

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

Procedimento Arbitral nº 23433/GSS

Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S/A
Requerente

ANTT e União Federal
Requeridas

Brasília, 18 de maio de 2020

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 observância ao prazo fixado na Ordem Processual nº 5, apresentar as suas **ALEGAÇÕES FINAIS PARCIAIS**, para, ao final, expor e requerer o que se segue.

SUMÁRIO

I. SÍNTESE DA ARBITRAGEM	6
II. OBJETO DESSAS ALEGAÇÕES FINAIS PARCIAIS	7
III. HISTÓRICO DA CONCESSÃO	13
III.A. O CENÁRIO À ÉPOCA DA MODELAGEM DA CONCESSÃO	14
III.B. CONDIÇÕES DO CONTRATO DE CONCESSÃO	19
III.C. OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO/FORÇA MAIOR	38
III.C.1. SUPERVENIÊNCIA DA CRISE FISCAL E ECONÔMICA	40
III.C.2. MANIFESTAÇÃO DA CRISE SOBRE O CONTRATO DE CONCESSÃO DA BR-153	43
III.D. FATO DA ADMINISTRAÇÃO E A VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA.....	48
III.D.1. ALTERAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE FINANCIAMENTO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA PELO PODER CONCEDENTE	50
III.D.2. DESCONSIDERAÇÃO DAS PROPOSTAS DA CONCESSIONÁRIA PARA VIABILIZAR A CONTINUIDADE DA CONCESSÃO.....	54
IV. JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO CONCESSÃO DO EMPRÉSTIMO-PONTE: AS DIFERENTES VERSÕES DAS REQUERIDAS E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A REALIDADE	63
IV.A. A PRIMEIRA VERSÃO DAS REQUERIDAS.....	67
IV.A.1. SUPOSTA RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO MESMO DIANTE DA CRISE ECONÔMICA	68
IV.A.1.A. O RISCO ORDINÁRIO DE FINANCIAMENTO	68
IV.A.1.B. TENTATIVA DE DESCARACTERIZAÇÃO DA CRISE ECONÔMICA COMO HIPÓTESE DE CASO FORTUITO/FORÇA MAIOR	71

IV.A.1.C. TENTATIVA DE DESCARACTERIZAÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO FINANCIAMENTO PARA A CONCESSÃO E A SUPOSTA EXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS COMPARÁVEIS	74
IV.A.2. ALEGAÇÃO DE CULPA CONCORRENTE: SUPOSTO ENVOLVIMENTO DA REQUERENTE NA OPERAÇÃO LAVA-JATO	80
IV.A.3. A DISTORÇÃO DAS ALEGAÇÕES DAS REQUERIDAS E OS DOCUMENTOS QUE A COMPROVAM (QUADRO RESUMO).....	86
IV.B. SEGUNDA VERSÃO DAS REQUERIDAS	91
IV.B.1. TENTATIVA DE ATRIBUIR À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA GALPAR A NÃO CONTRATAÇÃO DO EMPRÉSTIMO-PONTE PELO BNDES.....	91
IV.B.2. QUEDA DO <i>RATING</i> DO GRUPO GALVÃO	95
IV.B.3. AGRESSIVIDADE DO DESÁGIO APRESENTADO PELA REQUERENTE EM SUA PROPOSTA	98
IV.B.4. A DISTORÇÃO DAS ALEGAÇÕES DAS REQUERIDAS E OS DOCUMENTOS QUE A COMPROVAM (QUADRO RESUMO).....	104
IV.C. TERCEIRA VERSÃO DAS REQUERIDAS	107
IV.C.1. A SUPOSTA INSUFICIÊNCIA DA GARANTIA OFERTADA PELA CONCESSIONÁRIA	108
IV.C.2. O SUPOSTO AUMENTO DOS DESEMBOLSOS AO SETOR DE INFRAESTRUTURA EM 2015	110
IV.C.3. ALEGAÇÃO DE QUE O EVTEA NÃO TERIA CONSIDERADO AS CONDIÇÕES DE FINANCIAMENTO PREVISTAS NA CARTA DE APOIO DOS BANCOS PÚBLICOS...112	
IV.C.4. A DISTORÇÃO DAS ALEGAÇÕES DAS REQUERIDAS E OS DOCUMENTOS QUE A COMPROVAM (QUADRO RESUMO).....	116

V. RAZÕES ALEGADAS PELAS REQUERIDAS PARA A NÃO APROVAÇÃO DA REPROGRAMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS: AS DIFERENTES VERSÕES DAS REQUERIDAS E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A REALIDADE	119
V.A. SUPOSTA COMPLEXIDADE E AMPLITUDE DO PEDIDO DE REPROGRAMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS APRESENTADO PELA REQUERENTE À ANTT.....	123
V.B. ARGUMENTO DA ANTT NA ESFERA ADMINISTRATIVA: SUPOSTA INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL OU LEGAL PARA ALTERAR OS PRAZOS DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA.....	127
V.C. SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE REPROGRAMAR NA FASE PRÉ-OPERACIONAL (SEM COBRANÇA DE PEDÁGIO).....	131
V.D. POSSIBILIDADE DE REPROGRAMAR APENAS APÓS 5 ANOS DE CONCESSÃO	133
V.E. A DISTORÇÃO DAS ALEGAÇÕES DAS REQUERIDAS E OS DOCUMENTOS QUE A COMPROVAM (QUADRO RESUMO).....	135
VI. CONCLUSÃO E PEDIDOS	137

I. SÍNTESE DA ARBITRAGEM

1. Como se sabe, a presente Arbitragem se volta à condenação das Requeridas ao pagamento à Requerente de indenização pelos investimentos não amortizados vinculados a bens reversíveis que realizou e tem como questão preliminar, que torna ainda maior o valor da indenização devida à Requerente, o reconhecimento de que **a inexecução do Contrato de Concessão se deveu pela materialização de risco alocado contratualmente ao Poder Concedente**, razão pela qual se requer também a declaração da inexistência das infrações que ensejaram a aplicação de multas administrativas e a consequente inexigibilidade de tais multas.

2. No prazo para especificação das provas que pretendem produzir, **todas as partes requereram a bifurcação do procedimento arbitral**, para definição de quem deu causa à inexecução do Contrato de Concessão.

3. Anteriormente à deliberação dos árbitros sobre o pedido de bifurcação do procedimento arbitral, foi realizada a Audiência Inaugural do caso, onde as partes tiveram a oportunidade de apresentar verbalmente os fatos e fundamentos de seus pedidos. Na sequência, provocado pelo envio extemporâneo do Documento R2-87 pela Requerida 2, o Tribunal fixou prazo para que todas as partes apresentassem documentos adicionais e, posteriormente, para que se manifestassem sobre esses documentos.

4. Findo o prazo para manifestação sobre a documentação adicional trazida pelas partes, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 5, informando que **será proferida sentença parcial sobre a questão relativa à causa da caducidade do**

Contrato de Concessão e determinando que Requerente e Requeridas apresentem suas Alegações Finais Parciais até o dia 18 de maio de 2020.

5. Passa-se, portanto, à exposição das Alegações Finais Parciais da Requerente, ao final do que restará comprovada a ocorrência de caso fortuito ou força maior além de Fato da Administração (riscos atribuídos pelo Contrato de Concessão e pela legislação aplicável ao Poder Concedente) e a consequente ausência de inadimplemento contratual imputável à Requerente.

II. OBJETO DESSAS ALEGAÇÕES FINAIS PARCIAIS

6. As presentes Alegações Finais Parciais se voltam exclusivamente à ratificação da documentação e argumentos que levarão à prolação de sentença arbitral parcial, no sentido de que a inexecução do objeto contratual não se deveu aos supostos inadimplementos imputados à Concessionária, e sim à materialização de risco alocado contratualmente e por lei ao Poder Concedente, que desequilibrou a equação econômico-financeira contratual em desfavor da Requerente, inviabilizando a Concessão.

7. Especificamente, pela análise da documentação e manifestações apresentadas pelas partes, esse Tribunal Arbitral certamente concluirá que a não disponibilização à Requerente dos financiamentos prometidos à época da licitação, nos prazos e condições divulgados pelas Requeridas através da Carta de Apoio dos Bancos Públicos (**Doc. A-6**), **resultou da superveniência da crise fiscal e econômica (responsável, até então, pela mais grave recessão econômica da história brasileira) iniciada no final de 2014, após**

a apresentação da proposta da Requerente na Licitação (item III.C destas Alegações Finais Parciais), pois:¹

- a. O enfrentamento da crise levou a União a mudar radicalmente sua política fiscal com o objetivo de reduzir o déficit primário (passando a resgatar, e não mais aportar recursos do Tesouro Nacional no BNDES). Isso inviabilizou a continuidade da política pública de financiamento subsidiado das concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE por meio dos Bancos Públicos, fazendo com que o BNDES ficasse impossibilitado de cumprir os prazos e condições para os financiamentos divulgados na Carta de Apoio dos Bancos Públicos (item III.D.1 destas Alegações Finais Parciais);

¹ Ainda não se sabe qual será exatamente a dimensão da atual crise econômica causada pela pandemia da COVID-19. Embora, segundo as previsões já divulgadas pelo Ministério da Economia da União (contração de 4,7% do PIB em 2020 e crescimento de 3,2% em 2021 - <https://veja.abril.com.br/economia/governo-preve-pib-a-470-e-projeta-danos-a-longo-prazo-por-quarentena/>, acesso em 14/05/2020), pelo Banco Mundial (contração de 5% do PIB em 2020 e crescimento de 1,5% em 2021 - <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,banco-mundial-projeta-queda-de-5-no-pib-do-brasil-devido-a-novo-coronavirus,70003268531>, acesso em 14/05/2020), pelo Fundo Monetário Internacional - FMI (contração de 5,3% do PIB em 2020 e crescimento de 2,9% em 2021 - <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>, acesso em 14/05/2020) e pelo Boletim Focus (retração de 4,1% do PIB em 2020 e crescimento de 3,2% em 2021 - <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/05/11/focus-projecao-de-pib-no-fim-de-2020-sai-de-queda-de-376-para-recuo-de-411.htm>, acesso em 14/05/2020), não se espere que a recessão econômica provocada pela pandemia da COVID-19 seja tão grave quanto a recessão dos anos de 2015-2016 (principalmente em função da expectativa de maior rapidez na retomada do crescimento após a pandemia), é possível que novos desdobramentos façam com que a situação atual se agrave ainda mais, implicando a revisão dessas previsões. De todo modo, é irrelevante para o objeto desta Arbitragem a comparação entre a crise fiscal e econômica iniciada no final de 2014 e a crise econômica causada pela pandemia da COVID-19. Importa para o presente caso tão somente a demonstração de que a crise fiscal e econômica iniciada no final de 2014 (a rigor, sua manifestação específica sobre o Contrato de Concessão, decorrente da mudança da política fiscal da União e inviabilização da continuidade da política pública de financiamento subsidiado das concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE por meio dos Bancos Públicos): (i) era imprevisível pelas partes; (ii) era inevitável pelas partes; (iii) impactou econômica e financeiramente as condições originais de execução do Contrato de Concessão, tornando-as inviáveis; e que (iv) não houve qualquer razão atribuível à Concessionária à época dos fatos que justificasse a não contratação do empréstimo-ponte pelo BNDES.

- b. De maneira que, mesmo tendo a Requerente cumprido tempestivamente todas as exigências do BNDES para a contratação do empréstimo-ponte e não havendo qualquer outra condição ou impedimento a ela imputável para a realização da operação de crédito, **o advento de fato (i) imprevisível e (ii) alheio à vontade das partes fez com que o BNDES não fosse em frente com a aprovação e assinatura da minuta de empréstimo-ponte previamente acordada com a Concessionária, o que (iii) inviabilizou a execução do Contrato de Concessão nas condições da Proposta da Concessionária na licitação;**
- c. Da perspectiva jurídica, portanto, **a manifestação da crise fiscal e econômica sobre o Contrato de Concessão, causando o fechamento do mercado de crédito e inviabilizando a contratação do empréstimo-ponte junto ao BNDES, se caracteriza como evento de caso fortuito ou força maior não segurável, compondo a álea econômica extraordinária, cujo risco é alocado contratualmente e pela legislação aplicável ao Poder Concedente.**

8. Ademais, o Tribunal certamente reconhecerá, com base na mesma narrativa dos fatos, a ocorrência de Fato da Administração (**item III.D** destas Alegações Finais Parciais), risco também atribuído pelo Contrato de Concessão ao Poder Concedente:

- a. Isso porque, como mencionado, com o intuito de combater os efeitos da crise fiscal e econômica iniciada no final de 2014, **a Requerida 2 optou por mudar radicalmente sua política fiscal, deixando de aportar recursos**

do Tesouro Nacional no BNDES e passando a exigir a devolução desses recursos;

- b. **Essa mudança de política fiscal arruinou as condições práticas para a continuidade da execução da política pública de financiamento subsidiado das concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE por meio dos Bancos Públicos (item III.D.1 destas Alegações Finais Parciais)** que, como demonstrado ao longo deste Procedimento Arbitral, constituiu o pilar sobre o qual se apoiou a modelagem econômico-financeira das concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE, conjunto no qual se insere a Concessão da BR-153 GO/TO (itens III.A e III.B destas Alegações Finais Parciais).
- c. Fato é que a análise do histórico da Concessão revela a **atuação determinante e contraditória das Requeridas tanto para inviabilizar a obtenção pela Requerente do empréstimo-ponte no prazo e condições previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos quanto para que não se lograsse êxito em construir uma solução que assegurasse a continuidade da Concessão** – o que, conforme seguidamente reconhecido por representantes das Requeridas, era a melhor alternativa disponível para a promoção do interesse público (itens III.D.1 e III.D.2 destas Alegações Finais Parciais).

9. Em todo o caso, o que os fatos, argumentos e documentos trazidos perante esse Tribunal Arbitral demonstram, de forma inarredável, é que **inexiste culpa ou qualquer responsabilidade da Requerente pela inexecução de suas obrigações**

contratuais, que levou as Requeridas a promover a extinção antecipada do Contrato de Concessão:

- a. Certo é que, em dezembro de 2014, todas as exigências do BNDES para a contratação do empréstimo-ponte haviam sido atendidas pela Requerente e não havia qualquer impedimento à realização da operação (**item III.C.2 e seção IV** destas Alegações Finais Parciais):
 - i. Antes do prazo previsto na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, a Concessionária cumpriu todas as exigências do BNDES para a contratação do empréstimo-ponte – inclusive a apresentação de intenção de emissão de carta de fiança do Banco Santander, que seria, portanto, o garantidor da operação. Mais do que isso, estava pronta e acordada entre a Concessionária e o BNDES a minuta do contrato de empréstimo-ponte que seria submetida à aprovação da Diretoria do banco para posterior assinatura.
 - ii. Foi emitido Parecer da AGU, em resposta a consulta do BNDES, assegurando à Diretoria do banco que a existência de investigações em curso quanto a possíveis ilícitos cometidos por empresas do mesmo grupo econômico da Concessionária não era impeditivo para a contratação do empréstimo-ponte.
- b. Ou seja, a Concessionária geriu adequadamente o risco ordinário de financiamento que assumiu no Contrato de Concessão: todos os atos para a

obtenção do empréstimo-ponte que estavam sob seu controle foram tempestivamente cumpridos.

- c. Contudo, mesmo tendo a Requerente atendido tempestivamente a todas as exigências do BNDES, o banco se viu impedido a prosseguir com a operação, em função de eventos completamente alheios ao controle da Requerente e que materializam riscos assumidos pelo Poder Concedente no Contrato de Concessão e na legislação aplicável.
- d. **A não obtenção do empréstimo-ponte no prazo e nas condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos inviabilizou a execução pela Concessionária de suas obrigações contratuais.**

10. Ainda assim, a Concessionária, (i) alertou à ANTT, previamente à ocorrência de qualquer inexecução contratual, que a não obtenção do empréstimo-ponte impediria a execução do Contrato de Concessão em sua concepção original, (ii) buscou, junto à própria ANTT e à União, bem como a outros atores interessados na continuidade da Concessão (a saber, o Comitê de Integração Nacional de Desenvolvimento Regional da Amazônica - CINDRA da Câmara dos Deputados da Câmara dos Deputados, o Ministério Público Federal e os Prefeitos dos Municípios atravessados pelo trecho rodoviário concedido), soluções capazes de enfrentar os impactos causados pela não obtenção do empréstimo-ponte e de viabilizar a retomada da execução do Contrato de Concessão reprogramado e (iii) empregou recursos próprios aportados por seu acionista para executar, de abril de 2015 até a extinção do Contrato de Concessão, o Plano de Segurança Rodoviária - PSR, que manteve para os usuários da rodovia a prestação dos serviços em nível essencial, o que foi fundamental para, dentre outros benefícios, combater a deterioração do pavimento e

reduzir drasticamente o número de acidentes fatais causados por problemas na via (itens **III.C.2** e **III.D.2**, bem como **seção V** destas Alegações Finais Parciais).

11. E são justamente essas evidências que, objetivamente, pretende-se reavivar e ratificar nas presentes Alegações Finais Parciais, apontando-se os pontos cruciais para que se chegue a tal conclusão na sentença arbitral parcial.

III. HISTÓRICO DA CONCESSÃO

12. Nesta seção, retoma-se a narrativa sustentada pela Requerente na esfera administrativa desde fevereiro de 2015 e por ela reproduzida ao longo da arbitragem, que demonstra que os supostos descumprimentos que foram imputados à Requerente decorrem, na verdade, de Evento de Desequilíbrio consubstanciado (a) na ocorrência de caso fortuito ou força maior representado pela maior crise econômica da história brasileira,² que (b) teve dentre seus efeitos o fechamento do mercado de crédito, com significativos impactos no setor de infraestrutura, o que (c) impossibilitou a contratação de financiamento no prazo e nas condições ofertados à época da Licitação pelos Bancos Públicos, financiamento este que (d) era essencial e indispensável à viabilidade da Concessão, tanto que (e) foi considerado pelas Requeridas na modelagem dos processos licitatórios da 3ª Etapa do PROCROFE e (f) foi assegurado por representantes das requeridas em declarações públicas que visavam a divulgar esses projetos para o mercado, gerando nos potenciais investidores – dentre os quais, se incluíam os acionistas da Requerente – a

² Como já explicado na nota de rodapé nº 1, não se sabe a exata dimensão que terá a crise econômica causada pela pandemia da COVID-19, embora seja irrelevante para o presente caso a comparação entre a crise iniciada no final de 2014 e a crise econômica atual, decorrente da pandemia da COVID-19. Em todo caso, as projeções de crescimento do PIB para 2020-21 apontam, até o momento, para uma recessão menos profunda e de mais rápida recuperação do que a recessão observada nos anos de 2015-16.

confiança necessária para atrair seu interesse. Sendo hipótese de caso fortuito ou força maior, é necessário reconhecer a aplicabilidade das regras contratuais e legais relativas à alocação de riscos extraordinários, que se sobrepõem, quando de sua ocorrência, aos riscos alocados para as situações ordinárias, resultando na alocação da responsabilidade por tais eventos ao Poder Concedente.

III.A. O CENÁRIO À ÉPOCA DA MODELAGEM DA CONCESSÃO

13. O Edital da Concessão (**Doc. A-2**) integrou a 3ª Etapa do PROCROFE, um conjunto de contratos de concessão com editais publicados em 2013, cujos EVTEAs foram realizados em 2012 e 2013, como parte do Programa de Investimento em Logística - PIL (“PIL”) do Governo Federal.³

14. Por ocasião do lançamento do referido PIL, o então Ministro dos Transportes, Paulo Passos, foi enfático ao firmar que “**condições de financiamento absolutamente favoráveis**” seriam garantidas pela União, por meio do BNDES, como agente de desenvolvimento:⁴

³ Em 15/08/2012, o Governo Federal lançou o Programa de Investimentos em Logística (PIL), que incluía um conjunto de projetos que contribuiriam para o desenvolvimento de um sistema de transportes moderno e eficiente, a serem conduzidos mediante a celebração de parcerias estratégicas com o setor privado, promovendo-se sinergias entre os modais rodoviário, ferroviário, hidroviário, portuário e aeroportuário. No setor rodoviário, o programa tinha “*como diretrizes principais: a provisão de uma malha rodoviária ampla, moderna e integrada; cadeias de suprimentos eficientes e competitivas; e modicidade tarifária*”³. O governo fixou como principal meta a de “*que cada concessão vigente entregue aos usuários toda extensão duplicada ao final de apenas quatro anos após emissão da Licença de Instalação*” (Disponível em <https://www.epl.gov.br/rodovias3>. Acesso em 14/05/2020).

⁴ O BNDES foi o principal agente financiador do Programa de Investimento em Logística (PIL), do Governo Federal. O programa previa investimentos em ferrovias, rodovias, portos e aeroportos. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/onde-atuamos/infraestrutura/programa-investimentos-logistica/pil%20programa%20investimentos%20logistica>.

(...) Sem dúvida nenhuma, e eu na minha fala mencionei o BNDES, como grande agência de desenvolvimento do governo brasileiro, terá um papel extremamente ativo na construção da engenharia financeira desses projetos, que contarão com as condições de financiamento para rodovias e para ferrovias, conforme eu mencionei (...)

Na verdade, quando nós falamos desses projetos, sejam ferroviários, sejam rodoviários, e exatamente porque a eles está associada à **realização de obras de vulto, eles têm naturalmente um custo de capital elevado e o governo ao oferecer condições de financiamento absolutamente favoráveis**, e ficou muito claro quando nós falamos do **período de carência, das taxas de juros, dos períodos de amortização**, o fez disponibilizando recursos que podem ir até oitenta por cento, **isso é uma forma de facilitar, de estimular a estruturação do empreendimento** (...) (grifou-se).

15. À época,⁵ vivia-se um período de crescimento estável e havia grande confiança em relação à economia brasileira, solidamente fundamentada em uma estável evolução da economia em crescimento. Em verdade, no ano de 2013 viu-se o maior crescimento decenal acumulado desde o Plano Real (como visto nas cenas iniciais do vídeo apresentado na Audiência Inaugural, de 00'10" até 00'55"), tendo a dívida pública atingido o menor patamar da história devido a sucessivos superávits primários.⁶ Era consenso entre todas as entidades financeiras internacionais (como por exemplo o Banco Mundial e o FMI)

⁵ Sobre o cenário macroeconômico da época da Licitação, ver os itens 2.1 e 22 do Parecer da GO Associados (**Doc. A-7**) e os seis primeiros minutos do vídeo apresentado pela Requerente na Audiência Inaugural.

⁶ O PIB crescia de forma constante desde o ano 2000, e mesmo a crise econômica global de 2008 não impactou fortemente o Brasil: após uma pequena estagnação de - 0,2% do PIB em 2009, no ano seguinte houve elevação deste indicador, revelando um crescimento nacional no patamar de 7,6%. Seguiram-se a este aumento, outros aumentos sucessivos de 3,9% em 2011, 1,8% em 2012 e 3,0% em 2013, quando o restante do mundo ainda buscava se recuperar da recessão internacional, reforçando a confiança do mercado em relação ao Brasil. Pouco antes do Leilão da Rodovia BR 153 GO/TO foi anunciado o crescimento de 3,47% do PIB do 1º trimestre de 2014 e relação ao 1º trimestre de 2013.

e nacionais (como o próprio Banco Central, por meio de seu relatório Focus, além das consultorias financeiras mais relevantes do país) que a economia brasileira permaneceria em sua saudável rota de crescimento e redução de dívida e desemprego, galgando posições no *ranking* das economias mundiais pelo crescimento de seu PIB (00:25 do vídeo). Esse também era o entendimento da ANTT, que a levou à adoção no EVTEA de projeções de tráfego – e, conseqüentemente, de arrecadação tarifária – compatíveis com esse cenário de crescimento, dada a correlação direta entre atividade econômica e o transporte rodoviário, como explicado em maiores detalhes no Parecer da GO Associados (itens 2.1 e 2.2 do **Doc. A-7**) que acompanhou as Alegações Iniciais.

16. Ainda antes dos primeiros leilões da 3ª Etapa do PROCROFE, cumprindo **orientação política creditícia de seu controlador** – a União – anunciada à época do PIL, o BNDES, a CEF e o BB subscreveram e publicaram, em **04/09/2013**, a chamada **Carta de Apoio dos Bancos Públicos** (**Doc. A-6**) endereçada ao Diretor-Geral da ANTT. Tal documento dispunha sobre as condições de apoio aos investimentos (obras de grande extensão e valor) relacionados aos projetos dos futuros concessionários de rodovias, com condições excepcionalmente mais atrativas, que não eram apenas indisponíveis no mercado financeiro até então, mas que eram também mais favoráveis que as condições anteriormente ofertadas pelo próprio BNDES em seus financiamentos para o setor de rodovias (**Docs. A-60 e A-80**). As Requeridas divulgaram a Carta de Apoio dos Bancos Públicos ao mercado e seus representantes prometeram que as condições de financiamento nela previstas seriam cumpridas pelos Bancos Públicos. Buscavam, assim, gerar a **confiança** necessária em potenciais investidores e atraí-los para a licitação dos projetos.

17. Foi nesse contexto que a Concessionária elaborou sua proposta e se sagrou vencedora, em 23/05/2014, do leilão relativo à licitação do Edital para delegação da

exploração, por 30 anos, do Sistema Rodoviário, tendo o respectivo resultado sido homologado em 02/07/2014. Na sequência do resultado da licitação, representantes do Poder Concedente continuaram a enfatizar a relevância das condições de financiamento subsidiado para a Concessão e reforçaram a confiança de que as condições previstas na nos termos da Carta de Apoio dos Bancos Públicos seriam cumpridas.

18. A confirmar a publicidade que foi dada pelo Governo Federal quanto à manutenção dessa promessa, vale citar que, em matéria veiculada no jornal *Valor Econômico*, de 10 de junho de 2014,⁷ o então Ministro dos Transportes, César Borges, se empenhou em enviar uma mensagem de tranquilidade aos vencedores das licitações integrantes da 3ª Etapa do PROCROFE, assegurando que, caso as instituições privadas se recusassem a fazer o repasse de recursos do BNDES com as taxas prometidas, os Bancos Públicos tratariam de cumprir esse papel. Segundo a matéria:

‘Os compromissos de financiamento serão mantidos integralmente’, disse Borges ao Valor. ‘Quero dar uma garantia de que vamos cumprir exatamente o prometido. **Se o [banco] privado achar que é desinteressante, a operação será feita pelos Bancos Públicos**’, completou o ministro.

Segundo ele, o governo é ‘parceiro’ do setor privado no programa de concessões e a estruturação dos projetos não termina com o sucesso dos leilões. (destacou-se)

⁷ Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/3579364/credito-para-concessoes-de-rodovias-federais-esta-garantido-diz-ministro> (acesso em 15/05/2020).

19. No mesmo sentido, o então Secretário Executivo do Ministério da Fazenda, Paulo Caffarelli, no mesmo dia 10 de junho de 2014, declarou ao jornal *Estado de São Paulo*⁸: **“Criamos um modelo de financiamento e operação que atende a expectativa dos bancos e das empresas que vão operar”**. Na mesma reportagem, Caffarelli afirma, ainda, que a divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos **“garante que regras não mudarão”**.

20. E foi contando com a Carta de Apoio dos Bancos Públicos como instrumento que gerou confiança legítima no mercado que as Requeridas foram capazes de levar os leilões da 3ª Etapa do PROCROFE adiante com o sucesso, que foi bastante comemorado pelo Governo Federal, inclusive e especialmente em relação ao modelo adotado. Confira-se a fala do então Ministro de Transportes, Cesar Borges:

O governo federal considera que essa etapa de 2013 foi de **sucesso pela confiança das empresas no processo desenvolvido pelo governo**, pelo modelo inovador de concessões - que prevê a imposição no contrato da duplicação em cinco anos - e pela modicidade tarifária, que nós atingimos graças à concorrência. (...) Quero agradecer por esse processo em que nós encerramos com cinco rodovias concedidas - uma extensão de 4.248 quilômetros. Desse total, 2.840 serão duplicados, com deságio médio de 53% e uma média tarifária de R\$ 3,63. Quero agradecer nossos colegas de trabalho, a ANTT, o Ministério dos Transportes, a Empresa de Planejamento e Logística (EPL) e o próprio governo federal. Esse é um processo que contou com a participação da Casa Civil, do Ministério da Fazenda, do Ibama, do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Ministério do Planejamento. Mas quero destacar a participação da presidenta Dilma, que mergulhou, que participou ativamente desse processo. Todo o esforço do governo federal felizmente deu resultado. Agradeço muito o setor

⁸ Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/liberadas-cartas-de-intencao-para-operacao-de-credito/>. (acesso em 15/05/2020).

privado. Se não fosse toda essa colaboração e todo esse entendimento, o Brasil não teria hoje essa quantidade de rodovias concedidas que aumenta em 80% o total dessas estradas. É um novo momento de investimento em infraestrutura”. (Cf. <http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/1885-leilo-de-concesso-da-rodovia-br-040-dfgomg-alcana-desgio-recorde-de-61-.html>; acesso em 15/05/2020).

III.B. CONDIÇÕES DO CONTRATO DE CONCESSÃO

21. Em relação às condições essenciais de viabilidade do Contrato de Concessão, três são os pontos que merecem esclarecimento:
- a. em primeiro lugar, as Requeridas expressa e indubitavelmente firmaram compromissos públicos garantindo ao mercado que tais condições de financiamento seriam cumpridas, o que já foi indicado na seção anterior, quando da descrição do contexto no qual se deram os leilões da 3ª Etapa do PROCROFE;
 - b. em segundo lugar, a necessidade de oferecimento de financiamento subsidiado para todas as concessões da 3ª Etapa do PROCROFE, a fim de que fosse viabilizado pela Requerida 1 o modelo de concessão resultante da política pública da Requerida 2 para o setor; e
 - c. por fim, as condições dos financiamentos subsidiados descritas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos não tinham paralelo no mercado privado de crédito, ou mesmo em comparação às condições e níveis de subsídio que os Bancos Públicos costumavam ofertar.

22. Como indicado nas Alegações Iniciais (§§77 e seguintes), os lotes de concessões rodoviárias contemplados na 3ª Etapa do PROCROFE, integrantes das ações de investimento em infraestrutura previstas pelo Governo Dilma no âmbito do PIL, foram modelados com uma clara diretriz de política pública: priorizar a expansão da malha rodoviária de forma a deixar um legado de infraestrutura, com a garantia de uma tarifa módica a ser cobrada dos usuários. Para cumprir as metas de duplicação integral das rodovias da 3ª Etapa do PROCROFE, seria necessário arcar com um volume elevado de investimentos logo nos primeiros 5 dos 30 anos da Concessão, ainda que de forma desvinculada à demanda rodoviária. Além disso, pretendia-se fixar as tarifas em patamares historicamente baixos. A conjunção desses dois objetivos fez com que os projetos da 3ª Etapa do PROCROFE não se mostrassem inicialmente viáveis como uma concessão comum, remunerada unicamente através das tarifas cobradas dos usuários e de eventuais receitas acessórias – o que levaria a licitações desertas.

23. Uma forma de solucionar esse problema seria modelar tais contratos como concessões patrocinadas, modalidade de parceria público-privada - PPP em que, além das receitas tarifárias e acessórias, a concessionária recebe contraprestações públicas. Contudo, na linha de outras soluções jurídicas não tradicionais que – posteriormente descobriu-se – procuravam descaracterizar gastos do governo de então, a União optou por transformar as verbas que seriam pagas ao futuro concessionário na forma de contraprestações públicas em montante de capital financiado a condições extremamente subsidiadas pelos Bancos Públicos. Que fique claro, desde logo, que é opção absolutamente lícita à disposição do Poder Concedente a utilização de entidades por ele controladas para que seja viabilizada a política pública legitimamente definida pelas autoridades competentes do Poder Concedente. Ademais, os **Bancos Públicos, como empresas estatais que são, devem**

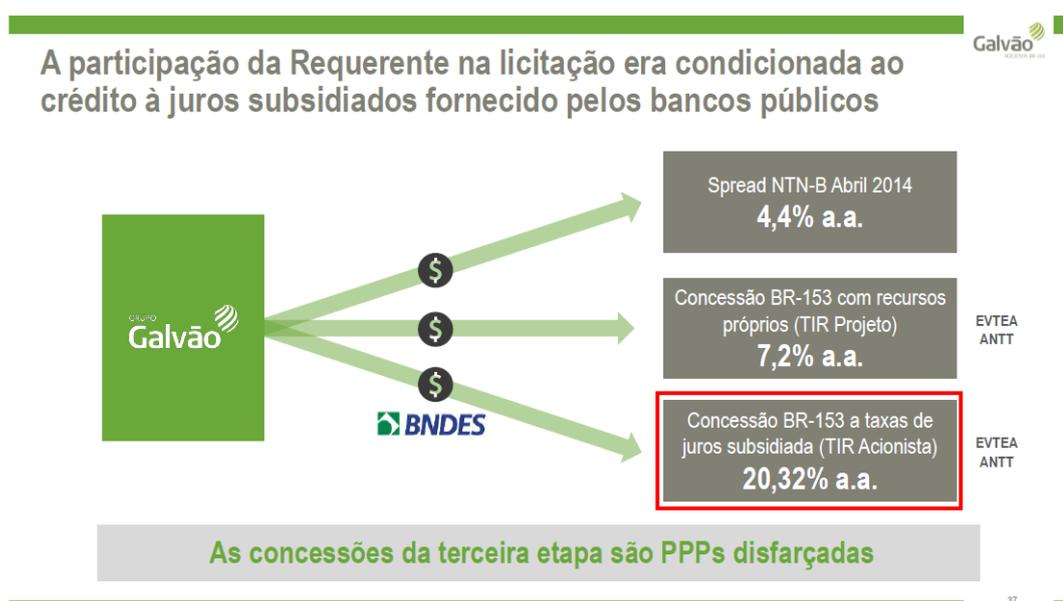
servir a um “relevante interesse coletivo” que justifique sua existência, sendo o desenvolvimento da infraestrutura nacional inegavelmente um interesse coletivo de tal relevância.

24. Em especial, a utilização do BNDES para dar concretude à política pública de investimento do Governo Federal em infraestrutura é inegavelmente um dos motivos da própria existência do banco, como claro de seu próprio Estatuto Social, aprovado pelo Decreto federal nº 4.418/2002: “**Art. 3º O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País**”(grifou-se).

25. A estratégia então adotada pela União para viabilizar essas concessões foi oferecer condições de financiamento altamente subsidiadas por meio dos Bancos Públicos. Isso permitiria a realização dos elevados investimentos em expansão de capacidade concentrados nos anos iniciais das concessões, porque grande parte das verbas empregadas pelos concessionários para tal lhe seriam concedidos a custos reduzidos por meio dos financiamentos. Além do fato de que, em finanças, o custo do capital de terceiros é considerado sempre inferior ao custo de empregar capital próprio em determinado investimento. De modo que as concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE teriam um custo de capital muito menor quando comparado às alternativas então disponíveis no mercado, ou mesmo considerando as condições anteriormente ofertadas pelo próprio BNDES ao setor rodoviário.⁹

⁹ Como consta de sua própria página na internet até hoje, “O BNDES foi o principal agente financiador do Programa de Investimento em Logística (PIL), do Governo Federal. O programa previa investimentos em ferrovias, rodovias, portos e aeroportos. No âmbito do PIL, o apoio financeiro do BNDES oferecia a possibilidade de aumento da parcela financiada com custo em TJLP, mais barato,

26. Conforme explicado pela Requerente em sua apresentação na Audiência Inaugural (slides 35 a 39), no cenário econômico da época da licitação, a decisão de um potencial investidor de aplicar capital próprio em um projeto de concessão de rodovia com Taxa Interna de Retorno - TIR não alavancada de **7,2% a.a.** em termos reais (quando comparada à alternativa de investir, por exemplo, em um títulos público, livre de qualquer risco, com rentabilidade de 4,4% a.a. em termos reais) somente se justifica caso se considere o efeito da alavancagem possibilitada pela utilização dos recursos subsidiados do BNDES sobre a TIR do acionista (i.e., TIR alavancada) – conforme dados do EVTEA da ANTT, que considera as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, a TIR do acionista para a Concessão seria de **20,32% a.a.** em termos reais:



se houver a emissão de um percentual mínimo de debêntures de infraestrutura por parte da empresa.” (disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/onde-atuamos/infraestrutura/programa-investimentos-logistica/pil%20programa%20investimentos%20logistica>).

27. Foi assim que, juntamente com o lançamento dos editais da 3ª Etapa do PROCROFE, foi ativamente divulgada pelas Requeridas a Carta de Apoio dos Bancos Públicos, que continha as condições **de financiamento em termos extremamente subsidiados e sem paralelo no mercado**, ou mesmo considerando as condições anteriormente ofertadas pelo próprio BNDES ao setor rodoviário. Publicada especificamente para tornar as concessões da 3ª Etapa do PROCROFE viáveis,¹⁰ as condições contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos correspondem a premissa essencial da modelagem econômico-financeira de tais concessões, tendo sido expressamente consideradas nos EVTEAs desses projetos (conforme demonstrado a seguir, com base no **Doc. A-79**).

28. Conforme a Requerente demonstrou em suas Alegações Iniciais (§ 79 das Alegações Iniciais) e pôde afirmar na Audiência Inaugural (**Doc. A. 79**, apresentado em manifestação após a Audiência Inaugural), em resposta ao questionamento formulado pela sra. Co-Árbitra, Patrícia F. Batista (linhas 2809 a 2829 da Transcrição da Audiência Inaugural), **as condições de financiamento constantes da Carta de Apoio dos Bancos Públicos são premissas do Volume 4 – Estudos de Viabilidade Econômico-financeira, Tomo Único, do Lote 3: BR 153 GO/TO (“EVTEA”), documento com base no qual a ANTT definiu e justificou o valor da tarifa-teto previsto no Edital de Licitação.** A simples leitura do disposto no EVTEA e em seus anexos, afasta qualquer dúvida quanto a este ponto.

¹⁰ A finalidade de atrair interessados às concessões fica bem clara pela leitura da própria Carta de Apoio dos Bancos Públicos, que dispõe expressamente: “Tendo em vista as licitações anunciadas para a concessão de rodovias federais integrantes do Programa de Investimentos em Logísticas (PIL), o BNDES, a Caixa e o Banco do Brasil vêm a público informar as condições de apoio aos investimentos relacionados aos projetos dos futuros concessionários”.

29. Logo em sua seção de apresentação (item 4.1 do EVTEA), se explica que:

“O modelo de análise de viabilidade econômico-financeiro empregado no estudo foi desenvolvido com base nas melhores práticas usuais. O principal resultado da análise é a tarifa quilométrica de pedágio da rodovia, calculada com base em projeções dos fluxos de caixa no período da concessão, previsto para 30 anos. Inicialmente **são apresentadas** as principais considerações e **premissas de cálculo** e, em seguida, são apresentados os dados de entrada e resultados em termos de tarifa quilométrica, e as **figuras de mérito associadas à viabilidade do empreendimento.** Por fim, **apresenta-se um cronograma-síntese do fluxo de depreciação (Anexo 4.A), despesas de capital e de operação (Anexo 4.B), bem como o demonstrativo financeiro (Anexo 4.C).”** (grifou-se)

30. Há duas informações fundamentais no trecho do EVTEA acima transcrito que merecem ser destacadas e que, por isso, foram grifadas:

- a. **o principal resultado da análise empreendida no EVTEA é a definição da tarifa quilométrica de pedágio da rodovia,** que, nos termos do Edital de Licitação, correspondeu à variável utilizada como critério de julgamento da Proposta Econômica Escrita das licitantes;¹¹ e

¹¹ Cf. Edital de Licitação, Parte II – Definições, (xlv): “(xlv) Tarifa Básica de Pedágio: é o valor contido na Proposta Econômica Escrita, expresso em 5 (cinco) casas decimais, **correspondente ao valor básico da Tarifa Quilométrica para a categoria 1 de veículos (veículo de rodagem simples e de dois eixos), que não poderá exceder a R\$ 0,09220 (nove mil, duzentos e vinte centésimos de milésimos de real), referenciado a maio de 2012”** (grifou-se).

b. seguindo as melhores práticas usuais, o modelo de análise de viabilidade econômico-financeira utilizado no EVTEA apresenta:

- i. as premissas de cálculo utilizadas na análise da viabilidade econômico-financeira da Concessão, dentre as quais, conforme se verifica nos trechos destacados de vermelho e abaixo reproduzidos do item 4.3 do EVTEA, se incluem as premissas de financiamento, que reproduzem integralmente as condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos:

4.3 Premissas de financiamento

O fluxo de caixa de projeto e do acionista foram calculados considerando-se a possibilidade de financiamento., sendo que as premissas adotadas são apresentadas na Tabela 4 a seguir.

Tabela 4 - Premissas gerais de financiamento

Conceito	Premissa	Observações
Financiamento	70,00%	% dos investimentos
TJLP	5,00%	taxa de juros de longo prazo
Spread BNDES	2,00%	informação BNDES
Risco	0,00%	risco de mercado
Inflação (IPCA)	4,50%	Inflação meta do governo
Juros sobre o Financiamento (TJLP + Spread BNDES + Risco) real	2,39%	% do saldo da dívida (a.a.)
Juros sobre o Financiamento (TJLP + Spread BNDES + Risco) nominal	7,00%	% do saldo da dívida (a.a.)
Conceito	Premissa	Observações
Tempo de Carência	5	anos
Prazo de financiamento	25	anos após o período de carência
Disponibilidade desta linha de financiamento do BNDES	5	primeiros anos

- ii. as figuras de mérito associadas à viabilidade do empreendimento (item 4.5 e Anexo 4.C do EVTEA).

- Item 4.5 - Resultados: Para a definição do valor da tarifa-teto que viabiliza da perspectiva econômico-financeira a Concessão **foram considerados no EVTEA tanto o fluxo de caixa não alavancado (de projeto) quanto o fluxo de caixa alavancado (do acionista)**, conforme revelam os trechos abaixo destacados em vermelho:

4.5 Resultados

4.5.1 Tarifa

Conhecendo as despesas envolvidas, tanto de capital (*capex*) quando operacionais (*opex*), e fixando a Taxa Interna de Retorno do fluxo de caixa livre de projeto em 7,20%

a.a. real (desconsiderando a inflação), calculou-se a tarifa quilométrica da rodovia concessionada, chegando-se ao valor de R\$ 0,0922/km.

Nas Tabelas a seguir estão apresentadas algumas figuras de mérito do fluxo de caixa não alavancado e do fluxo de caixa alavancado

Tabela 6 - Figuras de mérito do fluxo de caixa não alavancado

Resultados (em milhões de R\$)	
Total de Receita Tarifária	14.734
Opex	2.403
Capex total	4.313
TIR de projeto	7,20%
Margem Ebitda	78%

Tabela 7 - Figuras de mérito fluxo de caixa alavancado

Resultados (em milhões de R\$)	
Total financiado	1.935
Equity nos 5 primeiros anos	817
Equity	2.378

- Anexo 4.C – Demonstrativo Financeiro: recorte do Demonstrativo do Fluxo de Caixa Privado (Acionista), constante da p. 2 do Anexo 4.C do EVTEA. Foram destacadas em vermelho as evidências de que o EVTEA considerou o fluxo de caixa alavancado (acionista) e as condições de financiamento da Carta de Apoio dos Bancos Públicos em sua avaliação da viabilidade econômico-financeira do empreendimento (que teve como

resultado principal a definição do valor da tarifa-teto do Edital de Licitação):

Lote 3 - Anexo 4.C

		Ano 0 2013	Ano 1 2014
Demonstrativo do Fluxo de Caixa Privado (Acionista) - milhões de reais			
(+) Receita Tarifária Bruta	14.349	-	-
(-) Tributos sobre o valor de venda	1.241	-	-
ISS	717	-	-
PIS	93	-	-
COFINS	-	-	-
(+) Receita Não Tarifária Bruta (% da Receita Tarifária)	-	-	-
(-) Tributos sobre o valor de venda	-	-	-
ISS	-	-	-
PIS	-	-	-
COFINS	-	-	-
(=) Receita Líquida	13.108	-	-
(-) Custos e Despesas Operacionais	2.403	-	48
Administração	487	-	23
Controle das Operações	65	-	2
Serviços Médicos	288	-	5
Serviços de Guincho	201	-	3
Inspeção de Tráfego	139	-	5
Pesagem de Caminhões	113	-	-
Atendimento a Incidentes	89	-	2
Arrecadação de Pedágios	647	-	-
Conservação da Rodovia	317	-	8
Conservação de Equipamentos e Sistemas	48	-	0
Monitoração da Rodovia	9	-	0
(-) Outras despesas	259	4	17
Verba de fiscalização	181	-	6
Verba de segurança no trânsito	35	-	1
Recursos para desenvolvimento tecnológico	30	-	1
Emolumentos para a BM&F, Bovespa, EBP	4	4	-
Ressarcimento dos estudos ambientais	9	-	9
(-) Seguros e garantias	271	-	7
Risco de engenharia	21	-	1
Risco operacional	192	-	2
Responsabilidade cível	14	-	0
Garantia de execução	44	-	3
Risco perda de receita	2	-	-
(=) Ebitda	0,78	10.175	(4)
(-) Depreciação e Amortização	2.978	-	42
EBIT	7.197	(4)	(113)
Juros	653	-	4
Rendimentos financeiros líquidos	8	4	4
Lucro tributável	6.552	(0)	(114)
Tributos	2.232	-	-
IR	1.641	-	-
CSLL	591	-	-
Lucro líquido	4.320	(0)	(114)
Fluxo de caixa livre			
Lucro líquido	4.320	(0)	(114)
(+) Depreciação e amortização	2.978	-	42
(=) Fluxo de caixa operacional	7.299	(0)	(72)
(-) Fluxo de investimentos	4.138	-	260
(+) Fluxo de financiamentos	2.255	153	245
(+) Empréstimos e financiamento	1.883	-	179
(+) Aporte de capital	2.255	153	66
(-) Amortização do principal	1.883	-	-
(=) Fluxo de caixa	5.416	153	(87)
Fluxo de caixa - início do ano	-	-	153
Fluxo de caixa - fim do ano	-	153	66
(=) Fluxo de caixa livre	3.161	(153)	(138)
Fluxo de caixa livre - início do ano	-	-	(153)
Fluxo de caixa livre - fim do ano	-	(153)	(291)

31. Esses fatos também são ratificados pela análise do modelo econômico-financeiro (**Doc. A.78**, apresentado em manifestação após a Audiência Inaugural) desenvolvido pela Estruturadora Brasileira de Projetos S.A. - EBP (“EBP”) e seus subcontratados, que, conforme reconhecido pelas Requeridas, foram os responsáveis pela elaboração do EVTEA. Conforme consta da NOTA TÉCNICA Nº 1/2020/ARB_GALVAO/SNTTA apresentada pela Requerida 2 (**Doc. R2-89**):

“7. O EVTEA do projeto de concessão da BR-153/GO/TO, no trecho compreendido entre Anápolis/GO e Aliança do Tocantins/TO, foi elaborado pela Empresa [sic] Brasileira de Projetos S. A. – EBP, conforme autorização do Ministério dos Transportes expressa por meio da Portaria nº 186, de 3 de agosto de 2012 (publicada no Diário Oficial da União – DOU de 06 de agosto de 2012, seção 1, p. 83) (Doc. MPA-02).

(...)

9. Ainda, **a EBP prestou apoio às fases de participação e controle social (tomada de subsídios e audiências públicas) e de apresentação dos estudos de viabilidade ao Tribunal de Contas da União - TCU (fiscalização dos processos de desestatização),** ficando a mesma responsável por proceder aos ajustes necessários nos referidos estudos” (grifou-se).

32. Ou seja, coube à EBP não apenas liderar a elaboração do EVTEA que foi adotado pelas Requeridas e resultou na tarifa-teto do Edital de Licitação como também apoiar as Requeridas na apresentação e defesa dos resultados do EVTEA perante o Tribunal de Contas da União - TCU (“TCU”) e realizar os ajustes recomendados pelo TCU

ao EVTEA. E, em todas essas etapas, “seguindo as melhores práticas usuais”, a EBP considerou na modelagem econômico-financeira da Concessão as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e seus impactos para a viabilidade da Concessão tendo em vista o fluxo de caixa alavancado (do acionista), conforme demonstrado nos trechos destacados em vermelho dos quadros da planilha “Modelo de Viabilidade Financeira (20140228) – lote 3.xlsm” (**Doc. A.78**) a seguir reproduzidos:

- Quadro “Premissas Gerais”, da aba “Painel de Controle”:

Premissas Gerais		
Conceito	Premissa	Observações
Provisão de contingência de Capex		0% sobre o Capex estimado
Opções de financiamento - 5 primeiros anos ou todo o período	5 anos	Disponibilidade da linha de financiamento
Financiamento máximo	70,00%	% dos investimentos
Financiamento atual	70,00%	% dos investimentos
TJLP	5,00%	taxa de juros de longo prazo
Spread BNDES	2,00%	informação BNDES (out-11)
Risco	0,00%	risco de mercado
Inflação (IPCA)	4,50%	Inflação meta do governo
Juros sobre o Financiamento (TJLP + Spread BNDES + Risco) real	2,39%	% do saldo da dívida (a.a.)
Juros sobre o Financiamento (TJLP + Spread BNDES + Risco) nominal	7,00%	% do saldo da dívida (a.a.)
Prazo de financiamento	25 anos	
Tempo de Carência	5 anos	
Tipo de carência	fixa	prazo fixo por financiamento ou prazo até data estipulada
Prazo de Pagamento	20 anos	após o período de carência
Prazo de depreciação Trabalhos Iniciais / Recuperação / Melhorias / Gestão /	25 anos (linear)	
Prazo de depreciação Manutenção da Rodovia (anos - linear)	25 anos (linear)	
Prazo de depreciação Equipamentos / Sistemas / Veículos (anos - linear)	10 anos (linear)	
Prazo de depreciação projetos (anos - linear)	25 anos (linear)	
Prazo de depreciação veículos (anos - linear)	5 anos (linear)	
Prazo de depreciação tratores item (referência NCM 8701)	4 anos (linear)	
Prazo depreciação equipamentos usinagem	10 anos (linear)	
Taxa de Desconto para o Projeto	7,20%	% ao ano
Taxa de Desconto "líquida" para o Acionista	3,27%	% ao ano
Taxa de Desconto "líquida" para o Acionista nominal	6,84%	% ao ano
Contas a Receber	0 dias	da receita líquida anual
Contas a Pagar	0 dias	da despesa operacional anual
Risco de engenharia	0,50%	sobre capex anual
Risco operacional	0,15%	sobre o valor patrimonial da rodovia
Risco operacional - valor médio por km rodovia	2,00	MM R\$/km, para aferir valor patrimonial inicial sem capex
Responsabilidade civil	1,50%	sobre o valor assegurado
Responsabilidade civil - valor mínimo assegurado	30,00	MM R\$ assegurado (partida mínima)
Garantia de execução - escolha do tipo	20130926	opção de valor assegurado na garantia
Garantia de execução - taxa	1,00%	taxa sobre o valor assegurado
Garantia de execução - valor do contrato assegurado	1,50%	sobre o valor do contrato (projeção de receita futura acumulada)
Garantia de execução - valor de recuperação por km (últimos 2 anos)		para os últimos 2 anos do contrato
Risco perda de receita	0,05%	valor assegurado
Risco perda de receita - período	3	meses de arrecadação
Garantia de proposta	0,01%	% dos investimentos totais
Subscrição de Capex	Novo	Subscrição de capital nos primeiros 2 anos
Taxa de desconto do cálculo do VPL da série de faturamentos para cálculo de	7,2%	a.a. sem inflação
Taxa de desconto do cálculo do VPL da série de faturamentos para cálculo de	12,0%	a.a. com inflação

- Quadro "Premissas Gerais do Fluxo de Caixa", da aba "PreAtemporais":

Premissas Gerais do Fluxo de Caixa		
Conceito	Premissa	Observações
IR + CSLL	34,00%	
Opções de financiamento - 5 primeiros anos ou todo o período	5 anos	Disponibilidade da linha de financiamento
Financiamento atual	70,00%	% dos investimentos
TJLP	5,00%	taxa de juros de longo prazo
Spread BNDES	2,00%	informação BNDES (out-11)
Risco	0,00%	risco de mercado
Inflação (IPCA)	4,50%	Inflação meta do governo
Juros sobre o Financiamento (TJLP + Spread BNDES + Risco) real	2,39%	% do saldo da dívida (a.a.)
Juros sobre o Financiamento (TJLP + Spread BNDES + Risco) nominal	7,00%	% do saldo da dívida (a.a.)
Prazo de financiamento	25 anos	
Tempo de Carência	5 anos	
Tipo de carência	fixa	prazo fixo por financiamento ou prazo até data estipulada
Prazo de Pagamento	20 anos após o período de carência	
Prazo de depreciação Trabalhos Iniciais / Recuperação / Melhorias / Gestão / Manutenção	25 anos (linear)	
Prazo de depreciação Manutenção da Rodovia (anos - linear)	25 anos (linear)	
Prazo de depreciação Equipamentos / Sistemas / Veículos (anos - linear)	10 anos (linear)	
Prazo de depreciação projetos (anos - linear)	25 anos (linear)	
Prazo de depreciação veículos (anos - linear)	5 anos (linear)	
Prazo de depreciação tratores item (referência NCM 8701)	4 anos (linear)	
Prazo depreciação equipamentos usinagem	10 anos (linear)	
Taxa de Desconto para o Projeto	7,20%	% ao ano
Taxa de Desconto "líquida" para o Acionista	3,27%	% ao ano
Taxa de Desconto "líquida" para o Acionista nominal	6,84%	% ao ano
Contas a Receber	-	dias da receita líquida anual
Contas a Pagar	-	dias da despesa operacional anual
Risco de engenharia	0,50%	sobre capex anual
Risco Operacional	0,15%	sobre o valor patrimonial da rodovia
Risco operacional - valor médio por km rodovia	2,00	MM R\$/km, para aferir valor patrimonial inicial sem capex
Responsabilidade civil	1,50%	sobre o valor assegurado
Responsabilidade civil - valor mínimo assegurado	30,00	MM R\$ assegurado (partida mínima)
Garantia de execução - escolha do tipo	20.130.926,00	opção de valor assegurado na garantia
Garantia de execução - taxa	1,00%	taxa sobre o valor assegurado
Garantia de execução - valor do contrato assegurado	1,50%	sobre o valor do contrato (projeção de receita futura acumulada)
Garantia de execução - valor de recuperação por km (últimos 2 anos)		
Risco perda de receita	0,05%	valor assegurado
Risco perda de receita - período	3	meses de arrecadação
Garantia de proposta	0,01%	% dos investimentos totais
Verba de fiscalização da concessão pela ANTT	1,50%	% da receita bruta
Verba para Pesquisa e desenvolvimento	0,25%	% da receita bruta
Verba Anual para Segurança no Trânsito	155,00	R\$/km/mês
Taxa Selic para aplicações financeiras - nominal	7,25%	a.a.
Taxa Selic para aplicações financeiras - real	2,63%	a.a.

- Quadro "Demonstrativo do Fluxo de Caixa Privado", da aba "Fluxo de Caixa":

Rodovias 3a Fase III etapa
Demonstrativo do Fluxo de Caixa Privado

	Total	Ano 0 2013	Ano 1 2014	Ano 2 2015	Ano 3 2016	Ano 4 2017	Ano 5 2018	Ano 6 2019
Demonstrativo do Fluxo de Caixa Privado - milhões de reais								
	14.653	-	-	168	349	361	379	386
(+) Receita Tarifária Bruta	14.734	-	-	186	384	396	409	386
(-) Tributos sobre o valor de venda	1.275	-	-	16	33	34	35	33
ISS	737	-	-	9	19	20	20	19
PIS	96	-	-	1	2	3	3	3
COFINS	442	-	-	6	12	12	12	12
(+) Receita Não Tarifária Bruta	-	-	-	-	-	-	-	-
(-) Tributos sobre o valor de venda	-	-	-	-	-	-	-	-
ISS	-	-	-	-	-	-	-	-
PIS (considerado acima)	-	-	-	-	-	-	-	-
COFINS (considerado acima)	-	-	-	-	-	-	-	-
(=) Receita Líquida	13.460	-	-	170	351	362	374	352
(-) Custos e Despesas Operacionais	2.403	-	48	81	92	92	91	80
Administração	487	-	23	24	23	23	23	15
Controle das Operações	65	-	2	2	2	2	2	2
Serviços Médicos	288	-	5	10	10	10	10	10
Serviços de Guincho	201	-	3	7	7	7	7	7
Inspeção de Tráfego	139	-	5	6	6	6	6	4
Pesagem de Caminhões	113	-	-	1	4	4	4	4
Atendimento a Incidentes	89	-	2	3	3	3	3	3
Arrecadação de Pedágios	647	-	-	15	23	23	22	22
Conservação da Rodovia	317	-	8	14	12	12	12	10
Conservação de Equipamentos e Sistemas	48	-	0	1	2	2	2	2
Monitoração da Rodovia	9	-	0	0	0	0	0	0
(-) Outras despesas	264	4	17	8	8	8	8	8
Verba de fiscalização	186	-	6	6	6	6	6	6
Verba de segurança no trânsito	35	-	1	1	1	1	1	1
Recursos para desenvolvimento tecnológico	31	-	1	1	1	1	1	1
Emolumentos para a BM&F, Bovespa, EBP	4	4	-	-	-	-	-	-
Ressarcimento dos estudos ambientais	9	-	9	-	-	-	-	-
(-) Seguros e garantias	284	-	7	8	10	12	13	8
Risco de engenharia	22	-	1	2	3	4	4	0
Risco operacional	196	-	2	3	4	5	6	6
Responsabilidade civil	14	-	0	0	0	0	0	0
Garantia de execução	51	-	2,75	2,75	2,75	2,75	2,75	1,50
Risco perda de receita	2	-	-	0	0	0	0	0
(=) Ebitda	0,78	10.508	(4)	(72)	72	241	262	256
(-) Depreciação e Amortização	3.109	-	43	61	81	109	136	106
Projeto								
EBIT	6.752	(4)	(114)	11	160	141	126	150
Lucro tributável	6.752	(4)	(114)	11	160	141	126	150
Tributos	2.519	-	-	3	38	34	39	51
IR	1.852	-	-	2	28	25	28	38
CSLL	667	-	-	1	10	9	10	14
Lucro líquido	4.233	(4)	(114)	8	122	107	87	99
Fluxo de caixa livre								
Lucro líquido	4.233	(4)	(114)	8	122	107	87	99
(+) Depreciação e amortização	3.109	-	43	61	81	109	136	106
(=) Fluxo de caixa operacional	7.342	(4)	(72)	70	203	216	223	205
(-) Fluxo de investimentos	4.313	-	263	423	529	743	756	54
(+) Fluxo de financiamentos	4.313	-	263	423	529	743	756	54
(+) Empréstimos e financiamento	-	-	-	-	-	-	-	-
(+) Aporte de capital	4.313	-	263	423	529	743	756	54
(-) Amortização do principal	-	-	-	-	-	-	-	-
(+) Subvenção / Aporte	-	-	-	-	-	-	-	-
(=) Fluxo de caixa	7.989	(4)	(72)	70	203	216	223	205
Fluxo de caixa - início do ano			(4)	(76)	(6)	196	413	636
Fluxo de caixa - fim do ano		(4)	(76)	(6)	196	413	636	841
(=) Fluxo de caixa livre	3.676	(4)	(335)	(353)	(326)	(527)	(533)	151
Fluxo de caixa livre - início do ano			(4)	(339)	(692)	(1.019)	(1.546)	(2.078)
Fluxo de caixa livre - fim do ano		(4)	(339)	(692)	(1.019)	(1.546)	(2.078)	(1.928)
Lucro / déficit acumulado		(4)	(114)	8	124	135	112	128

Acionista								
EBIT	7.399	(4)	(114)	11	160	141	126	150
Juros	671	-	4	11	20	33	45	46
Rendimentos financeiros líquidos	8	4	4	0	-	-	-	-
Lucro tributável	6.736	(0)	(115)	(0)	139	108	81	104
Tributos	2.294	-	-	-	33	26	19	34
IR	1.686	-	-	-	24	19	14	25
CSLL	607	-	-	-	9	7	5	9
Lucro líquido	4.442	(0)	(115)	(0)	106	83	62	70
Fluxo de caixa livre								
Lucro líquido	4.442	(0)	(115)	(0)	106	83	62	70
(+) Depreciação e amortização	3.109	-	43	61	81	109	136	106
(=) Fluxo de caixa operacional	7.551	(0)	(72)	61	187	192	197	176
(-) Fluxo de investimentos	4.313	-	263	423	529	743	756	54
(+) Fluxo de financiamentos	2.378	155	247	296	517	743	756	45
(+) Empréstimos e financiamento	1.935	-	181	296	370	520	529	38
(+) Aporte de capital	2.378	155	66	-	146	223	227	16
(-) Amortização do principal	1.935	-	-	-	-	-	-	9
(+) Subvenção líquida	-	-	-	-	-	-	-	-
(=) Fluxo de caixa	5.616	155	(88)	(66)	175	192	197	166
Fluxo de caixa - início do ano			155	67	1	176	367	564
Fluxo de caixa - fim do ano		155	67	1	176	367	564	731
(=) Fluxo de caixa livre	3.238	(155)	(138)	61	41	(31)	(30)	150
Fluxo de caixa livre - início do ano			(155)	(293)	(232)	(192)	(223)	(253)
Fluxo de caixa livre - fim do ano		(155)	(293)	(232)	(192)	(223)	(253)	(103)
Lucro / déficit acumulado		(0)	(115)	(0)	106	83	62	70
Dados para cálculo da subscrição de capital		(0)	(154)	(66)	28	(31)	(30)	150
Dados acumulados para cálculo da subscrição de capital		(0)	(154)	(220)	(192)	(223)	(253)	(103)

33. Assim, o valor máximo de Tarifa Pedágio previsto no Edital de Licitação foi obtido por meio de modelo econômico-financeiro constante do EVTEA, que considerou, por sua vez, as condições de financiamento previstas na Carta

de Apoio dos Bancos Públicos.¹² Em outras palavras, **as condições contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos correspondem à premissa adotada tanto pelas Requeridas no EVTEA que originou o Edital de Licitação da Concessão quanto pelos licitantes em suas propostas.** Caso tais condições não fossem consideradas pela ANTT no EVTEA, o valor máximo de Tarifa Pedágio previsto no Edital de Licitação haveria de ser certamente maior. Por outro lado, se não fossem considerados pelos licitantes os efeitos sobre a TIR do Acionista da alavancagem proporcionada pelo financiamento subsidiado, não haveria interessados no projeto e a licitação seria deserta.¹³

34. Nesse sentido, não há dúvidas da essencialidade das condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos para a viabilidade da Concessão, o que **foi reconhecido** em diversas oportunidades. A primeira, por meio da Nota Técnica 266/2015/SUINF da ANTT (**Doc. A-26**):

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

¹² Desta forma, como demonstrado no item IV.C.3, são completamente desprovidas de sentido as alegações das Requeridas de que as condições de financiamento ofertadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos não integram a equação econômico-financeira (como sugere o título da seção 2.4 da Resposta e Reconvencão da Requerida 2), ou, como afirmado no §60 da Resposta da Requerida 1, que “*não há como ter certeza de que as demais proponentes do leilão, que ofertaram deságios mais conservadores e perderam a disputa, consideraram de forma análoga a GALVÃO as condições da Carta de Intenção de Operação de Crédito do BNDES*”.

¹³ Deste modo, o argumento desenvolvido pela Requerida 2 nos §§ 89-91 de sua resposta às Alegações Iniciais carece de fundamento, considerando a definição prévia, pelo Poder Concedente, de condições a serem oferecidas pelos Bancos Públicos. Tais condições, como indicado, já se mostravam extremamente subsidiadas, de modo que seria impraticável a “obtenção de condições mais vantajosas” como alega a Requerida 2. Ademais, a Requerida 2 parece desconhecer que a avaliação do investimento é sempre realizada com base em um cenário considerando a alavancagem, para que seja possível comparar a oportunidade de investimento em jogo em dada licitação com outros cenários.

A situação é evidente ao se constatar que apesar da Concessionária ter apresentado Capital Social no valor de R\$ 155.000.000,00 (cento e cinquenta e cinco milhões de reais), os investimentos previstos no PER para o 1º ano de concessão superam os R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais). O valor restante equivaleria a R\$ 66.000.000,00 (sessenta e seis milhões de reais) em capital próprio para integralização do Capital Social, até o final do 1º ano de concessão, e outros R\$ 798.954.900,00 (setecentos e noventa e oito milhões e novecentos e cinquenta e quatro mil e novecentos reais) por meio de empréstimo-ponte do BNDES. Ademais, válido ressaltar que 70% (setenta por cento) do investimento total da Concessão seria financiado pelo BNDES, explicitando a dependência da obtenção de financiamento para o sucesso da outorga, sobretudo ao se considerar as condições vantajosas oferecidas pelo Banco Oficial quando do procedimento licitatório

35. Ainda, no documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões:

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

36. Concomitantemente, o Poder Concedente assegurava às proponentes e à sociedade como um todo que, para viabilizar o novo modelo de concessões, seriam cumpridas as condições de financiamento oferecidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Já foram citadas acima as manifestações o Ministro dos Transportes, e do Secretário Executivo do Ministério da Fazenda – Ministério ao qual estão ligados o Banco do Brasil e a Caixa. Reitere-se, portanto, a fala da autoridade máxima da União Federal, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, que em entrevista concedida por ocasião da inauguração da ampliação do berço 201 do Porto de São Francisco do Sul, Santa

Catarina, e divulgada nos jornais *Estado de São Paulo* e *O Globo*, logo após o resultado da licitação do Lote 5 da 3ª Etapa do PROCROFE, declarou, ao ser indagada se estaria seguindo o modelo de concessões de rodovias do *Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB*:¹⁴

O modelo, meu querido, é meu. Eu não tenho nenhum conhecimento de nenhum investimento dessa envergadura feito antes do 2003, não tenho nenhum conhecimento disso. Você me mostra onde.

37. Ainda segundo a Presidente:

Foi muito importante o tamanho do deságio e também isso produziu uma tarifa de pedágio muito competitiva. É competitiva, vai possibilitar que você faça esse escoamento com um custo menor, o que vai ser uma garantia para todo mundo.

38. Em outros termos: o modelo de concessão fundamentado na oferta de financiamentos subsidiados que permitem a duplicação de longos trechos de rodovia com tarifas módicas foi pensado, planejado e posto em prática, consciente e deliberadamente, pelo Governo Federal, o Poder Concedente, como resultado de sua política pública para a promoção de investimentos privados no setor rodoviário. E, nesse contexto, os Bancos Públicos foram utilizados pela Requerida 2, sua acionista controladora, como instrumento

¹⁴ Ainda, íntegra da entrevista concedida está disponível no site da Presidência da República, em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/dilma-rousseff/entrevistas/entrevistas/entrevista-concedida-pela-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-apos-cerimonia-de-inauguracao-do-berco-201-e-do-porto-de-sao-francisco-do-sul> (acesso em 15/05/2020).

dessa política pública. Assim, **os licitantes confiaram de boa-fé que o conjunto de condições de financiamento ali apresentados em referência indissociável aos projetos da 3ª Etapa do PROCROFE seriam honrados.**

39. Todos os fatos até aqui mencionados pela Requerente se encontram resumidos nos primeiros seis minutos do vídeo apresentado na Audiência Inaugural.

III.C. OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO/FORÇA MAIOR

40. No final de 2014, após a Licitação da Concessão, sobreveio a crise econômica decorrente de forte desajuste fiscal. A manifestação da crise sobre o Contrato de Concessão se deu através do fechamento do mercado de crédito para a Concessionária, impedindo, no momento mais sensível da vida financeira da Concessão (i.e., no primeiro ano da Concessão, quando, mesmo sem cobrança de tarifa, a Concessionária já deveria investir cerca de R\$ 1 bilhão do total de investimentos de cerca de R\$ 3 bilhões a ser realizado nos cinco anos iniciais e, para tanto, dependia da participação do BNDES, com o financiamento de 70% desse valor),¹⁵ a contratação do empréstimo-ponte (e, obviamente, do financiamento de longo prazo que o sucederia) no prazo e nas condições que haviam sido ofertados na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. É importante enfatizar, a este respeito, o caráter único e incomparável da manifestação da crise fiscal e econômica no Contrato da Requerente: o fechamento do mercado de crédito logo no primeiro ano da Concessão, a não contratação do empréstimo-ponte e a inexistência de alternativas de crédito àquelas ofertadas por meio da Carta de Apoio dos Bancos Públicos (**Doc. A-60**) inviabilizaram a execução do Contrato de Concessão porque tornaram indisponíveis para a Concessionária

¹⁵ Conforme explicado pela Requerente nos slides 29 a 31 de sua apresentação na Audiência Inaugural.

recursos que correspondiam a 70% do valor a ser por ela empregado para a realização dos investimentos iniciais. Sem esses recursos as obras tiveram que ser paralisadas e a Concessionária jamais pôde atingir as metas que lhe autorizariam a dar início à cobrança de tarifa.

41. Ou seja, **o impacto sobre a Requerente da crise fiscal e econômica iniciada no final de 2014 foi específico, distinto e muito mais grave do que os eventuais impactos que as demais concessionárias das diferentes etapas do PROCROFE possam ter sentido** (por exemplo, em função da queda de demanda de tráfego das rodovias). Trata-se, no caso da Requerente, de situação que verdadeiramente inviabilizou a execução do Contrato de Concessão em sua concepção original.

42. Os Bancos Públicos foram afetados gravemente pela pior recessão da história do Brasil (um evento imprevisível, extraordinário e irresistível, caracterizado como fortuito ou força maior) e pelas medidas adotadas pela União para combater essa crise. A não disponibilização à Concessionária desses recursos fundamentais por força de eventos completamente alheios ao seu controle alterou as condições do Contrato de Concessão, causando o seu desequilíbrio econômico-financeiro (art. 10 da Lei nº 8.987/1995), uma vez que o risco pela ocorrência de eventos extraordinários fora alocado pela lei (art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993) e pelo Contrato de Concessão (Cláusula 21.2.4) ao Poder Concedente.¹⁶

¹⁶ Esse desequilíbrio não foi solucionado pelo Poder Concedente, a despeito de todas as tentativas da Concessionária, razão pela qual sustenta a Requerente ter havido, sim, um inadimplemento do Poder Concedente, conforme descrito nos itens III.C.2 e III.D.2 destas Alegações Finais Parciais.

III.C.1. SUPERVENIÊNCIA DA CRISE FISCAL E ECONÔMICA

43. O que, de fato, ocorreu foi que, após a celebração do Contrato de Concessão, iniciou-se, progressivamente, **a mais profunda crise econômica da história do Brasil** até hoje registrada. A análise de diversos indicadores¹⁷ corrobora com essa conclusão (conforme demonstrado, de forma resumida, no trecho compreendido entre os minutos 6'02" e 8'04" do vídeo apresentado pela Requerente na Audiência inaugural e no item 2.3 do Parecer da GO Associados - Doc. A-7). Foi apenas a segunda vez na história do país que o PIB apresentou duas retrações consecutivas, a primeira ocorrendo no biênio 1930/1931, no auge da grande depressão, sendo que, naquela ocasião, o país apresentou recuperação rápida após os dois anos de queda, com expressivas taxas de crescimento (4,3 e 8,9%), conforme citado na seção 2.3.1 do Parecer acima mencionado. Em contraste, na recente crise, os anos de recessão foram acompanhados de baixíssimo crescimento. Pior ainda, foi mais severa mesmo quando comparada com o momento mais dramático da chamada “década perdida”, no triênio 1981-1983.

44. Na comparação realizada pela Austin Rating do desempenho das 35 principais economias do mundo, os resultados econômicos do Brasil no primeiro e segundo semestres de 2015 o colocavam apenas à frente da Rússia e da Ucrânia, sendo que a primeira vinha sofrendo com um forte embargo econômico em razão da anexação da região da Criméia a seu território e a segunda passava por uma grave guerra civil.¹⁸ No primeiro semestre de 2016, segundo a mesma comparação da Austing Rating, a economia brasileira

¹⁷ Dentre os quais a queda de 3,55% do PIB do Brasil em 2015 e de 3,31% em 2016, acumulando queda aproximada de 7% no biênio – o pior resultado da economia do país (Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/pib-brasileiro-recua-36-em-2016-e-tem-pior-recessao-da-historia.ghtml>. Acesso em 07/01/2019).

¹⁸ Dados disponíveis em <https://oglobo.globo.com/economia/brasil-so-esta-frente-da-russia-da-ucrania-em-ranking-do-pib-16302087> (acesso em 15/05/2020).

teve desempenho ainda pior do que as da Rússia e Ucrânia, que permaneciam enfrentando sanções econômicas e guerra civil, respectivamente (ou seja, exemplos de livro texto de hipóteses de caso fortuito ou força maior).

45. Antes da eclosão da crise fiscal e econômica, todas as demais concessionárias já tinham celebrado os seus respectivos empréstimos-ponte, o que ocorreu até setembro de 2014. Contudo, ao final de 2014, a conjunção de fatores imprevisíveis e inevitáveis pelas partes, completamente alheios ao controle da Concessionária – como o esfacelamento do cenário macroeconômico e o contingenciamento fiscal soberano para enfrentamento da crise, invertendo o fluxo de recursos entre Tesouro Nacional e Bancos Públicos – culminou em situação extraordinária e impeditiva da contratação pelo BNDES do empréstimo-ponte no prazo e nas condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos,¹⁹ e, portanto, impeditiva também da execução do Contrato de Concessão nos termos originalmente pactuados (que, a rigor, agravavam ainda mais a situação, por estabelecerem a obrigação de investimentos concentrados nos primeiros anos de implantação da infraestrutura rodoviária e a impossibilidade de cobrança inicial de pedágio pela Concessionária).

46. Ou seja, para combater a crise, a União optou por realocar recursos que seriam destinados à execução de sua política pública de financiamento subsidiado, via Bancos Públicos, dos investimentos em infraestrutura, de tal forma que o BNDES viu-se impossibilitado de levar a cabo o financiamento previsto na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. É isso que resta claro das análises (i) do histórico do fluxo de recursos entre

¹⁹ Em 25/05/2015 a Concessionária recebeu a Carta de Cancelamento da Operação de crédito do BNDES (**Doc. A-27**). E foi somente em 30/09/2015, por meio do Ofício nº 387-A/2015/BNDES/GP (**Doc. A-28**), que o banco apresentou oficialmente a sua negativa, atribuindo a razão da não contratação do empréstimo-ponte à recuperação judicial da acionista da Concessionária (cujo pedido ocorreu em 25/03/2015).

Tesouro Nacional e BNDES e (ii) do histórico de desembolsos do BNDES (Quadros 6, 7 e 8 e 9 do Parecer da GO Associados - **Doc. A-7** e trecho entre os minutos 8'03" e 8'45" do vídeo apresentado pela Requerente na Audiência Preliminar).

47. Como explicado pela Requerente em sua manifestação de 2 de março de 2020, os dados oficiais do BNDES, disponibilizados em seu sítio eletrônico, demonstram que, **logo em 2015 teve início a devolução de recursos do BNDES o Tesouro Nacional, sendo que, em 2016, esses valores ultrapassaram os R\$ 100 bilhões**, tudo a evidenciar a alteração da política pública de investimentos no Setor de Infraestrutura. Na verdade, mesmo os desembolsos realizados pelo BNDES em 2015 remontam aos contratos celebrados em 2014 ou antes – portanto, anteriormente à crise econômica (**Doc. A-20**).²⁰ A devolução de recursos do BNDES ao Tesouro Nacional só não foi maior justamente em razão desses contratos firmados até o terceiro trimestre de 2014, sendo certo que o aumento dos desembolsos deles decorrentes tornou ainda mais urgente uma solução para reduzir a necessidade de novos aportes e viabilizar a devolução dos recursos do Tesouro Nacional, levando a uma forte restrição à concessão de crédito a novos projetos já no início de 2015, o que atingiu diretamente a Concessionária. O tema será retomado em maiores detalhes no **item IV.C.2** destas Alegações Finais Parciais.

48. O impacto da deterioração do mercado de crédito, como dimensão da crise, no setor de rodovias é apontado pela própria Requerida 1 em diversos documentos, como

²⁰ Como será demonstrado no §186 destas Alegações Finais Parciais, a lógica apresentada pelo BNDES e pelas Requeridas de comparar, em relação aos desembolsos, os valores percentuais de 2015 com a média dos anos de 2012 e 2014 é equivocada. Houve uma redução geral nos desembolsos em 2015, o que é visto pelos números absolutos, mas a maior participação percentual do setor rodoviário em 2015 se explica pelo fato de que os demais setores foram imediatamente atingidos enquanto em 2015 ainda foram liberadas tranches dos empréstimos acordados até 2014 com outros concessionários da 3ª Etapa PROCROFE.

o Memorando 876/2018/SUINF (**Doc. A-12**), que encaminha o estudo Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões (**Doc. A-13**). Destaca-se que o referido estudo evidencia, por meio de inferência estatística, a imprevisibilidade e severidade da crise sobre as concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE.

III.C.2. MANIFESTAÇÃO DA CRISE SOBRE O CONTRATO DE CONCESSÃO DA BR-153

49. Como explicado na seção IV.2.1 das Alegações Iniciais, as condições de financiamento anunciadas aos licitantes pelo Governo Federal previam a disponibilização do empréstimo-ponte em até 90 (noventa) dias contados da assinatura do Contrato de Concessão. **Todas as formalidades para a concessão do empréstimo foram cumpridas pela Concessionária em 01/12/2014**, conforme demonstra a correspondência da Rio Bravo Advisory, anexa ao Ofício nº PTC 004/2015 (**Doc. A-16**), e as garantias mencionadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos para a contratação do empréstimo-ponte na fase pré-operacional estavam disponíveis à Concessionária naquele momento (destaca-se a este respeito, em especial, a carta do Banco Santander Brasil S.A., confirmando sua disposição para emitir carta de fiança – i.e., fiança bancária – a ser outorgada em garantia do empréstimo-ponte pleiteado pela Concessionária junto ao BNDES) (**Doc. A-10**). **Ou seja, não havia qualquer razão para a não contratação do empréstimo-ponte, pois, ainda que a Concessionária e/ou seus acionistas, por qualquer motivo, viessem a inadimplir suas obrigações referentes a este financiamento, a execução da fiança bancária restituiria o valor financiado pelo BNDES.**

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

51. Diante do cenário extraordinário de crise – consubstanciado, no âmbito do Contrato de Concessão, no fechamento do mercado de crédito em decorrência da mudança de política fiscal promovida pela União – e já prevendo os impactos da não contratação tempestiva do empréstimo-ponte, a Concessionária, agindo diligentemente e cumprindo de boa-fé sua responsabilidade contratual de manter o Poder Concedente ciente de todos os fatos que pudessem impactar o bom desenvolvimento da Concessão, passou a remeter ofícios sucessivos comunicando o atraso na obtenção do financiamento e sugerindo planos e providências para a manutenção da Concessão e preservação do serviço.

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

53. Em todas estas comunicações, a Concessionária defendeu que a ausência de concessão do empréstimo-ponte, no caso, era a manifestação no âmbito da Concessão de risco extraordinário, alocado pelo Contrato de Concessão e pela legislação aplicável ao Poder Concedente, consistente na ocorrência da crise fiscal e econômica. **É preciso destacar que a Requerida 1 jamais se manifestou sobre tais informações, que lhe foram fornecidas desde 2015 pela Concessionária, e que, à época, já apontavam para as mesmas conclusões que a própria Requerida 1 viria a posteriormente reconhecer no estudo Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões (Doc. A-13), e que a Requerida 2 também reconheceria na exposição de motivos da MP 800/2017, como demonstrado nesta seção** (e, também, nos §§ 135 e 136 das Alegações Iniciais).

54. Nesta mesma linha, o Especialista em Regulação da SUINF da ANTT manifestou-se, no Despacho nº 209/2015/NIP/SUINF (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), reconhecendo a ocorrência de caso fortuito, que afastaria a responsabilização da Concessionária. Ainda, considerou “[v]álido destacar que entre os meses de junho de novembro de 2014, o BNDES firmou empréstimo-ponte com todas as demais cinco Concessionárias vencedoras da 3ª Etapa, Fase III do PROCROFE, ainda que alguma das empresas também sejam investigadas pela Polícia Federal”. Isso porque as cinco primeiras concessões da 3ª Etapa do PROCROFE tiveram seus empréstimos-ponte aprovados pelo BNDES entre 23/05/2014 e 14/09/2014, conforme destacado no Quadro 10 do Parecer da GO Associados (**Doc. A-7**) e também presente no Memorando 297/2015/SUINF (**Doc. A-20**).

55. Fica evidente que os projetos que foram contratados até a metade do ano de 2014 (BR-050/GO/MG, em 05/12/13; BR-060/153/262/DF/GO/MG, em 31/01/14;

BR-163/MS, BR-163/MT e BR-040/DF/GO/MG em 12/03/14) tiveram seus empréstimos-ponte aprovados até o terceiro trimestre de 2014 – antes, portanto, da forte deterioração da economia e da forte redução de contratações e desembolsos do BNDES. No caso específico da Concessionária, em que o Contrato de Concessão foi assinado apenas em setembro de 2014, não houve aprovação do financiamento, inviabilizando o investimento.

56. No **Memorando nº 297/2015/SUINF** da ANTT (**Doc. A-20**), se reconheceu que a Concessionária cumpriu todos os requisitos para a concessão do empréstimo-ponte, bem como que tais condições foram ofertadas durante a licitação, atraindo interessados para o certame. Avaliou-se, ainda, que estas intercorrências “*não seriam consideradas de responsabilidade da Concessionária se decorrentes de caso fortuito ou força maior bem como de fato da Administração, como aparenta se afigurar na presente situação, haja vista a não concretização da linha de financiamento governamental oferecida quando do procedimento licitatório por razões alheias à Concessionária*”.

57. Não obstante, ao longo do processamento em âmbito administrativo da questão, as Requeridas – em especial a Requerida 1, que havia adotado inicialmente postura razoável e cooperativa – passaram a assumir uma postura adversarial. Conforme narrado em maior detalhes na **seção III.D.2.**, tal recusa em cooperar com a Requerente na busca de soluções para a continuidade da Concessão (melhor alternativa naquele momento para promover o interesse público dos usuários da rodovia, como reconhecido por representantes das próprias requeridas em diferentes oportunidades)²¹ fez com que se chegasse à caducidade.

²¹ Ver a respeito a descrição detalhada dos fatos no **item III.D.2.**

58. Ocorre que, posteriormente à decretação da caducidade do Contrato de Concessão, passou a ficar mais claro para as autoridades de diferentes entidades públicas que as análises e argumentos apresentados pela Requerente às Requeridas desde 2015 sobre a extraordinariedade do fechamento do mercado de crédito para as concessionárias de rodovias estavam corretos, como uma das faces da crise econômica que, desde então, se instalou no país. De fato, a gravidade da crise econômica e da indisponibilidade do financiamento subsidiado pelos Bancos Públicos afetou não só a Concessionária, mas também os demais contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, o que levou à busca pela União de soluções legislativas.

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

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

61. No mesmo sentido, no ano de 2018, a ANTT produziu, por meio da SUINF, o já mencionado documento denominado Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de

Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais (**Doc. A-13**), veiculado por meio do Memorando 876/2018/SUINF e Ofício-Circular 001/2018/DG/ANTT (**Doc. A-12**), que **reconheceu expressamente a imprevisibilidade da crise econômica e seus impactos na Concessão.**

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

III.D. FATO DA ADMINISTRAÇÃO E A VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA

63. Adicionalmente à caracterização da crise fiscal e econômica como caso fortuito ou força maior, este Tribunal Arbitral **deverá reconhecer a ocorrência de Fato da Administração** determinante tanto para que a Requerente não obtivesse os financiamentos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos quanto para que não se lograsse êxito em construir uma solução que, por meio da reprogramação das datas das obrigações da Concessionária, assegurasse a continuidade da Concessão.

64. Como amplamente demonstrado pela Requerente desde as suas Alegações Iniciais, as atuações das Requeridas, omissivas e comissivas, foram **deletérias ao próprio**

interesse público, abusivas, contraditórias e violadoras dos padrões objetivos de lealdade e proteção da confiança legítima impostos pela boa-fé objetiva.

65. Em síntese, as Requeridas interferiram especificamente no Contrato de Concessão ao (i) alterar sua orientação quanto à forma de utilização dos Bancos Públicos como instrumento de políticas públicas no setor de infraestrutura e implementar medidas de austeridade que impactaram o mercado de crédito; (ii) permanecer passivas diante de todas as diligências e tentativas da Requete para assegurar a continuidade da Concessão (inclusive, inviabilizando as tentativas da Requerente de alienação do seu controle societário); e (iii) declarar a caducidade do Contrato de Concessão em contrariedade à análise do corpo técnico da ANTT.

66. O que, aliás, as Requeridas não foram capazes de refutar, limitando-se a indicar genericamente, em suas Respostas às Alegações Iniciais e Trélicas, que o risco de financiamento foi imputado à Concessionária e que, portanto, as condições de financiamento anunciadas pelo Poder Concedente não integram a equação econômico-financeira da concessão. Ainda, de maneira genérica e descolada dos fatos, afirma que as soluções apresentadas pela Requerente para garantir a continuidade da concessão não se enquadram nas hipóteses legais de reequilíbrio (argumento que se afasta na **seção V** destas Alegações Finais Parciais), razão pela qual não poderiam as Requeridas terem agido de outra forma senão para a instauração do processo de caducidade contra a Concessionária.

67. Apenas após a Audiência Inaugural, com base em documentos produzidos *ad hoc* e incompatíveis com a verdade dos fatos – o que será tratado na **seção IV** dessas Alegações Finais –, foi que as Requeridas pretenderam refutar os documentos e evidências que denunciam a sua postura absolutamente abusiva, contrária à boa-fé objetiva contratual,

ao interesse público e atentatória à legítima expectativa da Concessionária sobre as condições de execução do Contrato de Concessão.

68. Contudo, conforme exposto brevemente a seguir, **as alegações retardatárias das Requeridas são insuficientes para afastar a ocorrência de Fato da Administração**, consubstanciado (i) na alteração da política pública de financiamento de projetos de infraestrutura, violando seus deveres de boa-fé objetiva e de proteção da confiança legítima gerada na Concessionária; e (ii) em sua atuação para inviabilizar as soluções de continuidade da Concessão que até então vinham sendo construídas com a Requerente, em claro atentado aos seus deveres legais e contratuais de colaboração para que seus contratados possam executar os objetos dos contratos administrativos.

III.D.1. ALTERAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE FINANCIAMENTO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA PELO PODER CONCEDENTE

69. Como demonstrado detalhadamente nessa Arbitragem, a oferta de condições de financiamento extremamente subsidiadas por meio dos Bancos Públicos foi a **estratégia adotada pelo Poder Concedente para viabilizar os projetos da 3ª Etapa do PROCROFE**. Foi assim que, juntamente com o lançamento dos editais de licitação, as Requeridas divulgaram ativamente a Carta de Apoio dos Bancos Públicos (**Doc. A-6**), que firmava esse compromisso de financiamento de longo prazo em termos extremamente subsidiados e sem paralelo no mercado.

70. Em síntese, o Poder Concedente usou seu poder de controle sobre os Bancos Públicos e os aportes de recursos nesses bancos pelo Tesouro Nacional para ofertar ao

mercado crédito ultra subsidiado e atrair interessados para os projetos da 3ª Etapa do PROCROFE. A instrumentalização dos Bancos Públicos foi, nesse sentido, fundamental para viabilizar a estruturação pela ANTT dos projetos que implementavam a política pública de investimento do Governo Federal para o setor de infraestrutura rodoviária, consubstanciada no capítulo de concessões rodoviárias do PIL.

71. Adicionalmente, por meio das diversas manifestações públicas de seus representantes (§81 das Alegações Iniciais), **o Poder Concedente assegurou às proponentes e à sociedade como um todo que seriam cumpridas as condições de financiamento** oferecidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Nesse contexto, **os licitantes confiaram de boa-fé e legitimamente** que aquele conjunto de condições de financiamento, apresentados de maneira indissociável aos projetos da 3ª Etapa do PROCROFE, seriam honrados

72. Contudo, quando adveio a crise econômica – e mesmo tendo a Requerente cumprido todas as exigências do BNDES para a contratação do empréstimo-ponte –, **as Requeridas falharam em garantir que as promessas feitas pelo Governo Federal, utilizando os Bancos Públicos sob seu controle, fossem cumpridas.** Não tendo sido disponibilizados os financiamentos prometidos, cabia às Requeridas, reconhecendo tratar-se da ocorrência de evento completamente alheio ao controle da Concessionária, caracterizado como caso fortuito ou força maior ou decorrente de fato da administração, proceder à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão – o que não foi feito, **em violação à lei e ao próprio contrato.**

73. De fato, o descumprimento das promessas feitas à época da licitação e a atuação das Requeridas para lidar com os efeitos da não disponibilização dos

financiamentos dos Bancos Públicos **constitui clara violação aos princípios da boa-fé objetiva e de proteção da confiança legítima gerada na Concessionária**, de observância obrigatória também nas relações de Direito Público, como bem esclarece o professor Anderson Schreiber,²² para quem “*a sua aplicação não se deve restringir a relações contratuais ou mesmo a relações privadas, devendo infiltrar por todos os ramos do direito*”.

74. Especificamente, a boa-fé objetiva estipula regras de conduta que prescrevem um **comportamento fundado na lealdade a ser seguido pelos sujeitos obrigacionais, o qual impõe que se leve em conta as expectativas geradas em outrem**. Às partes cabe, mutuamente, respeitar seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, sempre agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses de ambas as partes²³.

75. Assim, por um lado, durante toda a fase preparatória do certame, **as Requeridas geraram uma expectativa legítima de que seria concedido financiamento nas condições e prazos divulgados na Carta de Apoio dos Bancos Públicos**. Por outro, depois da celebração do Contrato de Concessão, as Requeridas não envidaram esforços para cumprir as condições oferecidas; ao contrário, atuaram decisivamente para que as expectativas legítimas da Concessionária fossem violadas.

²² SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 107.

²³ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 412; MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 216.

76. Portanto, além da desconsideração das soluções propostas pela Requerente para viabilizar a continuidade da Concessão e da consequente negativa em reequilibrar o Contrato de Concessão diante de evento de desequilíbrio, **as Requeridas atuaram decisiva e diretamente para a não liberação do empréstimo-ponte pelo BNDES em razão da alteração da política pública** promovida pela União e oficialmente comunicada pela Requerente à Requerida 1, que preferiu quedar-se inerte e não adotar as medidas necessárias para o seu adequado enfrentamento e equacionamento.

77. Como já mencionado, dados oficiais apresentados pela Requerente desde as suas Alegações Iniciais, demonstram que **a devolução de recursos do BNDES ao Tesouro Nacional teve início em 2015, sendo que, em 2016, esses valores ultrapassaram os R\$100 bilhões.** Tudo a evidenciar a alteração da política pública de investimentos no setor de infraestrutura e **o comportamento contraditório adotado pelas Requeridas**, que utilizaram os Bancos Públicos como instrumento de política pública federal para o setor de transporte quando da modelagem contratual e licitação da Concessão e, em um segundo momento, alteraram essa mesma política pública, restringindo a concessão dos financiamentos veiculados.²⁴

78. Trata-se obviamente de **comportamento contraditório**, que é vedado pelo ordenamento jurídico, consubstanciado na (i) inclusão do financiamento subsidiado nas condições essenciais do Contrato de Concessão e nas diversas manifestações públicas das Requeridas garantindo que tais condições seriam mantidas, resultando na confiança legítima

²⁴ Vale registrar que, ainda em 2015, na esfera administrativa, a Requerente já havia informado à Requerida 1 sobre a ocorrência deste fechamento do mercado crédito causado pela crise, conclusão a que chegou a partir de análise dos dados da Pesquisa Trimestral de Condições de Crédito do Banco Central do Brasil disponíveis à época. Tal análise foi submetida pela Requerente à ANTT em junho de 2015 (**Doc. A-14**), sem que, em resposta, tenha havido qualquer manifestação conclusiva da agência quanto ao seu mérito.

da concessionária de que as condições da concessão seriam mantidas; e (ii) posterior alteração de sua orientação quanto à forma de utilização dos Bancos Públicos e implementou medidas de austeridade que inviabilizaram a disponibilização do empréstimo-ponte à Concessionária.

79. De todo o exposto, fica claro que a conduta das Requeridas se caracteriza como Fato da Administração, não havendo que se falar em culpa da Concessionária pela não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES e, por consequência, pela inexecução do Contrato de Concessão.

III.D.2. DESCONSIDERAÇÃO DAS PROPOSTAS DA CONCESSIONÁRIA PARA VIABILIZAR A CONTINUIDADE DA CONCESSÃO

80. Na verdade, mais do que a frustração à expectativa legítima da Requerente na obtenção do financiamento prometido pelo Poder Concedente, **a conduta das Requeridas se caracteriza como verdadeira violação do próprio Contrato de Concessão**, à medida em que a promessa de financiamento extremamente subsidiado foi, como demonstrado, condição da própria viabilidade do modelo de concessão rodoviária decorrente da política pública federal para o setor de infraestrutura.

81. Isso porque o ordenamento jurídico impõe às partes a obrigação de atuar no sentido de **colaborar para que tenha sucesso o projeto da Concessão**,²⁵ conforme se

²⁵ A lógica de cooperação e consenso no âmbito administrativo é destacada por Patrícia Baptista: “O que de mais atual tem sido gestado no direito administrativo aposta suas fichas em mecanismos de consenso, de adesão e de cooperação dos particulares com a Administração, no lugar dos modos tracionais de ação pública estatal, do tipo comando-controle, baseados na lógica adversarial. A ação consensual é, de fato, mais rápida, mais barata e, possivelmente por

extrai do dever de colaboração, anexo à boa-fé objetiva; de nossa legislação publicística, em especial pelos artigos 66 c/c art. 78, XVI da Lei 8.666/93;107 e do próprio Contrato de Concessão, em suas subcláusulas 21.2.3 e 22.4.2(i) c/c 22.6.4(v).²⁶ Assim, **ao se manterem omissas e não agirem para evitar que a não disponibilização dos financiamentos prometidos inviabilizasse a execução do objeto contratual**, as Requeridas violaram seu dever de cumprir providência indispensável ao Contrato de Concessão, conforme se depreende desta leitura sistemática dos dispositivos legais e contratuais.

82. Pior do que isso: além de terem se omitido no dever de viabilizar a continuidade da Concessão, **as Requeridas tiveram atuação decisiva para que fosse inviabilizada qualquer solução que possibilitasse a continuidade dos serviços concedidos**, principalmente por intermédio de sua Procuradoria-Geral Federal, que atuou incisivamente para que a ANTT instaurasse o processo de caducidade e recomendasse a sua decretação, mesmo sem qualquer fundamento jurídico e contrariamente às análises técnicas que apontavam a continuidade da Concessão como a alternativa mais apta a promover o interesse público.

83. De início, diante das propostas de planos e providências da Requerente para a continuidade da concessão e preservação dos serviços (**Docs. A-15, A-18, A-24**), a Requerida 1 se posicionou favoravelmente ao adiamento das obrigações (**Doc. A-26**),

causa disso, mais eficiente.”. BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 227.

²⁶ Conforme demonstrado na **seção V.B** destas Alegações Finais Parciais, o Contrato de Concessão prevê a possibilidade de reprogramação das datas das obrigações contratuais da Concessionária (e o consequente reequilíbrio econômico-financeiro) tanto na hipótese de inexecução causada por eventos de responsabilidade do Poder Concedente quanto na hipótese de inexecução causada pela Concessionária (descumprimento de suas obrigações). A única diferença entre os dois casos é que, na hipótese de descumprimento da Concessionária, é cabível, adicionalmente à reprogramação e ao reequilíbrio, a aplicação de penalidade.

afirmando que “*a proposta de adiamento tende à preservação do interesse público, em detrimento das demais alternativas anteriormente expostas, sem prejuízo da construção de cenários não aventados na presente análise*”. Ou seja, a ANTT reconheceu expressamente que a proposta da Concessionária era preferível ao encerramento precoce do Contrato de Concessão e assunção do Sistema Rodoviário pelo DNIT ou a realização de nova licitação.²⁷

84. Nessa mesma linha, quando a Concessionária reiterou o seu pedido de reprogramação dos investimentos em razão das ofertas recebidas para a alienação de seu controle (**Doc. A-29**), novamente a ANTT se posicionou de forma favorável, reconhecendo a possibilidade de que fosse alienado o controle da Concessão a terceiros mesmo antes do decurso dos cinco primeiros anos, com fundamento na Cláusula 25.1 do Contrato de Concessão, mas condicionou a sua implementação à manifestação da Procuradoria-Geral Federal (**Doc. A-31**).

85. E foi exatamente nesse momento que, mais uma vez, a Requerida 2 atentou contra a boa-fé objetiva contratual e o seu dever de cooperação para o sucesso da concessão, emitindo parecer (**Doc. A-32 e A-34**) que concluiu pela impossibilidade de adiamento das obrigações contratadas, chegando até mesmo a questionar a atuação da Requerida 1 na condução dos assuntos relacionados à concessão e seu zelo à coisa pública. A partir daí, a própria ANTT reviu o seu posicionamento (**Doc. A-33**), passando a adotar postura totalmente contraditória ao interesse público e à continuidade da Concessão (**Docs. A-36, A-37 e AA-38**).

²⁷ “*Válido ainda considerar a situação atual do mercado financeiro no que atine ao financiamento de empresas de infraestrutura face à nova realidade econômica do país, com restrições de financiamento público, aumento de juros, inflação e baixo crescimento, afetando diretamente o apetite do Setor Privado por negócios com o Poder Público, podendo comprometer o sucesso de novo certame licitatório*”.

86. Com efeito, a Requerente não poupava esforços, na medida que lhe era possível, para manter a continuidade do serviço, ainda que isso envolvesse a alienação de seu controle societário. Após novas tratativas da Requerente (**Doc. A-39**), a Procuradoria Federal junto à ANTT pôs-se contra ao atendimento dos requisitos de adiamento das obrigações contratuais exigidos por potenciais investidores como condição *sine qua non* para a alienação do controle da Concessionária (**Doc. A-41**), sob a alegação de que seria “*sem [da Concessionária] o encargo de realizar com sucesso a venda de suas ações*”, não lhe sendo lícito transferir tal encargo ao Poder Concedente. Assim, a Requerida 1, cuja atuação era indispensável para a viabilidade da transferência do controle da Concessionária, se manteve inerte - ignorando as propostas apresentadas sob o (descabido) argumento de que a possibilidade de transferência de controle não poderia ser “*um dispositivo que visa preservar os interesses particulares da Concessionária*”, como alegado por sua Procuradoria Federal - até determinar a instauração de processo administrativo para apurar as infrações cometidas pela Requerente puníveis com pena de caducidade (**Doc. A-42 e A-43**).

87. Paralelamente, a Concessionária elaborou o Plano de Retomada da Concessão – PRC (**Doc. A-44**) e **passou a apresentar e discutir esta alternativa com diversas entidades públicas**. Em uma dessas oportunidades, em Audiência Pública na Câmara dos Deputados, o próprio representante da ANTT²⁸ afirmou que **preservação da Concessão era uma alternativa mais eficiente para o investimento no trecho rodoviário objeto do Contrato de Concessão do que a declaração de caducidade**, que o transferiria novamente ao DNIT até nova licitação.

²⁸ Arquivo sonoro da Audiência Pública disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=57399>.

88. A despeito disso, em âmbito administrativo, a Requerida 1 mantinha-se inerte e, não obstante as diversas manifestações favoráveis à continuidade da Concessão, falhou em tomar ações efetivas que viabilizassem quaisquer das soluções buscadas pela Requerente, **deixando de cumprir seu dever de cooperação** para a construção de uma solução satisfatória para a Concessão. Mais do que isso, **em conjunto com a Requerida 2, descumpriu o dever de coerência²⁹ entre as diversas esferas administrativas** para cumprimento das expectativas legitimamente geradas na Requerente, e levou à frente o processo de caducidade: a Deliberação nº 138 de 23 de junho de 2017, acolheu, no mérito, as recomendações do Relatório Final e propôs a decretação de caducidade do Contrato de Concessão, conforme publicado no DOU de 26/06/2017 (Doc. A-5). O feito foi, então, enviado ao Ministério dos Transportes e na sequência à Presidência da República, para a decisão final quanto à da caducidade do Contrato de Concessão. Isso ocorreu no Decreto Presidencial de 15 de Agosto de 2017, publicado no DOU de 16/08/2017 (Doc. A-3), no qual o Presidente da República “*declarou a caducidade da Concessão de titularidade Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A-BR-153/GO/TO por inexecução contratual por parte da referida Concessionária, nos termos do § 4º do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*” (art. 1º), sem que tenha sido prevista indenização alguma à Concessionária.

89. O descumprimento das expectativas legítimas da Requerente fica ainda mais evidente pelo fato de que, após a decretação de caducidade do Contrato de Concessão, foram editadas as Medidas Provisórias nº 752/2016 e nº 800/2017. Na MP 752/2016 (convertida na Lei 13.448/2017), foi criado o instituto da relicitação, que consiste na extinção amigável da Concessão e a realização de nova licitação, com a indenização dos

²⁹ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp.159-160.

investimentos não amortizados. Por sua vez, a MPF 800/2017 reforçou a juridicidade da reprogramação de investimentos, pelo reconhecimento expresso de que a crise econômica de 2014 inviabilizou as concessões rodoviárias da 3ª da Etapa PROCROFE.

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

91. Nesse contexto, com a clara intenção de justificar a sua inação e opção pela caducidade, resultantes de sua postura absolutamente contraditória, as Requeridas distorcem os fatos e tentam denegrir a Concessionária, criando a falsa imagem de que ela se manteve inerte até a caducidade da Concessão. Contudo, a farta documentação e argumentos apresentados a longo da Arbitragem não permitem que tais distorções prosperem.

92. Afinal, como bem demonstrado pela Requerente, em documentos da própria ANTT foram reconhecidos os esforços da Concessionária em dar cumprimento ao Contrato de Concessão e se elogiou o início dos trabalhos, além de se ter recomendado a reprogramação de suas obrigações como forma de viabilizar a continuidade da concessão (**Doc. A-26**). Da mesma forma, o Plano de Retomada da Concessão (**Doc. A-44**) elaborado pela Requerente contou com o **apoio de todos prefeitos dos municípios dos estados de Goiás e Tocantins atendidos pelo trecho concedido, que se uniram em um**

manifesto público para apoiar a viabilização da continuidade do Contrato de Concessão com a prorrogação dos prazos das obrigações da Concessionária (Doc. A-64). Certamente a Concessionária não contaria com esse apoio caso não estivesse desempenhando um bom trabalho na rodovia, como indevidamente querem fazer crer as Requeridas.

93. Não fosse isso suficiente, os números oficiais da Polícia Rodoviária Federal (**Doc. A-95**) para o período de vigência do Contrato de Concessão, entre novembro de 2014 e agosto de 2017, atestam **a eficácia do Plano de Segurança Rodoviária (Doc. A-24)** implementado pela Concessionária na redução de acidentes causados por defeitos na pista.

94. Apesar disso, alegando nesta Arbitragem querer comparar a evolução do total de acidentes (e não apenas dos acidentes causados por defeitos na pista) ao longo dos anos da Concessão, **a Requerida 2 modifica os dados da Polícia Rodoviária Federal apresentados pela Requerente** e, a partir desse erro, conclui que os acidentes teriam aumentado em 2017 (§52 da Manifestação da Requerida 2 de 2 de março de 2020). O que houve, na realidade, foi a alteração pela Requerida 2 do total de acidentes ocorridos em 2017 que se encontra na aba “2017”, na célula “J609” (coluna J, linha 609), da planilha em formato Excel que é o **Doc. A-95** da Requerente.³⁰

³⁰ Para visualizar todos os dados da aba “2017”, inclusive a mencionada célula “J609”, é necessário desabilitar o filtro da célula “I1” (coluna I, linha 1), selecionando, assim, todas as causas de acidentes (no botão “selecionar tudo” das opções de filtro), e não apenas os acidentes por defeitos na pista. Como o Doc. A-95 foi utilizado pela Requerente para demonstrar a redução de acidentes causados por defeitos na pista, ele foi apresentado na Arbitragem com um filtro que exibe apenas os dados relativos a essa causa de acidente.

95. Não se sabe por qual motivo, mas, no quadro constante do §52 da sua manifestação, a Requerente 2 repetiu em 2017 o mesmo número de acidentes ocorridos em 2013: 1223 (conforme destacado em vermelho abaixo). Na realidade, conforme se verifica na célula acima mencionada do **Doc. A-95**, que reflete os dados oficiais da PRF, o número total de acidentes em 2017 foi significativamente menor nesse último ano: 607. O que corrobora a eficácia do Plano de Segurança Rodoviária.

Dados errados do §52 da Manifestação da União sobre documentos juntados pela Requerente:

Descrição	2013	2014	2015	2016	2017
Total de Acidentes	1.223	1.083	911	658	1.223



Comparação entre os dados corretos da PRF, constantes do Doc. A-95 da Requerente, e os dados constantes da Manifestação da União:

Comparação	2013	2014	2015	2016	2017
Total de acidentes segundo os dados da PRF	1.223	1.083	911	658	607
Total de acidentes segundo os dados errados da Requerida 2	1.223	1.083	911	658	1.223

96. Mais uma vez, na tentativa de justificar a sua inação, a postura não cooperativa e a opção pela caducidade, as Requeridas se escoram, de maneira indevida, em uma suposta irresponsabilidade da Concessionária, de abandono do trecho rodoviário concedido, já totalmente desmentida pelos fatos e documentos apresentados pela Requerente.

97. Por todo o exposto, as condutas das Requeridas se caracterizam como Fato da Administração, restando claro que **houve condutas específicas do Poder Concedente que interferiram no Contrato de Concessão, prejudicando a sua execução pela Concessionária**, sejam elas omissivas (quando deveria ter interferido para viabilizar solução que mantivesse as condições pactuadas no Contrato de Concessão) ou comissivas (quando agiu para inviabilizar as soluções que viabilizavam a continuidade da Concessão e sua alienação, bem como no sentido de decretar sua caducidade de modo injustificado e contrário ao interesse público dos usuários da rodovia, conforme reconhecido nas análises do próprio corpo técnico da ANTT).

IV. JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO CONCESSÃO DO EMPRÉSTIMO-PONTE: AS DIFERENTES VERSÕES DAS REQUERIDAS E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A REALIDADE

98. Como exaustivamente demonstrado, a Requerente sempre sustentou, desde fevereiro de 2015 e ao longo deste Procedimento Arbitral, uma narrativa única e coerente, apresentando fundamentadamente – inclusive com documentos oficiais e declarações de agentes públicos vinculados às Requeridas – os reais motivos que inviabilizaram a contratação do empréstimo-ponte no prazo e condições da Carta de Apoio dos Bancos Públicos. A análise dos fatos revela que a materialização da crise fiscal e econômica levou a União a mudar radicalmente sua política fiscal, inviabilizando a continuidade da política pública de financiamento subsidiado por meio dos Bancos Públicos (nas condições da Carta de Apoio dos Bancos Públicos) dos projetos de infraestrutura do PIL – o que, no caso da Requerente, importou na não contratação do empréstimo-ponte junto ao BNDES, ainda que todas as condições e exigências do banco para tanto tivessem sido tempestivamente por ela cumpridas.

99. De outro lado, observando o esfacelamento de suas alegações diante das evidências e documentos apresentados pela Requerente, **as Requeridas foram adaptando a sua narrativa ao longo de suas manifestações**, valendo-se, a cada momento, de argumentos diferentes, que foram se alterando à medida que a Requerente foi demonstrando de forma clara, nesta Arbitragem, que eram absolutamente infundadas as defesas da União e ANTT. Argumentos fundados, inclusive, em documentação *ad hoc*, produzida pelo BNDES a seu pedido, que contradizem os documentos emitidos por esse próprio BNDES à época dos fatos ora debatidos, para tentar atribuir à Concessionária a responsabilidade pela não obtenção do empréstimo-ponte.

100. O presente tópico sintetiza as diferentes versões apresentadas pelas Requeridas ao longo de suas manifestações, destacando as suas inconsistências e a documentação que comprova a verdadeira realidade dos fatos.

101. Inicialmente, a posição defendida pelas Requeridas apoiava-se nas alegações de que (i) as condições de financiamento da Carta dos Bancos Públicos não fariam parte das condições essenciais de viabilidade do Contrato de Concessão (itens 2.2 e 2.4 da Resposta e Reconvenção da Requerida 2), de que (ii) o risco de financiamento foi alocado pelo Contrato de Concessão à Requerente (Item 2.6 da Resposta e Reconvenção da Requerida 2) e de que (iii) a ocorrência da crise fiscal e econômica não configuraria caso fortuito ou força maior (item VIII da Resposta da Requerida 1 e item 2.7 da Resposta e Reconvenção da Requerida 2). Conforme demonstrado no **item IV.A** destas Alegações Finais Parciais:

- a alegação (i) não subsiste à análise do EVTEA que fundamentou a definição da tarifa teto constante do Edital de Licitação e nem ao confronto com o contexto fático de modelagem dos projetos da 3ª Etapa do PROCROFE e com as declarações de representantes das Requeridas;
- a alegação (ii) não é suficiente para afastar a responsabilidade do Poder Concedente pela materialização de evento de caso fortuito ou força maior (manifestação da crise fiscal e econômica sobre a atuação dos Bancos Públicos, impedindo-os de executar a política pública de financiamento dos projetos da 3ª Etapa do PROCROFE anunciada pelas Requeridas por meio da divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos) além de fato da

administração (alteração pela Requerida 2 de sua política fiscal para combater a crise fiscal e econômica, inviabilizando a política pública de financiamento subsidiado via Bancos Públicos dos projetos da 3ª Etapa do PROCROFE);
e

- a alegação (iii) é contraditória com a posição sustentada pelas Requeridas em documentos por elas produzidos após a decretação da caducidade do Contrato de Concessão, nos quais se reconhece o caráter imprevisível, inevitável pelas partes e extraordinário da crise fiscal e econômica que atingiu o país a partir do final de 2014.

102. As Requeridas também cometeram erro fático em sua narrativa, alegando que a Requerente foi envolvida na operação Lava-Jato (§ 120 da Resposta e Reconvenção da Requerida 2) – inclusive confundindo os acionistas da Concessionária com empresas pertencentes a outros grupos econômicos (§ 67 da Resposta e Reconvenção da Requerida 2 e Doc. R2-18)³¹ – e, sem qualquer base técnica para tanto (como posteriormente reconhecido de forma expressa e inequívoca nos documentos produzidos e juntados pelas próprias Requeridas – **Doc. R2-89**), acusaram a Requerente de ter sido “excessivamente agressiva” em sua proposta na Licitação (§ 60 da Resposta da Requerida 1, § 45 da Resposta e Reconvenção da Requerida 2 e, posteriormente, item V.1 da Tréplica da Requerida 1 e § 28 da Tréplica e Réplica à Resposta à Reconvenção da Requerida 2).

³¹ O Doc. R2-18 se trata de reportagem do Valor Econômico referente ao rebaixamento da nota da Construtora Queiroz Galvão, que pertence ao grupo econômico Queiroz Galvão, e não ao Grupo Galvão, não tendo, portanto, qualquer relação com a Requerente. No entanto, a descrição da Requerida 2 sobre tal documento no quadro constante da pág. 3 da Resposta e Reconvenção da Requerida 2 confunde os grupos econômicos ao afirmar que: “*Após a 7ª fase da Lava Jato que resultou nas primeiras decretações de prisão dos executivos da Galvão Engenharia e os avanços no envolvimento da empresa nos esquemas de corrupção revelados pela investigação as agências de classificação de risco rebaixaram o rating de probabilidade de inadimplência do emissor (IDR) da Galvão Engenharia*”.

103. Já em sua Tréplica e Réplica à Resposta à Reconvencção, alegou a Requerida 2 que a Requerente teria dado causa à não obtenção de financiamento pela existência de recuperação judicial de sua acionista, ou pela queda do *rating* do seu acionista (item 3.5 da Tréplica e Réplica à Resposta à Reconvencção da Requerida 2). No **item IV.B** destas Alegações Finais Parciais, demonstra-se que tanto da perspectiva cronológica (a recuperação judicial e a queda do *rating* do acionista da Requerente somente ocorreu em março de 2015, sendo que, desde dezembro de 2014, todas as exigências para a contratação do empréstimo-ponte haviam sido atendidas e não havia qualquer impedimento à realização dessa operação financeira pelo BNDES) quanto da perspectiva do risco da operação de crédito (o empréstimo-ponte seria garantido por fiança bancária de banco de primeira linha), tais alegações não explicam por que o BNDES não contratou o empréstimo-ponte no prazo previsto na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

104. Como um alvo móvel, por fim, as Requeridas apresentaram a já citada documentação *ad hoc*, produzida por empresa estatal controlada pela Requerida 2, para alegar extemporaneamente suposta insuficiência da garantia ofertada pela Concessionária, por meio de fiança oferecida pelo banco Santander (**Docs. R2-87 e R2-88**). Além disso, tentam distorcer as estatísticas de fluxo de recursos financeiros entre o BNDES e o Tesouro em 2015 (item I.2 da Manifestação da Requerida 2 de 31 de janeiro de 2020) e os dados sobre acidentes no trecho rodoviário concedido (item II.6 da Manifestação da Requerida 2 de 2 de março de 2020) para levar este Tribunal a conclusões incorretas, além de, constrangedoramente, aduzirem as Requeridas, ignorando o disposto no próprio estudo produzido pela ANTT (item 4.3 do **Doc. A.79**), que o EVTEA não teria considerado as condições da Carta de Apoio dos Bancos Públicos (item I.3.1 da Manifestação da Requerida

2 de 31 de janeiro de 2020). No **item IV.C** destas Alegações Finais Parciais, esses argumentos que integram a terceira versão da defesa das Requeridas são afastados.

105. Ao final de cada um dos itens (**IV.A**, **IV.B** e **IV.C**) que compõem esta seção, são apresentados quadros-resumo contendo as distorções dos fatos e as diferentes versões das Requeridas, bem como os documentos que afastam suas alegações.

IV.A. A PRIMEIRA VERSÃO DAS REQUERIDAS

106. Em suas defesas iniciais, as Requeridas alegam que a inexecução contratual decorre exclusivamente de conduta da Requerente. Utilizam para tanto uma série de frágeis argumentos, que contradizem muitas vezes as condutas prévias das próprias Requeridas, tais como: que as condições de financiamento da Carta dos Bancos Públicos não fariam parte das condições essenciais de viabilidade do Contrato de Concessão ou que a ocorrência da crise econômica não configuraria caso fortuito ou força maior. Em outros argumentos, as Requeridas cometem diversos erros fáticos em sua narrativa, como, por exemplo que a Requerente foi culpada pela não obtenção dos financiamentos pela deflagração da operação Lava-Jato ou pela existência de recuperação judicial de sua acionista, sendo que **a indisposição e negativa do BNDES em conceder o financiamento antecede a recuperação judicial da acionista da Requerente.**

IV.A.1. SUPOSTA RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO MESMO DIANTE DA CRISE ECONÔMICA

107. As Requeridas inicialmente fundamentaram suas defesas na alegação de que a Concessionária havia falhado em cumprir sua responsabilidade contratual de obtenção dos financiamentos necessários para a execução do Contrato de Concessão. Essa posição ignora que a responsabilidade pela ocorrência de eventos extraordinários, que materializam riscos alocados ao Poder Concedente e cujos efeitos inviabilizam a gestão pela Concessionária dos riscos ordinários que assumiu (desequilibrando a equação econômico-financeira contratual), não pode ser atribuída à Requerente.

IV.A.1.a. O RISCO ORDINÁRIO DE FINANCIAMENTO

108. Um dos principais argumentos das requeridas é de que o presente caso estaria no âmbito de aplicação do risco ordinário de financiamento, veiculado pela cláusula 26 do Contrato de Concessão. Esse argumento se manifesta de algumas formas, sendo a primeira e mais rudimentar, repetida exaustivamente pelas Requeridas, de que o caso seria simples e facilmente resolvido com a aplicação direta da cláusula 26.1 do Contrato de Concessão em detrimento de todas as outras, não importa o que houver. Uma segunda versão do argumento relativo à alocação contratual de riscos diz respeito à manifestação da Requerida 1 (§61 da Resposta da Requerida 1) de que a Requerente estaria procurando obter, com esta Arbitragem, uma alteração da matriz de riscos do Contrato para atribuir o risco de financiamento ao Poder Concedente no caso.

109. Essas manifestações das Requeridas foram contrapostas pela Requerente, desde suas Alegações Iniciais e Réplica e Resposta à Reconvencção, provando que esta linha argumentativa ignora profundamente a lógica de aplicação de riscos em contratos de concessão. Demonstrou-se que a alocação de riscos extraordinários (ou seja, afetos à álea econômica extraordinária, verificável por meio de estudos estatísticos tais como o promovido pela Requerida 1 que concluiu que a previsibilidade da crise econômica no momento da Licitação era de apenas 0,27% - **Doc. A-13**) prevalece sobre a alocação de riscos ordinários (ou seja, aplicáveis a situações de normalidade, que se encontrem dentro da margem de previsibilidade verificada no estudo estatístico). Caso contrário, não faria sentido algum a previsão contratual de alocação de riscos para os casos extraordinários.

Defender a posição das Requeridas implicaria sustentar que, em um momento como o atual, diante da pandemia da COVID-19, as concessionárias deveriam arcar com variações de demanda e custos de insumos pelo fato de que tais riscos são ordinariamente alocados aos parceiros privados.³² Essa conclusão absurda já foi inclusive afastada pelo entendimento da própria AGU acerca dos efeitos da pandemia sobre os contratos de concessão. Por meio do PARECER n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU,³³ reconheceu-se que “*a pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes*” e que “[o]s concessionários de infraestrutura de transportes (...) têm direito ao reequilíbrio de seus contratos quando ocorrerem eventos supervenientes à apresentação de suas propostas cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente ***e que tenham impactado de forma***

³² Como, por exemplo, nas cláusulas 21.1.1 e 21.1.6 constantes dos contratos da 3ª Etapa PROCROFE, como o Contrato de Concessão.

³³ Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf> (acesso em 15/05/2020), p. 15.

significativa suas receitas ou despesas” (grifou-se). Ou seja, ainda que as variações de demanda e de custos de insumos sejam riscos alocados pelos contratos de concessão às concessionárias, os efeitos específicos do evento de caso fortuito ou força maior sobre a demanda (impactando as receitas da concessão) e sobre os custos de insumos devem ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro contratual.

110. Em relação à alegação de que a Concessionária estaria tentando transversalmente *alterar* a matriz de risco, demonstrou-se que a Requerente nunca pretendeu fazê-lo, mas verdadeiramente *aplicar a matriz de riscos em sua integralidade*. A visão parcial, limitada das Requeridas em relação à matriz de riscos (focada exclusivamente no risco ordinário) foi superada pela interpretação sistêmica e coerente do Contrato de Concessão, que não tem cláusulas inúteis ou em vão.

111. As Requeridas nunca foram capazes de contra-argumentar as respostas dadas pela Requerente a partir de sua Réplica, de modo que a rigor, **tornou-se fato incontroverso nesta Arbitragem que a alocação do risco ordinário de financiamento da Cláusula 26 não prevalece sobre a alocação ao Poder Concedente do risco relativo a caso fortuito e força maior na ocorrência de situações extraordinárias, como revelou ser a crise econômica.**

112. Assim, as Requeridas, após a Réplica e Resposta à Reconvencção da Requerente, vendo que a estratégia de simplesmente invocar de modo raso e repetitivo a aplicação da Cláusula 26 do Contrato de Concessão já havia sido destruída pelos argumentos da Concessionária, passaram a discutir não mais a aplicabilidade dessa cláusula em si, mas o cumprimento pela Concessionária de suas obrigações relativas à gestão do risco ordinário de financiamento (i.e., se ela teria cumprido todas as condições usuais

impostas pelo BNDES para obtenção do empréstimo-ponte), como será demonstrado mais detalhadamente adiante na **seção IV.C.**

IV.A.1.b. TENTATIVA DE DESCARACTERIZAÇÃO DA CRISE ECONÔMICA COMO HIPÓTESE DE CASO FORTUITO/FORÇA MAIOR

113. Em relação à caracterização do caso fortuito ou força maior, em um primeiro momento, as Requeridas pareciam incorrer em grave erro conceitual em suas defesas iniciais, de que a Requerente fundamenta seu pedido “*na alegação de não obtenção do empréstimo-ponte junto ao BNDES*”, como afirmado pela Requerida 2 no §112 de sua Resposta inicial. Na visão inicial das Requeridas, o pleito da Requerente fundamentava-se tão somente na não obtenção do financiamento, como se a indisponibilidade de recursos, em si, representasse uma situação extraordinária caracterizadora de caso fortuito ou força maior.

114. Não compreenderam – ou tentaram deturpar – as Alegações Iniciais da Requerente, que foram claras em demonstrar que o Evento de Desequilíbrio alegado se consubstancia na maior crise econômica até hoje vivenciada no Brasil – cuja ocorrência, ao menos, as Requeridas não tiveram a coragem de negar.

115. Após terem sido tais alegações rechaçadas em sede de Réplica e Resposta à Reconvencção, a União passou a argumentar (§25 da sua Réplica à Resposta à Reconvencção e, posteriormente, na Audiência Inaugural) 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*”, e 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.

116. Como demonstrado pela Requerente em sua Tréplica à Reconvencção e durante a audiência, 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: citou a Requerente a exposição de motivos da MP 800/2017, elaborada pela própria Requerida 2, e o documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais (**Doc. A-13**) 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*”.

117. Sem apresentar qualquer tipo de fundamento econômico ou estatístico para negar tais características à crise, a União laconicamente alegou que a recessão experimentada e seu impacto no setor de infraestrutura seriam algo normal à economia brasileira e absolutamente previsível. Mas, conforme já demonstrado pela Requerente (§§ 40 e 41 destas Alegações Iniciais) o **impacto sobre a Requerente da crise fiscal e econômica iniciada no final de 2014 foi específico, distinto e muito mais grave do que os eventuais impactos que as demais concessionárias das diferentes etapas do PROCROFE possam ter sentido**. Isso porque, a eclosão da crise logo no primeiro ano da Concessão –

ocasionando o fechamento do mercado de crédito, a não contratação do empréstimo-ponte e a inexistência de alternativas de crédito àquelas ofertadas por meio da Carta de Apoio dos Bancos Públicos (**Doc. A-60**) – impediu que a Concessionária tivesse acesso a recursos que correspondiam a 70% do valor a ser por ela empregado na realização dos investimentos iniciais, o que fez com que a execução do Contrato de Concessão nas condições originalmente previstas restasse inviabilizada.

Já demonstrando a falta de respostas às contundentes demonstrações, pela Requerente, de seus graves erros conceituais e fáticos, as Requeridas passaram a apelar para falácias, como quando, por fim, a União asseverou que (i) o reconhecimento da ocorrência de caso fortuito e força maior e de sua alocação ao Poder Concedente implicaria admitir que, na hipótese de hiper crescimento 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; e (ii) tentou 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*”. Pretendeu, em desespero e sem qualquer fundamento estatístico ou prova que demonstrasse suas alegações, em verdadeira falácia *ad terrorem*, distorcer completamente a lógica do conceito e sua aplicabilidade justamente a situações de grave estresse das condições contratuais – não só públicos, como também privados – que dificultem extremamente ou mesmo impeçam sua adequada execução.

118. Foi preciso, portanto, que a Requerente demonstrasse que a alocação do risco afeto a caso fortuito e força maior não significa um compartilhamento dos riscos do retorno do projeto, como se o Poder Concedente sócio fosse dos seus concessionários – risco esse

que a Requerente sequer pôde correr, nunca é demais frisar, em virtude da materialização do Evento de Desequilíbrio e das condutas das Requeridas, que levaram o projeto da Concessão a seu fim.

119. Em todo caso, é oportuno lembrar que o Contrato de Concessão prevê, sim, mecanismos que podem ser usados pela ANTT justamente para capturar, em favor dos usuários e do Poder Concedente, benefícios gerados para a Concessionária por conta de fatores alheios ao seu controle. Esse é o caso, por exemplo, do “Fator X”, previsto na Cláusula 18.4.5 do Contrato de Concessão, que é um redutor do reajuste da Tarifa Básica de Pedágio voltado forçar a Concessionária a compartilhar ganhos de produtividade do setor rodoviário brasileiro com os usuários.

IV.A.1.c. TENTATIVA DE DESCARACTERIZAÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO FINANCIAMENTO PARA A CONCESSÃO E A SUPOSTA EXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS COMPARÁVEIS

120. Uma outra linha argumentativa adotada inicialmente pelas Requeridas e que foi se alterando ao longo do tempo dizia respeito ao papel das condições de financiamento na Concessão. Dois pontos foram abordados pelas Requeridas para tentar minimizar a não obtenção do financiamento pela Concessionária como ponto relevante: a primeira de que as condições da Carta de Apoio dos Bancos Públicos não eram especiais, únicas no mercado, e que a Concessionária poderia ter obtido condições que igualmente viabilizassem os investimentos e o sucesso da Concessão – seja no mercado de crédito, seja por meio de aportes de seus acionistas; e a segunda de que as tais condições de financiamento, ainda que fossem somente obtidas por meio dos Bancos Públicos, não seriam essenciais à viabilidade

da Concessão, discussão essa que acabou – como mais um dos alvos móveis das Requeridas – se tornando uma discussão sobre o EVTEA, como será visto em detalhes na **seção IV.C.3;**

121. Em relação ao primeiro ponto, vê-se o argumento da Requerida 2 em sua Resposta inicial (§42) de que *“inexiste, no contrato de concessão, no edital de licitação ou em quaisquer outros documentos, previsão que estabeleça a obtenção de financiamento junto ao BNDES como requisito essencial do contrato de concessão. Ainda que houvesse uma expectativa da Requerente de obter financiamento junto a este Banco, não há fundamento contratual para que se sustente ser o BNDES o único agente financiador que poderia conceder o financiamento, e menos ainda para que se alegue ser o contrato de concessão dependente de um financiamento do BNDES”* e de que (§92) *“equivocadamente a empresa considerou que somente uma dentre as várias possíveis fontes de financiamento, permitiria a viabilidade da execução do contrato”*.

122. Quanto à primeira afirmação, trata-se mais uma manifestação de desconhecimento da lógica de uma concessão, ou mesmo mais uma demonstração das Requeridas de sua estratégia de distorção dos fatos e dos argumentos apresentados pela Requerente – visto que nunca foi indicado pela Requerente que haveria dispositivo expresso editalício ou contratual obrigando a contratação de tais financiamentos, mas que tais condições fazem parte da estrutura econômica fundamental, estão nas entranhas da base econômico-jurídica da Concessão. Em relação ao segundo ponto, as demais “fontes possíveis” aludidas eram caminhos sem saída, visto que, como demonstrado, os bancos privados resistiam até mesmo à hipótese de figurar como meros repassadores dos créditos subsidiados do BNDES, o que motivou o então Ministro dos Transportes a ir à imprensa ratificar o compromisso do Poder Concedente com a concessão de tais financiamentos.

123. Assim, rechaçou-se também o argumento de que a Requerente não havia demonstrado esgotamento de outras opções de financiamento (§11 da resposta da Requerida 1) ou que não é possível sustentar “*ser o BNDES o único agente financiador que poderia conceder o financiamento, e menos ainda para que se alegue ser o contrato de concessão dependente de um financiamento do BNDES. Nesse sentido, a não obtenção do empréstimo junto ao BNDES deveria levar a concessionária a buscar, no mercado, outras fontes de recursos que permitissem a execução do contrato*” (§42 da Resposta da Requerida 2).

124. A Requerente tentou, sim, junto a bancos públicos e privados, como evidenciado pelo **Doc. A-59** – obter assessoria financeira para a estruturação do empréstimo-ponte, e ainda, para atuar como agente repassador do BNDES dos recursos do financiamento de longo prazo. Não houve receptividade a essa consulta pelos bancos: das instituições contatadas, todas declinaram a proposta. Isso demonstra que as condições ofertadas eram excepcionalmente subsidiadas e não encontravam paralelo, tanto se comparadas às condições de crédito então disponíveis no mercado, quanto se comparadas às condições oferecidas pelo próprio BNDES anteriormente em seus financiamentos para o setor rodoviário, como demonstrado no quadro presente do §78 das Alegações Iniciais e no arrazoado desenvolvido pela GO Associados (**Doc. A-60**).

125. Portanto, foi rechaçada a tentativa das Requeridas de distorcer a realidade específica dos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE com base em argumentos frágeis, como se vê, por exemplo, no §115 da Resposta da Requerida 2 às Alegações Iniciais, ao afirmar ser o financiamento “*elemento meramente acidental no contrato de concessão – elemento que pode ou não existir, que não consta na lista de obrigações assumidas (...) mesmo que a não obtenção do financiamento houvesse ocorrido, eventualmente, sem culpa da concessionária, as obrigações contratuais*

deveriam ser cumpridas, tendo em vista não ser o financiamento um elemento essencial do contrato de concessão”.

126. Não há como se concordar, portanto, com a alegação da Requerida 2 no §88 de sua Resposta inicial, de que o Poder Concedente “*não pode prever e conhecer todas as condições oferecidas pelos diversos agentes financeiros, sejam eles privados ou públicos*”. No caso dos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, em virtude de seu ineditismo e especialidade, nos quais as condições de financiamento subsidiado eram extremamente diferentes das condições de mercado, mas em virtude principalmente de sua utilização como instrumento de consecução de uma política pública setorial específica, o Poder Concedente tinha sim ciência das condições excepcionais de financiamento oferecidas, já que a Requerida 2 é responsável pela alocação dos recursos que viabilizavam as condições anunciadas pelas Requeridas através dos Bancos Públicos.³⁴

127. Se, em tese, para outros contratos de concessão, a estrutura de capital com o grau de alavancagem e subsídio nas condições oferecidas de financiamento pode não ser uma condição específica da qual dependa a viabilidade do projeto, essa é uma questão teórica a ser discutida em outro âmbito, pois o mesmo não se pode dizer do Contrato de Concessão em questão nesta Arbitragem. Por todo o exposto nas Alegações Iniciais e na Réplica, para todos os contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, **em virtude da modelagem contratual específica delineada pelas Requeridas a partir da política pública traçada**

³⁴ Veja, na crise que vivemos atualmente, causada pela pandemia da COVID-19, todas as decisões para alocação de recursos são tomadas pelo Governo Federal, sendo este quem determina os critérios e os valores que serão destinados, por exemplo, à Caixa Econômica Federal para fins de distribuição dos auxílios emergenciais. Fato análogo ocorreu naquele período, no qual a Requerida 2, diante da crise vivenciada, modificou a política pública de financiamento, realocando os recursos anteriormente destinados à infraestrutura para outros fins que julgou prioritário naquele momento.

pela Requerida 2 para o setor rodoviário (modelagem essa sem precedentes até então e que não se repetiu posteriormente, sendo portanto uma configuração **única** dos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE) é evidente que as condições de financiamento representam sim **condições objetivas essenciais, indispensáveis à formatação contratual do Contrato de Concessão.**

128. Demonstrada a fragilidade dos argumentos das Requeridas, estas passaram a focar suas atenções (como verificado, por exemplo, na Audiência Inaugural) na alegação de que as condições de financiamento não seriam necessárias à viabilidade do projeto em si, mas apenas a um suposto nível de lucro almejado pela Concessionária com o projeto. Ou seja, alegaram as Requeridas que a Requerente podia ter adotado outras vias de financiamento da Concessão (como capital próprio, por exemplo) caso apenas aceitasse obter um retorno inferior ao projetado quando do leilão. Em outros termos, as Requeridas dissociam completamente a viabilidade do negócio de sua atratividade para o mercado quando da Licitação.

129. As Requeridas tratam como questão de “mera atratividade” as condições ofertadas em leilão nas concessões – entre elas a estrutura de capital e a TIR do acionista, ou seja, a real exequibilidade do projeto para o mercado –, como se a viabilidade do projeto não estivesse intrinsecamente ligada à sua financiabilidade (ou seja, às condições de crédito existentes para apoiar um determinado empreendimento). Ora, como se previu que até 70% dos investimentos seriam cobertos por financiamento, não é razoável supor que existisse disponibilidade de capital próprio suficiente para suprir o capital de terceiros não disponibilizado. Na realidade, como demonstrado pela GO Associados (**Doc. A-60**), no presente caso, tendo em vista o fechamento do mercado de crédito ocasionado pela crise fiscal e econômica, não havia sequer alternativas ao financiamento do BNDES – i.e., não

havia alternativas que correspondessem a uma participação de até 70% dos recursos a serem investidos e muito menos alternativas comparáveis às condições extremamente subsidiadas de financiamento anunciadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

130. Trata-se, além de uma lógica incorreta e contrária à realidade das concessões, de mais um exemplo de contradição entre as manifestações das Requeridas nesta Arbitragem e a postura do próprio Governo Federal. Vê-se, nesse sentido, recentíssima disposição do Governo Federal em elevar a Taxas Interna de Retorno - TIR dos projetos (não-alavancada) das concessões de infraestrutura a serem lançadas no futuro próximo como forma de tornar os projetos viáveis – ou seja, torná-los atrativos ao setor privado.³⁵ Isso ocorre porque já não há para esses novos projetos condições de financiamento subsidiadas como aquelas anunciadas para a 3ª Etapa do PROCROFE. Como consequência, sendo mais caro neste momento o custo de capital de terceiros para o investidor, a maneira encontrada pelo Governo Federal para viabilizar esses novos projetos – i.e., oferecer uma TIR para o acionista (alavancada) adequada para esse perfil de investimento – é admitir na modelagem econômico-financeira uma TIR de projeto (não-alavancada) mais elevada.

³⁵ <https://www1-folha-uol-com-br.cdn.ampproject.org/c/s/www1.folha.uol.com.br/amp/mercado/2020/04/governo-quer-editais-de-leiloes-com-lucro-maior-para-atrair-investidores-estrangeiros.shtml>

IV.A.2. ALEGAÇÃO DE CULPA CONCORRENTE: SUPOSTO ENVOLVIMENTO DA REQUERENTE NA OPERAÇÃO LAVA-JATO

131. Em relação às alegações de que a Concessionária teria dado causa à própria ruína, as Requeridas buscam apoiar sua posição no argumento de que o suposto envolvimento da Concessionária e de pessoas integrantes do mesmo grupo empresarial na operação Lava-Jato teria sido a causa da negativa da contratação do empréstimo-ponte pelo BNDES.

132. As Requeridas (principalmente a Requerida 2, na seção 2.3 de sua defesa inicial em resposta às Alegações Iniciais) insistem em atribuir à Requerente a negativa do financiamento pelo BNDES principalmente baseando-se em suposta alegação que a Concessionária teria relação direta ou indiretamente, por meio de seus acionistas, com os crimes apurados na operação Lava-Jato. Ou seja, a relação de causa-efeito imputada pela Requerida 2 é a seguinte: pela suposta prática da **Requerente** de atos “levianos e lesivos”, que a envolviam na Lava-Jato, houve a prisão de dirigentes do Grupo Galvão. Por isso, o BNDES negou o financiamento.

133. Esse raciocínio contém diversas falhas fáticas e de lógica. **A Requerente**, a sociedade empresária Concessionária, **jamais esteve envolvida na Lava-Jato**, não tendo praticado qualquer irregularidade ou ato lesivo, tampouco foi envolvida seu acionista direto, a Galpar. Nesse sentido, é incoerente a postura adotada principalmente pela Requerida 2, ao, por um lado, alegar que o BNDES é ente com personalidade jurídica própria, não podendo ser confundido com o seu controlador, a Requerida União, mas, por outro, tentar imputar especificamente à pessoa jurídica da Requerente eventuais atos cometidos sequer

por sua acionista direta, a Galpar, por outras empresas dentro de um mesmo grupo empresarial, como se não houvesse distinção entre tais entes.

134. Além disso, como reconhecido pelos próprios procuradores da Requerida 2 no Parecer nº 02/AADMA/CGU/AGU/2014 (**Doc. A-11**), somente a investigação policial não poderia ser fundamento para negativa da contratação pelo BNDES.

135. Por fim, há que se notar que deterioração da credibilidade financeira do acionista da Requerente, a Galpar, também foi verificada somente após a negativa de financiamento pelo BNDES, como será visto em mais detalhes na **seção IV.B.1**.

136. Ademais, há diversos erros fáticos e cronológicos na narrativa dos fatos levada a cabo pelas Requeridas, como nos §§ 62³⁶ e 73³⁷ da resposta da Requerida 2 às Alegações Iniciais, que confundem a acionista da Requerente, a Galpar, com a Galvão Engenharia, que, como visto anteriormente, deixou de ser acionista da Concessionária ainda em novembro de 2014. Assim, nem a Concessionária nem a sua acionista Galpar foram envolvidas na Lava-Jato, ao contrário do alegado pelas Requeridas.

137. Pior ainda, vê-se, em diversas passagens da defesa da Requerida 2, uma confusão entre grupos empresariais nacionais distintos e atribuição à Galvão Engenharia do envolvimento do grupo empresarial Queiroz Galvão na Lava Jato. Cite-se, por exemplo,

³⁶ “62. *Dentre as diversas empreiteiras implicadas nas investigações e denúncias está a Galvão Engenharia, acionista possuidora de 100% da composição da Requerente*” (grifos nossos).

³⁷ “Conforme já repetido nestas Respostas, a Requerente, em suas alegações iniciais tenta criar um cenário completamente desconexo com a realidade no qual não menciona em nenhum trecho o **envolvimento de sua única acionista na Operação Lava Jato**, de forma a omitir ao colégio de árbitros o fato de que as condições negativas de obtenção de crédito foram criadas por atitudes unicamente imputáveis à empresa” (grifos nossos).

a referência aos projetos do §64, todos da Queiroz Galvão, e o realce feito no §67 em reportagem mencionando o grupo Queiroz Galvão, destacando em negrito que “*a Queiroz negocia com bancos uma reestruturação da dívida de R\$ 10 bilhões*”.

138. Ora, como qualquer pessoa envolvida no setor de infraestrutura brasileira sabe, os grupos empresariais Galvão e Queiroz Galvão, apesar de terem nomes parecidos, **não possuem qualquer tipo de relação societária**. Atribuir por descuido ao Grupo Galvão as dificuldades enfrentadas pelo grupo Queiroz Galvão seria uma impropriedade sem precedentes.

139. Rechaçados esses argumentos iniciais, as Requeridas alteraram o curso de suas defesas. Em sua Tréplica e Réplica à Resposta à Reconvencção, a Requerida 2 não mediu 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.

140. **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 §42 daquele documento**. 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 (19/06/15). 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.

141. Na verdade, o envolvimento de empresas de um mesmo grupo empresarial na Lava-Jato jamais foi um impeditivo para a concessão de financiamentos pelo BNDES a concessionárias, até mesmo da 3ª Etapa do PROCROFE, como muito bem notado pela Requerida 1, no Despacho nº 209/2015/NIP/SUINF (**Doc. A-19**), que, **já em 2015 – ou seja, à época dos fatos** - reconhecia que *“entre os meses de junho de novembro de 2014, o BNDES firmou empréstimo-ponte com todas as demais cinco Concessionárias vencedoras da 3ª Etapa, Fase III do PROCROFE, ainda que alguma das empresas também sejam investigadas pela Polícia Federal”*, dentre as quais a Concessionária Rota do Oeste, do Grupo Odebrecht.

142. **Ou seja, o envolvimento de pessoas físicas e jurídicas do mesmo grupo empresarial que concessionárias de rodovia da 3ª Etapa do 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.** Isso porque 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.

143. Após demonstrados todos esses erros na argumentação das Requeridas – tanto em sede de Réplica, e Tréplica à Reconvenção, além de manifestações na Audiência Inaugural – esse argumento foi de certa forma novamente encampado, agora pelo BNDES, nos Documentos R2-87 e R2-88, em que o banco alegou que a operação de crédito seguia tramitando normalmente até meados de 2014, quando houve a divulgação do envolvimento do Grupo Galvão na Operação “Lava Jato” e, conseqüentemente, **o rebaixamento cadastral do Grupo e piora na percepção de risco de crédito que levaram à “proibição de o BNDES se expor diretamente à Galvão 153, que somente poderia conceder crédito integralmente por via indireta (mediante repasse de algum Agente Financeiro credenciado) ou que fosse totalmente garantido por fiança bancária”**. Ora, o crédito requerido pela Concessionária estava totalmente garantido pela fiança bancária oferecida pelo Santander.

144. Trata-se, portanto, como já demonstrado nas últimas manifestações da Concessionária, de uma tentativa desprovida de boa-fé de incluir extemporaneamente – anos após as negociações do empréstimo-ponte, durante as quais **em nenhum momento** o impacto da Lava-Jato foi mencionado como causa impeditiva para a concessão do empréstimo, sendo certo também que, à época da negociação do empréstimo-ponte, a Requerida 2 havia exarado parecer afirmando a possibilidade de contratação de financiamento com empresas investigadas na referida operação da Polícia Federal.

145. Tanto é que outras concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE, cujos grupos econômicos estavam mais profundamente envolvidos na Lava-Jato, obtiveram financiamento mesmo depois da prisão de seus integrantes. Citando o caso do empréstimo-ponte concedido à Concessionária Rota do Oeste S.A., integrante do Grupo Odebrecht, o BNDES faz referência apenas ao primeiro empréstimo-ponte concedido a tal sociedade. Como demonstrado pela Requerente em sede de resposta aos documentos juntados após a

Audiência Inaugural, deixou o banco público de mencionar que, **mesmo após ter se tornado público e notório a prisão de seu dirigente na Operação Lava-Jato, houve a liberação pela Caixa Econômica Federal, outra instituição financeira controlada pela Requerida 2, do segundo empréstimo-ponte.** O fato de ter sido concedido pela CEF, outro banco público signatário da Carta de Apoio, garantido por fiança corporativa (talvez por isto a opção da CRO pela CEF), em nada diminui o fato de que a Lava-Jato não era, per se, um impeditivo à obtenção do empréstimo-ponte, aliás em consonância com o parecer da AGU. Tanto o é que, nas Notas Técnicas do BNDES juntadas pelas Requeridas (R2-87 e R2-88), **o banco admite que a queda do *rating* do Grupo Galvão devido à Lava-Jato poderia ser compensada por uma estrutura adequada de garantias que cobrisse integralmente o valor do crédito.** Em outras palavras, reconhece que **o envolvimento de dirigentes do Grupo na Operação Lava-Jato não foi causa determinante da negativa de concessão do empréstimo-ponte,** como equivocadamente insistem as Requeridas em todas as suas manifestações.

146. Tampouco se podem considerar os apontamentos do BNDES no sentido de que *“o Banco Santander teria dificuldades para aprovar uma fiança bancária para a Galvão 153 após o seu envolvimento na operação Lava Jato, seguida da rápida deterioração de sua condição econômico-financeira, o que culminou no pedido de recuperação judicial”*. Trata-se de **mera suposição, descolada da realidade,** tendo em vista que o Banco Santander, em momento algum, sugeriu a retirada de sua intenção de garantir o crédito do BNDES, jamais fazendo menção à operação como qualquer empecilho à efetivação da garantia, caso o BNDES concordasse em celebrar o empréstimo-ponte.

147. Aliás, veja-se que a própria narrativa do BNDES acerca do envolvimento do Grupo Galvão na Operação Lava Jato é confusa: na Nota AST/DECRO nº 18/2019, de

26 de novembro de 2019 (**Doc. R2-87**), há referência à prisão de um diretor e à **denúncia** do MPF a dirigentes do grupo empresarial; por outro lado, a Nota AST/DECRO nº 1/2020, de 29 de janeiro de 2020 (**Doc. R2-88**), se refere a um **pedido de prisão** formulado pelo MPF contra dirigentes do Grupo Galvão. Ora, **considerando-se que a própria narrativa do BNDES sobre os fatos apresenta divergências, como se poderia admitir que foram esses os fatos determinantes para a não liberação do empréstimo-ponte?**

148. Novamente percebe-se que as Requeridas tentaram usar diversos caminhos argumentativos para negar a realidade – por vezes até tentando distorcer os fatos em suas últimas manifestações. Evidenciou a Requerente que o que a separa as demais concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE, que obtiveram empréstimos-ponte, não é a Lava-Jato, apesar das diversas tentativas das Requeridas e suas entidades controladas de fazer parecer que tal operação foi decisiva para a derrocada da Concessão.

IV.A.3. A DISTORÇÃO DAS ALEGAÇÕES DAS REQUERIDAS E OS DOCUMENTOS QUE A COMPROVAM (QUADRO RESUMO)

1ª Versão das Requeridas para as supostas causas da inexecução do Contrato de Concessão

OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO/FORÇA MAIOR

1. Resposta às Alegações Iniciais:

- Tentativa de caracterização do fortuito como a não obtenção em si do financiamento.

“Sobre este item, conforme amplamente defendido no Relatório Final pela Comissão Processante, e conforme já avaliado pela própria ex-Concessionária, a responsabilidade pela aquisição de financiamentos e empréstimos é da GALVÃO, não configurando a não obtenção dos créditos como caso fortuito ou força maior, tampouco álea administrativa (alteração unilateral, fato do príncipe ou fato da Administração).” (Seção VIII e §55 §120 da Resposta

às Alegações Iniciais da Requerida 1; também §57 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2 e §114 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2)

- Insinuação de que o reconhecimento do fortuito significaria a alteração da matriz de riscos

“Assim, ao permitir que tal risco de financiamento seja compartilhado ou transferido ao Poder Concedente, alterando cláusulas contratuais em favor da ex-Concessionária após assinatura do Contrato de Concessão” (§61 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 1)

2. Tréplica

- Alegação de que crise não seria fortuito.

“Vale notar que a **suposta crise financeira brasileira**, em verdade, não se aproxima minimamente dos argumentos trazidos pela ex-Concessionária,” (141 da Tréplica da Requerida 1; §65 da Tréplica da Requerida 1; §193 da Tréplica da Requerida 1. (141 da Tréplica da Requerida 1; §65 da Tréplica da Requerida 1; §193 da Tréplica da Requerida 1)

- Crise seria fato esperável

“Os diversos argumentos de crise econômica para impulsionar os pedidos de reequilíbrio contratual, encontram-se fadados ao insucesso, afinal, como é esperado de um contrato de longo prazo (neste caso, de 30 anos) é normal que se atravesse períodos de oscilações na economia, ciclos financeiros e recessão, que se aplica não exclusivamente ao Brasil, mas em nível global.” (§133 da Tréplica da Requerida 1; §25 da Tréplica da Requerida 2; §34 da Tréplica da Requerida 2; §81 da Tréplica da Requerida 2; §24 da Tréplica da Requerida 2)

- Crise não teria impedido a concessão de financiamentos às demais concessionárias

“Ocorre que nas mesmas condições de contexto econômico, todas as demais concessionárias da 3ª Etapa conseguiram os empréstimos-ponte junto ao BNDES, como se pode constatar a partir da tabela a seguir” (§§123 e 124 da Tréplica da Requerida 1; §41 da Tréplica da Requerida 2; R2-37)

3. Manifestações pós Audiência Inaugural

- Desconsideração da admissão da extraordinariedade da crise pelo Governo Federal.

“Quando a requerente insiste em mencionar a exposição de motivos da Medida Provisória nº 800, de 18 de setembro de 2017 e o famigerado “documento diagnóstico da ANTT”, busca demonstrar que o próprio Governo (lato sensu) teria reconhecido evento extraordinário consubstanciado na crise econômica sofrida pelo país em passado recente. Essa afirmação é falsa e ilógica.

É falsa porque em nenhum momento, seja na exposição de motivos ou no “documento diagnóstico” houve reconhecimento de que evento alheio à matriz de riscos atribuída à Concessionária tenha se materializado. O que os citados documentos afirmam genericamente é que houve crise com possíveis impactos no volume de tráfego. (§§4 e 5 da manifestação da Requerida 1 aos documentos juntados pela Requerente após a audiência).

4. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

- Em relação ao reconhecimento da extraordinariedade e imprevisibilidade da crise pela Requerida 1: Doc. A. 7; Doc. A. 13; Doc. A.26

- A liberação dos empréstimos ponte às demais concessionárias ocorreu antes da manifestação da crise no fechamento do mercado de crédito, e os financiamentos que ocorreram posteriormente a 2015 se deram em projetos nos quais o BNDES já havia: Doc. A. 81.

ESSENCIALIDADE E GARANTIA DAS CONDIÇÕES DE FINANCIAMENTO

1. Resposta às Alegações Iniciais

- **Não teria havido criação de expectativa nos licitantes de que condições seriam cumpridas, sendo mera promessa desvinculada:** *“Ainda, cabe esclarecer que, apesar das condições de financiamento serem apenas uma promessa, diferentemente do alegado pela GALVÃO, em nenhum momento o Poder Concedente garantiu tal intenção.”* (§63 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 1)

- **Condições da Carta de Apoio não seriam as que viabilizariam a modelagem da concessão:** *“não há fundamento contratual para que se sustente ser o BNDES o único agente financiador que poderia conceder o financiamento, e menos ainda para que se alegue ser o contrato de concessão dependente de um financiamento do BNDES. Nesse sentido, a não obtenção do empréstimo junto ao BNDES deveria levar a concessionária a buscar, no mercado, outras fontes de recursos que permitissem a execução do contrato, sendo ela, contratualmente, “a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão”* (§42 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2; §92 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida

2. No mesmo sentido, §113; §115 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2; no mesmo sentido, §128. R2-15; R2-23 e R2-24.

2. Manifestações pós Audiência

- **Discussão passa a focar na inclusão das condições de financiamento no EVTEA:** e.g.

”Insiste a Requerente em afirmar que o modelo financeiro adotado pelo EVTEA tornou imprescindível a obtenção de empréstimos sob as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Banco Públicos.” (§19 da manifestação da Requerida 2 sobre os documentos juntados pela Requerente após a audiência)

3. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

- Em relação ao fato de que as condições de financiamento foram consideradas como premissas essenciais da modelagem da concessão

Doc. A.78, Doc. A. 79, Doc. A. 80

- Garantia das autoridades das Requeridas de que as condições, únicas às modelagens da 3ª Etapa PROCROFE, seriam cumpridas pelos Bancos Públicos, mesmo se os bancos privados não fossem adiante com os financiamentos

LAVA-JATO

1. Resposta às Alegações Iniciais

- Confusão da Requerente com a Construtora Queiroz Galvão: “*Odebrecht, Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa, Queiroz Galvão, Mendes Júnior e Constran (da UTC) tiveram suas receitas reduzidas a um quarto nesse período - de R\$ 77 bilhões para R\$ 22 bilhões. A rápida deterioração financeira dessas construtoras é reflexo da crise econômica do País e do envolvimento delas na Operação Lava Jato. (...) A Andrade deixou de pagar US\$ 500 milhões a credores internacionais e ainda não chegou a um acordo; a Queiroz negocia com bancos uma reestruturação da dívida de R\$ 10 bilhões;*” (§67 da Resosta às Alegações Iniciais da Requerida 2 e R2-17 – Notícia do envolvimento da Construtora Queiroz Galvão na Lava Jato)

- **Não concessão do financiamento teria sido causado pela Requerente pelo envolvimento com a Lava Jato**

“As consequências do envolvimento deliberado da Galvão Engenharia no maior esquema de corrupção já desvendado no Brasil foi o grande motivo para o incremento do grau de risco de crédito da empresa e de suas subsidiárias, dificultando, portanto, a obtenção de linhas de financiamento no mercado, seja diante de Bancos Públicos ou Privados.”

(§66 e seção 2.3 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2, §125 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2)

2. Tréplica

- Envolvimento posterior ao prazo do BNDES

“Também na época dos fatos foi amplamente noticiada a prisão de dois dos principais dirigentes do Grupo Galvão, seja da Galvão Participações S.A. - GALPAR, seja da Galvão Engenharia S.A. - GESA, como se extrai de matéria do jornal Folha de São Paulo (Doc. R2-39: de **março de 2015** sobre prisão de executivo do grupo Galvão; R2-40 – sentença **de dezembro de 2015** condenando executivos do grupo Galvão.

3. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

- Outras concessionárias cujos acionistas estavam envolvidos na Lava Jato receberam financiamentos do BNDES, mesmo com aval de seu acionista; o que demonstra que envolvimento em si não era fator impeditivo, considerando que o empréstimo ponte se lastreava em fiança bancária ou garantia corporativa: **Doc. A. 11; Doc. A. 81**

- Fatos trazidos pelas Requeridas em relação à prisão e sentença são posteriores ao prazo que o BNDES deveria ter analisado o pedido

Doc. A. 6; Doc. A. 9

IV.B. SEGUNDA VERSÃO DAS REQUERIDAS

IV.B.1. TENTATIVA DE ATRIBUIR À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA GALPAR A NÃO CONTRATAÇÃO DO EMPRÉSTIMO-PONTE PELO BNDES

149. Outro insubsistente argumento apresentado pelas Requeridas diz respeito à **suposta relação entre a não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES e a Recuperação Judicial da *holding* da Concessionária**. Aqui, novamente, as Requeridas buscam sustentar suas alegações com base em uma narrativa que distorce a cronologia dos fatos e contraria as próprias particularidades do projeto, as quais eram de amplo conhecimento do BNDES à época de seu enquadramento para disponibilização do empréstimo-ponte.

150. Ainda em suas Respostas às Alegações Iniciais e Tréplica, as Requeridas afirmam genericamente que a recuperação judicial da *holding* da Concessionária inviabilizou a disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES.

151. Tal afirmação, contudo, foi facilmente afastada pela Requerente, que, desde as suas Alegações Iniciais, comprovou que **o enquadramento do crédito e o próprio término do prazo limite de 90 dias para que o BNDES concedesse o empréstimo-ponte à Concessionária antecederam em muito o pedido de recuperação judicial** formulado pela Galpar. Mais do que isso, restou demonstrado que foi a negativa da concessão de financiamento pelo BNDES, inviabilizando o projeto da concessão, que agravou a situação econômica do grupo empresarial da Requerente, culminando no pedido de recuperação judicial de sua acionista.

152. Como amplamente demonstrado, **todos os documentos solicitados pelo BNDES para a contratação do empréstimo-ponte foram devidamente apresentados até o dia 26 de novembro de 2014**. Naquela mesma data, para que não houvesse qualquer imprevisto na operação, a Rio Bravo Advisory enviou *e-mail* ao BNDES, para informá-lo que todos os documentos solicitados haviam sido entregues e questioná-lo se haveria ainda alguma outra providência a ser tomada – para o que **nunca houve resposta**, levando a crer que o processo estava concluído. Fato é que **todas as formalidades para a concessão do empréstimo foram cumpridas pela Concessionária em 01/12/2014**, conforme demonstra a correspondência da Rio Bravo Advisory, anexa ao Ofício nº PTC 004/2015 (**Doc. A-16**).

153. Contudo, a despeito do cumprimento de todas as condições impostas à Requerente pelo próprio BNDES, **em 11 de dezembro de 2014 se encerrou o prazo previsto na Carta de Apoio dos Bancos Públicos para contratação do empréstimo-ponte**, sem que houvesse qualquer manifestação daquela instituição financeira – seja para conceder ou negar o financiamento à Concessionária ou mesmo para apresentar qualquer exigência adicional para a realização da operação.

154. Por sua vez, o pedido de recuperação judicial da Galvão Participações S.A. – Galpar foi formulado apenas em 25 de março de 2015, **mais de 3 (três) meses após o encerramento do prazo previsto para contratação do empréstimo-ponte**. Ou seja, em 12 de dezembro de 2014, data em que o BNDES deveria apresentar sua resposta sobre a concessão ou não do financiamento, este fato sequer existia e, portanto, não poderia ter sido aventado.

155. É essa a **única e verdadeira ordem cronológica dos fatos**, da qual decorre que a recuperação judicial da Galpar não foi a causa, mas sim o resultado da não disponibilização do empréstimo-ponte à Requerente.

156. Ciente da falibilidade de seus argumentos, após a Audiência Inaugural realizada no dia 12 de dezembro de 2020, a Requerida 2 apresentou a Nota Técnica AST/DECRO nº 01/2020 (**Doc. R2-88**), **elaborada pelo BNDES em 29 de janeiro de 2020 a pedido da própria União**, buscando, entre outras coisas, afastar o impacto da demora na concessão do empréstimo-ponte na recuperação judicial do acionista da Concessionária. Efetivamente, a documentação produzida *ad hoc* pelo BNDES dá um novo tom à narrativa até então apresentada pela Requerida 2, sinalizando um **reconhecimento tácito de que é cronologicamente impossível que a recuperação judicial da Galpar tenha levado à não disponibilização do empréstimo-ponte à Requerente**.

157. A despeito disso, a nova argumentação desenvolvida pela Requerida 2 permanece destoante da realidade dos fatos. Por meio de um **simplório exercício de futurologia, e distorcendo os dados constantes do Quadro de Uso de Fontes apresentado ao BNDES quando da solicitação do empréstimo-ponte (Doc. A-8)**, a União afirma que o simples fato de a Galpar ter entrado em recuperação judicial logo nos primeiros meses da concessão evidenciaria que, independentemente da disponibilização do empréstimo-ponte, *“a acionista não teria condições de aportar os recursos próprios necessários para viabilizar os investimentos da concessão e, ainda, que a concessão não teria a capacidade de ajudar o Grupo naquele momento”*.

158. Desmentindo os dados apresentados pela União através da Nota Técnica AST/DECRO nº 01/2020, cujas fontes são desconhecidas, o Quadro de Uso de Fontes

apresentado pela Requerente ao BNDES quando do pedido de concessão do empréstimo-ponte demonstram que **o aporte do acionista efetivamente previsto no Plano de Negócios da Concessionária corresponde a 60% do valor indicado pela Requerida 2**, sendo que a maior parte dos recursos já havia sido aportado à Concessionária como Capital Social, exigência para a assinatura do Contrato de Concessão.

159. Com efeito, não bastasse ser **meramente hipotética** a afirmação de que, mesmo no cenário de disponibilização do empréstimo-ponte, a concessão se tornaria inviável devido à incapacidade financeira do acionista da Concessionária, fato é que **os próprios dados obtidos *ad hoc* pela Requerida 2 não condizem com aqueles que foram efetivamente apresentados ao BNDES à época da formulação do pedido de financiamento pela Requerente.**

160. Finalmente, a última inovação argumentativa apresentada pelas Requerida 2 sobre a suposta interferência da recuperação judicial da Galpar na não disponibilização do empréstimo-ponte à Concessionária **se ampara, mais uma vez, em um cenário hipotético**, construído da seguinte forma: ao considerar o prazo médio de 156 (cento e cinquenta e seis) dias entre a solicitação do apoio financeiro pelas demais concessionárias do Programa de Investimentos e Logísticos e a sua aprovação pelo BNDES, afirma-se que a concessão do empréstimo-ponte à Requerente somente ocorreria no início de abril/2015, data em que a sua acionista já estava em recuperação judicial.

161. Não bastasse **a inerente inutilidade de tal argumento** – e de qualquer outro pautado em cenários hipotéticos - para que se pudesse concluir por uma eventual relação de causalidade entre a recuperação judicial da Galpar e a não disponibilização do empréstimo-ponte, no caso concreto ele se torna ainda mais insubsistente, já que as diversas

evidências (**Doc. A-77**) apresentadas pela Requerente, que incluem documentos produzidos pelo próprio BNDES, **confirmam a estimativa do desembolso em dezembro de 2014**. Até porque, uma vez que todos os pré-requisitos para a realização da operação já haviam sido cumpridos, não faria sentido algum atrasá-la apenas para observar prazo médio das demais concessões para a contratação do empréstimo-ponte.

162. Em todo o caso, conforme amplamente demonstrado nesse procedimento e será reforçado nas presentes Alegações Finais parciais, não haveria que se falar em qualquer interferência da Recuperação Judicial das outras empresas do Grupo Galvão na não obtenção do empréstimo-ponte, já que a operação não dependia da análise de crédito dos acionistas, uma vez que integralmente garantida pelo Santander. Ao contrário, a não liberação do empréstimo-ponte contribuiu decisivamente para que a Recuperação Judicial fosse requerida.

IV.B.2. QUEDA DO *RATING* DO GRUPO GALVÃO

163. Finalmente, o argumento das Requeridas no sentido de que a queda do *rating* do Grupo Galvão também seria causa direta da não disponibilização do empréstimo-ponte à Concessionária também sofreu adaptações ao longo de suas manifestações. Desbancados pelo **fato inarredável de que a Concessionária apresentou carta de intenção de fiança bancária no valor de R\$500 milhões, emitida pelo Banco Santander para garantia integral do empréstimo-ponte requerido perante o BNDES**, as Requeridas tiveram de adaptar os seus argumentos, flexibilizando a relação de causalidade entre a queda do *rating* do Grupo Galvão e a não disponibilização do empréstimo-ponte à Requerente.

164. Muito embora a Requerente tenha informado, desde as suas Alegações Iniciais, que todas as formalidades para a concessão do empréstimo-ponte foram cumpridas pela Concessionária em dezembro de 2014, incluindo a carta do Banco Santander em emitir, confirmando a sua disposição para emitir fiança bancária em garantia do empréstimo-ponte junto ao BNDES, **as Requeridas nada disseram sobre isso em suas Respostas às Alegações Iniciais e Tréplica**. Efetivamente, até aquele momento, limitavam-se a afirmar que *“a negativa de financiamento resultou do seu envolvimento na Lavo-Jato, que culminou, em 2015, em prisões e condenações dos dirigentes do Grupo Galvão, além da grave deterioração do seu rating econômico e da sua credibilidade financeira”*.

165. Apenas após a Audiência Inaugural do caso, as Requeridas se posicionaram sobre a carta de intenção emitida pelo Santander e modificaram a sua narrativa, superando a tese de que a queda do *rating* do Grupo Galvão seria causa determinante da não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES.

166. Nesse sentido, através da Nota Técnica elaborada pelo BNDES, as Requeridas reconhecem que o empréstimo-ponte poderia ser concedido independentemente do rebaixamento do *rating* do Grupo Galvão, desde que *“por via indireta (mediante repasse de algum Agente Financeiro credenciado) ou que fosse totalmente garantido por fiança bancária”*. Contudo, valendo-se novamente de **argumentos ancorados em pressuposições e futurologia**, com a clara intenção de afastar a aplicação de sua nova tese ao presente caso, afirma que *“o Banco Santander teria dificuldades para aprovar uma fiança bancária para a Galvão 153 após o seu envolvimento na operação Lava Jato, seguida da rápida deterioração de sua condição econômico-financeira, o que culminou no pedido de recuperação judicial”*.

167. Trata-se, com já mencionado, de **mera suposição, descolada dos fatos e da realidade**, tendo em vista que o Banco Santander, em momento algum, sugeriu a retirada de sua intenção de garantir o crédito do BNDES e nem as Requeridas apresentaram qualquer evidência nesse sentido. Assim, como amplamente demonstrado nessa Arbitragem, o BNDES não corria o risco de inadimplemento da Concessionária e seu grupo societário, eis que **estava salvaguardado pela garantia a ser conferida pelo Santander, banco de primeira linha**, de tal sorte que **a sua decisão de não conceder o empréstimo-ponte não se baseou nem na ilegalidade da operação**, e nem no risco a ela associado.

168. Além disso, **as Requeridas tentam confundir o Tribunal** quanto aos requisitos para contratação do empréstimo-ponte e os requisitos para contratação do financiamento de longo prazo.

169. Que não se olvide: **para o empréstimo-ponte, o BNDES não tomaria o risco da Requerente e de seu acionista, mas do Banco Santander**, que prestaria fiança bancária à Concessionária. Somente para eventual empréstimo de longo prazo é que o BNDES teria de avaliar o risco dos acionistas da Concessionária – não por outra razão, **a própria ANTT reconheceu (Doc. A-20) que a Requerente cumpriu todos os requisitos para a concessão do empréstimo-ponte.**

170. Por último, ainda para sustentar a suposta relevância da queda do *rating do Grupo Galvão* para a não disponibilização do empréstimo-ponte, as Requeridas afirmaram somente agora, nesta Arbitragem, que a carta de intenção do Banco Santander não representaria um *“compromisso firme”* de garantia do crédito – o que, teoricamente, também confirmaria a sua afirmação preditiva de que o Banco Santander acabaria por não aprovar

a fiança bancária em favor da Concessionária. Contudo, como bem demonstrado pela documentação apresentada pela Requerente e evidenciado na Audiência Inaugural do caso, **o instrumento adequado para a aprovação do empréstimo-ponte é a carta de intenção de fiança bancária**, uma vez que, obviamente, não faz sentido que uma instituição financeira conceda um crédito, na forma de garantia bancária, sem que haja um objeto a ser garantido.

171. Por tudo isso, a documentação apresentada pelas Requeridas e os argumentos inéditos lançados pós Audiência Inaugural reforçam o que a Requerente vem afirmando e comprovando desde as suas Alegações Iniciais: **o envolvimento de dirigentes do Grupo Galvão na Operação Lava-Jato e o rebaixamento do *rating* daí decorrentes não foram determinantes para a obtenção do empréstimo-ponte**, tendo em vista que o valor integral do crédito estava garantido pela fiança bancária a ser emitida pelo Banco Santander.

IV.B.3. AGRESSIVIDADE DO DESÁGIO APRESENTADO PELA REQUERENTE EM SUA PROPOSTA

172. A menção à agressividade ou conservadorismo das propostas nas licitações se verifica, pela primeira vez, na Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 1, em que se afirma, relativamente à essencialidade das condições de financiamento, que “*o Risco de financiamento afeto ao particular trata-se de premissa do Edital de Concessão, e sendo assim, não há como ter certeza de que as demais proponentes do leilão, que ofertaram deságios mais conservadores e perderam a disputa, consideraram de forma análoga à GALVÃO as condições da Carta de Intenção de Operação de Crédito do BNDES*”. Por sua vez, em sua Tréplica e Réplica à Resposta à Reconvencção, a União, citando a NT nº 4/2019/ARB_GALVAO/SNTTA (**Doc. R2-37**), atribui as

dificuldades de obtenção de crédito, ao desconto na tarifa de pedágio de referência. As Requeridas, assumindo posição contraditória em relação ao documento produzido pelo grupo técnico de trabalho que as assessora nesta Arbitragem, insistem em questionar, a partir de meras opiniões pessoais e sem qualquer fundamento técnico, a viabilidade da Proposta Econômica da Requerente. Sua posição decorre da impressão de que a proposta vencedora teria sido muito agressiva quando comparada com as propostas dos demais licitantes que participaram da concorrência pelo mesmo lote.

173. Em resposta, a Requerente destacou que o deságio ofertado pela Requerente foi um dos dois menores descontos no âmbito da 3ª Etapa do 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 do 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 do 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.**

174. Posteriormente à Audiência Inaugural e já em comento aos documentos juntados a essa arbitragem, as Requeridas retomaram o argumento, sendo que a Concessionária em resposta reiterou que a proposta Econômica na Licitação era

perfeitamente viável e exequível, desde que fossem cumpridas as condições de financiamento descritas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e que foram divulgadas e asseguradas por representantes das Requeridas à época da Licitação. Na oportunidade, lembrou, em cumprimento ao item 9.4 do Edital de Licitação³⁸ (**Doc. R2-02**), o Banco Mercantil do Brasil S.A., que assessorou a Requerente na estruturação financeira do empreendimento, também concluiu pela viabilidade e exequibilidade do Plano de Negócios que originou a Proposta Econômica da Requerente, atestando-as por meio de “Carta de Declaração de Análise da Proposta Econômica Escrita e Viabilidade pela Instituição financeira”, nos termos do modelo previsto no Anexo 19 do Edital de Licitação (**Doc. R2-02**). A rigor, essa é a única análise existente realizada por um terceiro (no caso, uma instituição financeira especialista em assessorar a modelagem financeira de empreendimentos) acerca da viabilidade e exequibilidade do Plano de Negócios que embasou a formulação da Proposta Econômica da Requerente.

175. Ocorre que, como demonstrado ao longo desta Arbitragem, por força de eventos que materializam riscos não controláveis pela Concessionária e alocados pelo Contrato de Concessão e pela Lei nº 8.666/1993 ao Poder Concedente, as condições de financiamento prometidas não foram cumpridas – em especial, não foi disponibilizado o Empréstimo-ponte à Concessionária. Por esta razão, **a Requerente jamais pôde correr o risco de executar o Plano de Negócios subjacente à sua Proposta Econômica na Licitação.**

³⁸ Cf. Edital de Licitação (**Doc. R2-02**): “9.4 Juntamente com a Proposta Econômica Escrita devem ser apresentados os seguintes documentos: I. uma **carta de instituição ou entidade financeira que assessorou a Proponente na montagem financeira do empreendimento, declarando que analisou o plano de negócios a ela apresentado pela Proponente e atesta sua viabilidade e exequibilidade, com o conteúdo mínimo do Anexo 19 ao presente Edital**, apresentando, ainda, um Termo de Confidencialidade celebrado entre a Proponente e a instituição ou entidade financeira, com o conteúdo mínimo do Anexo 21 ao presente Edital; (...)” (grifou-se).

176. A impossibilidade de se mensurar uma agressividade ou conservadorismo da proposta da Concessionária foi algo reconhecido inclusive pela NOTA TÉCNICA Nº 1/2020/ARB_GALVAO/SNTTA apresentada pela Requerida 2 (**Doc. R2-89**), que afirmou **não ser possível caracterizar de forma objetiva se a Proposta Econômica da Requerente na Licitação foi ou não agressiva:**

“41. A avaliação da suposta agressividade do deságio ofertado pelas Proponentes no Leilão é difícil, porque, como foi dito anteriormente, cada ator do setor tem premissas e informações que podem ser bastante distintas das do Governo, fazendo com que a sua oferta possa ser significativamente diferente da tarifa-teto determinada pelo EVTEA do Poder Concedente. Ainda, o deságio pode ser proveniente das mais variadas crenças, expectativas e fontes de um projeto de concessão, geralmente distintas entre as próprias Proponentes. O volume de tráfego estimado a maior, maior otimismo em relação ao cenário macroeconômico, estratégia negocial para captação de recursos de terceiros, perspectiva de gastos com investimentos e com despesas operacionais e administrativas menores são alguns exemplos que afetam as propostas de tarifa.

42. Portanto, não há como caracterizar objetivamente a agressividade do deságio, até mesmo porque a concessão não chegou a operar no sentido de gerar receitas, não sendo possível afirmar de antemão que a geração de caixa potencial seria suficiente para cobrir as obrigações exigidas no Contrato/Edital/PER da aludida concessão.

43. Foi comentado que o deságio ofertado pela Galvão para o projeto da BR-153/GO/TO foi um dos menores dos lotes da 3ª Etapa, cujo deságio médio foi de fato de 52%. Todavia, importa salientar que: (i) cada projeto é específico (volume de tráfego, investimentos e despesas operacionais e administrativas distintos), o que dificulta a comparação entre projetos e (ii) mesmo que a Galvão tenha apresentado, aparentemente, um deságio menor do que Proponentes de outros lotes, lembra-se que, para as 3 propostas recebidas para o projeto em tela, os deságios ofertados foram, por ordem decrescente de 45,99 % (Galvão Engenharia S. A.), 21,49 % (Consórcio Norte-Sul) e 0,99 % (Triunfo Participações e Investimentos S. A.) (Doc. MPA-09). **A grande distância entre as propostas poderia sugerir que a 1ª colocada foi agressiva em seu *bid*, contudo esta confirmação não é possível ser materializada em razão da ausência de padrões comportamentais da geração de caixa do projeto.**”

177. Essa posição está perfeitamente alinhada ao que a Requerente já havia sustentado na Audiência Inaugural (Linhas 2948 a 3085 da Transcrição da Audiência Inaugural) e em resposta aos documentos juntados após a Audiência. Nas licitações de concessões comuns e parcerias público-privadas, a distinção entre uma proposta adequadamente agressiva e exequível e uma proposta excessivamente agressiva e inexecuível é, na prática, impossível de ser caracterizada de forma objetiva. Conforme demonstrado pela Requerente **(Doc. A.84)**:

- a. o deságio ofertado pela Requerente foi um dos dois menores descontos no âmbito da 3ª Etapa do PROCROFE, sendo mais conservador que os descontos dados nos outros lotes similares (i.e., de concessões com mesmas características de extensão

de trecho rodoviário concedido e nível de investimento requerido) por grupos tradicionais investidores em concessões (CCR, OTP, Triunfo e Invepar); e

- b. com exceção da Galvão, que se concentrou no estudo do Lote 3, em que se sagrou vencedora, os demais grupos interessados nos Leilões da 3ª Etapa apresentavam propostas competitivas até se sagrarem vencedores em um dos lotes. Daí em diante, tendo em vista o montante de investimentos e a necessidade de financiamento exigidos no projeto em que foram vencedores, deixavam de participar das licitações seguintes ou apresentavam propostas muito mais conservadoras (e, portanto, não competitivas). Isso explica por que a Triunfo Participações e Investimentos S. A., após ter perdido a licitação do Lote 7 oferecendo um deságio de 46% em relação à tarifa-teto e, em seguida, ter vencido a licitação do Lote 5 com um deságio de 52%, apresentou proposta de deságio de apenas 2,99% na licitação pelo Lote 6, não participou da licitação da BR 040 e apresentou deságio de 0,99% na Licitação do Lote 3, vencida pela Requerente.
- c. O histórico das propostas vencedoras em concessões rodoviárias, federais ou concedidas por entes subnacionais, antigas ou recentes, com deságios (ou ágios) em percentuais similares ou superiores aos ofertados pela Requerente demonstra que há inúmeros casos de concessões bem sucedidas, sendo prática comum no mercado.

IV.B.4. A DISTORÇÃO DAS ALEGAÇÕES DAS REQUERIDAS E OS DOCUMENTOS QUE A COMPROVAM (QUADRO RESUMO)

2ª VERSÃO DAS REQUERIDAS PARA AS SUPOSTAS CAUSAS DA INEXECUÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO
<p style="text-align: center;">RECUPERAÇÃO JUDICIAL</p> <p>Resposta às Alegações Iniciais e Tréplica:</p> <p>- Alegação de responsabilidade da Requerente pela não obtenção do financiamento em decorrência de recuperação judicial</p> <p>“Nesse mesmo sentido, não pode alegar a sua própria torpeza uma vez que seus atos ilícitos, bem com a sua recuperação judicial, tornaram impossível a obtenção de crédito junto às instituições financeiras.” (§125 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2; também §§120 e 271 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2; §21 da Tréplica da Requerida 2; Doc. R2-15, R2-42, R2-49)</p> <p>2. Manifestações pós Audiência Inaugural</p> <p>Após demonstrado pela Requerente que a recuperação judicial foi posterior ao prazo de aprovação do BNDES, Requeridas passam a alegar que o BNDES descumpria os prazos</p> <p>“Ademais, considerando os prazos constantes ao quadro comparativo e aplicando-os ao pedido da Galvão, hipoteticamente, afirma o Banco que “a aprovação da sua solicitação de empréstimo-ponte seria esperada para a 2ª semana de fevereiro/2015, enquanto a contratação, para a 2ª semana de março/2015. Se o que de fato interessa à empresa é a efetiva liberação de recursos, note-se que, considerados os prazos médios, esta deveria ocorrer somente no início de abril/2015, data esta em que o Grupo Galvão já estaria em recuperação judicial””. (§27 do Pedido da União de Juntada de Documento Final; Doc. R2-87)</p> <p>- Requeridas tentam adivinhar o que o Santander faria, mesmo que o Santander jamais tenha dado qualquer indício de que não ofertaria a garantia</p> <p>“Como se não bastasse, é pouco provável que o Banco Santander concederia a fiança bancária, tendo em vista a ocorrência dos seguintes fatos a partir de novembro de 2014: envolvimento do Grupo Galvão na Operação Lava Jato, rebaixamento considerável da classificação de risco e pedido de recuperação judicial.”. (§36 do Pedido da União de Juntada de Documento Final)</p> <p>- Acionista não teria condições de aportar recursos em 2015</p> <p>“Ou seja, no ano de 2015, a concessão da Galvão era altamente demandante de recursos da sua Acionista e não provedora. Na realidade, esse cenário seria mantido ao longo de todos os primeiros anos da concessão, não somente em 2015. Tendo em vista que a Acionista entrou em recuperação judicial em março/2015, ou seja, logo nos primeiros meses após a assunção da rodovia, resta claro que a Acionista não teria condições de aportar os recursos próprios necessários para viabilizar os investimentos da concessão e, ainda, que concessão não teria capacidade de ajudar o Grupo naquele momento”. (Doc. R2-88)</p> <p>3. Documentos que comprovam a verdade dos fatos</p>

A recuperação judicial da *holding* não pode ter sido causa da não liberação do Empréstimo-Ponte, já que foi deferida 3 meses após o cumprimento de todos os requisitos para obtenção do empréstimo-ponte e posteriormente ao fim do prazo de 90 (noventa) dias previsto pela Carta de Apoio dos Bancos Públicos. **(Doc. A-10, A-61, A-62 e A-77)**

O cronograma da concessão do financiamento às demais concessionárias da 3ª etapa evidenciam que, entre janeiro e julho de 2014, o BNDES fez, ao mesmo tempo, os trâmites de pelo menos 3 dos processos de aprovação do empréstimo-ponte das demais concessões. **(Doc. A-60 e A-81)**

O “*prazo médio*” de análise dos pedidos de financiamento se mostra inaplicável ao caso porque, em meados de 2014, apenas o processo de financiamento à Galvão estava em andamento. Não por outra razão, o próprio BNDES confirmava a estimativa de desembolso em dezembro de 2014 – antes, portanto, da Recuperação Judicial. **(Doc. A-77)**

O Banco Santander, em nenhum momento, sugeriu a retirada de sua intenção de garantir o crédito do BNDES, razão pela qual não há nenhuma evidência apresentada pelas Requeridas nesse sentido.

O que há é a carta de intenção apresentada ao BNDES, instrumento adequado para aprovação do empréstimo-ponte e suficiente para garantia integral. **(Doc. A-8 e A-75)**

“O Plano de Negócios e o Quadro de Usos e Fontes apresentados pela Requerente ao BNDES quando da solicitação do empréstimo desmentem os números apresentados pela Requerida 2 em sua manifestação. A título exemplificativo, o Quadros e Usos e Fontes, que sempre foi do conhecimento do BNDES, previa um aporte de R\$66 milhões em 2015, e não de R\$350 milhões, como afirma a Requerida 2 **(Doc. A-8 e A-75)**

QUEDA DO *RATING*

1. Resposta às Alegações Iniciais

- **Decisão do BNDES teria sido acertada pois posteriormente o *rating* da acionista da Requerente foi reclassificado**

“A conduta de negativa do BNDES tanto foi acertada que, inclusive, conforme já mencionado, agências de classificação de risco como a Fitch rebaixaram a confiabilidade nacional da principal acionista da Requerente.(...) Podemos concluir, portanto, que a investigação de empresas privadas em esquemas de corrupção, por si só, não impede necessariamente a concessão de crédito por instituições financeiras públicas enquanto não existir decisão condenatória definitiva. No entanto, dependendo de sua política de gerenciamento de riscos, estas instituições financeiras poderão, conforme seu regular exercício de direito, **reclassificar o risco de crédito implementado pela conduta do solicitante, alterando, desta forma, os resultados de uma eventual concessão de financiamento.**” (§§ 80 e 81 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2)

2. Manifestações pós Audiência

- ***Rating* do acionista da Requerente supostamente faria com que operação tivesse que ser realizada com garantia de fiança bancária**

“Vale ressaltar que o novo *rating* atribuído ao Grupo Galvão fez com que o grupo deixasse de ter margem para operar com o BNDES, o que significa a proibição de o BNDES se expor diretamente à Galvão BR-153, que **somente poderia conceder crédito integralmente por via indireta** (mediante repasse de algum Agente Financeiro credenciado) **ou que fosse totalmente garantido por fiança bancária**”. (Doc. R2-87; também §38 do Pedido da União de Juntada de Documento Final)

3. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

A Requerente apresentou carta de intenção de fiança bancária, emitida pelo Banco Santander, no valor integral do Empréstimo-Ponte requerido ao BNDES. (Doc. A-8, A-75, A-76 e A-99)

AGRESSIVIDADE DA PROPOSTA APRESENTADA PELA REQUERENTE

1. Resposta às Alegações Iniciais e Tréplica

- Acusação de oportunismo e má-fé da Requerente por ter considerado as condições da Carta de Apoio

“A prática da concessionária de considerar em sua precificação da tarifa de pedágio somente as condições subsidiadas oferecidas pelos Bancos Públicos como se fosse uma certeza absoluta a sua obtenção (...) somente demonstra má-fé da empresa que dela se socorre.” (§51 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2)

- Requerente não teria condições de assumir o contrato, e sua proposta teria sido inexecutável

“Essa tese se corrói na medida em que superados os estudos prévios de garantias de solvência das empresas, um rito comum, diga-se, outra necessidade aparece e deveria ser preferencial, a de a licitante sentir-se apta técnica e financeiramente para concorrer ao leilão. Tanto isso é certo que as propostas manifestamente inexecutáveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação são recusadas pelo Poder Concedente” (§§91 e 92 da Tréplica da Requerida 1)

- Deságio relevante da Requerente aumentaria o risco do projeto em relação ao seu financiamento

“Pela Nota Técnica nº 4/2019/ARB_GALVAO/SNTTA (Doc. R2-37), destacou que a Galvão ofertou um alto deságio em relação à tarifa teto do leilão, o que demonstra o grande risco a que se vinculou ao oferecer tamanho desconto na tarifa teto, o que certamente também implicaria em proporcional aumento do risco do crédito que seria levado em conta na análise do pedido de financiamento junto a qualquer banco” (§28 da Tréplica da Requerida 2)

2. Manifestações pós Audiência Inaugural

- Deságio apresentado pela Requerente seria “alto”

“A título de esclarecimento, cabe registrar a percepção dos outros licitantes para o mesmo negócio (vide item 2.5 do DOC. R2-89). Enquanto a Galvão Engenharia S. A. deu como lance um deságio de 45,99%, o Consórcio Norte-Sul ofereceu 21,49% e a Triunfo Participações e Investimentos S. A. apenas 0,99%.” (§27 da Petição Pós Audiência para juntada de novos documentos da Requerida 1)

3. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

Avaliação de agressividade de dada proposta é particular a cada projeto, não havendo um percentual a partir do qual propostas seriam consideradas agressivas ou até inexecutáveis; caso a proposta da Requerente tivesse sido inexecutável, Requerida 1 teria assim o declarado

- Comparação com os demais licitantes é infundada; empresas tradicionais deixavam de participar dos leilões da 3ª Etapa à medida que venciam seus lotes: **Doc. A. 84**

- **O próprio Grupo Técnico das Requeridas** reconheceu que avaliação de agressividade é difícil, e que deságio da Requerente foi um dos menores da 3ª Etapa PROCROFE (menor para os projetos comparáveis, de porte similar): (§§39 e 40 da manifestação da Requerida 2 sobre os documentos juntados pela Requerente após a audiência) **Doc. R2.90**

IV.C. TERCEIRA VERSÃO DAS REQUERIDAS

178. Por fim, mais do que uma simples reconstrução dos argumentos que haviam apresentado até então, após a Audiência Inaugural, do caso, as Requeridas **construíram uma narrativa *ad hoc*, lançando argumentos inéditos, fundamentados em duas notas técnicas produzidas pelo BNDES a pedido da Requerida 2**, que citam razões para a inviabilização da operação de empréstimo-ponte pleiteado pela Concessionária **que jamais foram mencionadas pelo próprio BNDES nos documentos produzidos em 2015.**

179. Esses novos argumentos aparecem como última tentativa das Requeridas para afastar as alegações e evidências apresentadas pela Requerente desde o início da Arbitragem, no sentido de que *(i)* o envolvimento de dirigentes do Grupo Galvão na Operação Lava Jato e a queda do seu *rating* foram irrelevantes para a não disponibilização do empréstimo-ponte à Concessionária, tendo em vista que o valor integral do crédito solicitado ao BNDES estaria garantido pela fiança bancária a ser emitida pelo Banco Santander; *(ii)* a não disponibilização do empréstimo-ponte se deveu à alteração da política pública federal de investimentos no setor de infraestrutura, que culminou na redução da liberação de recursos do Tesouro Nacional ao BNDES; e *(iii)* as condições de financiamento anunciadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos constituíram as premissas do EVTEA que resultou no valor da tarifa-teto previsto no Edital de Licitação.

180. Em síntese, os argumentos inéditos apresentados pelas Requeridas, relacionados a esses três pontos específicos, se resumem à *(i)* suposta insuficiência da carta de intenção de fiança bancária emitida pelo Banco Santander para garantia do empréstimo-ponte solicitado ao BNDES *(ii)* o suposto aumento dos desembolsos no Setor de

Infraestrutura em 2015 e conseqüente início da política de devolução de recursos do BNDES apenas em 2016; e *(iii)* a definição da tarifa-teto do Edital de Licitação da Concessão por meio do EVTEA não considerou as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e prescindiria da análise fornecida por meio da construção do fluxo de caixa alavancado (do acionista).

181. Contudo, **as novas e inéditas alegações apresentadas pelas Requeridas são incapazes de afastar a culpa exclusiva do Poder Concedente pela não disponibilização do empréstimo-ponte do BNDES à Concessionária**, como bem evidenciam os documentos apresentados pela Requerente desde as Alegações Iniciais até as suas manifestações posteriores à Audiência Inaugural. É o que se pretende demonstrar nesse tópico, destacando-se os principais pontos e documentos relacionados às discussões acima mencionadas.

IV.C.1. A SUPOSTA INSUFICIÊNCIA DA GARANTIA OFERTADA PELA CONCESSIONÁRIA

182. Como mencionado, por meio da Nota Técnica AST/DECRO nº 018/2019 Doc. R2-87), de 26 de novembro de 2019, produzida pelo BNDES a pedido da União e apresentada pela Requerida 2 poucos dias antes da Audiência Inaugural, surgiu a afirmação inédita de que *“apesar da já mencionada carta de intenção enviada pelo Banco Santander (que, frise-se, não se constituía em compromisso firme por parte daquela instituição) o Grupo Galvão não foi capaz de apresentar outras cartas de intenção que totalizassem o valor pleiteado para o empréstimo-ponte”*. E isso porque, segundo a Requerida 2, o empréstimo-ponte seria celebrado no valor aproximado de R\$798 milhões, enquanto a dita garantia cobriria o valor máximo de R\$500 milhões.

183. Contudo, como demonstrado pela Requerente, a Concessionária **solicitou a emissão de intenção de fiança bancária no valor de R\$500 milhões porque foi esse o valor total do empréstimo-ponte requerido perante o BNDES**, como consta da Carta-Consulta apresentada ao BNDES (**Doc. A-8**). Mais do que isso, demonstrou-se que **foi o próprio BNDES** que, por conveniência própria, e sem exigir qualquer complementação da garantia indicada na carta de intenção apresentada anteriormente pela Requerente, **aumentou esse valor para R\$798 milhões**.

184. Pela documentação apresentada pela Requerente, observa-se que o BNDES solicitou (**Doc. A-100.b**) a alteração do Quadro de Usos e Fontes inicialmente encaminhado pela Concessionária para amparar o seu Plano de Negócios, no valor de R\$500 milhões (**Doc. A-100.a**), a fim de justificar o empréstimo-ponte no valor de R\$798 milhões. Posteriormente, foi esse mesmo BNDES que, por mera conveniência, ignorou o Quadro de Usos e Fontes reformulado pela Requerente e **incluiu na minuta do contrato de empréstimo-ponte uma divisão das parcelas do empréstimo em subcréditos com base em critérios totalmente desconhecidos pela Concessionária** e distinta do seu Plano de Negócios (**Doc. A-101**).

185. Não por outra razão, embora afirmem que a não apresentação da nova carta de intenções complementando o valor da garantia fez com que o BNDES cancelasse a operação de concessão do empréstimo-ponte, as Requeridas foram incapazes de apresentar qualquer documento que demonstrasse (i) que o aumento do valor do empréstimo-ponte de R\$ 500 milhões para R\$ 798 milhões decorre de pedido da Concessionária e (ii) que o BNDES exigiu que a Concessionária apresentasse complementação do valor da garantia

previsto na carta de intenções do Banco Santander. E não o fazem simplesmente porque esses documentos não existem.

186. Ao contrário, toda a documentação apresentada nessa Arbitragem, produzida à época dos fatos, comprova que a Concessionária requereu o empréstimo-ponte no valor de R\$500 milhões, mediante a oferta de fiança-bancária no valor integral do crédito, e que o aumento do crédito para R\$798 milhões partiu do próprio BNDES (**Doc. A-100 e Doc. A-101**), sendo certo que **a suposta insuficiência da carta de intenção do Banco Santander jamais foi apontada como causa da não obtenção do empréstimo-ponte (Doc. A-28)**, seja na presente Arbitragem, no processo administrativo de caducidade ou em todas as outras correspondências internas que o antecederam.

187. Não há que se falar, portanto, que a não obtenção do empréstimo-ponte teria decorrido da insuficiência da garantia ofertada pela Requerente.

IV.C.2. O SUPOSTO AUMENTO DOS DESEMBOLSOS AO SETOR DE INFRAESTRUTURA EM 2015

188. Como mencionado, o segundo argumento inédito lançado pela Requerida 2 após a Audiência Inaugural do caso diz respeito à suposta inexistência de interferência da alteração da política fiscal do Governo Federal na não disponibilização do empréstimo-ponte à Concessionária. Nesse sentido, abandonando a sua estratégia de ignorar o fato de que houve, sim, uma alteração na política pública federal de investimentos no setor de infraestrutura, a Requerida 2, fundando-se na Nota Técnica AST/DECRO nº 01/2020 (**Doc. R2-88**), passa a afirmar que *“A política de recurso do BNDES ao Tesouro Nacional, que “poderia ter impactado a capacidade do Banco de realizar novos empréstimos”, “teve início somente em*

dezembro de 2016”, posteriormente ao cancelamento da operação pretendida pela Galvão BR-153 S/A.

189. Novamente, contudo, os documentos produzidos à época dos fatos desmentem a Nota Técnica elaborada pelo BNDES em janeiro de 2020.

190. De fato, como já mencionado, os dados oficiais disponibilizados pelo próprio BNDES demonstram que **a devolução de recursos ao Tesouro Nacional teve início em 2015, sendo que, em 2016, esses valores ultrapassaram os R\$ 100 bilhões (Doc. A-7)**, tudo a evidenciar a alteração da política pública de investimentos no Setor de Infraestrutura. Diante disso, considerando o volume total de recursos para a Infraestrutura, o fato de o percentual de desembolsos para o setor rodoviário em 2015 ter sido maior que nos três anos anteriores **não indicam um acréscimo de investimentos neste setor**. . O que houve, na realidade, foi uma expressiva redução geral no nível de desembolsos do banco em valores absolutos, mas a maior participação dos desembolsos destinados ao setor rodoviário comparativamente aos demais em 2015 se explica pelo fato de que os demais setores tiveram proporcionalmente um impacto mais imediato, sendo que o efeito sobre o setor de transportes foi atenuado pela liberação das tranches de empréstimos-ponte das demais concessões rodoviárias da 3ª Etapa PROCROFE, financiamentos que o banco já havia se comprometido por terem sido contratados todas até setembro de 2014 (**Doc. A-20**).

191. Naturalmente, como já registrado no **item III.C.1** destas Alegações Finais Parciais, o fato de ter de realizar a liberação das tranches relativas a contratos celebrados anteriormente à crise (desembolsos esses que explicam a maior participação percentual do setor rodoviário no ano de 2015 dentre as áreas contempladas pelo BNDES), fez com que

aumentasse a urgência de uma solução para reduzir a necessidade de novos aportes do Tesouro Nacional e viabilizar a devolução dos recursos ao Erário, levando a uma forte restrição à concessão de crédito a novos projetos, o que atingiu diretamente a Concessionária.

192. Para o que de fato interessa, e conforme demonstrado pelos gráficos apresentados no parecer da GO Associados (**Doc. A-7**) com dados do próprio BNDES, ocorreu uma queda acentuada tanto nos desembolsos como na aprovação de novas linhas de créditos para o setor rodoviário. Considerando a evolução dos desembolsos acumulados em 12 meses, e tendo-se como referência o valor de janeiro de 2014, chega-se a um percentual de apenas 28% em janeiro de 2016 e de 18% em janeiro/2017. Esta mesma redução pode ser verificada na concessão de novos créditos para o setor, o que reforça a relação direta entre a alteração de política pública implementada pelo Poder Concedente e a não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES à Concessionária.

IV.C.3. ALEGAÇÃO DE QUE O EVTEA NÃO TERIA CONSIDERADO AS CONDIÇÕES DE FINANCIAMENTO PREVISTAS NA CARTA DE APOIO DOS BANCOS PÚBLICOS

193. Como se sabe, desde as suas Alegações Iniciais (§ 79 das Alegações Iniciais), a Requerente vem afirmando que **as condições de financiamento constantes da Carta de Apoio dos Bancos Públicos foram consideradas como premissas do Volume 4 – Estudos de Viabilidade Econômico-financeira, Tomo Único, do Lote 3: BR 153 GO/TO (“EVTEA”)**, documento com base no qual a ANTT definiu e justificou o valor da tarifa-teto previsto no Edital de Licitação. Conforme já adiantado no **item III.B** destas

Alegações Finais Parciais, a simples leitura do disposto no EVTEA e em seus anexos (**Doc. A-78 e Doc. A-79**) afasta qualquer dúvida quanto a este ponto.

194. De toda sorte, o ponto foi alvo de questionamento pela Co-Árbitra Patrícia F. Batista na Audiência Inaugural (linhas 2809 a 2829 da Transcrição da Audiência Inaugural. Na oportunidade, diante das divergentes posições da Requerente e das Requeridas sobre a matéria, ficou acertado que as partes tratariam desse tema quando da apresentação de suas manifestações sobre os pontos controvertidos da Audiência Inaugural.

195. Em suas manifestações, as Requeridas optam, mais uma vez, por **desconsiderar os documentos que elas próprias ajudaram a produzir, insistindo em negar os fatos e em construir uma narrativa completamente dissociada da realidade**, segundo a qual a definição da tarifa-teto do Edital de Licitação da Concessão, por meio do EVTEA, não teria considerado as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e prescindiria da análise fornecida por meio da construção do fluxo de caixa alavancado (do acionista).

196. Especificamente, enquanto a Requerida 2 se esforça para desvincular as premissas utilizadas no EVTEA, para definição do valor-teto da tarifa constante do Edital de Licitação, das condições de financiamento anunciadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, a Requerida 1 chega ao absurdo de afirmar que “**[o] Poder Concedente poderia muito bem não fazer o EVTEA, estipular uma tarifa-teto e publicar o edital sem qualquer informação acerca de em quais dados teria se baseado para fixar essa tarifa**”.

197. Entretanto, contrariamente ao que afirmam as Requeridas, (i) as condições de financiamento contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos foram expressamente adotadas como premissas da modelagem econômico-financeira da Concessão no EVTEA, que, (ii) **justamente para avaliar se o nível de retorno para o investimento gerado por esse projeto estaria aderente à expectativa de retorno dos potenciais investidores (futuros acionistas da Concessionária), reduzindo a chance de inviabilização do projeto por ausência de interessados na Licitação, inclui, na análise de viabilidade da Concessão para o valor proposto de tarifa-teto, a apresentação do fluxo de caixa alavancado (do acionista).**

198. É essa a única conclusão que se extrai da leitura do EVTEA e seus anexos, cujo principal resultado é justamente a definição da tarifa quilométrica de pedágio da rodovia (item 4.1.) – variável utilizada como critério de julgamento das propostas, conforme previsto no Edital de Licitação da concessão. Para que se chegue ao valor da tarifa-teto que viabiliza a Concessão, por sua vez, o estudo apresenta as suas premissas de cálculo - que, no caso concreto, **reproduzem integralmente as condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos (item 4.3. – Tabela 4)** -, além de considerar tanto o fluxo de caixa não alavancado (de projeto) quanto o fluxo de caixa alavancado (do acionista), conforme se observa do item 4.5 e Anexo 4.C do EVTEA.

199. Tais informações contam também da análise do modelo econômico-financeiro desenvolvido pela Estruturadora Brasileira de Projetos S.A. – EBP (“EBP”) e seus subcontratados, que, conforme reconhecido pelas Requeridas, foram os responsáveis pela elaboração do EVTEA, além de tê-las apoiado na apresentação e defesa dos resultados do EVTEA perante o Tribunal de Contas da União - TCU (“TCU”). E em todas essas etapas, a **EBP considerou na modelagem econômico-financeira da Concessão as**

condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e seus impactos para a viabilidade da Concessão tendo em vista o fluxo de caixa alavancado (do acionista) (Doc. A-78 – Quadros “Premissas Gerais” da aba “Painel de Controle”, “Premissas Gerais do Fluxo de Caixa”, da aba “PreAtemporais” e “Demonstrativo do Fluxo de Caixa Privado”, da aba “Fluxo de Caixa”).

200. De fato, seria impensável definir o valor-teto da tarifa a ser previsto no Edital de Licitação por meio da elaboração de um estudo de viabilidade no qual não fosse considerado o fluxo de caixa alavancado (do acionista) – i.e., no qual não fosse considerado o nível de retorno gerado pelo projeto para os potenciais investidores. No presente caso, a análise no EVTEA do fluxo de caixa alavancado construído conforme as premissas de financiamento contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos era ainda mais crucial, uma vez que o modelo das concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE dependia dessas condições inéditas de financiamento subsidiado ofertado pelo Governo por meio dos Bancos Públicos para se viabilizar.

201. Não fosse isso suficiente, o “Memorando sobre Impactos de Alteração nas Condições de Financiamento no Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) da ANTT no Caso do Projeto da BR 153/TO/GO” (**Doc. A-80**), elaborado pela GO Associados, deixa claro que, caso não fossem consideradas as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Banco Públicos, e sim as condições de mercado, a manutenção da tarifa-teto do Edital de Licitação dependeria do pagamento de contraprestação de R\$1,479 bilhões do Poder Concedente à Concessionária, além de um aporte adicional do acionista de R\$527 milhões. Dito de outra maneira: caso não fossem consideradas as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos

Públicos e o Poder Concedente quisesse manter o projeto como uma concessão comum, seria necessário aumentar o valor da tarifa-teto prevista no EVTEA.

202. Em resumo, tem-se que o EVTEA considerou, sim, tanto o fluxo de caixa não alavancado (do projeto) quanto o fluxo de caixa alavancado (do acionista) – adotando como premissa de financiamento as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Banco Públicos – para definir e justificar o valor-teto da tarifa de pedágio constante do Edital de Licitação. Tais condições de financiamento integram, portanto, as condições essenciais de contrato, de tal sorte que a sua alteração, como ocorreu *in casu*, constitui Evento de Desequilíbrio cujos riscos são imputados ao Poder Concedente.

IV.C.4. A DISTORÇÃO DAS ALEGAÇÕES DAS REQUERIDAS E OS DOCUMENTOS QUE A COMPROVAM (QUADRO RESUMO)

3ª VERSÃO DAS REQUERIDAS PARA AS SUPOSTAS CAUSAS DA INEXECUÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO
<p style="text-align: center;">SUPOSTA INSUFICIÊNCIA DA FIANÇA BANCÁRIA</p> <p>1. Resposta às Alegações Iniciais e Tréplica:</p> <p>Apesar de a Requerente sempre ter afirmado e demonstrado que o valor total do Empréstimo-Ponte pleiteado ao BNDES estaria garantido por fiança bancária do Banco Santander, as Requeridas não apresentaram qualquer argumento ou documento relacionado à garantia, especialmente quanto à sua validade e (suposta) insuficiência para garantia do Empréstimo-Ponte.</p> <p>2. Manifestações pós Audiência Inaugural</p> <p>“(…) apesar da já mencionada carta de intenção enviada pelo Banco Santander (que, frise-se, não se constituía em compromisso firme por parte daquela instituição) o Grupo Galvão não foi capaz de apresentar outras cartas de intenção que totalizassem o valor pleiteado para o empréstimo-ponte”. (Doc. R2-87)</p> <p>“Em relação à fiança bancária, apresentou uma carta de intenção do Banco Santander de até R\$500 milhões. Conforme também já consignado, antes mesmo do rebaixamento de cadastro e <i>rating</i> do Grupo Galvão, o CEC deliberou que o Empréstimo-Ponte somente poderia ser concedido com 100% de fiança bancária. Assim, a Galvão BR-153 precisaria encontrar outro banco de primeira linha que estivesse disposto a afiançar-la perante o BNDES, ou que o Banco Santander aumentasse o seu apetite para afiançar totalmente o Empréstimo-Ponte.” (Doc. R2-87)</p>

Ademais, relativamente ao valor do empréstimo de R\$500 milhões, supostamente, “aumentado” pelo banco para R\$798 milhões, informa o documento que “a Galvão 153, ao protocolar o pedido de financiamento no BNDES e, **propor que o empréstimo-ponte fosse garantido parte por fiança corporativa e parte por fiança bancária, e, na mesma oportunidade, ter apresentado carta de intenção do Banco Santander, no valor de R\$500 milhões, demonstra de forma clara que pretendia, desde o início de seu pleito, contrair empréstimo-ponte superior ao montante da carta de intenção apresentada.**” (§37 do Pedido da União de Juntada de Documento Final)

3. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

Na Carta-Consulta apresentada pela Requerente ao BNDES, o valor do Empréstimo-Ponte pleiteado era de R\$500 milhões. **(Doc. A-8, A-75 e A-100.a).**

O BNDES aumentou por conveniência própria o valor do empréstimo-ponte. A primeira minuta do contrato de empréstimo-ponte enviado pelo BNDES incluiu uma divisão de parcelas em subcréditos com base em critérios distintos do Plano de Negócios da Requerente **(Doc. A-76, A-100.b, A-101 e A-102)**

O único motivo apresentado pelo BNDES à época do cancelamento da operação, em resposta a questionamento da ANTT, foi o fato de a controladora da Requerente estar em Recuperação Judicial. Nada se falou sobre qualquer insuficiência da fiança bancária ofertada pela Concessionária. **(Doc. A-28)**

A Requerente apresentou fiança bancária que cobriria até a totalidade do valor de R\$500 milhões pleiteado do empréstimo-ponte. Contudo, a intenção da Requerente era utilizá-la apenas para garantir a parcela não coberta pela fiança corporativa, com o objetivo de redução de custo, e não como complemento à fiança bancária. **(Doc. A-102)**

SUPOSTO AUMENTO DOS DESEMBOLSOS NO SETOR DE INFRAESTRUTURA

Resposta às Alegações Iniciais

Embora a Requerente sempre tenha alegado e demonstrado que houve uma alteração na política pública de investimentos do Governo Federal para o setor de infraestrutura, caracterizada pela devolução de recursos do BNDES ao Tesouro Nacional, as Requeridas jamais apresentaram qualquer argumento ou documento em sentido contrário

2. Manifestações pós Audiência

“Explica o documento que “em nenhum momento o BNDES deixou de analisar projetos de infraestrutura ou de conceder financiamento aos investimentos do setor em função de qualquer restrição fiscal imposta pelo Governo Federal”. **A política de devolução de recurso do BNDES ao Tesouro Nacional, que “poderia ter impactado a capacidade do Banco de realizar novos empréstimos”, “teve início somente em dezembro de 2016”, posteriormente ao cancelamento da operação pretendida pela Galvão 153 S/A.** Ademais, houve um incremento na participação do setor de infraestrutura nos desembolsos totais do BNDES, de 34% (entre 2012 a 2014) para 40% (em 2015). “Ou seja, no ano de 2015 o BNDES teve uma participação superior nos investimentos em infraestrutura do que em anos anteriores, ratificando o entendimento de que não houve uma política de restrição de concessão de crédito no período”. Portanto, veja-se que a alegação da Requerente resta infundada.” (§23 do Pedido da União de Juntada de Documento Final)

3. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

A devolução de recursos do BNDES ao Tesouro Nacional teve início em 2015, sendo que, em 2016, esses valores ultrapassaram os R\$100 bilhões, conforme explicitado no Parecer da GO Associados. **(Doc. A-7 – páginas 14 a 19)**

Os desembolsos realizados pelo BNDES se referem aos contratos celebrados em 2014 ou antes, não representando investimentos em novos projetos. (Doc. A-20 – página 3)

EVTEA NÃO CONSIDEROU AS CONDIÇÕES DE FINANCIAMENTO DA CARTA DE APOIO DOS BANCOS PÚBLICOS

1. Resposta às Alegações Iniciais e Tréplica

“A desvinculação das condições de financiamento da equação econômico-financeira do contrato é, no mínimo, lógica tendo em vista que o Poder Concedente ao realizar os estudos - que geralmente são prévios às ofertas de financiamentos ao mercado – não pode prever e conhecer todas as condições oferecidas pelos diversos agentes financeiros, sejam eles privados ou públicos”. (§88 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2)

“Dessa forma, justamente para não inviabilizar o empreendimento que se pretende outorgar em razão de uma possível não obtenção de financiamento nas condições oferecidas por um proponente específico, o Poder Concedente ao estabelecer a tarifa-teto que subsidiará a licitação utiliza-se de uma Taxa Interna de Retorno definida a partir de parâmetros oficiais do Governo e não alavancados.” (§89 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 2)

“62. Desta feita, o simples fato da não obtenção do financiamento pelas mesmas condições consideradas no Plano de Negócio, pode até ser considerado como algo, naquele momento, difícil de ocorrer, mas não impossível, pois, não só o BNDES, como qualquer outro banco público, em nenhum momento firmou compromisso com as empresas proponentes do certame em questão, e desse modo, não assegurou financiamento subsidiado, pois havia somente uma intenção de conceder crédito naquelas condições indicadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, que seria avaliada no momento da solicitação do empréstimo pela ex-Concessionária.

63. Ainda, cabe esclarecer que, apesar das condições de financiamento ser apenas uma promessa, diferentemente do alegado pela GALVÃO, em nenhum momento o Poder Concedente garantiu tal intenção, tampouco existiu qualquer menção neste sentido no Edital, até porque as condições de financiamento dispostas na Carta em questão eram proposições dos próprios bancos públicos, e não da União ou da ANTT.

Verifica-se que em nenhum momento, na época do leilão, foi questionado pelas proponentes sobre dúvidas relacionadas ao financiamento prometido pelo BNDES, conforme verifica-se da Ata de Respostas aos Pedidos de Esclarecimentos do Edital de Concessão nº 1/2014, ou seja, para as empresas, não restava incerteza da não vinculação das condições de financiamentos propostas por quaisquer instituições financeiras públicas ao Edital e Contrato de Concessão. Isto prevalece para todos os demais Contratos da 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE), que foram leiloados na mesma época.” (§§62, 63 e 65 da Resposta às Alegações Iniciais da Requerida 1)

2. Manifestações pós Audiência Inaugural

Portanto, o modelo adotado pelo EVTEA do Edital Concessão nº 1/2014 (Doc. R2-02) é o modelo não-alavancado, “também conhecido como fluxo de caixa livre para a empresa (FCFF – Free Cash Flow to the Firm), é o saldo de caixa que está livre no negócio, ou seja, o dinheiro disponível depois de serem feitos todos os pagamentos obrigatórios”.

Em outras palavras, afirma o documento que “a tarifa-teto de R\$ 9,22/100 km adotada como referência para o leilão da rodovia BR-153/GO/TO decorre do fluxo de caixa não-alavancado estimado para o projeto, não refletindo, portanto, efeitos derivados do financiamento”. (§§49, e 50 do Pedido de Juntada da União de Documento Final)

“Em segundo lugar, o edital da licitação deixa claro que o EVTEA é meramente informativo.

(...) O Poder Concedente poderia muito bem não fazer o EVTEA, estipular uma tarifa-teto e publicar o edital sem qualquer informação acerca de em quais dados teria se baseado para fixar essa tarifa.

Veja que as condições de financiamento do BNDES não foram levadas em consideração para o cálculo da taxa de desconto utilizada para aferir a viabilidade do projeto. (§§10, 11 e 23 da Petição pós audiência da Requerida 1)

3. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

O EVTEA considerou expressamente, nos seus itens 4.1, 4.3 e 4.5 e no Anexo 4.C, as condições de financiamento da Carta de Apoio dos Bancos Públicos para calcular o valor da tarifa-teto do Edital de Licitação. **(Doc. A.79)**

O modelo financeiro elaborado pela EBP considerou na modelagem econômico-financeira da Concessão as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, conforme se observa nos quadros da planilha “Modelos de Viabilidade Financeira” **(Doc. A.78)**

Caso não fossem consideradas as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e o Poder Concedente quisesse manter o projeto como uma concessão comum, seria necessário aumentar o valor da tarifa-teto prevista no EVTEA. **(Doc. A-80)**

A Proposta Econômica da Requerente se revelou a mais conservadora entre as propostas vencedoras dos lotes de características semelhantes licitados na 3ª Etapa do PROCROFE **(Doc. A.84)**.

V. RAZÕES ALEGADAS PELAS REQUERIDAS PARA A NÃO APROVAÇÃO DA REPROGRAMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS: AS DIFERENTES VERSÕES DAS REQUERIDAS E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A REALIDADE

203. Conforme demonstrado ao longo deste Procedimento Arbitral e resumido nos **itens III.C.2 e III.D.2** destas Alegações Finais Parciais, em sua atuação para enfrentar os efeitos sobre a Concessão causados pela não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES, a Requerente:

- a. Foi **diligente** para alertar à ANTT, **previamente à ocorrência de qualquer descumprimento contratual**, sobre a demora do BNDES em cumprir as

condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e contratar o empréstimo-ponte (§§ 94 a 96 das Alegações Iniciais e **Docs. A-15 e A-16**);

- b. Agiu com **lealdade** e respeito à ANTT, ao Poder Concedente e aos usuários da rodovia, mantendo, com recursos próprios aportados por seus acionistas, até a data da decretação da caducidade do Contrato de Concessão, a prestação dos serviços em nível essencial por meio da execução do Plano de Segurança Rodoviária - PSR (**Docs. A-24 e A-48**), o que foi fundamental para combater a deterioração do pavimento e reduzir drasticamente o número de acidentes fatais causados por problemas na via (§§ 50 a 55 da Petição de Juntada de Novos Documentos, de 31 de janeiro de 2020, e **Docs. A-97 e A-98**);
- c. Foi **proativa**, (i) propondo à ANTT medidas iniciais para minimizar o impacto da não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES sobre a Concessão – mais especificamente, a doação de um Plano de Contingência e consequentes pedidos de suspensão das obrigações e de adiamento, por um ano, dessas obrigações (§§ 95 a 114 das Alegações Iniciais e **Docs. A-17, A-18, A-24 e A-29**) – e, em seguida, (ii) apresentando à ANTT um caminho viável das perspectivas técnica, econômico-financeira (como atestam as propostas de três diferentes interessados em adquirir o controle societário da Concessionária encaminhadas à ANTT pela Requerente – **Doc. A-39**) e jurídica para possibilitar a continuidade da Concessão, com a retomada da execução das mesmas obrigações originais do Contrato de Concessão, reprogramadas com base em um novo cronograma de investimentos – conforme previsto no Plano de Retomada da Concessão (**Doc. A.44**)

apresentado à ANTT, à União, ao Comitê de Integração Nacional de Desenvolvimento Regional da Amazônica - CINDRA da Câmara dos Deputados da Câmara dos Deputados, ao Ministério Público Federal (**Doc. A.45**), e que contava como apoio dos técnicos da ANTT e do Ministério dos Transportes (conforme declarações reproduzidas nos §§ 121 e 122 das Alegações Iniciais), bem como de todos os Prefeitos dos Municípios atravessados pelo trecho rodoviário concedido (§§ 167 e 168 da Réplica da Requerente e **Doc. A-64**).

204. A reprogramação pela ANTT das datas das obrigações contratuais da Concessionária era, portanto, elemento fundamental para viabilizar a retomada da execução do Contrato de Concessão e a continuidade da prestação dos serviços aos usuários. E, **conforme reconhecido em Nota Técnica elaborada pela Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária - SUINF da ANTT, a postergação das datas para o cumprimento das obrigações contratuais da Concessionária era a alternativa mais adequada para a preservação do interesse público do que a extinção do Contrato de Concessão** (§60 destas Alegações Finais Parciais, § 103 das Alegações Iniciais e **Doc. A-26**).³⁹

³⁹ Isso porque a consequência da extinção do Contrato de Concessão para a operação do trecho rodoviário seria a sua assunção pelo DNIT, que não apenas segue parâmetros de desempenho inferiores àqueles exigidos nas concessões rodoviárias federais (como reconhecido pela própria SUINF da ANTT), mas também já havia se manifestado expressamente sobre as dificuldades orçamentárias para contratar os serviços de conservação e manutenção desse trecho (conforme explicado pelo representante da ANTT, Luís Fernando Castilho, na Audiência Pública no CINDRA da Câmara dos Deputados – trecho entre 16'17" e 16'35" do vídeo exibido pela Requerente na Audiência Inaugural). E, ainda segundo a Nota Técnica da SUINF da ANTT, mesmo que, após a extinção do Contrato de Concessão, a ANTT e a União pretendessem conceder novamente o mesmo trecho rodoviário, (i) o prazo para que fosse estruturada e realizada a licitação para uma nova concessão faria com que a retomada da prestação dos serviços ocorresse muito tempo depois do que na hipótese de deferimento da proposta reprogramação das obrigações da Requerente, em prejuízo dos usuários da rodovia – a rigor, já se passaram quase três anos desde a decretação da caducidade da Concessão e, previamente à pandemia da COVID-19, a previsão do Programa de Parcerias de Investimentos - PPI da União era de que a licitação para uma nova concessão ocorresse somente no quarto trimestre de 2020

205. Contudo, em 30 de novembro de 2015, de forma contrária às manifestações de sua área técnica, a Diretoria da ANTT indeferiu o pedido da Requerente de postergação dos prazos de suas obrigações contratuais (§ 114 das Alegações Iniciais e **Doc. A-36**) e, em seguida, em 9 de dezembro de 2015, notificou-a sobre o início do procedimento prévio à instauração do processo administrativo de caducidade (§§ 115 a 118 das Alegações Iniciais e **Doc. A-37**). No entendimento da Diretoria da ANTT, fundamentada no Voto do Relator (**Doc. A-35**), não haveria na legislação aplicável ou no Contrato de Concessão previsão capaz de amparar a pretensão da Requerente ao adiamento de suas obrigações, tendo em vista os graves inadimplementos contratuais que a ela estavam sendo imputados.

206. Em linha com a estratégia adotada pelas Requeridas para outros temas nesta Arbitragem, nas suas manifestações de 31 de janeiro de 2020 e de 2 de março de 2020, a Requerida 1 distorce a realidade dos fatos, na tentativa de fazer com que este Tribunal Arbitral acredite que o pedido de reprogramação das obrigações contratuais da Requerente era muito mais complexo e abrangente do que uma mera postergação das datas de cumprimento de suas obrigações, e invoca razões para o indeferimento de tal pedido que jamais foram suscitadas pela ANTT à época dos fatos na esfera administrativa.

207. Assim é que, neste tópico, com base na documentação apresentada nesta Arbitragem, são apontadas as distorções dos fatos contidas na descrição da Requerida 1 acerca do conteúdo do pedido da Requerente de reprogramação de suas obrigações contratuais (**item V.A**). Além disso, demonstra-se que carecem de fundamento jurídico

(<https://www.ppi.gov.br/rodovia-br-153-go-to-alianca-do-tocantins-a-anapolis> – acesso em 07/05/2020) –, e (ii) o valor da tarifa cobrada do usuário seria certamente muito maior do que o previsto no Contrato de Concessão.

tanto a razão invocada pela Diretoria da ANTT à época dos fatos para indeferir o pedido de adiamento da Requerente (**item V.B**) quanto as novas razões invocadas pela Requerida 1 nesta arbitragem para sustentar uma suposta inviabilidade da reprogramação das obrigações contratuais da Requerente (**itens V.C e V.D**).

V.A. SUPOSTA COMPLEXIDADE E AMPLITUDE DO PEDIDO DE REPROGRAMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS APRESENTADO PELA REQUERENTE À ANTT

208. Conforme já demonstrado pela Requerente em sua manifestação de 2 de março de 2020 a respeito dos documentos juntados pelas Requeridas em 31 de janeiro de 2020, a ANTT distorce os fatos para construir uma descrição da proposta de reprogramação das obrigações contratuais apresentada pela Requerente que não corresponde à realidade.

209. Inicialmente, a Requerida 1 afirma que o que a Requerente pretendia “*era verdadeira suspensão do contrato de concessão, sem que a ANTT tivesse diploma normativo que respaldasse esse tipo de alteração abrupta do contrato*”.⁴⁰ Tal afirmação se refere apenas ao primeiro pedido da Requerente no âmbito do Processo administrativo ordinário nº 50500.052216/2015-82 (“Processo de Suspensão/Reprogramação das Obrigações”), que tinha por objeto a suspensão do Contrato de Concessão.

210. A Requerida 1 omitiu em sua narrativa, porém, que, tão logo esse pedido de suspensão foi negado pela Deliberação nº 114/2015 da Diretoria da ANTT (**Doc. A-23**), a

⁴⁰ Cf. §35 da manifestação da Requerida 1 de 31 de janeiro de 2020.

Concessionária apresentou novo pedido, **cujo objeto era o adiamento (i.e., a reprogramação) de suas obrigações contratuais**, por meio do Ofício PTC nº 007/2015 (**Doc. A-18**).

211. Em seguida, busca a Requerida 1 convencer os árbitros de que o pedido de reprogramação das obrigações contratuais apresentado à ANTT pela Concessionária não se trataria de simples “reposicionamento de determinada obra no fluxo de caixa da Concessão”, mas sim de um “requerimento de revisão ampla do contrato” ou “um pedido de alteração contratual com postergação de prazos ou mesmo a exclusão de obrigações”.

212. Ocorre que, conforme resta claro da análise dos documentos apresentados pela Requerente neste Procedimento Arbitral, o pedido de adiamento das obrigações contratuais da Concessionária apresentado à ANTT era extremamente simples e objetivo, e não um “requerimento de revisão ampla do contrato”, conforme afirma a Requerida 1. Tratava-se tão somente da postergação das datas para o cumprimento das mesmas obrigações contratuais pela Requerente (ou, nas palavras da Requerida 1, um “reposicionamento” dessas datas), sem que qualquer outro aspecto da obrigação fosse alterado ou suprimido.

213. Para que não haja dúvidas quanto a esse ponto, vale enfatizar: não houve por parte da Requerente qualquer proposta no sentido de excluir obrigações, diferente do que foi alegado pela Requerida 1 no item II.4 de sua manifestação. É isso que fica evidente da simples leitura dos trechos abaixo destacados de vermelho do já mencionado Ofício PTC nº 007/2015 (**Doc. A-18**), do Ofício PTC 004/2016 (**Doc. A-39**), por meio do qual a Concessionária encaminhou à ANTT cartas de potenciais adquirentes do seu controle acionário, e do Plano de Retomada da Concessão (**Doc. A-44**), à época apresentado pela

Requerente à Requerida 1, à Requerida 2 (por meio do Ministério dos Transportes) e ao Comitê de Integração Nacional de Desenvolvimento Regional da Amazônica - CINDRA da Câmara dos Deputados:

- Ofício PTC nº 007/2015 (**Doc. A-18**):

Ofício nº: PTC 007/2015

00000.091411/2015-28
15/04/2015 12:29

Ref.: Contrato de Concessão da Rodovia BR 153
Trecho entre Anápolis (GO) e Aliança do Tocantins (TO)

Assunto: Pedido de adiamento das datas previstas no Contrato de Concessão para o cumprimento de obrigações contratuais pela Concessionária e apresentação de Plano de Segurança Rodoviária para garantir a continuidade da prestação dos serviços em nível essencial

Ilmo. Sr. Diretor Geral,

A Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 ("GALVÃO BR-153" ou simplesmente "Concessionária"), dando continuidade aos ofícios enviados à ANTT nos dias 6 e 26 de fevereiro e 4 de março de 2015, e tendo em vista as considerações da Procuradoria Geral da ANTT quanto às alternativas para enfrentamento dos efeitos gravosos para esta concessão do atraso do BNDES em disponibilizar o empréstimo-ponte, vem:

1. Solicitar à ANTT o adiamento, por 1 (um) ano, das datas previstas no Contrato de Concessão para o cumprimento das obrigações a cargo da Concessionária.

- Ofício PTC nº 004/2016 (**Doc. A-39**):

Além disso, em vista do conteúdo das aludidas cartas, parece-nos importante, ressaltar que todas as propostas recebidas pela Galvão Participações S.A. tem sua respectiva eficácia condicionada pelo menos ao cumprimento das seguintes condições, que dependem de decisões da ANTT:

- (i) Reprogramação das datas de todas as obrigações da Concessionária previstas pelo Contrato de Concessão nº 01/2014, de modo a se preservar a lógica temporal de encadeamento dessas obrigações constante do Edital de Concessão nº 01/2014, observado que:

- A reprogramação pretendida não implicará a extensão do prazo da concessão;
- O marco para a contagem dos prazos para o cumprimento das obrigações da Concessionária definidas no Contrato de Concessão nº 01/2014 – incluindo as obrigações constantes do Programa de Exploração Rodoviária – PER –, que, originalmente, era a da Data da Assunção da rodovia, passaria a ser a data transferência das ações da Concessionária ao novo controlador, a se realizar após a (a) a aprovação da transferência pela ANTT e a (b) aprovação da operação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; e
- A aplicação do Fator D passaria a ter como referência as novas datas das obrigações do Contrato de Concessão.

- (ii) A celebração de TAC-Multas entre ANTT e a Concessionária, nos termos das Resoluções da ANTT nº 442/2004 e nº 4.071/2013, após a data de assunção da rodovia pelo novo controlador, para converter em obras ou serviços voltados à melhoria da rodovia os valores devidamente descontados das multas decorrentes de processos administrativos simplificados (PAS) para apuração de infrações e aplicação de penalidades já instaurados, mas ainda não transitados em julgado na esfera administrativa.

- Plano de Retomada da Concessão (**Doc. A.44**):

CONCESSÃO BR-153 - Plano de Retomada



INTRODUÇÃO:

- a) **Objetivo:** a revisão dos termos do Contrato de Concessão, incluindo seu Anexo 2, PER - Plano de Exploração Rodoviária, tem por objetivo criar as condições necessárias para a continuidade deste contrato. Através da adequação dos prazos para o atendimento dos parâmetros de desempenho previstos originalmente, será possível viabilizar o início dos trabalhos de recuperação da pista existente da rodovia e da prestação de serviços operacionais. Todos os parâmetros de qualidade e desempenho previstos no PER original estão mantidos nesta revisão. As únicas diferenças são os prazos previstos para o seu atendimento.
- b) **Prazos:** de maneira geral, a estrutura de obrigações do Contrato de Concessão, incluindo do PER, não será alterada. Porém, a data de referência para a contagem dos prazos, antes considerada como a Data de Assunção da Rodovia, passará a ser a data da autorização da ANTT para o início dos trabalhos sob as novas condições contratuais (Data de Retomada). As exceções a esta regra serão os prazos para as obras de duplicação da rodovia e serviços correlatos, com duração de 4 anos e início após a conclusão dos serviços de recuperação da pista existente

V.B. ARGUMENTO DA ANTT NA ESFERA ADMINISTRATIVA: SUPOSTA INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL OU LEGAL PARA ALTERAR OS PRAZOS DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

214. Ao indeferir, no âmbito do Processo de Suspensão/Reprogramação das Obrigações, o pedido da Requerente de postergação dos prazos de suas obrigações contratuais, a Diretoria da ANTT alegou que, tendo em vista os inadimplementos imputados à Concessionária, não haveria previsão legal ou contratual capaz de amparar a pretensão de adiamento de suas obrigações.

215. A Requerente sempre discordou de tal posição, razão pela qual, mesmo após a referida decisão da Diretoria da ANTT, continuou a buscar, no âmbito do processo administrativo da caducidade, uma solução que viabilizasse a reprogramação das datas das obrigações contratuais da Concessionária e, assim, a continuidade da Concessão.

216. Aliás, cabe registrar que foi a própria SUINF da ANTT, no Processo de Suspensão/Reprogramação das Obrigações, através da Nota Técnica nº 250/2015 (**Doc. A-25**), quem inicialmente apontou que seria possível a alteração do Contrato de Concessão para postergar prazos de execução de obras e serviços com fulcro no art. 65, inciso II, alínea 'c' ou 'd' da Lei Federal nº 8.666/1993. Foi com base nessa nota técnica que a Concessionária apresentou à ANTT, então, seu pedido de adiamento por um ano de suas obrigações contratuais.

217. Fato é que tanto a legislação aplicável quanto o Contrato de Concessão preveem a possibilidade de reprogramação das obrigações contratuais da Concessionária pela ANTT, que pode ser implementada por duas razões jurídicas distintas, sem a necessidade de qualquer legislação adicional a respeito:

- a. A reprogramação das obrigações contratuais pode ser, em si, um evento de desequilíbrio da equação econômico-financeira contratual, fazendo surgir a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro. Como se sabe, é prerrogativa da Administração Pública alterar, inclusive unilateralmente, as chamadas cláusulas regulamentares dos contratos de concessão, desde que respeitadas as chamadas cláusulas econômico-financeiras (que somente podem ser alteradas de comum acordo com a concessionária) e mantido o equilíbrio econômico-financeiro contratual. Tal prerrogativa está prevista

nos arts. 58, I, e 65, I, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995 e foi expressamente prevista na Cláusula 21.2.13 do Contrato de Concessão; ou

- b. A reprogramação das datas das obrigações contratuais (i.e., modificação das obrigações contratuais da Concessionária) pode ser meio para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em razão da ocorrência de eventos de desequilíbrio, conforme expressamente previsto na Cláusula 22.3.1(iii) do Contrato de Concessão.

218. Em ambas as hipóteses, há a possibilidade de reprogramação das datas das obrigações contratuais independentemente de ser ou não da Concessionária a responsabilidade pela inexecução dessas obrigações no prazo originalmente previsto. Como reconhecido pela própria Requerida 1, em sua manifestação de 2 de março de 2020 (item III), a definição do responsável pela inexecução do contrato conforme o prazo originalmente previsto é relevante apenas para saber se haverá ou não a aplicação de penalidade à concessionárias, de maneira que se *“não reconhecida culpa da Concessionária (a obra não foi executada no prazo previsto por culpa ou materialização de risco imputável à Administração), haverá o devido reequilíbrio, sem, contudo, aplicação de penalidade”*.

219. Ou seja, a reprogramação das datas de cumprimento de obrigações contratuais e o conseqüente reequilíbrio do Contrato de Concessão possuem previsão expressa na legislação aplicável e no Contrato de Concessão, pouco importando, para esse fim, se houve ou não inadimplemento imputável à Concessionária.

220. O que se percebe no caso é que, mesmo tendo assumido o entendimento equivocado de que (i) não restaria configurado um evento de desequilíbrio e de que (ii) a responsabilidade pela inexecução do Contrato de Concessão era da Concessionária, **poderia a Diretoria da ANTT ter decidido alterar o Contrato de Concessão para estabelecer novas datas para o cumprimento pela Concessionária de suas obrigações, sem prejuízo do reequilíbrio econômico-financeiro e da aplicação das penalidades cabíveis.** Contudo, a **Diretoria da ANTT, na esfera de seu juízo de discricionariedade,** quando instada pela Requerente a se manifestar sobre se era conveniente e oportuno alterar o Contrato de Concessão para reprogramar as datas de cumprimento das obrigações contratuais, realizar o consequente reequilíbrio econômico-financeiro e, assim, viabilizar a continuidade da Concessão em condições que, segundo a própria área técnica da ANTT, eram a melhor alternativa disponível para promover o interesse público, **escolheu não realizar tal alteração e recomendar à União que impusesse a penalidade máxima aplicável à Concessionária, fazendo caducar a Concessão às custas do interesse público.**

221. Curiosamente, um mês após a caducidade da Concessão, a União, reconhecendo os impactos extraordinários gerados em 2015 e 2016 pela Crise Econômica, ofereceu às demais Concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE, por meio da edição da MP nº 800/2017, uma proposta de reprogramação de suas obrigações contratuais em condições muito mais favoráveis para essas concessionárias (conclusão dos investimentos em até 14 anos) do que as condições constantes do pedido que foi negado à Requerente (conclusão dos investimentos em menos de 10 anos) (conforme explicado pela Requerente no slide 24 de sua apresentação na Audiência Inaugural).

222. O que fica claro, portanto, como já mencionado pela Requerente no **item III.D.2**, é que as Requeridas escolheram não cooperar com a Requerente para a construção de uma solução satisfatória para a Concessão, que viabilizasse a sua continuidade em benefício dos usuários da rodovia. Mais do que isso, as Requeridas agiram de maneira contraditória, descumprindo o dever de coerência entre as diversas esferas administrativas para proteção das expectativas legitimamente geradas na Requerente.

V.C. SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE REPROGRAMAR NA FASE PRÉ-OPERACIONAL (SEM COBRANÇA DE PEDÁGIO)

223. Também em sua manifestação de 31 de janeiro de 2020, a Requerida 1 alega que, como a Concessionária não iniciou a fase de cobrança de pedágio da Concessão, não seria possível realizar o reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da postergação das datas das suas obrigações contratuais, o que violaria a regra do § 4º do art. 9º da Lei 8.987/1995, segundo a qual o reequilíbrio econômico-financeiro deve ser concomitante à alteração do Contrato de Concessão. Com base nessa premissa equivocada, conclui a ANTT que não detinha o devido respaldo legal para atender o pleito de reprogramação das datas das obrigações apresentado pela Concessionária.

224. A posição da Requerida 1 carece de qualquer sentido. Tal entendimento confunde o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão com o efetivo pagamento da compensação devida à parte prejudicada pela ocorrência do evento de desequilíbrio.

225. O fato de que não havia se iniciado a cobrança de tarifa pela Concessionária em nada impede que se decida como se dará o reequilíbrio econômico-financeiro do

Contrato de Concessão. Assumindo que fosse gerado um desequilíbrio econômico-financeiro favorável à Concessionária pela postergação de suas obrigações, fazendo surgir o direito do Poder Concedente ao reequilíbrio, as partes poderiam acordar, por exemplo, em postergar ainda mais o início da cobrança de tarifa pela Concessionária, ou em reduzir o valor da tarifa que futuramente seria cobrada pela Concessionária. Em ambas as hipóteses, haveria o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, ainda que a efetiva compensação da parte prejudicada pelo evento de reequilíbrio (no exemplo considerado, o Poder Concedente / usuário) somente ocorresse ao longo do prazo da concessão (como aliás, acontece em regra nos processos de reequilíbrio).

226. Além disso, vale ressaltar que a Cláusula 22.3.1 do Contrato de Concessão não deixa dúvidas de que a ANTT poderia adotar outras formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente que não a variação do valor da tarifa básica de pedágio, tais como a inclusão de novas obrigações contratuais a cargo da concessionária e a remoção de cabines de bloqueio.

227. Ou seja, uma vez deferido o pedido de adiamento / reprogramação das obrigações contratuais da Concessionária, caberia às partes avaliar os impactos econômico-financeiros eventualmente gerados pela postergação das datas de cumprimento das obrigações da Concessionária e, verificado um desequilíbrio, acordar quanto à forma de reequilibrar o Contrato de Concessão. Tudo conforme o estritamente previsto na legislação aplicável e no Contrato de Concessão.

V.D. POSSIBILIDADE DE REPROGRAMAR APENAS APÓS 5 ANOS DE CONCESSÃO

228. Por fim, cabe também afastar o argumento da Requerida 1 em sua manifestação de 31 de janeiro de 2020 de que a reprogramação das obrigações contratuais pleiteada pela Concessionária somente poderia ter sido avaliada e deferida em sede da revisão quinquenal, disciplinada pela Resolução ANTT nº 675/2004 (**Doc. R2-22**).

229. Conforme demonstrado pela Requerente através da apresentação a este Tribunal Arbitral de documentos do Processo nº 50500.039105/2009-32, referente a proposta de readequação do Programa de Exploração da Rodovia Autopista Régis Bittencourt (**Doc. A-87**), a reprogramação do cronograma de obrigações das concessionárias de rodovia sempre foi tratada pela ANTT como atividade usual e ínsita à competência da agência de regular os contratos de concessão. No exemplo em questão, a Diretoria da ANTT aprovou a reprogramação das datas de obrigações previstas no PER e, por meio de revisão extraordinária (e não de revisão quinquenal, como sustentado pela Requerida 1), promoveu o reequilíbrio econômico-financeiro contratual.

230. A análise dos documentos disponibilizados pela Requerida 1 em seu sítio eletrônico sobre o Programa de Concessões Rodoviárias Federais também não deixa dúvidas sobre a frequência e naturalidade das alterações contratuais promovidas pela ANTT por meio de revisões extraordinárias (e não apenas revisões quinquenais) aos contratos de concessão rodoviária de todas as Etapas, incluindo a reprogramações de datas de obrigações das concessionárias. É o que se percebe, por exemplo da análise da Cláusula 13, do 1º

Termo Aditivo, do contrato da Autopista Litoral Sul;⁴¹ da Cláusula 5^a, do 1º Termo Aditivo, do contrato da Via Bahia;⁴² das Cláusulas 2.2, 3.1 e 5.1 do 1º Termo Aditivo do contrato da ECO050,⁴³ que tratam especificamente de alterações aos respectivos contratos de concessão para a reprogramação das datas de obrigações contratuais das concessionárias.

231. Como mencionado no **item V.B** acima, a reprogramação das datas obrigações de concessionárias de rodovias nada mais é do que o exercício de prerrogativa da Administração Pública própria do regime dos contratos administrativos, categoria que inclui os contratos de concessão. Sendo certo que as datas das obrigações contratuais integram o conjunto das chamadas cláusulas regulamentares de tais contratos, podem ser alteradas, inclusive unilateralmente, pela ANTT, desde que preservado o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

232. Ou seja, nada impede – muito pelo contrário, essa tem sido a regra na experiência das concessões federais de rodovia – que alterações às cláusulas regulamentares dos contratos de concessão – tal como a postergação das datas das obrigações contratuais pleiteada pela Concessionária – sejam feitas por meio de revisão extraordinária do contrato de concessão. O fato de que essas alterações podem, também, integrar processo de revisão quinquenal, disciplinada pela Resolução ANTT nº 675/2004, não significa que devam ser operacionalizadas exclusivamente por meio desse instituto.

⁴¹ Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/Autopista_Litoral_Sul/Index.html (acesso em 15/05/2020).

⁴² Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/Via_Bahia/Index.html (acesso em 15/05/2020).

⁴³ Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/Via_Bahia/Index.html (acesso em 15/05/2020).

**V.E. A DISTORÇÃO DAS ALEGAÇÕES DAS REQUERIDAS E OS DOCUMENTOS
QUE A COMPROVAM (QUADRO RESUMO)**

Razões alegadas para negar a reprogramação
<p>OBJETO DO PEDIDO DA REQUERENTE NO PROCESSO DE SUSPENSÃO/REPROGRAMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES</p> <p>1. Manifestações das Requeridas “35. Conforme já ressaltado anteriormente, o que a Concessionária pretendia era verdadeira suspensão do contrato de concessão, sem que a ANTT tivesse diploma normativo que respaldasse esse tipo de alteração abrupta do contrato” (§35 da manifestação da Requerida 1 de 31 de janeiro de 2020)</p> <p>2. Documentos que comprovam a verdade dos fatos O primeiro pedido da Requerente no Processo de Suspensão/Reprogramação das Obrigações tinha por objeto a suspensão do Contrato de Concessão. O indeferimento do pedido de suspensão pela Diretoria da ANTT (Doc. A-23) fez com que a Requerente fizesse novo pedido no mesmo processo, cujo objeto era o adiamento (i.e., a reprogramação) de suas obrigações contratuais (Doc. A-18).</p>
<p>SUPOSTA COMPLEXIDADE E AMPLITUDE DO PEDIDO DE REPROGRAMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS APRESENTADO PELA REQUERENTE À ANTT, E SUPOSTA PROPOSTA DE SUPRESSÃO DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS.</p> <p>1. Manifestações pós Audiência Inaugural “40. Por outro lado, quando a Concessionária afirma que pleiteou junto à ANTT uma reprogramação das obras, na verdade, ela pretende se referir a um pedido de alteração contratual com postergação de prazos ou mesmo a exclusão de obrigações.” (§40 da manifestação da Requerida 1 de 31 de janeiro de 2020)</p> <p>2. Documentos que comprovam a verdade dos fatos O pedido de adiamento ou reprogramação, apresentado pela Requerente no Processo de Suspensão/Reprogramação das Obrigações (Doc. A-18), na apresentação do Plano de Retomada da Concessão (Doc. A-44) e nas tentativas de venda da Concessionária (Doc. A-39), consistia unicamente na postergação das datas das mesmas obrigações contratuais da Concessionária, sem que qualquer obrigação fosse suprimida.</p>
<p>NÃO HAVERIA PREVISÃO LEGAL OU CONTRATUAL PARA REPROGRAMAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE CONCESSIONÁRIA INADIMPLENTE</p> <p>1. Manifestações das Requeridas “51. A Diretoria da ANTT refutou por duas vezes os pleitos da Galvão que tinham como matriz comum a dificuldade de financiamento: por meio da Deliberação ANTT n.º 114, de 1.º.4.15, indeferiu a suspensão da execução do contrato de concessão até que fosse viabilizada a contratação do empréstimo-ponte; já na Deliberação ANTT n.º 380, de 30.11.15, negou o pedido de adiamento dos investimentos na rodovia concedida, agora diante da negativa de concessão do empréstimo ponte por parte do BNDES. / 52. E não podia ser diferente: os pleitos não se enquadram em nenhuma das 4 hipóteses previstas na</p>

Resolução ANTT nº 675/04 de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (revisões) nem das perdas inflacionárias (reajuste) do contrato de concessão. (§§ 51 e 52 da Tréplica e Réplica da Resposta à Reconvencão da Requerida 2 – grifos no original)

“37. A par da constitucionalidade duvidosa da referida MP, o panorama normativo que havia à época era similar ao atual, ou seja, permanecia em vigor o §4º do art. 9º da Lei 8.987/93, que prevê reequilíbrio concomitante à alteração contratual. Portanto, a ANTT não detinha o devido respaldo legal para atender o pleito.”

“40. (...) Essa situação exige cautelas maiores, pois, embora a alteração de prazo vá produzir o mesmo efeito da situação anterior de ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a ANTT fica impossibilitada de atuar a Concessionária, em caso de descumprimento por culpa sua, e demandaria justificativas técnicas plausíveis para subverter o cronograma previsto no contrato.” (§§ 37 e 40 da manifestação da Requerida 1 de 31 de janeiro de 2020)

2. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

Foi a própria SUINF da ANTT, no Processo de Suspensão/Reprogramação das Obrigações, através da Nota Técnica nº 250/2015 (**Doc. A-25**), quem inicialmente apontou que seria possível a alteração do Contrato de Concessão para postergar prazos de execução de obras e serviços com fulcro no art. 65, inciso II, alínea “c” ou “d” da Lei Federal nº 8.666/1993.

Tanto a legislação aplicável quanto o Contrato de Concessão preveem a possibilidade de reprogramação das obrigações contratuais da Concessionária pela ANTT, independentemente de ser ou não a Concessionária a responsável pela inexecução dessas obrigações no prazo originalmente previsto (arts. 58, I, e 65, I, da Lei nº 8.666/1993; art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995; Cláusula 21.2.13 do Contrato de Concessão; bem como Cláusula 22.3.1(iii) do Contrato de Concessão.

SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE REPROGRAMAR NA FASE PRÉ-OPERACIONAL (SEM COBRANÇA DE PEDÁGIO)

1. Manifestações das Requeridas

“44. Em segundo lugar, como sequer houve início de cobrança de tarifa, o reequilíbrio econômico financeiro concomitante à alteração contratual, nos termos do §4º do art. 9º da Lei nº 8.987/93 ficaria comprometido.” (§44 da manifestação da Requerida 1 de 31 de janeiro de 2020)

A posição da Requerida 1 (lamentavelmente) confunde o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão com o efetivo pagamento da compensação devida à parte prejudicada pela ocorrência do evento de desequilíbrio (confusão de conceitos elementares de direito administrativo, que não se esperaria do corpo jurídico de uma agência reguladora).

2. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

A Cláusula 22.3.1 do Contrato de Concessão não deixa dúvidas de que a ANTT poderia adotar outras formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente que não a variação do valor da tarifa básica de pedágio, tais como a inclusão de novas obrigações contratuais a cargo da concessionária e a remoção de cabines de bloqueio. A Cláusula 3.2(iii) também admite que se estenda o prazo da Concessão como medida de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

SUPOSTA LIMITAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE REPROGRAMAR APENAS APÓS 5 ANOS DE CONCESSÃO

1. Manifestações das Requeridas

“41. No caso específico da Galvão, a situação é ainda mais complicada, pelas razões pontuadas a seguir. / 42. Primeiramente, as alterações contratuais que visam adequar o sistema rodoviário às necessidades dos usuários, com inclusão, exclusão, alteração de obras são objeto de revisão quinquenal, nos termos do disposto na Resolução ANTT nº 675, de 04 de agosto de 2004.” (§§ 41 e 42 da manifestação da Requerida 1 de 31 de janeiro de 2020)

2. Documentos que comprovam a verdade dos fatos

A reprogramação do cronograma de obrigações das concessionárias de rodovia sempre foi tratada pela ANTT como atividade usual e ínsita à competência da agência de regular os contratos de concessão, havendo inúmeros exemplos de exercício dessa prerrogativa pela agência (**Doc. A-87**).

Tem sido a regra na experiência das concessões federais de rodovia que alterações às cláusulas regulamentares dos contratos de concessão – tal como a postergação das datas das obrigações contratuais pleiteada pela Concessionária – sejam feitas por meio de revisão extraordinária do contrato de concessão. O fato de que essas alterações podem, também, integrar processo de revisão quinquenal, disciplinada pela Resolução ANTT nº 675/2004, não significa que devam ser operacionalizadas exclusivamente por meio desse instituto.

VI. CONCLUSÃO E PEDIDOS

233. Conclui-se enfatizando, novamente, que, desde fevereiro de 2015 e ao longo deste Procedimento Arbitral, a Requerente sempre sustentou uma narrativa única e coerente (porque verdadeira), apresentando fundamentadamente – com documentos oficiais, produzidos na época dos fatos discutidos nesta Arbitragem, e declarações de agentes públicos vinculados às Requeridas – os reais motivos que inviabilizaram a contratação do empréstimo-ponte no prazo e condições da Carta de Apoio dos Bancos Públicos e que, portanto, impossibilitaram que a Concessionária seguisse executando o objeto do Contrato de Concessão:

- A materialização da crise fiscal e econômica levou a União a mudar radicalmente sua política fiscal, inviabilizando a continuidade da política pública de financiamento subsidiado por meio dos Bancos Públicos (nas

condições da Carta de Apoio dos Bancos Públicos) dos projetos de infraestrutura do PIL – o que, no caso da Requerente, importou na não contratação do empréstimo-ponte junto ao BNDES, ainda que todas as condições e exigências do banco para tanto tivessem sido tempestivamente por ela cumpridas.

- É precisamente este o caráter único e incomparável da manifestação da crise fiscal e econômica sobre o Contrato de Concessão da Requerente: o fechamento do mercado de crédito logo no primeiro ano da Concessão, a não contratação do empréstimo-ponte e a inexistência de alternativas de crédito àquelas ofertadas por meio da Carta de Apoio dos Bancos Públicos (**Doc. A-60**) inviabilizaram a execução do Contrato de Concessão porque tornaram indisponíveis para a Concessionária recursos que correspondiam a 70% do valor a ser por ela empregado para a realização dos investimentos iniciais. Sem esses recursos as obras tiveram que ser paralisadas e a Concessionária jamais pôde atingir as metas que lhe autorizariam a dar início à cobrança de tarifa.

234. De outro lado, observando o esfacelamento de suas alegações diante das evidências e documentos apresentados pela Requerente, **as Requeridas foram adaptando a sua narrativa ao longo de suas manifestações**, valendo-se, a cada momento, de argumentos diferentes, que foram se alterando à medida que a Requerente foi demonstrando de forma clara, nesta Arbitragem, que eram absolutamente infundadas as defesas da União e ANTT. As Requeridas se utilizaram não apenas de argumentos desprovidos de fundamento jurídico, como também de narrativas que distorcem a verdade dos fatos e de documentos produzidos *ad hoc* pelo BNDES sob encomenda da União (que

contradizem documentos emitidos pelo próprio BNDES à época dos fatos debatidos nesta Arbitragem). Tudo isso para tentar, em vão, atribuir à Concessionária a responsabilidade pela não obtenção do empréstimo-ponte junto ao BNDES.

235. Pelo exposto, a Requerente confia que este Tribunal Arbitral reconhecerá em sua sentença parcial que:

- a. a não contratação do empréstimo-ponte decorre de razões não imputáveis à Requerente, cuja responsabilidade, nos termos do Contrato de Concessão e da legislação aplicável, é do Poder Concedente – seja pela caracterização jurídica da crise econômica iniciada no final de 2014 e de sua manifestação no Contrato de Concessão como hipótese de caso fortuito ou força maior, seja pela caracterização jurídica das medidas adotadas pela Requerida 2 em resposta à crise como Fato da Administração;
- b. após constatadas a manifestação da crise fiscal e econômica sobre o Contrato de Concessão, a alteração da política pública de financiamento promovida pela Requerida 2 e a consequente recusa do BNDES em disponibilizar à Requerente o financiamento nos termos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, as condutas das Requeridas foram determinantes para a inviabilização da continuidade da Concessão, em clara afronta ao interesse público na continuidade do serviço, sendo portanto abusivas, contraditórias e violadoras dos padrões objetivos de lealdade e proteção da confiança legítima impostos pela boa-fé objetiva;

- c. não existe qualquer inadimplemento contratual imputável à Concessionária e que, como consequência, são inexigíveis as multas aplicadas pela ANTT contra a Requerente e devem ser rejeitados os pedidos reconventionais formulados pela Requerida 2.

* * *

Atenciosamente,

Arthur Lima Guedes

OAB/DF 18.073

Maurício Portugal Ribeiro

OAB/RJ 177.738

Antonio Henrique M. Coutinho

OAB/DF 34.308

Marcelo Rangel Lennertz

OAB/RJ 133.919

Jéssica Loyola Caetano Rios

OAB/DF 53.018

Andre Martins Bogossian

OAB/RJ 167.898