuperação apontados em Reconvenção, a União argumenta que *“caso a Requerente tivesse investido na rodovia e despendido valores para impedir a ocorrência de danos, devolvendo o trecho à União no mesmo estado em que o recebeu, a conclusão para essa situação seria: os gastos da concessionária realizados para impedir a degradação da rodovia, a fim de mantê-la nas mesmas condições de 2014, seriam internalizados pela concessionária, e a União não deveria nem receber, nem pagar nada por isso”*.

10. Ainda nesse sentido, a União, mais uma vez, se ancora no equivocado entendimento de que somente se poderia considerar os investimentos realizados pela Concessionária na rodovia se os mesmos tivessem representado *“melhora real dos parâmetros de desempenho estrutural da rodovia”*. Sustenta, assim, que a devolução do Sistema Rodoviário em condições inferiores àquelas do início da Concessão, em descumprimento aos parâmetros de desempenho previstos contratualmente, teria gerado prejuízos indenizáveis ao seu favor.

11. Contudo, conforme será demonstrado nessa Tréplica, novamente, a União se fundamenta em diversas premissas equivocadas para atribuir à Concessionária a responsabilidade pela degradação que afirma ter ocorrido no Sistema Rodoviário e, por consequência, formular o seu pedido indenizatório. Especificamente, pelas razões ora expostas, esse Tribunal Arbitral reconhecerá que:

- a) A União deixou de formular pedidos relativos ao suposto direito à reparação pelos “*prejuízos incalculáveis à sociedade*”, “*lucros cessantes, decorrentes da perda de receita em razão da não ocorrência de fato gerador tributário*”, **não estando tais questões submetidas**, portanto, à jurisdição desse Tribunal Arbitral;
- b) O único pedido reconvenicional efetivamente formulado pela Requerida 2, relativo à reparação dos “*(...) custos assumidos pela União para a recuperação do ativo que fora à Galvão confiado por força do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens*” **não é sequer admissível, pois não consta da Ata de Missão**;
- c) A deterioração do Sistema Rodoviário é desdobramento natural da ação do tráfego, do tempo e da interferência de fatores climáticos, de modo que **a sua ocorrência, por si só, não leva à responsabilização da Concessionária pela reparação dos custos** que a Requerida 2 tenha ou venha a ter com a recuperação e manutenção do pavimento;
- d) Jamais houve abandono da Concessionária, mas, ao contrário, **Requerente tentou, a todo tempo, apresentar soluções que**

viabilizassem a continuidade da concessão, tendo, inclusive, realizado uma série de investimentos no Sistema Rodoviário;

- e) Como amplamente demonstrado ao longo dessa arbitragem, os descumprimentos contratuais que levaram à declaração de caducidade da concessão resultaram da **ocorrência de caso fortuito, fato impeditivo da execução contratual, que corresponde a materialização de risco contratual não atribuído à Concessionária**, o que também impede que se lhe queira atribuir qualquer responsabilidade pelo pagamento de indenização à Requerida 2;
- f) O cálculo apresentado pela União padece de inconsistências que serão devidamente detalhadas durante a fase de instrução do processo, quando a União deverá apresentar os relatórios do DNIT², em arquivos editáveis, onde constam os dados sobre as condições do pavimento consideradas para valoração da indenização pleiteada em Reconvencção.

9

12. Senão vejamos.

² Conforme indicado pela Requerida 2 em sua Reconvencção (§§276 e 277), a metodologia utilizada para o cálculo da indenização pleiteada baseou-se nos dados de monitoração apresentados pela concessionária no dia 30 de janeiro de 2015 e dados de monitoração obtidos pelo próprio DNIT em datas próximas à extinção do contrato. Contudo, o relatório elaborado pelo DNIT ainda não foi apresentado pela União.

II.1. O PEDIDO RECONVENCIONAL FORMULADO PELA UNIÃO

13. Em sua Réplica à Resposta à Reconvencção (§266), a Requerida 2 afirma que *“restringiu sua demanda à indenização pelos prejuízos decorrentes da degradação da rodovia”*. Reconhece, portanto, que **o seu pedido reconvencional não abrange qualquer pretensão relativa** a *“danos coletivos, ambientais e arrecadação frustrada de tributos, porque sequer há pedido da União”*.

14. Portanto, é incontroverso entre as partes que, contrariamente ao indicado inicialmente em Ata de Missão, **a União não formulou quaisquer pedidos** relativos a *“a) custos de manutenção do sistema rodoviário; b) arrecadação frustrada de tributos; e c) custo dos estudos de viabilidade”*, além de *“danos ao meio ambiente, ao consumidor/usuário, etc.”*, de modo que tais questões não estão submetidas a esse Tribunal Arbitral.

15. Assim, apesar de indicação expressa, pela própria Requerida 2, em seu Resumo das alegações e pedidos na Ata de Missão, que teria valores a receber pelos *“danos econômicos causados diretamente à União, tais como a necessidade de dispêndio de recursos para manutenção do sistema rodoviário; a contratação de novos estudos de viabilidade para nova licitação; além de lucros cessantes, decorrentes da perda de receita em razão da não ocorrência de fato gerador tributário, degradação do ativo rodoviário, entre outros”*, não houve qualquer pedido efetivamente formulado por ela quanto a essas questões.

16. Com efeito, muito embora as partes diverjam sobre os efeitos da não submissão, pela Requerida 2, de tais pretensões ao Tribunal Arbitral – para a Requerente, deveria haver o reconhecimento da inarbitrabilidade desses pedidos – **fato é que as partes concordam que os mesmos se encontram fora do escopo da presente arbitragem.**

17. Assim, caso esse Tribunal Arbitral entenda pela impossibilidade de reconhecimento da inarbitrabilidade de tais pedidos, como sustentado pela Requerente em todas as suas manifestações, requer-se seja, desde já, reconhecido que os mesmos não são objeto dessa arbitragem e, portanto, nenhuma questão relacionada a eles poderá ser suscitada.

II.2. INADMISSIBILIDADE DO PEDIDO RECONVENCIONAL EFETIVAMENTE FORMULADO

18. Quanto ao pedido que fora efetivamente formulado pela União, observa-se que o mesmo **foge dos limites fixados pela própria Requerida 2 quando da elaboração e assinatura da Ata de Missão.**

19. Muito embora a União (§§272-281 da Réplica à Resposta à Reconvenção) queira fazer crer que os pedidos reconventionais que indicou na Ata de Missão incluíam eventuais custos com a recuperação da rodovia, fato é que tal pretensão jamais foi mencionada pela Requerida 2.

20. O texto contido na Ata de Missão, elaborado pela própria Requerida 2, não deixa quaisquer dúvidas:

Da reconvenção apresentada pela União

Diante de todas as irregularidades perpetradas pela requerente, a União, na realidade, entende que é credora de valores em face da concessionária, razão por que formulou, na sua petição de resposta, **reconvenção/pedido contraposto**, tendo em vista que a extinção

do contrato, por culpa exclusiva da requerente, lhe trouxe diversos prejuízos.

Conforme será demonstrado, a caducidade do contrato de concessão gerou prejuízos incalculáveis à sociedade, bem como danos econômicos causados diretamente à União, tais como a necessidade de **dispêndio de recursos para manutenção do sistema rodoviário**; a contratação de novos estudos de viabilidade para nova licitação; além de **lucros cessantes**, decorrentes da perda de receita em razão da não ocorrência de fato gerador tributário, **degradação do ativo rodoviário**, entre outros.

Além disso, rememora a União que o descumprimento contratual ocasionou a aplicação de várias multas à requerente, conforme previsto na cláusula 32.7.2.ii, as quais não foram adimplidas, tendo o mesmo ocorrido com as verbas de fiscalização, correspondentes a gastos administrativos da ANTT em suas atividades de fiscalização.

12

Por tudo isso, a União possui valores a receber, visto que o descumprimento contratual, de culpa da Requerente, lhe gerou prejuízos graves, direta e indiretamente, no montante estimado de aproximadamente R\$ 277,22 milhões de reais.

21. Com efeito, a Ata de Missão relaciona os seguintes prejuízos da União a serem indenizados pela Concessionária: (i) custos para **manutenção** da rodovia; e (ii) **lucros cessantes**, decorrentes da perda de receita em razão da não ocorrência de fato gerador tributário, degradação do ativo rodoviário, entre outros. Isto é, de fato, a União não formulou qualquer pretensão indenizatória relacionada a **custos com obras de recuperação da rodovia**, o que inviabiliza a sua apreciação pelo Tribunal Arbitral, conforme estabelece o artigo 23(4) do Regulamento de Arbitragem da CCI:

4. Após a assinatura da Ata de Missão ou a sua aprovação pela Corte, **nenhuma das partes poderá formular novas demandas fora dos limites da Ata de Missão**, a não ser que seja autorizada a fazê-lo pelo tribunal arbitral, o qual deverá considerar a natureza de tais novas demandas, o estado atual da arbitragem e quaisquer outras circunstâncias relevantes.

22. Pela simples leitura da Ata de Missão, observa-se que, ao contrário do que afirma a Requerida 2, não há qualquer menção expressa à reparação pelos “danos causados em razão da degradação do ativo rodoviário”, mas tão somente pelos “lucros cessantes, decorrentes da perda de receita em razão da degradação do ativo rodoviário”. **Evidentemente, trata-se de coisas absolutamente distintas**, que não podem ser confundidas com o intuito de amoldar a nova pretensão formulada pela União aos limites previamente fixados pelas partes.

23. E nem se diga, como faz a União (§§283-290 da Réplica à Resposta à Reconvencção), que uma “*intrínseca relação entre “manutenção” e “recuperação”*” justificaria a inclusão extemporânea do pedido reconvençional formulado por ela no escopo dessa arbitragem. **Fosse assim, far-se-ia letra morta da Ata de Missão**, à medida em que quaisquer pretensões minimamente relacionadas aos pedidos expressamente indicados pelas partes no início da arbitragem poderiam ser postas posteriormente ao Tribunal Arbitral.

24. Mais absurda ainda é a afirmação de que a **manutenção pressupõe a recuperação como antecedente necessário** e que, portanto, “*ao se pleitear o ressarcimento pelos custos de “manutenção”, neles estarão embutidos, por consequência lógica, os custos de recuperação*” (§§286 e 287 da Réplica à Resposta à Reconvencção).

25. Isso porque, no domínio da engenharia rodoviária os conceitos de “recuperação” e “manutenção” de uma rodovia são absolutamente independentes, apesar da tentativa indevida da Requerida 2 de sua utilização como termos indistintos. O PER é explícito em diferenciar seus objetos e fases, como visto em seu item 3.1:

RECUPERAÇÃO

- **Objeto**: conjunto de obras e serviços de recuperação do trecho concedido, imprescindíveis à operação do Sistema Rodoviário e aquelas de cunho estrutural nos pavimentos e melhorias funcionais e operacionais nos demais elementos do Sistema Rodoviário.
- **Período**: inicia-se a partir da data de assunção do Sistema Rodoviário e estende-se até o final do prazo máximo assinalado para atendimento de cada Parâmetro de Desempenho. As obrigações a serem atendidas em até 12 (doze) meses consideram-se integrantes dos Trabalhos Iniciais, para os efeitos do Contrato e dos Escopos abaixo especificados.

14

MANUTENÇÃO

- **Objeto**: conjunto de obras e serviços de recomposição e aprimoramento das características técnicas e operacionais do Sistema Rodoviário.
- **Período**: inicia-se a partir do atendimento ao Parâmetro de Desempenho final indicado na Recuperação, bem como a partir da entrega de obras da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de nível de serviço e estende-se até o final do prazo da Concessão.

26. O PER define os prazos para o término dos serviços de recuperação e correspondente início da manutenção. No caso do pavimento, é de 5 anos, ou seja, a manutenção do pavimento teria início no 6º ano da Concessão. Segundo a lógica da União, quando na Ata de Missão se referiu a custos para **manutenção** da rodovia, nestes incluíam-se os de sua **recuperação**. Porém, como definido no item 3.1.1 PER, a etapa de manutenção somente seria iniciada no 61º mês, e como a extinção do contrato de concessão ocorreu no transcurso do 34º mês, não haveria tempo para que tal etapa tivesse sido iniciada. Vale registrar que no item 3.6.17 do EVTE da ANTT, os serviços de manutenção do pavimento da rodovia teriam início no 10º ano. Assim, a se fiar na lógica da União, chega-se a uma estranha situação, em que ela pede ressarcimento pelos custos de manutenção e apresenta custos de recuperação, pois os de manutenção simplesmente não existem.

15

27. Assim é que a União, seja para tentar levar este Tribunal Arbitral a erro, seja por simplesmente ignorar as diferenças conceituais entre as atividades de manutenção e recuperação, ou infere incorretamente que as atividades de manutenção pressupõem a recuperação prévia da rodovia, ou se utiliza de forma confusa dos termos. A forma como a Requerida utiliza os conceitos técnicos de engenharia é tão problemática que a União chega a confundir as atividades de manutenção com as de conservação da rodovia – atividades essas que a própria Requerida 2 reconhece indiscutivelmente a realização pela Requerente, e que, portanto deveriam ser consideradas no cálculo das compensações pela extinção antecipada do Contrato de Concessão. E os diferentes conceitos destas atividades não se limitam ao campo da engenharia. Também do ponto de vista contábil, são classificados distintamente nas Demonstrações Financeiras.

28. Daí porque eventuais pedidos indenizatórios pelos **custos incorridos com serviços e obras de recuperação e de manutenção do sistema rodoviário**

são distintos, independentes e não estão contidos um no outro. Isto é, a mera indicação do pleito indenizatório por gastos necessários à manutenção da rodovia não autoriza a União a formular pedidos de reparação por eventuais gastos em outras frentes de atuação previstas contratualmente, como de recuperação.

29. Tampouco prospera o argumento apresentado pela Requerida 2 (§§291-300 da Réplica à Resposta à Reconvencção), no sentido de que a Ata de Missão seria um documento flexível, cujas disposições seriam passíveis de alargamento ao longo da arbitragem.

30. Ora, sabe-se que, de fato, o conteúdo da Ata de Missão resulta da liberalidade de cada uma das partes, que poderão, ali, indicar o resumo do litígio e os contornos de suas pretensões. **Após a sua assinatura, contudo, ele representa um limite a ser respeitado pelas partes, sendo vedado a formulação de quaisquer pedidos que não estejam dentro do enquadramento delineado por elas mesmas** – caso contrário, poderiam estender-se *ad infinitum*, sob o argumento de estarem as novas pretensões “intrinsecamente relacionadas” àquelas indicadas na Ata de Missão.

31. Por certo, a Ata de Missão não pode servir como um instrumento onde as partes incluam disposições genéricas, definindo e indicando, apenas posteriormente, quais serão os pedidos a serem efetivamente formulados na arbitragem. Em verdade, uma coisa é “*a formulação de novos argumentos ou alegações de fato ou de direito ou a produção de provas que não estejam expressamente nele referidos pelas PARTES*”, outra coisa é a formulação de pedidos novos, não mencionados na Ata de Missão.

32. E nem se diga que, ao fazer constar da Ata de Missão que a reconvencção se destinaria à cobrança de indenização pelos prejuízos ali expressamente indicados,

“entre outros” (§282 da Réplica à Resposta à Reconvencção), estaria a União autorizada a inovar em seus pedidos e incluir novas demandas discricionariamente, em fase posterior da Arbitragem.

33. De fato, a expressão “entre outros” foi mantida na Ata de Missão em respeito à liberdade das partes de redigir o resumo dos fatos, fundamentos e pedidos da forma que melhor lhes conviesse. Contudo, desde sempre – e nem poderia deixar de ser, haja vista a norma expressa do Regulamento de Arbitragem da CCI nesse sentido -, as partes estavam cientes de que a Ata de Missão definiria o objeto da Arbitragem, limitando-o às demandas que estivessem ali expressamente indicadas. Aliás, **tal qual discutido expressamente pelas partes quando da conferência telefônica para a elaboração da Ata de Missão.**

17

34. Portanto, considerando-se que **os pedidos fixados em Ata de Missão não incluem os supostos prejuízos suportados pela União para a recuperação das características estruturais e funcionais do pavimento e da sinalização** existentes na BR-153, impõe-se que se reconheça a impossibilidade de que sejam os mesmos apreciados pelo Tribunal Arbitral, devendo eles sequer serem conhecidos.

III. PONTOS CONTROVERTIDOS

35. Para além dos motivos expostos, suficientes para que o pedido reconvençional formulado pela União não seja sequer apreciado por esse Tribunal Arbitral, no mérito, as partes divergem quanto à existência de qualquer dever da Concessionária de indenizar a Requerida 2 por custos que ela tenha tido ou deverá ter com a recuperação do Sistema Rodoviário.

36. Passa-se, pois, a refutar os argumentos trazidos pela Requerida 2 em sua Réplica à Resposta à Reconvencção, após o que ficará clara a inexistência de direito da Requerida 2 a qualquer tipo de indenização.

III.1. INEXISTÊNCIA DE CONFISSÃO DA REQUERENTE QUANTOS AO ESTADO DE DETERIORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIÁRIO

37. Já no primeiro tópico sobre o Mérito da Reconvencção (§§301-305 da Réplica à Resposta à Reconvencção), a Requerida 2 busca distorcer os argumentos apresentados pela Concessionária, demonstrando verdadeira má-fé argumentativa ao afirmar que *“a Galvão não contesta o fato público e notório, facilmente constatado a olho nu, e amplamente noticiado pela mídia de que em 2017 a rodovia se encontrava em estágio de degradação muito mais avançado que em 2014.”*

18

38. De fato, **em momento algum houve confissão da Concessionária quanto às alegações deduzidas pela Requerida 2**, no sentido de que a rodovia teria sido devolvida ao Poder Concedente em condições inferiores àquelas em que foram recebidas no início da concessão. Ao contrário, em todo o momento, a Requerente demonstrou que realizou, sim, investimentos para mitigar o processo de deterioração do pavimento e garantir condições mínimas de trafegabilidade aos usuários.

39. Mais do que isso, consta expressamente do Relatório Técnico da COPAVEL Engenharia, apresentado pela Requerente em sua Resposta à Reconvencção (Doc. A-66) para confrontar a metodologia de cálculo utilizada pela Requerida 2, que é **impossível saber se as condições do Sistema Rodoviário estavam muito piores quando de sua devolução ao Poder Concedente**, sem que

se tenha acesso às planilhas eletrônicas editáveis do estudo do DNIT que supostamente indicam o estado do pavimento àquele tempo.

40. Nesse sentido, **aproveitando-se da boa-fé da Concessionária** ao reconhecer o não atendimento aos parâmetros de desempenho previstos pelo PER, a União distorce as suas alegações para, simploriamente, afirmar que teria havido confissão da Requerente quanto à devolução da rodovia *“em estágio de degradação muito mais avançado que em 2014”*.

41. **Não foi isso o que disse a Requerente!** Ao contrário, disse expressamente que não há comprovação de que o pavimento foi devolvido em condições inferiores àquelas recebidas no início da Concessão e, ainda, que as intervenções corretivas que realizou no Sistema Rodoviário durante esse período – a saber, aquelas realizadas nos primeiros 4 meses dos Trabalhos Iniciais, até a constatação de que o BNDES não liberaria o empréstimo-ponte, impediram a sua devolução em estágio profundo de degradação.

19

42. Tampouco se pode aceitar o argumento da Requerida 2 (§303 da Réplica à Resposta à Reconvenção) de que seria *“fato público e notório, facilmente constatado a olho nu, e amplamente noticiado pela mídia, de que em 2017 a rodovia se encontrava em estágio de degradação muito mais avançado que em 2014”*.

43. Em primeiro lugar, não é fato público e notório, constatável a olho nu, que a rodovia foi retomada pelo Poder Concedente em condições inferiores àquelas existentes em 2014. Da mesma forma, nunca foi noticiado pela mídia que o estágio de degradação da rodovia se encontrava muito mais avançado em 2017 do que em 2014 – e nem poderia ser diferente, posto que tal afirmação depende de embasamento técnico.

44. Ademais, **muito antes de 2014, durante a Concessão e até hoje, após a retomada da Concessão pelo Poder Concedente, há registros e notícias sobre as condições precárias da rodovia**, o que demonstra a sua insuficiência para justificar que se impute à Concessionária a responsabilidade por sua ocorrência e pelos supostos prejuízos dali advindos. A requerida 2 foi incapaz de apresentar esses registros “*amplamente noticiados pela mídia*”, que supostamente evidenciam a devolução do Sistema Rodoviário em condições inferiores às de 2014 ao Poder Concedente.

45. Registre-se, ainda, a insistência da Requerida 2 (e.g. §304, 316, 322) em valer-se da expressão “*rodovia da morte*” para se referir à BR-153, com o objetivo claro de macular a imagem da Concessionária, mas sem apresentar qualquer evidência que fundamente essa narrativa. Em verdade, os registros das ações judiciais movidas contra a Requerente (**Doc. A.71**), demonstram que **não há nenhuma ação de indenização por morte** devido às más condições da rodovia. **Aliás, dos 33 meses da concessão, somente existe uma ação neste sentido, que teve como causa uma árvore que caiu no leito da rodovia**, fato este incontrolável pela Concessionária, não lhe sendo possível atribuir culpa ou qualquer forma de abandono por isso.

20

46. Assim, ainda que a rodovia tivesse, de fato, essa alcunha, certamente ela não se deve à atuação – ou mesmo a uma suposta omissão ou abandono, como injustamente quer fazer crer a União – da Concessionária.

47. Portanto, **não há que se falar em confissão da Concessionária** nesse ponto, sendo certo que, apenas após o acesso às planilhas eletrônicas editáveis do DNIT sobre o estado do Sistema Rodoviário no período, poder-se-á estabelecer um

comparativo entre as condições do pavimento à época da assunção do trecho pela Requerente e na data de sua retomada pelo Poder Concedente.

III.2. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO INDENIZÁVEL À UNIÃO

48. Em seguida (§§306-318 da Réplica à Resposta à Reconvenção), a Requerida 2 passa a discorrer sobre as razões pelas quais entende que a Concessionária seria a responsável pela deterioração do Sistema Rodoviário, a qual supostamente teria levado à sua devolução ao Poder Concedente em condições inferiores às aquelas existentes no início da Concessão e, conseqüentemente, gerado prejuízos indenizáveis ao seu favor.

49. De início, a União (§§309-310 da Réplica à Resposta à Reconvenção) afirma que não haveria como se afastar a responsabilidade da Concessionária pelos prejuízos suportados com a devolução do Sistema Rodoviário em estado de deterioração mais profunda que aquele existente à época da assunção do trecho, tendo em vista que “*o bem se encontrava sob a “custódia” do agente omissor*” e que a “*concessionária tinha a **obrigação contratual**, não apenas de **impedir** tais danos, mas inclusive de **melhorar as condições da rodovia**.” [Grifos originais]*

50. Ocorre que, ainda que a deterioração do pavimento, por si só, pudesse ser considerada dano – o que se admite apenas para fins de argumentação –, os fundamentos levantados pela Requerida 2 padecem de inconsistências que levam à sua improcedência, seja porque **a deterioração do pavimento e os custos para recuperá-lo não caracterizam prejuízo à União** ou, ainda, porque a **Concessionária não deu causa, por ação ou omissão, a tal deterioração**, não podendo ser objetivamente responsabilizada por eventuais “danos” dali decorrentes.

51. Com efeito, ainda que se pudesse admitir que a deterioração do pavimento configurasse dano – o que, conforme amplamente demonstrado pela Requerente em suas manifestações, não é verdade –, não se poderia atribuí-lo à Concessionária.

52. De fato, como maliciosamente afirma a União (§313 da Réplica à Resposta à Reconvenção), não houve ação direta da Requerente ou de seus funcionários, “*que não utilizaram enxadas para fazer buracos na via ou para desencapar o asfalto, nem suprimiram as sinalizações com as suas próprias mãos*”. Tampouco houve omissão da Requerente: a Concessionária não é seguradora universal da rodovia e não poderia, para evitar a deterioração do pavimento – ou para não ser omissa, na linha do que afirma a Requerida 2 –, proibir o tráfego e tampouco assegurar as condições climáticas ótimas para evitar tal desgaste.

22

53. Ora, há uma **clara confusão na narrativa elaborada pela União** e, conseqüentemente, no pedido reconvenicional por ela formulado.

54. Afinal, uma coisa é atribuir à Concessionária a sua inadimplência contratual, por não ter realizado os reparos necessários decorrentes do desgaste do Sistema Rodoviário, cujas conseqüências são as penalidades previstas contratualmente – as quais, aliás, foram aplicadas contra a Requerente, ainda que, no presente caso, tais descumprimentos tenham resultado da materialização de risco alocado contratualmente ao Poder Concedente.

55. Outra coisa é querer atribuir à Concessionária, que **nunca iniciou a cobrança das tarifas de pedágio e tampouco incluiu os custos com a recuperação do pavimento na indenização que lhe é devida**, a responsabilidade

pela degradação constatada no Sistema Rodoviário e o dever de reparação ao Poder Concedente por tais custos.

56. Nesse tocante, observa-se que a própria situação retratada pela Requerida 2 (§312 da Réplica à Resposta à Reconvensão), não lhe ajuda a sustentar o seu pedido reconvenicional.

57. De logo, veja-se que a Requerente não pretende justificar o descumprimento de suas obrigações contratuais pelo fundamento de que a deterioração do pavimento não é causada diretamente por ela e que, portanto, não lhe caberia realizar a manutenção e recuperação do trecho. Obviamente, nenhuma concessionária poderia se valer desse argumento para esquivar-se do cumprimento de suas obrigações contratuais, sendo certo que, mesmo nesse cenário, o máximo que se poderia atribuir à concessionária seria a sua inadimplência contratual, aplicando-se as penalidades previstas contratualmente para tais descumprimentos.

23

58. E, no caso específico da Requerente, a Cláusula 32.7.2.³ do Contrato de Concessão estabelece que, em caso de caducidade, serão descontados do cálculo da indenização **somente os prejuízos causados pela Concessionária** à União e à sociedade, o que não é o caso da deterioração do Sistema Rodoviário.

59. Portanto, e para que fique claro: a Concessionária jamais afirmou que não tinha a obrigação contratual de recuperar o Sistema Rodoviário porque não é a “culpada” ou “causadora” de sua deterioração e que, por isso, não deveria indenizar

³ **32.7 Indenização**

32.7.1 A indenização devida a **Concessionária** em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos investimentos vinculados a **Bens Reversíveis** ainda não amortizados.

32.7.2. Do montante previsto na subcláusula anterior serão descontados:

(i) os prejuízos causados pela **Concessionária** a **União** e a sociedade;

a Requerida 2 pelos custos que teve ou terá com essas obras. O que se afirma é que **a deterioração não constitui prejuízo causado pela Concessionária** e, por isso, não há dever de reparação à União por esses custos na hipótese de caducidade.

60. Fato que é ainda mais reforçado no presente caso, tendo em vista que, como amplamente demonstrado pela Requerente, os descumprimentos contratuais a ela imputados decorreram da materialização de caso fortuito, risco contratualmente atribuído ao Poder Concedente.

61. Além disso, a Requerida 2 insiste em refutar o argumento apresentado pela Concessionária no sentido de que, seja pela operação direta da rodovia ou pelo pagamento de uma indenização maior à Requerente, a União arcaria com os custos de recuperação do Sistema Rodoviário de qualquer maneira (§314-316 da Réplica à Resposta à Reconvencção). Contudo, não há como se afastar, sob qualquer fundamento, a tese da Requerente.

62. De início, chama a atenção o fato de que, para além de negar a ocorrência de caso fortuito, **a Requerida 2 ignora também que a Concessionária jamais iniciou a cobrança de pedágio** no trecho concedido a ela. E, justamente por não ter auferido as receitas de pedágio que amortizariam os investimentos (gastos realizados com objetivo de ter benefícios futuros consistentes na cobrança tarifária), **a Concessionária somente pleiteou a indenização pelos investimentos que foram efetivamente realizados**, não pelo que deixou de gastar (e cujas inexecuções geraram multas e a própria sanção de caducidade). A União está em seu pleito reconvençional a pretender cobrar da Concessionária justamente as verbas que não foram por ela gastas, como se ao assinar o Contrato de Concessão a Requerente fosse obrigada a assinar um cheque em branco à União para que tais recursos fossem usados seja na rodovia, seja no suposto ressarcimento oportunisticamente pretendido.

63. É, no mínimo, contraditório afirmar que “*caso a Galvão tivesse realizado os investimentos previstos no contrato, estaria, nada mais nada menos, do que cumprindo a sua obrigação contratual*” (§314 da Réplica à Resposta à Reconvensão) sem assumir que, para isso, a Concessionária deveria ter sido remunerada pelo pagamento de pedágio ou, no caso de caducidade, que tais custos deveriam ser incorporados ao cálculo da indenização que lhe é devida.

64. Evidentemente, **se a Concessionária tivesse realizado “os investimentos acordados”, ela teria que ser remunerada por isso** – e, no presente caso, ante a declaração da caducidade da concessão, tal remuneração se procederá pela inclusão desses custos na indenização a ser paga à Requerente pelo Poder Concedente. Em outras palavras, haveria dano ou prejuízo causado pela Concessionária à União na relação contratual ***se ela tivesse sido remunerada para realizar um investimento e não o tivesse realizado.***

65. Um exemplo pode ajudar a compreensão: certa pessoa contrata um pintor para pintar as paredes externas e internas de sua casa. O pintor efetivamente pinta os ambientes internos, mas sua tinta acaba antes que possa pintar o exterior da casa. O pintor então solicita ao dono do imóvel que realize o pagamento pelo serviço prestado no interior da casa, ao que é surpreendido pela resposta do proprietário. Este não só se recusa a pagar a pintura das paredes internas como, ao ver que a pintura externa que ele, proprietário, havia feito anos antes estava desbotada pela ação do tempo, exige que o pintor o indenize no valor das latas de tinta e mão de obra necessárias à pintura das paredes externas, alegando a ocorrência de danos à fachada externa decorrentes do desbotamento da pintura anterior, que ele, proprietário, havia feito.

66. As alegações da Requerida 2 nesta arbitragem são tão absurdas quanto as alegações do proprietário da casa no cenário hipotético acima, que certamente seriam rejeitadas caso o proprietário intentasse obter a suposta indenização do pintor. Não é outro, assim, o destino que devem ter as alegações das Requeridas.

67. Somente na hipótese de a Concessionária receber receitas tarifárias mas não realizar o investimento que as justificasse (além, claro, da hipótese caricata invocada pela Requerida 2 em que empregados da Concessionária utilizassem enxadas para fazer buracos na via) caberia à União pleitear indenização pelo prejuízo que lhe teria sido causado pela Concessionária. O valor recebido pela Concessionária pelo investimento não realizado haveria de ser descontado da indenização a ela devida pelos investimentos vinculados a bens reversíveis e ainda não amortizados que realizou.

26

68. Não é essa, porém, a situação fática sob análise na presente arbitragem. Muito pelo contrário, a Requerente jamais foi remunerada por quaisquer dos gastos que incorreu durante a vigência da Concessão.

69. Assim, ainda que se considere verdadeira a premissa de que o Sistema Rodoviário foi devolvido ao Poder Concedente em estado inferior àquele existente no início da concessão – o que se admite apenas para fins de argumentação –, **não há lógica alguma em admitir que eventuais investimentos realizados pela Concessionária para devolvê-lo ao estágio inicial não deveriam ser remunerados** (§315 da Réplica à Resposta à Reconvencção), ainda que em momento posterior a rodovia tenha perdido sua condição ideal.

70. Ora, caso a rodovia fosse “concedida a outra empresa do setor privado” (§317 da Réplica à Resposta à Reconvencção), ela não teria que ser remunerada sempre que,

diante dos efeitos do processo natural de deterioração da rodovia – causados pelo tráfego, decorrer do tempo e fatores climáticos –, realizasse investimentos para manter o pavimento ou recuperá-lo? Da mesma forma, a União não teria custos para mantê-lo ou recuperá-lo diretamente, a depender da intensidade do processo de deterioração ao longo do tempo?

71. Note-se, apenas a título demonstrativo, como são completamente descabidas as alegações da Requerida 2 nos §§ 314 e 315 de sua Réplica à Resposta à Reconvencção, ao afirmar que *“caso a Requerente tivesse investido na rodovia e despendido valores para impedir a ocorrência de danos, devolvendo o trecho à União no mesmo estado em que o recebeu, a conclusão para essa situação seria: os gastos da concessionária realizados para impedir a degradação da rodovia, a fim de mantê-la nas mesmas condições de 2014, seriam internalizados pela concessionária, e a União não deveria nem receber, **nem pagar nada por isso**. Pois teria havido o perfeito retorno ao status quo ante”*.

27

72. Fica evidente a lógica deturpada da União e como ela deseja furtar-se a cumprir a legislação e o Contrato de Concessão ao negar indenização pelos investimentos não amortizados vinculados a bens reversíveis, mesmo na hipótese de devolução do Sistema Rodoviário em iguais condições (por exemplo, caso a caducidade ocorresse por outros motivos previstos na Cláusula 32.1 do Contrato de Concessão, como a condenação por sonegação de tributos). A conclusão da União não é válida para nenhuma das formas de extinção antecipada, somente fazendo sentido caso o Contrato de Concessão fosse encerrado em seu termo e todos os investimentos da Concessionária tivessem sido amortizados, na forma da Cláusula 30.3.1 - o que não de longe foi o caso. A União parece ignorar que não há almoço – ou serviços de engenharia – grátis.

73. Ressalta-se, por fim, que, ao contrário do que quer fazer crer a Requerida 2, não há nenhuma obrigação contratual que determine à Concessionária devolver o trecho concedido ao Poder Concedente nas mesmas condições em que o recebeu. E, ainda que houvesse, naturalmente, por tal obrigação seria devida uma contrapartida correspondente, não se podendo cogitar da imposição de qualquer obrigação à Concessionária sem que ela seja remunerada por isso.

74. Demonstra-se, assim, que, a despeito da contrariedade da União, fato é que os custos com a recuperação do Sistema Rodoviário seriam despendidos por ela de qualquer maneira, seja na forma de indenização à Requerente ou por custos diretos incorridos pelo Poder Concedente após a retomada da concessão.

28

III.3. DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA PELOS SUPOSTOS DANOS

75. Neste capítulo serão contrapostos os argumentos da Requerida 2 que pretendem desviar o foco da ocorrência de fatores excludentes da responsabilidade da Requerente pelos supostos danos alegados pela União e contestados pela Requerente, hipoteticamente decorrentes da inexecução contratual. O que já se demonstrou nas Alegações Iniciais, na Réplica ao pedido principal e na Resposta à Reconvênção – e pretende-se deixar claro com esta Tréplica à Reconvênção – é, em suma, contrapor o alegado pela Requerida 2 no §107 de sua Réplica à Resposta à Reconvênção, no trecho em que afirma que *“o que se busca, por meio deste pedido de reconvênção, é o ressarcimento aos cofres públicos do valor correspondente à depreciação do sistema rodoviário em decorrência do abandono pela Concessionária”*.

76. Note-se que a União não afirma que seu pleito reconvenicional decorre de mero inadimplemento da Concessionária. Em relação aos descumprimentos contratuais, as Requeridas já penalizaram a Requerente com multas e, mais gravemente, com a sanção da caducidade. O que a Requerida 2 faz é fundamentar seu pleito reconvenicional em um suposto e genérico “abandono”. Sendo assim, à Requerente basta demonstrar que não houve abandono da Concessão de sua parte, ou que, ainda que este se verifique (o que se argumenta apenas por hipótese), que não haveria uma relação de causalidade direta (ou seja, sem que incida qualquer tipo de fato excludente do nexo causal) para que fique evidente a improcedência absoluta do pedido reconvenicional da União.

77. Refutam-se, assim, as alegações da Requerida 2 nos §§319 e 320 de que a Requerente se vale de *“linha de raciocínio desordenada, um verdadeiro mosaico desconexo de ideias, teses e argumentos, talvez com objetivo de disfarçar a fragilidade da sua tese”* e um suposto *“descabimento lógico de rebater, nesse momento, a alegação da “ausência de culpa” da Concessionária. Como será demonstrado, é a União que parece simplesmente não compreender as alegações da Requerente – ou, se as compreende, insiste em recortar e distorcer as suas afirmações e os fatos alegados, criando um cenário tão fantasioso quanto absurdo.*

78. Assim é, como visto, que a União pretende com sua Reconvencção obter da Requerente não uma indenização, mas uma espécie de subsídio ou auxílio financeiro para a realização do serviço de recuperação do pavimento. Como explicado acima, não há dano, então, para a União, ou qualquer outro fato que permita chamar o seu pleito reconvenicional de indenizatório, configurando **verdadeiramente uma tentativa oportunista de auferir receitas para a realização de um serviço que ela deveria contratar (e pagar por isso)**, e que somente não seria seu caso o investimento realizado pela delegatária fosse remunerado por meio da cobrança de

tarifa aos usuários, como reconhecido pela própria Requerida 2 na primeira parte do §317 de sua Réplica à Reposta à Reconvenção.⁴

79. Para além dos vícios argumentativos referentes à própria lógica das concessões apontados na seção III.2, e de modo que não fique qualquer dúvida a respeito da completa improcedência dos pleitos reconventionais da Requerida 2, nas próximas seções será novamente demonstrado – contrapondo especificamente as alegações realizadas pela União em sua Réplica à Resposta à Reconvenção – que não há que se falar de qualquer tipo de responsabilidade da Requerente que justifique a sua condenação ao pagamento de indenização à União.

80. Portanto, cuida-se nessa seção de mostrar, na seção III.3.1, que a Requerente jamais teve o papel – como quer lhe atribuir as Requeridas – de seguradora universal da rodovia, responsável por qualquer evento que ocorresse com o Sistema Rodoviário. O que ocorreu, na verdade, foi um fato irresistível e impeditivo da execução do Contrato de Concessão nas condições originalmente pactuadas, correspondente segundo a definição legal e contratual a caso fortuito, fator excludente da responsabilidade civil da Requerente e que, segundo o próprio Contrato de Concessão, permitiria até a paralisação dos serviços. E, no item III.3.2, mostra-se que a Requerente tentou até o esgotamento de seus esforços financeiros manter o projeto da Concessão, e instou de todas as formas possíveis as Requeridas, por diversas vezes, a se posicionar para solucionar o grave e progressivo desequilíbrio econômico-financeiro ocorrido. Se houve uma omissão ou desídia que levou à deterioração da rodovia tal omissão foi cometida pelas Requeridas, que além de não atenderem os

30

⁴ “317. Cumpre ressaltar que, caso a rodovia não tivesse sido concedida à Requerente, teria sido concedida a outra empresa do setor privado ou, caso não tivesse sido, jamais teria havido o abandono da rodovia pela União, tal como fez a Galvão, gerando prejuízos econômicos gigantes ao patrimônio da União.” Obviamente, a Requerente refuta, como o faz ao longo desta manifestação, a alegação de que houve o abandono da rodovia.

clamores da Requerente para solucionar os problemas que ocorriam, ainda agiram de modo inequívoco para a derrocada da Concessão.

III.3.1. A CARACTERIZAÇÃO DO FATO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL

81. Nesta seção pretende-se frisar a caracterização de um fato excludente do liame de responsabilidade civil, que tornou impossível a continuidade da execução do Contrato de Concessão pelo rompimento grave de suas condições, para os fins do artigo 10 da Lei 8.987/95, com a ocorrência de um evento cujo risco foi alocado contratual e legalmente Poder Concedente. Nesse sentido, é preciso ter em mente que **o Contrato de Concessão não veicula, em nenhum de seus dispositivos, qualquer forma de responsabilidade universal e ilimitada da Concessionária pelo Sistema Rodoviário. Ao contrário, como será visto, a responsabilidade da Requerente é condicionada pela alocação contratual de riscos, entre eles o relativo aos casos fortuitos.**

82. O pleito reconvenicional da Requerida 2 diz respeito aos supostos danos (suposto pois a União em momento algum apresentou qualquer prova de que as condições do pavimento foram por ela recebidas em estado pior que o passado à Concessionária em 2014) que, para os fins do artigo 38, §5º da Lei 8.987/95,⁵ devem ser descontados da indenização à Concessionária na caducidade e objeto do pleito principal da Requerente nesta arbitragem. Dentre os âmbitos de responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas no direito brasileiro, art. 38, §5º já trata da responsabilidade administrativa ao referir-se às multas (que foram impostas à Requerente durante a

⁵ § 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.”

execução contratual); portanto, é evidente que o trecho do artigo que se refere aos “danos causados pela Concessionária” trata de uma forma de responsabilização civil.

83. Assim, para que haja a responsabilização jurídica em tal esfera, é necessária a existência de três elementos: uma conduta danosa, um dano e o nexo de causalidade entre elas, independentemente da espécie de responsabilidade civil (objetiva ou subjetiva)⁶. Admite-se que o nexo de causalidade seja interrompido quando da ocorrência de fatores estranhos à cadeia causal, caso sejam aptos a romper o liame de causalidade inicial entre a atividade do agente e o dano.⁷

84. Nesse caso, ausente o vínculo entre a conduta do suposto agressor e os eventuais danos verificados, não há que se falar de responsabilização do agente.⁸ Conforme Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:⁹

O Código Civil não enumerou as excludentes da causalidade. Esta é uma tarefa que incumbe à doutrina. No atual panorama jurídico são três as categorias de excludentes do nexo causal: a) caso fortuito ou força maior, b) fato exclusivo da vítima, c) fato de terceiro. Qualquer uma delas, devidamente provada pelo lesante, servirá como eximente de sua responsabilidade, desde que evidenciado que este fato isoladamente provocou o dano, sem qualquer fato precedente praticado por um responsável que tenha contribuído para o dano. Enfim, fundamental é que reste patente que o fato do agente não foi

⁶ Afinal, a distinção entre ambas as espécies de responsabilidade está na necessidade ou desnecessidade de caracterização da culpabilidade do agente, discussão alheia à do nexo de causalidade.

⁷ SCHREIBER, Anderson. P. 665 Manual de Direito Civil Contemporâneo. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 665.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 8ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, 63-66.

⁹ ROSENVALD, Nelson, E FARIAS, Cristiano Chaves e NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. Salvador: Jus Podivm. 2014. p. 471.

a causa necessária (para uns) ou adequada (para outros) para justificar os danos sofridos pela vítima.

85. Ademais, na forma do art. 65, II, d) da Lei nº 8.666/93,¹⁰ a caracterização de **caso fortuito ou força maior corresponde a um risco atribuído ao Poder Concedente, nos termos também da subcláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão.**¹¹ Portanto, é evidente que a Requerente não pode ser responsabilizada pelas consequências negativas ao próprio Poder Concedente que de tal risco decorram.

86. Por fim, a parte final do Art. 38, § 1º, III, da Lei 8.987/95¹² e o próprio Contrato de Concessão, na Cláusula 32.2, indicam que quando há a ocorrência de caso fortuito ou força maior não há que se falar em inadimplemento da Concessionária, não podendo a Requerida 2 aplicar a pena de caducidade:

32.2 A União **não poderá declarar a caducidade da Concessão** com relação ao inadimplemento da Concessionária resultante dos eventos indicados na subcláusula 21.2 acima ou causados pela ocorrência de **caso fortuito ou força maior**.

¹⁰ Lei 8.666/93: “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**” (grifos nossos)

¹¹ Cf. a Subcláusula 21.2.4: “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”.

¹² “§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando: (...) III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior”.

87. Na verdade, a própria União cita, no §85 de sua peça, decisão judicial que comprova que, diante da ocorrência de um caso fortuito, fica impedida a execução contratual, sendo contrário ao direito que se exija do contratado o cumprimento da obrigação, sob pena de um enriquecimento indevido de uma contraparte:¹³ “*A Teoria da Imprevisão pressupõe a superveniência, após a conclusão do contrato, de acontecimento extraordinário e absolutamente imprevisível que cause além de modificação drástica e radical da base negocial, o enriquecimento injusto de um em detrimento do outro contraente, **levando-o à impossibilidade de cumprimento da obrigação***”.

88. Em outros termos: a legislação, doutrina, jurisprudência e o Contrato de Concessão reconhecem que, diante de tal circunstância irresistível, **não seria exigível da Concessionária** o adimplemento integral de suas obrigações. Nesses cenários, tendo ocorrido um evento extraordinário que impactou as bases objetivas do contrato, as Requeridas deveriam – por obrigação legal e contratual – ter reequilibrado o Contrato de Concessão tempestivamente, de modo a salvar o projeto concessional.

89. É, portanto, evidência da incompreensão da lógica contratual ou da ausência de boa-fé argumentativa da União a alegação (§53 da Réplica à Resposta à Reconvensão) que “*o contrato atribui à concessionária o risco de alteração de diversas variáveis econômicas como juros, inflação, taxas de câmbio e Imposto de Renda. Portanto, mesmo que se alegue que existe caso fortuito ou força maior, resta saber se tal item não está na matriz de risco da concessionária não bastando, por óbvio, a mera alegação genérica de crise financeira*”. Na leitura mais evidente de tal passagem, a União defende que se verifique se o risco relativo à ocorrência de caso fortuito ou força maior (“tal item”) está alocado contratualmente à Concessionária ou não, não

¹³ TRF-3ª Região, 1ª Turma, AC 0005471-07.2007.4.03.6119/SP, Rel. José Lunardelli, e-DJF 1º.4.2013.

bastando uma alegação mais geral fundamentada na lei ou na teoria da imprevisão, por exemplo.

90. Nessa linha, evidentemente **a União demonstraria um profundo desconhecimento do Contrato de Concessão, que expressamente aloca ao Poder Concedente o risco pela ocorrência de eventos classificados como caso fortuito ou força maior**. Ademais, o pleito da Concessionária não se fundamenta em mera alegação genérica: a imprevisibilidade, extraordinariedade e irresistibilidade da crise foram amplamente discutidas em farto material, com dados objetivos sobre o impacto da crise no PIB, a comparação com o desempenho do PIB de outros países submetidos a conflitos internos e embargos econômicos, os efeitos da crise na liberação de recursos do BNDES, no Parecer exarado pela GO Associados (**Doc.A.7**), além dos documentos gerados pelo próprio Poder Concedente corroborando estes fatos, como a exposição de motivos da MP 800 e no documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões (**Doc.A.13**). **Ao contrário, é a Requerida 2 que se defende com afirmações genéricas**, se omitindo (muito possivelmente por saber que não há como contra-argumentar as alegações da Requerente) em enfrentar as questões relevantes para a caracterização do fortuito.

35

91. Uma leitura mais caridosa do §53 da Réplica à Resposta à Reconvencção da Requerida 2 permite ainda interpretar a União alegando que não basta a previsão legal e alocação contratual do risco relativo à materialização de caso fortuito ao Poder Concedente. Seria necessário, nessa interpretação atribuível à manifestação da Requerida 2, que houvesse uma alocação do tipo de evento específico (variação cambial, inflação, etc.) ao Poder Concedente. Trata-se de mais uma **tentativa da Requerida 2 de sobrepor as alocações ordinárias de riscos à alocação extraordinária**. Essa linha argumentativa tornaria simplesmente inútil, **letra morta a**

alocação legal e contratual dos riscos relativos a caso fortuito, como já demonstrado exaustivamente pela Requerente nesta arbitragem.

92. Assim, a questão posta trata, novamente, de caracterizar os fatos impeditivos da execução contratual (a manifestação da crise econômica promovendo o fechamento do mercado de crédito) como decorrentes da materialização de um caso fortuito. Na verdade, afirmar que a crise econômica vivida no Brasil a partir do fim de 2014 e início de 2015 representa um caso fortuito e de força maior chega a ser uma obviedade, a partir de qualquer noção que se possa ter do conceito de caso fortuito e força maior. De todo modo, a Requerida 2 em sua manifestação (§118 de sua Resposta) utiliza os seguintes requisitos para a caracterização de caso fortuito ou força maior: “*a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; na medida em que um exclui o outro; b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano*”. Tal definição, apesar de mais extensa, vai ao encontro do conceito disposto pelo parágrafo único do artigo 393 do Código Civil:

“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se **no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir**”.

93. Nesse sentido, é necessário que se desfaça a confusão que a Requerida 2 pretende criar (§321) ao remeter o leitor aos tópicos de sua peça em que alega ter “desqualificado” a tese da Requerente de que “*a não obtenção do financiamento deve ser enquadrada como caso fortuito ou força maior*”.

94. Como já explicitado em diversas oportunidades nas suas Alegações Iniciais e réplica em seu pleito principal, bem como na sua resposta à Reconvensão (e.g. §43), **não trata o caso fortuito aqui tratado da não contratação em si do financiamento, mas corresponde à verificação da crise econômica, que teve, dentre suas materializações, o fechamento extraordinário do mercado de crédito ao setor de infraestrutura.** Com a crise, os **Bancos Públicos se viram forçados a restringir a quantidade de operações que celebrariam, dando preferência aos projetos nos quais já estavam investidos.**

95. Não há que se falar, portanto, um suposto inadimplemento do BNDES e não há qualquer contradição nas alegações da Requerente (ao contrário do que alega a Requerida 2 nos §§13 e 14): a materialização da crise no mercado de crédito - ao ponto de o BNDES não ter concedido o financiamento ponte apesar do cumprimento dos requisitos impostos pelo banco à Concessionária, incluindo a apresentação de garantia na modalidade fiança bancária pelo Santander configurar evento cujo risco fora alocado ao Poder Concedente não significa que a negativa do banco seja conduta irregular contra a qual se insurja a Concessionária. Quem modelou a Concessão de modo a (i) incluir os financiamentos fortemente subsidiados como condição essencial do Contrato de Concessão; (ii) alocar o risco de fortuito e força maior a si próprio foi o Poder Concedente, e foi ele que descumpriu o Contrato de Concessão ao não reequilibrar a equação econômico-financeira uma vez que as condições contratuais (art. 10 da Lei 8.987/95) foram quebradas em virtude da crise.

96. Assim é que a União procura fundamentar a sua negativa de ocorrência do caso fortuito com base nos seguintes argumentos: (a) a não caracterização da crise econômica como fato extraordinário, imprevisível e irresistível sob a alegação da existência de “ciclos de prosperidade e recessão” não raros no Brasil; (b) as outras concessionárias da 3ª Etapa PROCROFE obtiveram financiamentos ponte, logo não

teria havido um fechamento do mercado de crédito; (c) o suposto envolvimento da Requerente ou de empresas do mesmo grupo econômico na Lava-Jato; (d) a queda da avaliação do risco e Recuperação Judicial de empresas do grupo Galvão; (e) a suposta incapacidade gerencial da Concessionária. Nos tópicos a seguir serão refutados, um a um, os argumentos da Requerida 2.

III.3.1.1. DA OCORRÊNCIA DE “CICLOS DE PROSPERIDADE E RECESSÃO” ECONÔMICA

97. A União alega (§25 da sua Réplica à Resposta à Reconvencção) que a Requerente deveria ter considerado a *“probabilidade de um evento de crise econômica ou aumento de custo do capital, principalmente em um país economicamente instável como o Brasil”*. Já nos §§81 e 82) afirma que *“É esperado, num contrato de longo prazo (no caso, 30 anos), que este atravesse períodos de oscilações da economia, com ciclos de prosperidade e recessão, o que não é raridade no Brasil”*, de modo que os licitantes nas concessões deveriam *“cercar-se de todos os meios empresariais, econômicos e financeiros para dirimir ou atenuar tais flutuações”*. Em outros termos, para a União, a crise que se desenvolveu no fim de 2014 e início de 2015 representa apenas um momento de recessão dentro de um ciclo normal da errática economia brasileira. Sendo assim, nega a extraordinariedade e imprevisibilidade de tal evento econômico, o que, em seu ver, descaracterizaria o fortuito.

98. Chega a ser constrangedora a desfaçatez deste argumento, diante da própria realidade brasileira (o que demonstra a falta de apego da Requerida 2 aos fatos) e de tantas manifestações documentadas das Requeridas: citem-se a **exposição de motivos da MP 800, elaborada pela própria Requerida 2, e o documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais** pela sua absoluta clareza e didática em demonstrar a “forte

imprevisibilidade” da crise sendo que, “*Mesmo nos cenários mais pessimistas que poderiam balizar as propostas econômicas ofertadas nos leilões de rodovias, é pouco provável que se considerasse hipóteses com menos de 0,27% de probabilidade de ocorrência*”. **Sem apresentar qualquer tipo de fundamento econômico ou estatístico para negar tais características à crise**, a União laconicamente alega que a recessão experimentada e seu impacto no setor de infraestrutura seriam algo normal à economia brasileira.

99. Ademais, a União parece ignorar a lógica econômico-financeira de uma concessão de serviços públicos, que é extremamente sensível ao estágio em que se encontra o projeto. **Os impactos da indisponibilidade de recursos são muito mais severos nas concessões ainda em estágios iniciais, considerando o volume de investimentos a ser realizado de forma concentrada nos primeiros anos, o que é agravado pelo fato de que, no caso da Requerente, a operação não havia sido iniciada.** Por sua vez, o impacto em concessões maduras, que já possuem um fluxo de caixa constante com a cobrança de tarifas e não possuem investimentos relevantes a serem realizados, é consideravelmente inferior. **Essa lógica é muito bem explicada no documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais, da Requerida 1**, que a Requerida 2 parece não ter analisado. Sendo assim, é completamente indevida a afirmação da Requerida 2 de que haveria “*culpa na elaboração de uma proposta que seria somente exequível caso o cenário econômico brasileiro se mantivesse estável pelos 30 anos do prazo contratual, cenário esse que é fantasioso*”. Ao fazê-lo a União comete uma falácia lógica (apelo ao ridículo): a exequibilidade da proposta da Concessionária não dependia da estabilidade da economia brasileira durante todo o prazo da Concessão, tendo sido elaborada baseada em cenários de estresse; diferente é o caso, contudo, da eclosão da mais grave crise econômica da história do país justamente no seu primeiro ano, antes mesmo do início de sua operação.

100. A Requerida 2 assevera ainda (§83) que o reconhecimento da ocorrência de caso fortuito e força maior e de sua alocação ao Poder Concedente implicaria admitir que, na hipótese de hipercrescimento econômico, em épocas de boom econômico ou algum outro fator que causasse extrema vantajosidade econômica para a Requerente, deveria ser reequilibrado o Contrato de Concessão em favor do Poder Concedente. Contudo, a União ignora que o próprio conceito e a utilização dada ao instituto do caso fortuito são afetas a situações de estresse, que podem levar até à impossibilidade de execução contratual. **Não se presta o instituto do caso fortuito a permitir que o Poder Concedente se aproprie do aquecimento da atividade econômica** – o que se faz, costumeiramente em parcerias público-privadas, por meio do compartilhamento do risco de demanda ou de crédito, este último com fundamento no 5º, inc. IV, da Lei 11.079/2004

40

101. Por fim, a Requerida 2 em seu §84 tenta inutilmente aterrorizar esse Painel Arbitral ao afirmar que se os pleitos da Requerente fossem acolhidos, *“acarretariam extremo desequilíbrio de toda sorte, devido à insegurança jurídica e aos efeitos econômicos deletérios gerados por reações em cascata em todo o sistema de concessões do país”*. A que reações a União se refere que gerariam insegurança jurídica? Que as partes afetadas por um caso fortuito (obviamente não foi apenas a Requerente afetada, mas todas as concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE, como reconhecido pelo próprio documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais) busquem seus direitos que, em tese, são garantidos pelos contratos de concessão celebrados pelas Requeridas? Fazer valer a aplicação de uma norma jurídica (as disposições legais e contratuais alocando o risco extraordinário ao Poder Concedente) quando ocorre o fato ao qual deve ser subsumida a norma (o fortuito manifestado na crise econômica) parece ser, ao contrário do alegado pela União, a afirmação da segurança jurídica de que os contratos são cumpridos no Brasil.

102. Mas não é só. A Requerida 2 ignora ainda os efeitos sistêmicos que podem advir de sua posição. O argumento da União, se aceito, vai (i) minar qualquer percepção de segurança jurídica que o mercado de infraestrutura poderia ter na condução de negócios de longo prazo pelas Requeridas, visto que se a maior crise da história do país não dá ensejo à aplicação dos dispositivos legais e contratuais que protegem as partes contratadas contra eventos imprevisíveis e extraordinários, não se sabe quando tais dispositivos seriam aplicados; e, também, (ii) fazer com que todo o mercado de infraestrutura tenha que se preparar para condições que não são sequer previsíveis, o que certamente será refletido nos procedimentos licitatórios, resultando em lances menos vantajosos à União e aos usuários. **Ou seja, como consequência de sua irresponsabilidade, a União perderá receitas de outorgas e os usuários serão prejudicados com tarifas mais altas.**

41

III.3.1.2. DO FECHAMENTO DO MERCADO DE CRÉDITO

103. A segunda ordem de argumentos da Requerida 2 diz respeito à concessão, pelos Bancos Públicos, de financiamentos (tanto empréstimos ponte quanto financiamentos de longo prazo) aos demais concessionários da 3ª Etapa PROCROFE. Segundo a União, isso demonstraria que foram os fatores particulares ao caso da Concessionária que levaram à não disponibilização dos financiamentos – e não o fechamento do mercado de crédito por ela alegado (§41). A União chega até mesmo a, no §42 de sua Réplica à Resposta à Reconvencção (§25 do Doc.R2-37), apresentar tabela com as datas de celebração dos contratos de concessão e dos financiamentos de cada rodovia da 3ª Etapa PROCROFE, para levar o painel arbitral a conclusões erradas.

104. A própria tabela apresentada pela União já demonstra a improcedência de seu argumento, se analisada com cautela.

105. Em primeiro lugar, é preciso notar, como exposto na seção anterior, que os contratos de concessão rodoviária (quanto mais os da 3ª Etapa PROCROFE, que tinham um grande volume de obras concentradas nos primeiros anos da concessão, vinculada a um financiamento altamente alavancado e extremamente subsidiado) são extremamente sensíveis ao *timing* da obtenção dos recursos que permita a sua operação, e com isso a cobrança de tarifas, para que o projeto concessional seja sustentável.

106. E, como demonstrado pela Requerente em suas manifestações anteriores, **as demais concessionárias obtiveram o empréstimo ponte inicial em período anterior ao início da crise, até o terceiro trimestre de 2014 (conforme a tabela colacionada pela própria União no §45, em que somente estão presentes os primeiros empréstimos ponte)**, tendo sido a Requerente a vencedora do último lote da 3ª Etapa do PROCROFE. A alegação genérica da União de que as demais concessionárias obtiveram financiamentos “*no decorrer de 2014, 2015 e 2016, antes ou após a análise e negativa pelo mesmo BNDES do crédito para a Galvão, que se deu entre setembro de 2014 e maio de 2015*” é mais um subterfúgio argumentativo que não possui solidez alguma, visto que ignora (talvez propositalmente) as diferenças entre os estágios das diferentes concessões rodoviárias e sua relação com a sua financiabilidade.

107. Um segundo ponto que a União pretende ocultar é que mesmo para aquelas concessionárias que celebraram os contratos de financiamento de longo prazo com os bancos públicos, **o fizeram em condições bastante adversas, quando comparadas às condições que fundamentaram as modelagens contratuais**. Tanto o é que as demais concessionárias pleitearam em âmbito administrativo, judicial

ou arbitral o reequilíbrio econômico-financeiro pelas alterações das condições de financiamento.

108. Nesse sentido, vale mencionar decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara Federal de Brasília¹⁴ (Doc. A.72), em ação cautelar preparatória de arbitragem ajuizada pela CONCEBRA, que deferiu o pedido liminar, determinando à ANTT que se abstinhasse de aplicar qualquer penalidade contratual à Concessionária, bem como de impor novas obrigações de investimentos e reduções tarifárias, até que fosse resolvido o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

109. Veja-se que a referida decisão se pautou, essencialmente, no **princípio da confiança legítima**, especificamente em sua quebra devido à não obtenção dos empréstimos de fomento dos bancos públicos nos valores inicialmente acordados entre as partes:

No caso concreto, presentes os requisitos legais para deferimento de pedido liminar.

Aqui, há de se registrar o princípio da confiança legítima.

Os empréstimos liberados por banco de fomento não estão sequer próximos dos valores de outrora, o que, sem sombra de dúvidas, muda o equilíbrio econômico-financeiro, elemento de contrato administrativo.

Sendo assim, com base na legítima confiança do administrado, defiro a tutela de urgência nesta ação cautelar (referibilidade comprovada) para assegurar que, até a resolução do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – ou seja, pela apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual

¹⁴ Tutela Cautelar Antecedente nº 1014379-79.2019.4.01.3400. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

pelo Tribunal Arbitral –, a requerida se abstenha de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos questionados nos pleitos de reequilíbrio/revisionais já ofertados, impor novas obrigações de investimento e promover redução tarifária, até o tribunal arbitral se pronunciar, ou a Agência, em sua autotutela buscar solução da lide.

110. Ainda em relação às que obtiveram o financiamento de longo prazo, pode-se inferir porque estas duas concessionárias acabaram por aceitar tais condições: para a CCR, empresa de capital aberto cotada em bolsa de valores, inadimplências em uma de suas SPEs poderia ter impactos adversos em seu valor de mercado. Mesmo assim, os investimentos foram interrompidos pela Concessionária MS Vias e ela deixou de receber as tranches deste financiamento pela absoluta inviabilidade econômica que representavam. E, para a MGO, a aceitação deve ter feito parte da estratégia de seus acionistas de vender sua participação, cujas tratativas se encontram em andamento.

111. Uma outra impropriedade é cometida pela Requerida 2 em seu §45 ao alegar que o BNDES não teria se comprometido na Carta de Apoio dos Bancos Públicos com o prazo de 90 dias para conceder o empréstimo ponte, apresentando tabela em que este prazo foi em média de 183 dias. Esse argumento não procede por duas razões: a uma, porque o BNDES se comprometeu sim com o prazo de 90 dias: *“Empréstimo Ponte: (...) Início do desembolso: em até 90 dias após a assinatura do contrato de concessão (atendidas as condições usualmente exigidas pelas instituições Financeiras)”*. Vale registrar nesse sentido que todas as condições exigidas usual e especificamente pelo BNDES para a concessão do empréstimo ponte estavam atendidas no início de dezembro (conforme atesta o Doc.A.10). Em especial, como já foi exhaustivamente demonstrado em suas manifestações anteriores (vide os §§ 141, 142, 145 e 146 da Réplica e Resposta à Reconvencção), **para o empréstimo ponte o BNDES não**

tomaria o risco da Requerente e seu acionista, mas do Banco Santander Brasil S.A., que prestaria fiança bancária à Requerente.

112. Ademais, o fato de o prazo ter sido maior para a obtenção do empréstimo ponte pelas demais concessionárias não significa nada para o caso da Requerente. Primeiro, por se tratar da primeira leva desta operação, o BNDES poderia ter tido uma curva de aprendizagem para este tipo de operação, em condições sem precedentes até então, o que levou aos atrasos. E, por outro lado, as demais concessionárias podem não ter conseguido atender às exigências no prazo devido, o que certamente não foi o caso da **Requerente, que em dezembro de 2014 já possuía todos os requisitos necessários à concessão do financiamento ponte.**

45

113. Um último ponto quanto à questão temporal: a União cinicamente alega que a análise pelo BNDES da concessão do financiamento à Requerente ocorreu até maio de 2015, aumentando (em contrariedade à realidade ocorrida à época) o tempo do processo de avaliação do banco para que se encaixe na narrativa empreendida pela Requerida 2. Ocorre que já **em dezembro de 2014 havia sido indicada a negativa**, com a retirada de pauta da reunião de diretoria do processo que concederia o empréstimo ponte à Requerente, e confirmada em janeiro, mesmo diante do Parecer nº 02.AADMA.CGU.AGU.2014 (Doc. A.11) autorizando expressamente a realização de operações de crédito com empresas do Grupo Galvão. Isso motivou o envio de ofícios para a ANTT alertando para as consequências da não disponibilização dos recursos e dando um prazo para que a Requerida 1 atuasse nas esferas competentes para solucionar o problema. Assim, foi meramente protocolar a notificação oficial do BNDES, negando a concessão do empréstimo ponte em 25/05/15, mais de 8 meses depois da assinatura de contrato, e mais de 5 meses depois da Concessionária atender todas as exigências.

**III.3.1.3. DA DEMONSTRAÇÃO DE QUE O DESÁGIO, A LAVA-JATO, O
RATING E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS DO GRUPO
GALVÃO NÃO INFLUENCIARAM A NÃO CONCESSÃO DO
FINANCIAMENTO**

114. A Requerida 2 insiste (§§57 e seguintes) na tese de que não foi a crise econômica que causou o fechamento do mercado de crédito e levou, em última instância, à derrocada da Concessão, como demonstra a Concessionária. A União ainda persiste na sua linha argumentativa de que a Concessionária foi a responsável pela própria sorte ao ter oferecido deságio relevante na licitação, ao supostamente estar vinculada a atos de corrupção no âmbito da Operação Lava-Jato, ao ter seu *rating rebaixado* ou ao ter empresas de seu grupo econômico em recuperação judicial, fatores todos que supostamente teriam impactado a análise de seu crédito por parte dos Bancos Públicos.

115. Em relação ao primeiro ponto, em seu §28, a União, citando a NT n° 4/2019/ARB_GALVAO/SNTTA, atribui as dificuldades de obtenção de crédito, dentre outros, ao desconto na tarifa de pedágio de referência. Nesse sentido, vale destacar que o deságio ofertado pela Requerente foi um dos dois menores descontos no âmbito da 3ª Etapa PROCROFE, sendo mais conservador que os descontos dados nos outros lotes por empresas tradicionais investidoras em concessões (CCR, OTP, Triunfo e Invepar) e que receberam os empréstimos ponte. A não ser que a União queira afirmar que as mais tradicionais empresas são “aventureiras” (como pretende classificar a Requerente) e, portanto, reconhecer que todo seu programa de concessões é fracassado (não só a 3ª Etapa PROCROFE, mas todas as concessões detidas por essas empresas) - o que, por óbvio, não se pode aceitar. Há de se reconhecer deste modo que foi a modelagem das concessões da 3ª Etapa

PROCROFE, calcada nos financiamentos subsidiados, e não uma suposta irresponsabilidade dos licitantes, que motivou a oferta de tais descontos, e que tais **descontos não serviriam – como não serviram para os demais concessionários, inclusive os que ofereceram descontos mais relevantes – para obstar a concessão do empréstimo.**

116. Já no que diz respeito à Lava-Jato, a Requerida 2 não mede esforços em apresentar as reestruturações da cadeia societária da Requerente e apontar o envolvimento de dirigentes de sociedades do grupo econômico ao qual pertence a Concessionária em investigações da Lava-Jato. Contudo, nenhum desses fatores foi determinante para a avaliação dos empréstimos pelos Bancos Públicos. Se houvesse sido determinante, como quer fazer parecer a União, é de se esperar que não seria concedido qualquer tipo de financiamento a pessoas jurídicas que possuíam, nos quadros de sociedades de seu mesmo grupo empresarial, pessoas investigadas, quanto menos presas. Não foi esse o caso.

47

117. **O contra-argumento para a alegação da União de que a Lava-Jato foi fator impeditivo à concessão de financiamentos pelos Bancos Públicos vem da própria tabela apresentada pela União no seu §42. Ali verifica-se a liberação de um empréstimo-ponte para a Concessionária Rota do Oeste, empresa do Grupo Odebrecht, em 20/08/15. Na data de tal liberação, o acionista e principal dirigente da Odebrecht, Marcelo Odebrecht, encontrava-se preso (19/06/05).** E é evidente que a Odebrecht foi a empresa que teve o maior destaque na Operação Lava-Jato, tanto por sua atuação no cartel, como pelo número de pessoas, países e valores envolvidos. **E mesmo assim os Bancos Públicos concederam expressivo financiamento àquela concessionária.**

118. **Ou seja, o envolvimento de pessoas físicas e jurídicas do mesmo grupo empresarial que concessionárias de rodovia da 3ª Etapa PROCROFE não foi impeditivo para o recebimento de empréstimos-ponte, até mesmo porque nesse caso (de empréstimos ponte) o risco tomado pelo banco não é um risco corporativo da concessionária tomadora do crédito.** Há uma garantia que protege a operação - no caso da Requerente, que apresentou compromisso do Banco Santander de oferecer a garantia, certamente uma garantia tão ou mais sólida que outras que possam ter sido apresentadas pelas demais concessionárias, considerando o grau de confiabilidade do Santander.

119. **É preciso que fique absolutamente claro para este Tribunal Arbitral que, como a Requerente apresentou fiança bancária do Santander, o risco corrido pelos Bancos Públicos para a concessão do empréstimo ponte (objeto de toda a discussão nesta arbitragem) era de inadimplemento pelo Santander** de sua obrigação de garantidor, não o risco de pagamento da Requerente ou qualquer empresa de seu grupo.

48

120. Nesse sentido é que todas as discussões trazidas pela Requerida 2 (deságio, Lava-Jato, *ratings*, recuperação judicial) são irrelevantes para a concessão do empréstimo ponte, quando se percebe que a operação seria garantida pelo Santander.

121. Em relação à nota de crédito da acionista da Requerente, novamente utilizando o exemplo do financiamento obtido pela Concessionária Rota do Oeste, trazido pela União na tabela constante de seu §42: também em relação ao risco de crédito, o crédito da Galvão não poderia ter classificação inferior ao da Concessionária Rota do Oeste, pois qualquer que fosse o da Concessionária Rota do Oeste e seus acionistas (grupo Odebrecht), não seria melhor do que a classificação do Santander.

122. Ademais, é preciso destacar que: em primeiro lugar, **a União traz reclassificações completamente extemporâneas à avaliação do empréstimo da Requerente, considerando que em 01/12/2014 a Requerente cumpria todos os requisitos para o recebimento do empréstimo ponte e que o esgotamento do prazo previsto na Carta de Apoio dos Bancos Públicos para contratação do financiamento ponte ocorreu em 12/12/2014**, 90 dias após a assinatura do Contrato de Concessão. Ou seja, reclassificações posteriores a 12/12/2014 (como os apresentados pela União nos §§71 e seguintes) não podem logicamente ter sido fundamento posterior de uma decisão que deveria ter sido tomada ainda em dezembro de 2014. Importante salientar, contudo, que o *rating* BB+ de 13/01/2015, apesar de inferior ao de 2014, não representava um fator impeditivo à obtenção de financiamentos.

49

123. Quanto à única ação que pode ser fundamento da análise, datada de 19/11/2014 e citada no §69 e Doc.R2.46, vê-se que a Fitch colocou “todas as empresas brasileiras de construção pesada em Observação Negativa”, citando, como um dos motivos determinantes para tanto, a “*Redução no acesso ao financiamento de bancos privados, mercado de capitais e entidades relacionadas ao governo, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)*”. Ou seja, **novamente o exemplo utilizado pela Requerida 2 comprova o ponto da Requerente de que foi o fechamento geral do mercado de crédito em todo o setor de infraestrutura que impactou a Concessão, e não qualquer ação ou fato específico relativo à Concessionária.**

124. Por fim, **ainda** que o fator relevante para a concessão do empréstimo ponte seja a garantia a ser oferecida pelo Santander, é importante que se lembre que, ainda nessa data, o *rating* da acionista da Requerente era BBB+, mesmo com a Observação Negativa (que não altera a nota de crédito em si), o que representa **grau**

de investimento com boa qualidade de crédito, como citado pela Requerida 2 (§77).

125. Por fim, quanto à alegação de que a recuperação judicial de empresas do grupo Galvão interferiu na não concessão do financiamento (e.g. §120) retoma-se o já exaustivamente narrado nas manifestações anteriores da Requerente nessa arbitragem, destacando em resumo que o protocolo da recuperação judicial (25/03/2015) foi posterior ao atingimento pela Requerente de todos os requisitos para concessão do empréstimo ponte (01/12/2014) e de sua negativa do BNDES, e do transcurso do prazo previsto na Carta de Apoio dos Bancos Públicos para sua contratação, também em dezembro de 2014. Por tais motivos lógicos, a recuperação judicial de empresas do Grupo Galvão não pode ser utilizada extemporaneamente para supostamente fundamentar uma decisão que foi tomada antes pelo BNDES. Ao contrário, como narrado em detalhes na Réplica e Resposta à Reconvensão, um dos fatores que motivou o protocolo da recuperação judicial foi a negativa de concessão do financiamento pelo BNDES em decorrência da crise, e o impacto de tal decisão na estrutura econômico-financeira da concessão.

50

III.3.2. DA AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU DESÍDIA DA REQUERENTE

126. Segundo a União, o Sistema Rodoviário foi retomado pelo Poder Concedente em condições de trafegabilidade inferiores àquelas assumidas pela Concessionária, o que teria sido provocado por um suposto abandono da Requerente na Concessão, evidenciado pela suposta não realização de investimentos. Pretende-se, nesta seção, demonstrar a completa improcedência da **alegação genérica de abandono da Requerida 2**, que contraria os conceitos contábeis e financeiros de

investimento e desconsidera os esforços da Requerente para a boa continuidade da Concessão, apelando para os mais diversos subterfúgios retóricos.

127. Em primeiro lugar, alega a Requerida 2 (§322 e seguintes) que não foram feitos investimentos pela Concessionária no Sistema Rodoviário, posto que “*se alguma melhoria foi executada, não atenderam aos parâmetros de reversibilidade. Além do mais, isso não afasta o dever da Galvão de indenizar, porque é fato incontroverso que a rodovia foi devolvida em condições inferiores àquelas ao tempo da assunção do contrato*”.

128. Além de novamente distorcer as alegações da Concessionária, a União ignora que o Contrato de Concessão não define *ex ante* nenhum parâmetro de reversibilidade dos bens. Ademais, a Requerida 2 veicula o equivocado entendimento de que somente contam, para os fins do cálculo das compensações pela extinção antecipada do Contrato de Concessão, os gastos que resultam no atingimento dos parâmetros de desempenho. No raciocínio limitado e dual da Requerida 2, ou se está completamente conforme os parâmetros de desempenho - e, por isso, os gastos incorridos materializam, para os fins jurídicos, um investimento - ou, por qualquer não conformidade aos parâmetros de desempenho que seja, todos os gastos se desfazem e desaparecem dos mundos jurídico e contábil.

129. Nesse sentido é que a noção de “investimento” esposada pela União sequer atende aos conceitos contábeis e financeiros, como demonstrado nas Alegações Iniciais e no Parecer da GO Associados a elas anexo. Como demonstrado na Réplica e Resposta à Reconvencção – especialmente no item “B” do §27, a que se remete a leitura – há elementos da concepção da União que não são nem condições necessárias nem suficientes para a adequada conceituação de investimento e, portanto, não podem sob um ponto de vista lógico serem utilizadas para balizar a decisão sobre as compensações pela extinção antecipada do Contrato de Concessão.

130. A União tenta (§113) ingenuamente descreditar a utilização de exemplos pela Requerente afirmando que “*não condizem com o cenário fático verificado no contrato sub judice*”. Ora, é óbvio que os exemplos utilizados pela Requerente não representam o caso de extinção por caducidade ocorrido. Como o Contrato de Concessão não apresenta uma definição de investimentos indenizáveis, quanto menos uma que diferencie as distintas hipóteses de extinção contratual antecipada, é necessário que qualquer conceito de investimento que se pretenda utilizar seja logicamente válido (ou seja, que apresente um resultado lógico e coerente com a disciplina das concessões de serviço público). Nesse sentido, a Requerente utiliza os citados exemplos como testes lógicos para verificar a validade e coerência interna do conceito apresentado pela União, por meio da verificação da pertinência lógica dos elementos que a União afirma serem necessários e suficientes para que determinado gasto seja considerado um investimento. A leitura dos exemplos explicita que o resultado dos testes indica muito claramente a completa impertinência dos requisitos criados (posto que inexistentes na disciplina contratual) pela Requerida 2.

52

131. Assim é que deve ser rechaçada a tentativa da Requerida 2 (§332) de minimizar os esforços da Requerente. Não se trata de “*mero esforço retórico e teórico*”, não possuindo “*nenhum valor técnico, jurídico ou econômico*” e “*que não geram qualquer benefício concreto ou proveito econômico para a União. Se, ao revés, as atitudes informadas tivessem gerado utilidade econômica e agregado valor ao patrimônio rodoviário da União, de modo a gerar saldo positivo, aí sim, as alegações da Requerente teriam alguma relevância ao caso*”.

132. Não há nada de teórico ou retórico nas alegações da Requerente: como visto nas Alegações Iniciais e Réplica e Resposta à Reconvenção, as alegações da Concessionária neste procedimento arbitral são sempre coerentes no sentido de que a Requerente não mediu esforços para tentar viabilizar o início da operação e cobrança

tarifária (o que aparentemente é um problema para a União, conforme a parte final do §333 de sua manifestação, que parece lançar dúvida sobre a legitimidade dos esforços da Concessionárias) enquanto lhe restava fôlego financeiro. Com a negativa do financiamento (ocorrida no 3º mês da Concessão) e a derrocada progressiva da Concessão, a Concessionária concentrou a partir do 4º mês seus esforços, na medida em que lhe era possível, na manutenção da rodovia em condições de segurança para os usuários.

133. Por exemplo, a Concessionária foi recordista na mobilização dos equipamentos e de liberação ambiental (cuja obtenção tomou para si a responsabilidade) dentre as concessionárias da 3ª Etapa PROCROFE (§157 da Réplica e Resposta à Reconvênção), além de ter realizado diversos serviços na rodovia. Também não há fundamento à alegação da União (§331) de que a Concessionária se limitou a realizar serviços como tapa-buracos e selagem. Na verdade, nos primeiros 4 meses dos Trabalhos Iniciais, foram feitos vários serviços de sinalização horizontal e de recuperação do pavimento, inclusive fresagem e recomposição com capa de CBUQ (**Doc. A.73**). A extensão de pista atendendo a exigências do PER para o pavimento, inclusive de IRI máximo de 4,0 m/km, superou os 200 km.

134. Remete-se ainda à leitura dos §§155 a 168 e §§221 e seguintes da Réplica e Resposta à Reconvênção, que narram a prestação satisfatória dos serviços pela Requerente até o grave impacto da indisponibilidade de recursos causado pela crise econômica, bem como demonstram a realização de serviços preliminares e o avanço dos Trabalhos Iniciais nos primeiros quatro meses de concessão. Em período posterior, quando já era grave o desequilíbrio contratual, merece nota a implantação do Plano de Segurança Rodoviária (Doc.A.24), que tinha como objetivo garantir a continuidade da prestação dos serviços em níveis essenciais e que contemplava uma

série de medidas destinadas ao monitoramento das condições físicas da rodovia e à realização das intervenções necessárias para evitar que o seu grau de deterioração chegasse a níveis que colocassem em risco a segurança dos usuários. Vale destacar que, além de serviços relacionados ao pavimento da rodovia, ora em questão, foram realizadas, no âmbito do PSR, duas obras emergenciais em OAEs – Obras de Arte Especiais – que se encontravam em condições críticas de integridade estrutural: a reforma da Ponte sobre o Rio das Almas, e a reforma do Viaduto sobre a GO 080.

135. Não bastasse, como narrado na Réplica e Resposta à Reconvencção (§167), **todos os prefeitos dos municípios de Goiás e Tocantins cortados pelo trecho concedido à Requerente manifestaram o seu apoio à continuidade dos serviços de recuperação, manutenção e operação da rodovia.** Naturalmente, não haveria tamanha adesão e apoio se a Requerente fosse tão omissa e a rodovia estivesse em estado de abandono, como narrado pela União.

54

136. Além disso, como demonstrado exaustivamente nas Alegações Iniciais (§§95 e seguintes) e na Réplica e Resposta à Reconvencção (§§162 e seguintes) a **Requerente buscou insistentemente junto às Requeridas uma saída para a retomada dos investimentos na Concessão, seja por meio do reequilíbrio econômico-financeiro ou até mesmo com a alienação do controle da Concessionária, solução de viabilidade também por fim negligenciada pelas Requeridas.** E nesse é impossível ignorar a boa-fé objetiva da Concessionária na gestão contratual, o que contrasta com a postura essa sim desidiosa das Requeridas, que agiram contrariamente à melhor solução ao interesse público.

137. Portanto, resta evidenciado que a Requerente procurou, de todos os modos que lhe era possível, uma resposta para os problemas que inviabilizaram o projeto concessionário, a despeito da falta de colaboração das Requeridas. Deste

modo, não há que se falar de abandono da Concessão pela Requerente; se uma das partes foi omissa nessa relação contratual, fica de todo o exposto evidente que foi o Poder Concedente, as Requeridas.

III.4. INADEQUAÇÃO DA METODOLOGIA DE CÁLCULO DA UNIÃO

138. Finalmente, ao contrário do que afirma a Requerida 2 (§§338-341 da Réplica à Resposta à Reconvencção), **inexiste consenso quanto à adequação da metodologia de cálculo utilizada para precificação da indenização** requerida pela União.

139. Ao contrário, em sua Resposta à Reconvencção, a Requerente demonstrou que a metodologia adotada pela Requerida 2 se baseou em uma divisão inadequada dos segmentos homogêneos da rodovia quanto aos parâmetros do pavimento, levando a um resultado que **desconsiderou os investimentos realizados pela Concessionária em trechos mais críticos** e gerou distorções no coeficiente de variação e desvio padrão das deflexões do pavimento dos segmentos, resultando numa elevação desmesurada da deflexão máxima característica, a qual, por sua vez, foi utilizada como definidora no cálculo das necessidades de restauração do pavimento.

140. Ademais, a Requerida 2 afirma que o seu cálculo se baseou “*em premissas fáticas, que consideram o estado real da rodovia nos anos de 2014 e de 2017, sendo, portanto, fidedignas*”. Contudo, conforme mencionado anteriormente, **ainda não houve a apresentação da documentação onde constam os registros e dados das condições do pavimento em 2017**, quanto da retomada do Sistema Rodoviário pelo

Poder Concedente, o que inviabiliza a avaliação adequada da metodologia pela Requerente e refuta a existência de consenso entre as partes nesse ponto.

III.4.1. DEGRADAÇÃO COMO PROCESSO NATURAL DECORRENTE DA AÇÃO DO TRÁFEGO E DA NATUREZA

141. Nesse tópico (§§342-343 da Réplica à Resposta à Reconvencção), a União parece finalmente admitir que o Sistema Rodoviário sofre, ao longo do tempo, com uma série de impactos esperados, corriqueiros e não provocados pela Concessionária, que levam à deterioração do pavimento: “**os efeitos da ação do vento, chuva, movimentação de máquinas e veículos, dentre outros**” ou, em outras palavras, a “*permanente ação da natureza e da movimentação dos veículos*”.

56

142. Seguindo esse raciocínio, insiste na tese de que, estando o Sistema Rodoviário sob a posse e administração da Concessionária, caberia a ela absorver os efeitos de todos esses fatores sobre as condições de trafegabilidade da rodovia, pois, afinal, “**esse é, inclusive, o escopo do contrato de concessão rodoviária**”. Termina, ainda, questionando que “*Se não for para tanto, a que serve então a tarifa cobrada pelas concessionárias?*”.

143. Ora, para a hipótese de uma concessão em situação de normalidade esperada, na qual a concessionária está cobrando regularmente as tarifas de pedágio, a União não poderia estar mais correta. Ocorre que não é esse o caso da Requerente, que **nunca iniciou a cobrança das tarifas de pedágio**.

144. Portanto, sobre esses dois pontos, tem-se que (i) a União reconhece que o processo de deterioração da rodovia é constante e provocado pela ação contínua

da natureza e do tráfego no Sistema Rodoviário, sendo independente da ação ou inação da Concessionária; e (ii) há uma correlação inerente entre a obrigação contratual da Concessionária e a sua contrapartida correspondente esperada.

145. Buscando justificar a ocorrência de dano indenizável ao seu favor, a Requerida 2 alega, ainda, que a não realização de intervenção preventiva, no pavimento, pela Concessionária, teria acarretado a sua deterioração acelerada (§§343-347 da Réplica à Resposta à Reconvenção). Para tal, a União se vale de bases teóricas, que **em nada servem para demonstrar que, no presente caso, o Sistema Rodoviário foi devolvido ao Poder Concedente na “Fase de Fadiga”** (Figura A da Réplica à Resposta à Reconvenção).

57

146. Assim, conforme demonstra o relatório elaborado pela COPAVEL Engenharia (**Doc. A.74**) – empresa especializada em engenharia de pavimentos -, embora haja de fato algum impacto negativo de uma intervenção tardia no custo de recuperação do pavimento, a curva do índice de serventia no tempo (Figura C da Réplica à Resposta à Reconvenção) é teórica, não sendo possível determinar, com a metodologia que foi considerada, no caso concreto, se o fenômeno ocorreu no Sistema Rodoviário.

147. Não se pode precisar neste momento em que fase da fadiga e qual a vida útil remanescente que a estrutura do pavimento apresentava em 2014 e em 2017 com a metodologia utilizada, que se baseou estritamente na deflexão máxima do pavimento. Para um cálculo mais preciso da vida remanescente do pavimento em ambos os períodos, seria necessário retroanalisar as bacias de deformação auscultadas com o FWD – *Falling Weight Deflectometer* estabelecendo-se um volume de tráfego e de solicitações do eixo padrão rodoviário de 8,2 toneladas para os dois períodos de análise.

148. De toda sorte, ainda segundo a análise da COPAVEL, o fato de não ser possível precisar, com as informações disponíveis, em que fase da fadiga e qual a vida útil da estrutura do pavimento, não resta inviabilizada a avaliação do custo de recuperação do pavimento. De fato, tenha ou não o pavimento entrado na “fase de fadiga”, o que conta para o projeto de recuperação são as suas características funcionais e estruturais que serão utilizadas no dimensionamento da solução, sendo que esta é que determinará o preço da recuperação.

149. Portanto, as explicações teóricas apresentadas pela União, por si só, **não demonstram que as inexecuções contratuais indevidamente imputadas à Concessionária levaram à devolução do Sistema Rodoviário ao Poder Concedente em “fase de fadiga”**, e, conseqüentemente, não validam o cálculo do *quantum* indenizatório indicado por ela.

58

III.4.2. A DIVISÃO EM SEGMENTOS HOMOGÊNEOS

150. A Requerida 2 passa, então, a tratar da segmentação homogênea adotada por ela em sua metodologia do cálculo da indenização (§§348-350 da Réplica à Resposta à Reconvencão). No entanto, a União não rebate nenhum dos questionamentos apresentados pela Requerente em sua Resposta à Reconvencão, limitando-se a repisar a suposta adequação dos parâmetros de segmentos homogêneos por ela adotados.

151. Como indicado pela Requerente (§§244-250 da Resposta à Reconvencão), a segmentação homogênea adotada para cálculo da Requerida 2, extraída do Cadastro Inicial do Pavimento elaborado pela Concessionária em 2014,

levou à adoção de valores inadequadamente majorados para a deflexão máxima característica do pavimento e, conseqüentemente, a **necessidades e custos muito superiores àqueles realmente necessários para reconstituição do Sistema Rodoviário** às condições existentes no início da concessão.

152. Ainda conforme o relatório elaborado pela COPAVEL, os critérios adotados pela Requerida 2 são inadequados porque, pela metodologia considerada, **não se pode utilizar, para o levantamento deflectométrico de 2017, os mesmos trechos homogêneos definidos em 2014.** E isso porque, com as mudanças nas condições do pavimento, especialmente pelas intervenções realizadas pela Concessionária nesse período, **houve trechos que sofreram melhora em certas partes e piora em outras, relativamente às condições no início da concessão, de modo que dificilmente o mesmo trecho que era homogêneo em 2014 o será em 2017.**

59

153. Dessa inadequação decorre que trechos que eram heterogêneos em 2017 foram tratados como trechos homogêneos no cálculo da União, levando a uma dispersão dos parâmetros estruturais desses trechos e ao conseqüente aumento do desvio padrão correspondente. Assim, considerando que o desvio padrão é um fator de grande impacto no cálculo das necessidades de restauração do pavimento, esse aumento levará a custos muito superiores àqueles realmente necessários para reconstituição do Sistema Rodoviário.

III.4.3. DEFINIÇÃO DAS SOLUÇÕES (DNER PRO 11/79) E FRESAGEM E RECOMPOSIÇÃO DE PAVIMENTO

154. Seguindo em defesa da sua metodologia de cálculo, a Requerida 2 argumenta que os critérios adotados para precificar a deterioração do pavimento são extremamente conservadores (§§351-359 da Réplica à Resposta à Reconvencção) – o que, aparentemente, para a União, validaria a sua correção para a recomposição do pavimento às condições existentes em 2014. A Requerente está de acordo que os critérios adotados pela União são conservadores - o que significa dizer que são os que levam a soluções de engenharia mais robustas, superdimensionadas. Ou seja, ao afirmar que adotou critérios conservadores, a União na verdade está admitindo que adotou premissas mais custosas nos seus cálculos.

60

155. A respeito disso, novamente conforme o parecer elaborado pela COPAVEL, ao contrário do que pretende a Requerida 2, os critérios utilizados em contratos CREMA não podem ser tomados como referência para estabelecer este comparativo do quadro funcional e estrutural da rodovia entre 2014 e 2017, por não terem nenhuma relação com os parâmetros de desempenho do pavimento estabelecidos no Contrato de Concessão nem com o restabelecimento do quadro funcional e estrutural de 2014. Os níveis de serventia alcançados com as intervenções previstas no programa CREMA são certamente muito mais elevados que os níveis de serventia existentes na BR-153 em 2014, no momento da assunção da rodovia pela Concessionária.

156. Cabe ainda considerar que, para os segmentos que receberam indicação de reconstrução do pavimento em 2017 por terem sido avaliados no final da sua vida útil, se for adotado este procedimento de intervenção, a estrutura (reconstruída) de pavimento terá, nestes locais, uma condição de início de vida útil. Ou seja, o

pavimento estará em condição infinitamente superior do que a assumida pela Concessionária em 2014.

157. A propósito, a própria Requerida 2 reconhece que “*optou-se por um critério simplista na definição das soluções de recuperação*” (§352 da Réplica à Resposta à Reconvenção). Contudo, existem diversas alternativas para soluções técnicas de projeto para recompor a condição original do pavimento, cada uma delas considerada a mais indicada para as patologias encontradas, sendo, portanto, mais econômicas, além de atenderem à premissa de cálculo da União (retomada das condições originais do pavimento).

158. Portanto, ao contrário do que seria recomendado pela boa prática, a saber, a adoção de diferentes soluções para as diferentes patologias encontradas, a Requerida 2 se pauta por um “*critério simplista*” que ultrapassa o próprio limite do pedido reconvenicional.

61

III.4.4. DOS SEGMENTOS EM QUE HOUE MELHORIA

159. Na sequência, a União pretende relativizar a melhoria verificada em alguns trechos (§§360-363 da Réplica à Resposta à Reconvenção), afirmando que os serviços realizados pela Concessionária foram apenas “*paliativos*” e que não representaram “*uma melhora real dos parâmetros de desempenho estrutural da rodovia*”, mas que, se tiverem sido efetivamente realizados, “*foram devidamente consideradas no cálculo global do custo da depreciação*”

160. Em que pese o fato de que os serviços de conserva (considerados “*paliativos*” pela União) realizados pela Concessionária também devam integrar a

indenização que lhe é devida, é certo que **a Requerente prestou diversos outros serviços, de cunho estrutural**, conforme abordado em tópico específico dessa Tréplica e em suas manifestações anteriores.

161. Ademais, chama atenção o fato de que a própria União põe em dúvida os dados deflectométricos de 2017, considerados para cálculo do custo da depreciação do pavimento. Ora, não faz o menor sentido que a União ponha em dúvida a medição apenas quando esta apresenta melhora das condições do pavimento, quando é de seu interesse para questionar os investimentos feitos pela Requerente. Se a medição por ela realizada não é confiável para determinar a melhora do pavimento, também não o é para determinar a sua piora. Como, então, assumir que o resultado nos trechos em que houve piora também não foram prejudicados por esses mesmos problemas de medição?

62

162. Mais uma vez, portanto, observa-se que, de fato, há inconsistências nas premissas de cálculo da Requerida 2.

III.4.5. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A METODOLOGIA

163. Por fim, a União explica que “*não pleiteia o ressarcimento dos gastos que despendeu ou que ainda despenderá para recuperar o trecho rodoviário, degradado na vigência do contrato de concessão*”, razão pela qual “*optou por adotar metodologia objetiva, em que os custos unitários e dos serviços seguiram pesquisa de preço com custos extremamente econômicos, usualmente praticados pela Administração nos seus contratos, após concorrência pública*” (§§364-370 da Réplica à Resposta à Reconvencção).

164. De fato, a opção por apresentar cálculos desvinculados dos custos que efetivamente incorreu ou terá que incorrer inviabiliza a constatação dos supostos prejuízos que a Requerida 2 alega ter suportado.

165. Em todo o caso, admitindo-se as razões apresentadas pela União para justificar tal opção, o fato é que os argumentos até aqui apresentados pela Requerente demonstram que os critérios utilizados na metodologia de cálculo da Requerida 2 pautam-se em uma solução simplista – como reconhecida por ela própria -, que pode não se mostrar vantajosa economicamente e tampouco se presta para o cálculo estrito dos custos de recuperação da rodovia para retorno às condições do pavimento em 2014.

63

IV. CONCLUSÃO

166. No mérito, resta clara a impossibilidade de se imputar à Concessionária o dever de indenizar a União por supostos prejuízos decorrentes da inexecução do Contrato de Concessão, seja porque a Requerente não pode ser responsabilizada pelo processo natural de deterioração do Sistema Rodoviário ou, ainda, porque, conforme amplamente demonstrado, os supostos prejuízos causados à União, assim como os próprios descumprimentos contratuais imputados à Requerente, não decorrem do alegado abandono da Concessão pela Concessionária, são consequências da materialização de caso fortuito, fato que exclui o nexo de causalidade e, portanto, o liame de responsabilidade da Concessionária.

167. Nesse cenário, a União deixou de considerar que, tivesse a Concessionária realizado os investimentos em recuperação do Sistema Rodoviário a contento, caberia ao Poder Concedente indenizá-la por tais investimentos. Com

efeito, seja na forma do pagamento de indenização à Concessionária ou da prestação direta desses serviços, caberia à União o dispêndio dos valores a eles correspondentes, não havendo que se falar em prejuízo indenizável contra a Requerida 2. A união age como um sujeito que contrata um prestador de serviço e, diante da inexecução parcial do serviço, além de negar o pagamento referente à parcela do serviço que foi executada, exige ainda que o prestador de serviço o indenize pela parte faltante.

168. Por último, **afasta-se o argumento *ad terrorem* lançado pela Requerida 2** (§§375-379 da Réplica à Resposta à Reconvencção), pois, na verdade, a prolação de sentença arbitral favorável à Requerente é a única medida que se ajusta ao imperativo da segurança jurídica e da boa-fé que devem nortear as relações estabelecidas entre particulares e a Administração Pública, não havendo dúvidas de que foi a Concessionária a maior vítima da situação/risco imputado às Requeridas.

64

V. PEDIDOS

169. Por todo o exposto, pede a Requerente que:

(i) Seja reconhecida a inadmissibilidade do pedido formulado pela Requerida 2 em Reconvencção, por estar fora dos limites estabelecidos pela própria União quando da elaboração e assinatura da Ata de Missão;

(ii) Caso assim não entenda, seja, no mérito, indeferido o pedido reconvençional formulado pela Requerida 2, pela inexistência de prejuízo causado diretamente pela Concessionária contr ela.

170. Outrossim, a Requerente informa, desde já, que na fase instrutória deverá a Requerida 2 apresentar os registros do DNIT sobre as condições do

pavimento à época de sua retomada pelo Poder Concedente, sem o qual não é possível comprovar a (in)adequação de sua metodologia e confirmar o comparativo das condições do Sistema Rodoviário em 2014 e 2017.

* * *

Atenciosamente,

ARTHUR LIMA GUEDES

OAB/DF 18.073

MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO

OAB/RJ 177.738

65

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