

AO TRIBUNAL ARBITRAL

Ref. 24595/PFF

CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A.

– **CONCEBRA**, já qualificada neste procedimento, vem, respeitosamente, à presença desse Tribunal Arbitral apresentar RÉPLICA à Resposta apresentada pela ANTT às Alegações Iniciais da Requerente, nos termos a seguir aduzidos, e requerer a juntada aos autos da **Legal Opinion elaborada por Egon Bockmann Moreira para o específico caso objeto da presente arbitragem (RTE 198)**.

1. SÚMULA DAS ALEGAÇÕES DA ANTT

1. Discorrendo sobre o papel regulador da ANTT e sua vinculação aos termos contratuais, a Requerida inicia sua Resposta sustentando que os itens 2.4.1, 11.1 e 11.2 do edital do certame teriam ressaltado o caráter meramente referencial e informativo do Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA utilizado para fins de precificação e avaliação da viabilidade da Concessão, sem vinculação do Poder Concedente, cabendo aos licitantes conduzirem seus próprios estudos e obterem por sua conta e risco as informações que entendessem necessárias para ofertar propostas que depois permitissem o cumprimento das obrigações contratuais .

2. E enfatiza a abolição da necessidade de apresentação de Plano de Negócios no modelo de licitações da 3ª Etapa, aduzindo que, na "*nova modelagem, caberia exclusivamente à própria licitante, devidamente assessorada por instituição financeira, assegurar-se quanto à viabilidade e exequibilidade do seu plano de negócios*" (itens 9.6 e 9.4 do edital).

3. Traçando distinções entre o fluxo de caixa não alavancado e alavancado (do acionista), afirma que as condições de financiamento do BNDES não foram levadas em consideração para o cálculo da Tarifa Básica de Pedágio e da taxa

de desconto (TIR – taxa interna de retorno) utilizada para aferir a viabilidade do projeto, o que teria sido confirmado na Nota nº 318/2013/STN/SEAE/MF (R-38), acrescentando que o risco pelo financiamento foi alocado contratualmente à Concessionária.

4. Na pretensão de corroborar a afirmação de que a simples celebração de contrato de concessão com o Poder Público não era garantia de obtenção do financiamento junto ao BNDES, invoca a declaração inserta no documento R-39 – produzido especificamente para subsidiar sua tese de defesa e as alegações de seu pedido de reconsideração da cautelar –, em que o referido banco público manifesta-se no sentido de que "cada pleito de financiamento é individualmente avaliado".

5. Acusa que *"as dificuldades financeiras relatadas pela Requerente não se devem às 'premissas' de financiamento para a licitação, e sim às suas próprias projeções que se revelaram descasadas da realidade e a orientaram no oferecimento de lance agressivo no leilão"*, citando a Nota Informativa SEI Nº 241/2020/NAM/DG/DIR (R-36) para afirmar que o deságio ofertado de 52% sobre a tarifa-teto não alavancada trouxe a reboque a assunção, pela Requerente, de maior risco quanto à obtenção de recursos, próprios ou de terceiros, para desincumbir-se das obrigações contratuais.

6. Aponta que a unidade técnica do Tribunal de Contas da União – TCU, no âmbito do TC 039.581/2019-5 (R-41), teria chegado a idêntica conclusão sobre a *"visão extremamente otimista da concessionária sobre o tráfego da rodovia, como evidenciado no seu plano de negócios"*, invocando mais uma vez a manifestação do BNDES (R-39) para tentar validar sua alegação de que as dificuldades de estruturação econômica do projeto estariam atreladas ao lance agressivo ofertado no leilão e a equivocadas projeções da Concessionária, que teria "ofertado desconto tarifário acima das suas capacidades".

7. Passa a discorrer sobre o Contrato de Concessão e respectiva alocação de riscos, aduzindo que o conhecimento prévio dos riscos alocados à Concessionária deveriam ter sido precificados em sua proposta, não se podendo admitir que críticas à modelagem contratual sejam utilizadas para distorcer o que foi estabelecido nas cláusulas contratuais.

8. Argumenta que, mesmo se admitida a aplicabilidade da teoria da imprevisão, "o critério para o reconhecimento da extraordinariedade do evento

supostamente danoso ao interesse do concessionário deve ser bastante rigoroso", em respeito à preservação da matriz de riscos do Contrato de Concessão.

9. Na sequência, passa a elencar os vários riscos assumidos pela Concessionária ao celebrar o Contrato de Concessão, que teriam sido ratificados pelo Tribunal de Contas da União – TCU, destacando: (i) o risco pela flutuação do volume de tráfego; (ii) o risco pelo aumento de preços dos insumos necessários à execução dos serviços em patamares superiores ao índice inflacionário; e (iii) o risco pela obtenção do financiamento.

10. Acusa que a Requerente teria negligenciado em seu gerenciamento de riscos sobre o maior esforço financeiro nos anos iniciais da Concessão, não cogitando da possibilidade de, em caso de não obtenção do financiamento cujo risco lhe estava contratualmente alocado, aportar capital próprio, e trabalhando num cenário no qual o financiamento adviria exclusivamente dos bancos públicos, o que, segundo insinua, teria sido admitido pela Requerente.

11. Traçando distinções entre reajuste anual, revisão ordinária e revisão extraordinária, insiste na alegação – trazida no seu pedido de revogação de cautelar e já superada nas Alegações Iniciais – de que a "*finalidade da revisão quinquenal não é promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, e sim ajustar as condições do Sistema Rodoviário às expectativas dos usuários*", com foco exclusivamente no interesse público, sem possibilidade de sua utilização "*para subverter a matriz de riscos prevista no contrato*".

12. Finalmente, adentrando no tema dos "*pleitos de reequilíbrio*", inicia por tentar descaracterizar as "*crises econômicas periódicas*" como circunstância extraordinária ou evento de força maior apto a justificar o descumprimento contratual, o que seria corroborado pela cláusula de força maior criada e sugerida pela Câmara de Comércio Internacional – CCI, que exige que o evento não seja razoavelmente previsível.

13. Distorcendo o pleito da Requerente para fazer entender que a não obtenção de financiamento teria sido justificada pela crise econômica, aduz que não foi comprovado que: a) a crise econômica era um evento imprevisível; b) os impactos da crise econômica foram excepcionalmente gravosos e impediram o cumprimento do contrato ("*a oscilação de tráfego foi baixa e pontual*"); e c) os efeitos da crise não poderiam ser evitados ou minorados (não foram consideradas alternativas ao financiamento pelo BNDES).

14. Sobre as receitas da Concessão, insinua que teria havido um aumento substancial ao longo dos primeiros 05 (cinco) anos de contrato, apontando, quanto ao volume de tráfego, que as flutuações foram normais, conforme dados da Nota Informativa SEI Nº 241/2020/NAM/DG/DIR (R-36), com volume inferior em apenas (-) 7,04% em relação às projeções do EVTEA, o que não representaria oscilação significativa a justificar a alteração do risco alocado à Concessionária. Acusa que a redução de (-) 20% do tráfego apontada pela Requerente desconsiderou o reequilíbrio que vem sendo concedido pela Agência em razão do advento da Lei nº 13.103/2015 (isenção de tarifa de pedágio por eixos suspensos).

15. Sobre o financiamento, principia por questionar a política de crédito imputada ao Poder Concedente, argumentando que a União não concede crédito diretamente às empresas ou investidores e que os Bancos Públicos ou Privados que o fazem são partes estranhas ao Contrato de Concessão, não vinculadas à política pública estabelecida pelo Poder Concedente e regulada pela ANTT. Reitera que os riscos pelo financiamento foram alocados à Concessionária (cláusula 26), acrescentando que "o contrato não traz qualquer dispositivo que vincule esses Bancos ou pelo qual o Poder Concedente assumira responsabilidade de concessão de financiamento pelos Bancos Públicos".

16. Reprisa a alegada eficácia de coisa julgada material da sentença proferida no processo nº 0012434-56.2017.4.02.5101, que tramitou na 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro, quanto à ausência de direito subjetivo à contratação do financiamento, insistindo em argumentar que a inicial daquela ação e a respectiva sentença teriam contemplado pedidos não apenas em relação ao contrato de financiamento, mas também em relação ao reequilíbrio do próprio Contrato de Concessão.

17. Buscando minimizar os impactos da crise e afastar a tese de opção política do Poder Concedente na não liberação do financiamento, afirma que o BNDES reconheceu na declaração apresentada (R-39) que foram oferecidas à Concessionária as mesmas condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, sem exigências adicionais, e que a não contratação do empréstimo de longo prazo se deveu exclusivamente a fatos imputáveis à própria Requerente, seus sócios e empresas do mesmo grupo econômico, assim resumidos pelo banco público: "(i) a divergência da expectativa da CONCEBRA acerca dos valores do financiamento; (ii) as revisões de orçamento do projeto feitas pela Postulante; (iii) indefinição dos agentes repassadores da parcela indireta da

operação, e mais especificamente a desistência da CEF em participar do sindicato de bancos; (iv) rápida deterioração do risco de crédito da acionista do projeto, TPI, afetando a avaliação da garantia que seria prestada pela empresa; e (v) inadimplemento financeiro de outra companhia do Grupo Econômico TPI perante o BNDES".

18. Volta a frisar a alegada falha no gerenciamento do risco da Concessionária, *"inclusive com a possibilidade de ter considerado a possibilidade de recorrer a outras fontes de financiamentos, como é o caso das debêntures, financiamento por bancos privados ou mesmo ter considerado o aporte de capital próprio"*, acusando que a Requerente *"não teve a competência necessária para a contratação de, no mínimo, R\$ 2.500.000.000,00 (dois bilhões e quinhentos milhões de reais), oferecidos pelo BNDES"*.

19. Outrossim, referindo-se à exposição de motivos da Medida Provisória nº 752/2016 e da Medida Provisória nº 800/2017, aduz que em nenhum momento houve reconhecimento pelo Governo Federal de que evento alheio aos riscos alocados à Concessionária tenha se materializado e que referidos atos normativos não trazem medidas para reequilíbrio do Contrato de Concessão ou determinações destinadas ao regulador, senão a possibilidade de reprogramação de investimentos de obrigações vincendas. Conclui, assim, que a justificativa para edição desses atos normativos gerais e abstratos não pode ser invocada como reconhecimento expresso de um suposto direito da Requerente ao reequilíbrio, sobretudo por se inserir na competência do Ministro de Estado proponente (administração pública direta).

20. Busca também descaracterizar como elemento de confissão o chamado *"Documento Diagnóstico"* - que menciona a existência de crise com possíveis impactos no volume de tráfego -, apontando a ausência de assinatura pelos técnicos da Agência e de sua submissão à deliberação da Diretoria-colegiada, o que afastaria qualquer reconhecimento de desequilíbrio por parte da ANTT. Colaciona decisão de outro Tribunal Arbitral que teria avaliado esse mesmo *"Documento Diagnóstico"* concluindo não revelar reconhecimento de direito ao reequilíbrio (R-54).

21. Por fim, a Requerida passa a discorrer sobre cada um dos demais eventos de desequilíbrio apresentados pela Requerente, concluindo sua peça de Resposta com a reiteração do pedido de revisão da tutela de urgência concedida por meio da Ordem Processual nº 03 e o requerimento de improcedência dos pedidos

formulados nas Alegações Iniciais, além da condenação da Requerente ao pagamento integral dos custos da arbitragem.

2. PRELIMINAR DE RELATIVIZAÇÃO DA PROVA PRODUZIDA PELA ANTT

22. Preliminarmente, impende impugnar a prova produzida pela ANTT especificamente para a sua Resposta e Pedido de Reconsideração da cautelar recentemente apresentado, consubstanciada na Nota do BNDES (R-39), com a qual se pretende desconstituir o verdadeiro motivo – comprovado pela Requerente – que levou o banco público a recuar na liberação do Financiamento de Longo Prazo que já havia sido aprovado por sua Diretoria Colegiada.

23. Com efeito, não obstante a ANTT se empenhe em citá-la em diversas passagens de sua Resposta, na intenção de corroborar suas alegações, fato é que o referido documento não merece o valor probante que a Requerida lhe pretende conferir.

24. Além de haver sido customizada há pouco mais de um mês¹ – conveniente e especificamente – para instruir as manifestações da Agência, significando geração de “prova” no curso do processo por “parte relacionada”, a indigitada declaração do banco foi fabricada unilateralmente, muitos anos após os fatos que supostamente explica, para atender única e exclusivamente o interesse de quem a produziu.

25. Evidentemente, os quesitos submetidos ao BNDES contiveram perguntas seletivas formuladas de forma tendenciosa pela própria ANTT, obviamente mirando somente as respostas que viessem a convergir com os pontos por ela defendidos. O próprio BNDES deixa consignado que, para a produção da Nota, não teve acesso às informações e alegações da Concebra, tendo se limitado a responder quesitos específicos *selecionados pela ANTT*.

26. Aliás, causa estranheza o fato de a ANTT omitir o teor do Ofício n. 03467/2020-ANTT que instou o banco de fomento a responder os quesitos por ela formulados, cerceando o amplo conhecimento da Requerente e dos próprios árbitros sobre seu teor.

¹ Foi produzida pelo BNDES em 10 de julho de 2020 e trazida aos autos 72 horas após, em 13 de julho, por ocasião da manifestação da Requerida sobre a Ordem Processual n. 4.

27. Ora, justamente essa unilateralidade retira-lhe a necessária imparcialidade em relação ao conteúdo daquilo que se pretende atestar. Sequer se pode considerar tratar-se de documento dotado de fé pública, porque produzido por empresa pública que, como cedição, não integra a Administração Direta. A propósito, esclarece o professor e Procurador do Município do Rio de Janeiro Rafael Carvalho Rezende Oliveira²:

Ressalta-se que **não são todos os atos emanados do Poder Público que possuem o atributo da presunção de legitimidade e de veracidade**, tais como: a) atos privados da Administração: aplica-se, no caso, o mesmo regime jurídico destinado aos atos privados em geral praticados por particulares (ex: os **atos privados das empresas públicas** e sociedades de economia mista, **que desempenham atividades econômicas, não possuem a presunção de legitimidade e de veracidade, uma vez que tais entidades estão sujeitas ao regime jurídico própria das empresas privadas**, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, na forma do art. 173, §1º, II, da CRFB) – destacou-se.

28. Assim, esse documento não pode ser aceito como prova absoluta das alegações da Requerida acerca dos motivos da frustração do crédito público, devendo ser confrontado com as demais provas produzidas nos autos.

29. Não fosse esse fundamento bastante para mostrar a fragilidade dessa “prova”, acrescenta-se que a União – que integra contratualmente a definição de Poder Concedente³ e a quem a Requerente atribui a causa do desequilíbrio contratual decorrente da frustração do Financiamento de Longo Prazo – é acionista controladora do BNDES e foi recentemente incluída em petição de aditamento apresentada pelo Ministério Público Federal nos autos da ação civil pública n. 1001854-57.2018.4.01.3802, movida em face da Concessionária e da ANTT perante a 4ª Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, que tem por objeto alegações de descumprimento do cronograma de obras do Contrato de Concessão objeto desta arbitragem.

30. O pedido do *Parquet* Federal para que a União passasse a integrar o polo passivo daquela demanda escorou-se, justamente, nonexo causal entre a não liberação do financiamento e a redefinição da política pública de crédito adotada pelo BNDES (impossível de ser prevista no momento do lance na licitação), com

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo – 8. Ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020

³ Relembre-se que o preâmbulo do Contrato de Concessão qualifica como Poder Concedente a União e a ANTT, conjuntamente, embora a subcláusula 22.1.3 determine que se busque a recomposição perante a ANTT.

possibilidade de responsabilização do titular da política pública creditícia (União) pelos problemas decorrentes da inexecução contratual por falta de recursos. Assim, se o ente federado central pode vir a ser condenado numa ACP movida pelo MPF tendo por base essa não liberação de recursos, era até de se esperar que o BNDES pudesse ser usado para, com uma cajadada, matar logo dois coelhos.

31. Portanto, trata-se de “prova” encomendada (não se tome aqui nenhum sentido pejorativo) **a instituição que é *longa manus* da União**, precisamente seu principal agente financeiro em termos de *project finance* envolvendo concessões. Sobre o tema, não é ocioso lembrar, na companhia de Aliomar Baleeiro, que a atividade de fomento implica despende o dinheiro “*indispensável*” ao atendimento de “*necessidades cuja satisfação o Estado assumiu*”⁴, e sua concretização de faz por meio dos **agentes financeiros estatais**, que, na lição de Alberto Deodato, “**são veículos de um intervencionismo estatal a serviço do planejamento econômico traçado pelo governo**”⁵.

32. Nesse contexto, em que sabidamente o banco de fomento age a serviço do planejamento econômico (que, como se retomará mais adiante, está provado que foi alterado), e tendo-se presente que a União é interessada no resultado da arbitragem e da ação civil pública acima referida, não se pode olhar com as lentes da inocência a suposta idoneidade probante do documento gerador na undécima hora para instruir a defesa da Agência nestes autos. É imperiosa a relativização de sua força e é mister o seu cotejo com documentos contemporâneos à ocorrência dos fatos, pois a questionada declaração do banco, como sói ocorrer, veio com o color útil a quem o controla e é titular do ativo (União), e que irá dele se utilizar decerto na demanda judicial proposta pelo MPF⁶.

33. Ademais, vale lembrar que, desde a sua citação na ação judicial e nas demais impugnações à medida cautelar deferida, a Requerida teve a chance de comprovar a alegação de ausência de “restrição de acesso às linhas de crédito públicas”. E não foram poucas as chances que a Requerida teve para juntar a contraprova no processo judicial. A despeito da decretação da revelia, a ANTT resistiu à pretensão cautelar em diversas oportunidades no Poder Judiciário: (i) em

⁴ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal. Rio de Janeiro: Forense, 6.ed., 1969, p. 18. Grifou-se.

⁵ DEODATO, Alberto Deodato. Manual de ciência das finanças. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 37.

⁶ Especificamente o Relatório de Análise AIE/DELOG nº 01/2016, de 16/02/2016, que atestou o atendimento às condições exigidas por ocasião da aprovação da Diretoria, documento este que ainda não foi disponibilizado à Requerente, a despeito da solicitação formulada mediante o protocolo n. 99903000595202049.

24/07/2019, apresentou contestação intempestiva; (ii) em 25/07/2019, agravou da decisão liminar; (iii) em 23/08/2019, apresentou embargos declaratórios em face da sentença cautelar; (iv) em 23/09/2019, interpôs agravo interno após denegado o seu agravo de instrumento; (v) em 17/10/2019, impugnou os declaratórios opostos pela Concebra; (vi) em 20/03/2020, requereu a revogação da liminar outrora concedida nos autos do agravo 1023800-11.2019.4.01.0000 (dias antes da apresentação das alegações iniciais da Requerente, frise-se); e (vii) mais recentemente, não apelou da sentença cautelar, certamente conformada com a via da arbitragem.

34. Seguramente as informações do banco já estavam – ou deveriam estar – ao alcance da Requerida desde aquela primeira oportunidade, mas somente agora construiu-se o indigitado documento a fim de o conformar ao interesse e à conveniência da Agência.

35. O próprio Tribunal Arbitral alertou na Ordem Processual n. 03 que:

“a Requerida **não controverteu** nestes autos o fato de que as obrigações da Requerente previstas no Contrato de Concessão se tornaram excessivamente onerosas **em decorrência da restrição de acesso às linhas de crédito públicas** e da crise econômica nacional”.
(destacou-se)

36. Cabe pontuar, ademais, que a indigitada prova foi criada sem a devida observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, garantidos pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Nessas condições, ao se conferir presunção absoluta de veracidade à prova manufaturada pela própria Administração anos após os fatos discutidos, estar-se-ia infringindo a ordem constitucional vigente.

37. Justamente por isso essa prova deve ser avaliada pelos julgadores com maior rigor e sopesada com os demais elementos probatórios presentes nos autos, sob pena de se privilegiar a Administração Pública em detrimento da parte adversária.

38. Mesmo não se tratando de documento válido para o debate, a Requerente não se furará, ao longo desta peça, a demonstrar as diversas fragilidades verificadas em seu conteúdo, de forma a desconstituir os argumentos que nele se baseiam.

39. Assim, ficam desde já impugnados esses “novos” documentos e as alegações feitas a partir deles pela Requerida, os quais, isoladamente, não têm o

condão de desconstituir a prova robusta trazida pela Requerente nas Alegações Iniciais.

3. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS ALEGAÇÕES TRAZIDAS NA RESPOSTA DA ANTT

40. Consoante se percebe do relato dos argumentos da Agência, a Resposta apresentada pode ser dividida em duas vertentes: de um lado, busca-se desconstituir, como evento imprevisível deflagrador da cláusula contratual de risco do Poder Concedente, a crise econômica de 2014/2016; de outro lado, com esse mesmo propósito, a defesa ocupa-se em tentar, sob argumentos diversos, desvincular o Financiamento de Longo Prazo do desequilíbrio contratual reclamado pela Requerente.

41. É interessante desde já consignar que, não obstante ambos os eventos tenham sido efetivamente comprovados pela Requerente mediante a apresentação de dois estudos técnico-econômicos assinados por renomados *experts* (o parecer do professor Raul Velloso – RTE 20 e a Nota Técnica da GO Associados – RTE 42, liderada pelo Professor Gesner Oliveira), fato é que esses documentos foram simplesmente ignorados na Resposta da ANTT, que não dispendeu uma linha sequer para refutá-los. De fato, implementando uma retórica de desvio ou fuga, a Requerida alonga-se em uma série de argumentações absolutamente genéricas, além de paralelas e periféricas em relação ao ponto nodal da discussão, como se esses estudos não constassem dos autos.

42. Esse comportamento é sintomático: evidencia a estratégia buscada pela Agência para, à míngua de elementos técnicos para rebatê-los, tentar criar uma cortina de fumaça para maliciosamente confundir os árbitros, de forma a alcançar a sua persuasão.

43. Todavia, como se verá nos tópicos seguintes, o estéril esforço argumentativo e a manobra mais uma vez utilizada para desviar o foco dos pontos controvertidos não afastam a consequência inevitável de que, diante do silêncio da Agência e da ausência de impugnação especificada sobre o conteúdo da prova documental apresentada pela Requerente, os números e dados contábeis trazidos nos referidos estudos técnicos, sob a ótica probatória, devem ser aceitos como

incontestes, na forma dos artigos 406⁷ c/c 340⁸ do Código de Processo Civil, aplicados subsidiariamente ao processo arbitral.

44. Registrada essa observação, a Requerente passa a refutar, no tópico seguinte, os rasos argumentos declinados pela Agência sobre a crise econômica de 2013/2016 e seus reflexos na Concessão que perduram até hoje, para, nos tópicos subsequentes, adentrar os demais temas que estão, direta ou indiretamente, correlacionados à questão do Financiamento de Longo de Prazo.

4. A EXTRAORDINÁRIA CRISE ECONÔMICA DE 2014/2016 COMO FATO IMPREVISÍVEL ENSEJADOR DO REEQUILÍBRIO CONTRATUAL

45. A rigor, a simples leitura da Exposição de Motivos da **Medida Provisória nº 800**, de 18/09/2017 (tratada no capítulo 3.5. desta peça), subscrita pelo próprio Poder Executivo, seria suficiente para derrubar, com uma só penada, a versão que a Requerida traz sobre a suposta não relevância contratual da referida crise. Todavia, a Requerente faz questão de, aqui mesmo neste tópico, fazer antecipadamente algumas considerações.

46. Ao rebater os pleitos de reequilíbrio propriamente ditos, a Requerida, esboçando inusitada tese, principia tentando descaracterizar o que chama de "crises econômicas periódicas" como circunstância extraordinária ou evento de força maior apto a justificar o reequilíbrio contratual perseguido pela Requerente.

47. Ora, em suas Alegações Iniciais, a Requerente lastreou o caráter de imprevisibilidade da crise brasileira de 2015-2016 não em especulações escalafobéticas sobre o "capitalismo". Além de circunstanciada argumentação e exposição de **fatos**, a Requerente foi diligente ao trazer aos autos **dois estudos técnico-econômicos**: parecer do Dr. RAUL VELLOSO (RTE-20) e Nota Técnica da consultoria *GO Associados* (sob a liderança do Dr. GESNER DE OLIVEIRA (RTE 42). Com o rigor metodológico próprio e análise de dados que a matéria exige, ambos estudos convergiram para a mesma conclusão, tendo sido fartamente referidos nas Alegações

⁷ Art. 436. A parte, intimada a falar sobre documento constante dos autos, poderá:
(...) IV - manifestar-se sobre seu conteúdo.

⁸ Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, (...).

Iniciais e na presente Réplica para **fundamentar cada afirmação** feita pela Requerente na seara econômica.

48. O pleito de reequilíbrio, portanto, não se baseia numa alegação *genérica* nem muito menos *improvisada* ou *leiga de crise econômica*, mas em análise econômica *profissional* imprescindível ao preenchimento dos requisitos materiais que compõem a definição de *força maior*.

49. Causa espécie que nenhum dos dois estudos tenha sido **sequer citado** – **muito menos refutado tecnicamente** – pela Requerida. Essa constatação, *per se*, já seria suficiente para tornar **incontroversa** a imprevisibilidade da crise. Mesmo assim, em respeito à Requerida e ao Tribunal Arbitral, a Requerente refuta a seguir os tíbios – e exóticos – fundamentos pseudotécnicos de sua Resposta.

50. Ao tratar da matéria de força maior, a Resposta da Requerida limita-se de modo bastante superficial a duas naturezas de afirmações: (i) uma alusão generalíssima, por assim dizer, improvisadamente *sociológica*, sobre “o caráter cíclico do modo de produção capitalista”; e (ii) um suposto entendimento da CCI de que crise econômica não configura força maior.

51. A primeira afirmação leva a Requerida a concluir que “não há que se compreender que crises econômicas sejam eventos extraordinários para fins de concessão de serviços públicos” (p. 37). Segundo essa tese, a economia mundial capitalista tem crises periódicas e os contratos de concessões longos como o da Requerente fatalmente um dia se deparariam com alguma delas, como conclui a Requerida. Caberia exclusivamente à Concessionária, diante dessa perspectiva, “a construção de mecanismos de amortecimento dos impactos das crises econômicas [...], dentro de seu processo de gerenciamento de riscos” (p. 38). E sentencia, após escassos parágrafos baseados tão somente nessa tese abstrata e em um pequeno trecho pinçado de matéria de jornal: “crise econômica não constitui força maior” (p. 39).

52. A argumentação, com todo o respeito, não faz justiça à qualificação técnica da ANTT e dos nobres integrantes da Procuradoria. Mais que insólita, a tese denota autêntico surrealismo econômico-jurídico radicalmente contrário à lógica de alocação de risco que deve presidir as concessões de infraestrutura. Então deveriam os agentes econômicos, ao participar de licitações, incorporar, em suas projeções, futuras crises nacionais ou mundiais imaginárias que ninguém sabe *se e quando* aconteceriam?! Seria, no final do dia, a revogação do conceito de força maior? Que

nível tarifário heroico daria conta de incorporar toda a incerteza do mundo? No caso brasileiro, a prevalecer o ensaio sociológico esboçado pela Requerida, considerando o histórico de crises políticas, golpes de Estado e de episódios de hiperinflação e planos heterodoxos de estabilização cujas sequelas até hoje lotam os tribunais, deveriam os agentes econômicos considerar em suas projeções um (quicá mais de um!) iminente *impeachment* ou, quem sabe, um *revival* do Plano Collor ou, ainda, um golpe de Estado? Em suma, são tantos os questionamentos, é tamanha a perplexidade gerada pela tese sociológica da Requerida, que se torna imperioso reconhecer ao menos sua enorme criatividade.

53. Ora, com o máximo respeito, os estudos econômicos apresentados pela Requerente mereceriam uma contestação **mais séria** – e, insista-se, **profissional, técnico-econômica** – por parte da Requerida, e não uma mistura infeliz de senso comum com arremedos pseudoteóricos – inclusive, diga-se de passagem, bastante desatualizados, em termos conceituais e de referência bibliográfica.

54. Com efeito, o que ficou patente da fundamentação declinada nas Alegações Iniciais e devidamente comprovado pela contundente prova documental que a instruiu foi que **os efeitos** da crise vivenciada pelo País nos anos que se seguiram à contratação em tela, sobretudo sobre o setor de infraestrutura rodoviária, além de **excepcionalmente gravosos e irresistíveis, não eram razoavelmente previsíveis nem para os analistas mais pessimistas.**

55. O ineditismo e a intensidade da apontada crise econômica – até então a mais profunda desde 1900⁹ – e sua caracterização como evento absolutamente extremo e **imprevisível** foram descritos com minúcias no parecer do economista Raul Velloso (RTE-20), que, após simulações dos cenários minimamente esperados, foi categórico ao afirmar:

O que ocorreu, de fato, foi **algo totalmente fora de qualquer parâmetro até então imaginável.**

[...]

Não se pode, portanto, tratar essa crise da mesma forma que são tratadas flutuações usuais na economia, alocando os custos de seus impactos para a concessionária. Estamos diante de um caso fortuito, não passível de ser segurado e que, portanto, os impactos financeiros devem ser atribuídos ao poder concedente. (fl. 19 do parecer) - destacou-se

⁹ Não se analisa, aqui, a atual crise econômica decorrente da Pandemia de COVID-19, de proporções provavelmente ainda mais graves.

56. Essa excepcional circunstância também foi bem evidenciada na Nota Técnica da GO Associados¹⁰, que ressaltou a **imprevisibilidade e a gravidade** da crise econômica de 2014/2016, além da baixa velocidade de recuperação da economia nos anos seguintes à crise. O parecer comparou – com **dados numéricos não impugnados pela Requerida** – as situações da economia no período de elaboração da proposta comercial da Requerente e no período logo após o início do Contrato de Concessão.

57. Colhem-se da referida Nota Técnica as seguintes passagens suficientes a derruir as alegações da Requerida voltadas a menosprezar a imprevisibilidade dos nefastos efeitos da crise econômica de 2014/2016:

Ao contrário do cenário de crescimento da economia brasileira esperado pelo mercado no momento da Licitação, **já no segundo semestre de 2014 iniciou-se um ciclo de retração econômica que ficaria marcado como a pior recessão da história do Brasil**. Depois de um crescimento econômico medíocre em 2014, de apenas 0,5%, **a economia brasileira entrou em uma recessão sem precedentes. Em 2015 e 2016, o PIB encolheu 3,55% e 3,31% respectivamente, segundo dados do IBGE, acumulando uma queda aproximada de 7% no biênio 2015/16.**

De maneira agregada, **o período posterior à assinatura do Contrato de Concessão foi marcado por uma retração da economia brasileira cuja magnitude foi muito além de qualquer possibilidade de previsão, mesmo nos cenários hipotéticos mais pessimistas.**

(...)

A crise de 2014/2016 prejudicou severamente a visão internacional acerca da economia brasileira, medida pelas classificações de risco emitidas por agências de rating. Entre 2014 e 2015, as três principais agências globais, S&P, Fitch e Moody's, retiraram a classificação da dívida brasileira como "grau de investimento", incluindo o país no chamado "grau especulativo", atribuído a regiões com elevado risco para investimentos (Quadro 6).

(...)

Como visto acima, **comparando-se com dados dos últimos cem anos, a crise econômica de 2014/16 talvez tenha sido a mais grave da história do país**. Além disso, **chama atenção o baixo crescimento nos anos seguintes**, com crescimento de apenas 1,3% em 2017 e em 2018 e de 1,1% em 2019.

¹⁰ GO Associados, Nota Técnica: análise das consequências da crise econômica de 2014/2016 e da mudança da política de financiamento do BNDES no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão da Concebra, São Paulo, abril de 2020, p. 32-3.

(...)

Além de severa, a crise de 2014/2016 foi súbita. Como visto acima, as expectativas no início de 2014 eram de pleno crescimento. No entanto, a **deterioração da economia se deu em curto espaço de tempo, contrariando quaisquer cenários avaliados pelos agentes de mercado, mesmo aqueles mais pessimistas.** (destacou-se)

58. A apontada Nota Técnica da GO Associados, convergente com o estudo de Raul Velloso, concluiu, a partir da dimensão macroeconômica, que a crise brasileira de 2014/2016 foi, sem dúvida, um fato exógeno à vontade das partes envolvidas:

Não há dúvidas de que a situação vivida nos anos de 2015 e 2016 representa a pior crise da história econômica do Brasil. Além a profundidade da crise econômica enfrentada pelo país, a retomada tem sido lenta, e as perspectivas são de baixo crescimento para os próximos anos. **Fica claro também que, no momento de elaboração da Proposta Comercial, a Concessionária não teria como ter previsto tamanha retração na economia, mesmo no cenário mais pessimista.** (destacou-se)

59. A crise interna que fundamenta o pleito da Requerente, além de trazer uma **depressão econômica sem precedentes nos últimos 116 anos** (desde quando a série passou a ser medida), teve como característica diferente das crises anteriores o fato de que **os anos imediatamente seguintes não foram de recuperação;** pelo contrário, foram de crescimento pífio, culminando com uma nova crise agora em 2020, causada pela Pandemia da COVID-19. Isto é, após sete anos, o país ainda luta para sair do atoleiro econômico e fiscal.

60. Como se percebe, a Resposta da ANTT mostra uma tendenciosa incompreensão dos fatos, tentando minimizar o efeito da crise interna. É importante rememorar que somente após o impedimento da Presidente da República é que veio a público o efeito das “pedaladas fiscais” que maquiavam as contas públicas e, por consequência, as projeções macroeconômicas adotadas no modelo de viabilidade da Requerente.

61. Cabe aqui então indagar qual era, na época da realização dos estudos, do leilão e da assinatura do contrato – em dezembro de 2013 e janeiro de 2014, respectivamente – a probabilidade de a economia vir a ter um desempenho tão ruim,

mais precisamente o pior desempenho da história? Como se poderia, àquela época, precificar as consequências desse evento extraordinário de efeitos tão imprevisíveis?

62. Se a afirmação da Requerida sobre a qualificação da crise é escancaradamente insustentável, a segunda peca por uma leitura absolutamente enviesada de um documento institucional da CCI¹¹ que faz sugestão de cláusula contratual de *force majeure*. A Requerida afirma:

Crise econômica não constitui força maior. Por essa razão, a própria cláusula de força maior criada e sugerida pela Câmara de Comércio Internacional – CCI não apenas não contempla a hipótese de crises econômicas como ainda exclui completamente essa situação, na definição que adota de força maior, ao exigir que não fosse um evento razoavelmente previsível. (p. 39).

63. Trata-se de clara distorção do documento da CCI. Senão, vejamos:

As regards the question of what constitutes force majeure, the ICC Force Majeure Clause intends to achieve a compromise between the general requirements of force majeure, which need to be met in all cases and the indication of events **presumed** to be beyond the control of the parties and not foreseeable at the time of the conclusion of the contract. For that purpose, the ICC Force Majeure Clause provides a general definition (paragraph 1) and a list of force majeure events (paragraph 3) which are **presumed** to qualify for force majeure (Paragraph 3). Parties are invited to check the list and verify if **some events should be deleted from or added** to it, in accordance with their specific needs.¹² (grifos nossos).

64. Ora, como facilmente se constata, a lista sugerida pela CCI é exemplificativa, e não taxativa. E mais: trata-se de uma sugestão de redação contratual para uma lista de eventos que se presumem preencher os requisitos de imprevisibilidade e irresistibilidade. Como sugestão de redação, a lista pode ser diminuída ou ampliada. É absolutamente falso que a CCI, nas assertivas palavras da Requerida, “exclua completamente” crises econômicas do rol de eventos de força maior. Trata-se apenas e tão somente de uma sugestão de técnica de redação

¹¹ ICC, *Force majeure and hardship clauses*, March 2020, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>

¹² ICC, *Force majeure and hardship clauses*, p. 1.

contratual que complete a cláusula de definição estipulativa de força maior com uma cláusula de rol prévio de eventos com presunção *juris tantum*.

65. Além disso, também não é verdade que os exemplos do documento da CCI nem sequer citam matéria econômica. Um dos eventos citados pela CCI é "currency restriction"¹³, ou seja, controle de capitais, instrumento de política econômica (cambial) considerado radical para lidar com a volatilidade do fluxo de entrada e saída de recursos.

66. O próprio trecho de artigo (de mais de uma década atrás) citado pela Requerida – pretensamente para resumir "a postura dos tribunais arbitrais de forte resistência no reconhecimento da excepcionalidade dos impactos desses eventos" (as crises econômicas) – faz referência expressa a "devaluation", ou seja, desvalorização cambial, como um evento "catastrófico" equivalente a guerras, inundações e terremotos.¹⁴

67. Em síntese, são numerosas e gritantes as inconsistências trazidas pela Requerida em sua Resposta sobre a matéria de caracterização da crise como força maior. Entretanto, insista-se, apesar de elas terem sido aqui rebatidas de forma circunstanciada, a rigor nem mereceriam qualquer tipo de contestação, pois revelam-se considerações improvisadas e amadoras sobre temas que foram abordados de forma técnica por profissionais especializados (economistas) nos dois estudos econômicos já referidos. Como já enfatizado, o fato de a Requerida não ter **sequer citado** esses estudos que compõem as Alegações Iniciais (RTE-20 e RTE-42) é sintoma inconteste de que a matéria é incontroversa.

68. Não há dúvida, pois, de que a crise invocada pela Requerente é sim evento extraordinário e imprevisível apto a deflagrar a responsabilidade do Poder Concedente pelo reequilíbrio contratual, nos exatos termos colocados nas Alegações Iniciais.

69. Embora seja evento suficiente a justificar o pleito da Requerente, é fundamental esclarecer que a Concessionária **não alega reequilíbrio pura e simplesmente em razão da crise**, como pretende confundir a Requerida, muito menos em relação à variação de demanda, como será melhor visto abaixo. Seu pedido se justifica, sobretudo, pela manifestação, pela materialização da crise no mercado de

¹³ ICC, *Force majeure and hardship clauses*, p. 2, item 3, "c".

¹⁴ O trabalho citado é de Matthias Scherer, "Economic or Financial Crisis as a Defense in Commercial and Investment Arbitration", in *Czech Yearbook of International Law, Second Decade Ahead: Tracing the Global Crisis*, Volume I, 2010, pp.226.

crédito de infraestrutura, que levou ao não Financiamento de Longo Prazo por parte do BNDES como reflexo da clara mudança de direcionamento político fiscal por parte do governo (fato do príncipe ou da Administração), essa sim decorrente da crise interna, como será abordado mais adiante.

4.1. O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO DE FORÇA MAIOR E A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE OBTENÇÃO DO *FUNDING*

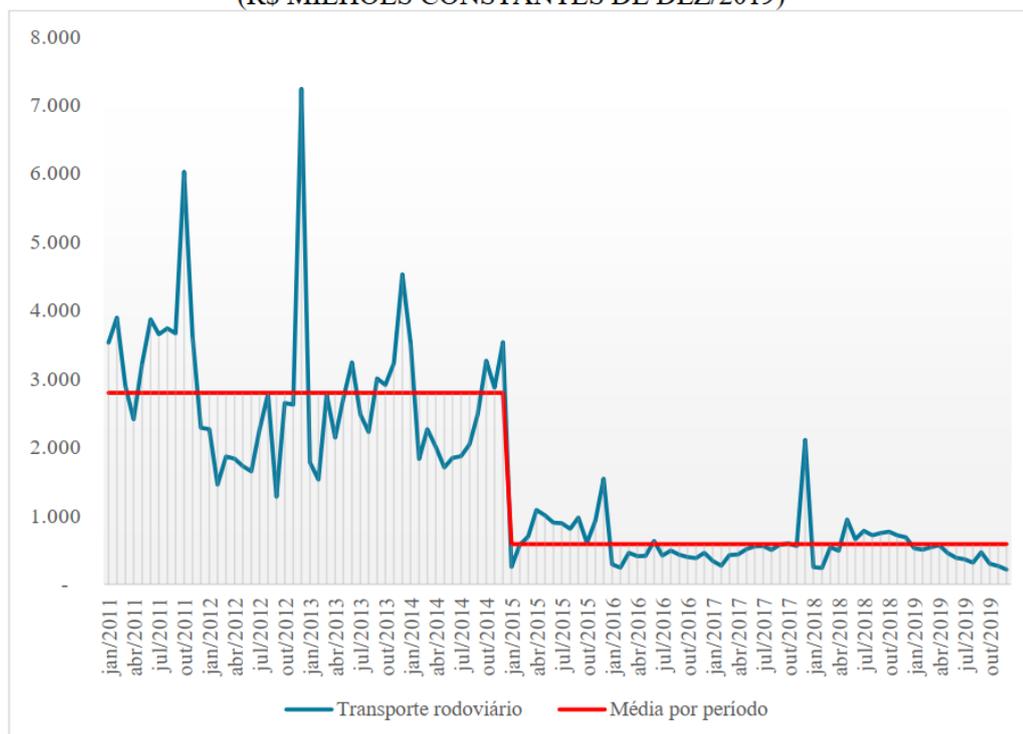
70. Como largamente argumentado nas Alegações Iniciais, os dois estudos econômicos demonstram claramente não só (i) a imprevisibilidade da crise, mas também (ii) o nexo de causalidade entre, de um lado, a crise macroeconômica e seu desdobramento fiscal e, de outro, a mudança de conduta do BNDES, que alterou bruscamente sua *política* de concessão de empréstimos a partir de janeiro de 2015. Sobre este último aspecto, é eloquente o silêncio da Requerida sobre o gráfico reproduzido logo mais abaixo, constante do estudo da *GO Associados* (p. 38). De acordo com o estudo liderado pelo Dr. Gesner de Oliveira:

A evidência mais clara de redução de crédito para o setor de infraestrutura rodoviária ao final de 2014 é a série que mostra as **aprovações de novos empréstimos pelo BNDES**. O período com maior número de aprovações ocorreu nos meses que precederam a Licitação e no início do Contrato (período em que o empréstimo ponte está em vigor). A partir de final de 2014, há uma queda muito expressiva nas aprovações de novos financiamentos.

O Quadro 15 mostra as aprovações mensais de novos empréstimos para o setor, em milhões de Reais, moeda constantes de dezembro de 2019. A média mensal até dezembro de 2014 foi de R\$ 2,795 bilhões, enquanto a média mensal do período seguinte, a partir de janeiro de 2015, foi de apenas R\$ 586 milhões, **próximo a 20% do período anterior**. [p. 35]

A queda foi tão expressiva para o segmento de transporte rodoviário que, em dezembro de 2015, o total de novas aprovações acumuladas em 12 meses (correspondente ao ano de 2015) representava **apenas 30%** do total de aprovações acumuladas em 12 meses em janeiro de 2014. Para a infraestrutura de forma geral, o total de novas aprovações em dezembro de 2015 representou 48% do observado em janeiro de 2014." (p.37)

QUADRO 15: APROVAÇÕES DO BNDES PARA RODOVIAS
(R\$ MILHÕES CONSTANTES DE DEZ/2019)



Fonte: BNDES – Séries Setoriais, dezembro de 2019. Elaboração e análise: GO Associados.

71. Poderia tamanha alteração ser explicada por problemas atribuíveis aos tomadores de empréstimo? Não é o que concluem as análises econômicas que compõem os autos da presente arbitragem, às quais a Requerente sempre se reportou, análises estas repletas de evidências didaticamente apresentadas em gráficos e tabelas que não cabe aqui reproduzir na íntegra – mas que, aparentemente, não são relevantes para a Requerida. Portanto, a realidade conhecida por todos foi que, em meio à **degradação do quadro macroeconômico**, especialmente fiscal, o BNDES foi instado a mudar sua *policy*.

72. Mais adiante, o passo posterior à argumentação aqui desenvolvida será contestar o argumento da Requerida de que, em meio a essa mudança tão expressiva da *policy* do BNDES como um todo, praticamente espelhando a degradação do quadro macroeconômico, a Requerente é que teria dado causa à frustração da expectativa de concessão do *funding*.

4.2. OS REFLEXOS DA CRISE ECONÔMICA SOBRE AS RECEITAS DA CONCESSÃO

73. Dentre os reflexos da crise econômica sobre o Contrato de Concessão, despontam as receitas auferidas pela Concessionária, que não corresponderam às

expectativas projetadas em decorrência da expressiva queda no volume de tráfego das rodovias.

74. Como visto, alega a Requerida que teria havido um aumento substancial ao longo dos primeiro 05 (cinco) anos de contrato, apontando, quanto ao volume de tráfego, que as flutuações teriam sido normais, conforme dados da Nota Informativa SEI N° 241/2020/NAM/DG/DIR (R-36), com volume inferior em apenas (-) 7,04% em relação às projeções do EVTEA, o que, na sua avaliação, não representaria oscilação significativa a justificar a alteração do risco contratualmente alocado à Concessionária.

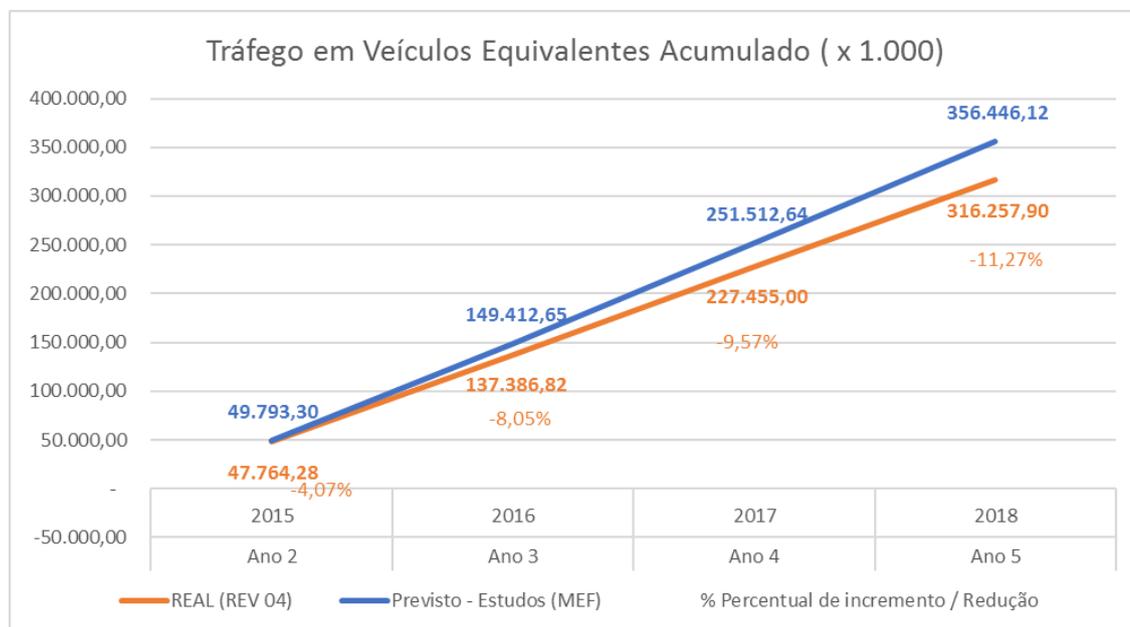
75. Ocorre que o **gráfico 05**, que supostamente afere essa discrepância de 7,04%, está eivado de erros, porquanto **utiliza premissas distorcidas**. Explica-se.

76. Enquanto todas as projeções do tráfego real aferem o tráfego de cada ano de concessão (medida divergente do ano comum – pois se inicia no dia 05 de março do ano e se termina no dia 04 de março do ano seguinte), as projeções do tráfego contido no EVTEA possuem como marco temporal o ano civil (1 de janeiro a 31 de dezembro do mesmo ano). Sendo assim, ao estabelecer 58.532,90 como o tráfego inicial do ano de 2015, a Agência considerou o período de 252 dias, correspondente ao interregno do dia 27/06/2015 (início da cobrança do pedágio) até o dia 04/03/2016 (fim do segundo ano de concessão). Todavia, ao cravar o tráfego projetado para o EVTEA, a Requerida apenas levou em conta o período de 188 dias correspondente a 27/06/2015 a 31/12/2015.

77. Ademais, todas as projeções do tráfego real consideraram o efeito dos eixos suspensos, enquanto as do tráfego projetado o desconsideraram.

78. Tal metodologia errática compromete o gráfico como um todo. Portanto, as premissas devem ser equalizadas para que se possa comparar a demanda projetada com a demanda real.

79. Nesse sentido, o gráfico abaixo utiliza as seguintes premissas: (i) o tempo analisado corresponde ao ano civil; e (ii) todos os números levaram em conta o efeito dos eixos suspensos.



80. A fim de atestar os números contidos na ilustração acima, bem como o seu racional, é oportuno expor separadamente os seguintes dados:

TRÁFEGO REAL

Ano	2015	2016	2017	2018
Veículos Equivalentes	44.560,33	83.448,67	84.022,98	83.531,26
Eixos Suspensos	3.203,95	6.173,87	6.045,20	5.271,63
REAL (REV 04)	47.764,28	89.622,55	90.068,18	88.802,89
Previsto - Estudos (MEF)	49.793,30	99.619,34	102.099,99	104.933,49
% Percentual de incremento / Redução	-4,07%	-10,03%	-11,78%	-15,37%

Eixos Equivalentes

	2015	2016	2017	2018	2019	
	Ano 2	Ano 3	Ano 4	Ano 5	Ano 6	
Ano Concessão	58.532,90	83.327,69	84.103,83	83.707,26		309.671,68
Ano Calendário	44.560,33	83.448,67	84.022,98	83.531,26	14.108,44	309.671,68

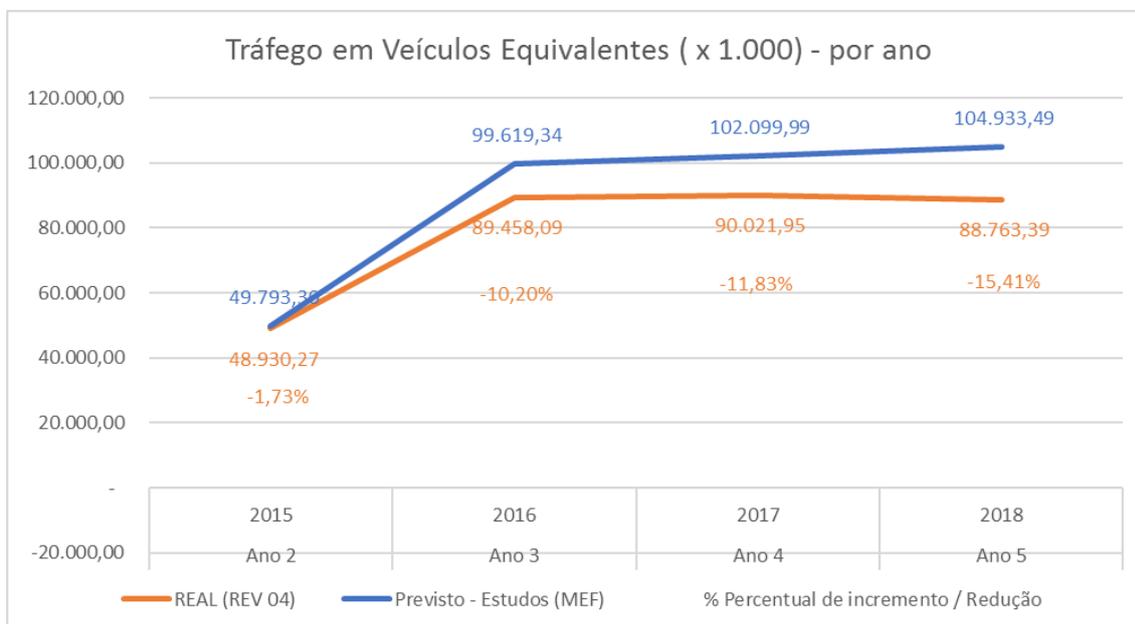
Eixos Suspensos

	2015	2016	2017	2018	2019	
	Ano 2	Ano 3	Ano 4	Ano 5	Ano 6	
Ano Concessão	4.369,95	6.009,42	5.998,97	5.232,13		21.610,46
Ano Calendário	3.203,95	6.173,87	6.045,20	5.271,63	915,81	21.610,46

TRÁFEGO EVTEA

ANTT	Ano 2	Ano 3	Ano 4	Ano 5
	2015	2016	2017	2018
VDMAeq - Todas as praças	264.858	272.184	279.726	287.489
Dias	188	366	365	365
Previsto - Estudos (MEF) x 1.000	49.793	99.619	102.100	104.933

81. Se se fizer a apuração por ano civil, observa-se que a discrepância entre o tráfego real e o tráfego projetado aumenta vertiginosamente a cada ano:



82. Isto é, a Requerida tenta maquiagem o indefensável. A projeção do tráfego contida no EVTEA, inspirada em projeções macroeconômicas condizentes com o período econômico até então vivido, é muito superior ao tráfego real.

83. Ressalta-se, ainda, que a análise do BNDES para a concessão do Financiamento de Longo Prazo considerou o tráfego real, não havendo que se falar, portanto, em estimativas super dimensionadas por parte da Requerente.

84. Como se vê, a Requerida distorce os dados apresentados em sua Resposta, na tentativa de menosprezar os reflexos negativos causados em suas receitas em decorrência da expressiva redução do volume de tráfego nas rodovias que veio como consequência da crise econômica.

85. Com esse mesmo propósito de manipular informações para induzir em erro os árbitros, a Requete faz comparações absolutamente descabidas com outros modelos que, nem de perto, assemelham-se ao caso da Concebra.

86. A ANTT traz a informação de que, mesmo em contratos que admitem o compartilhamento de riscos de tráfego (cita os exemplos americano e sul-coreano), seria aceitável o reequilíbrio contratual a partir de uma variação superior a 40% (Texas e Virgínia) e de até 25% (Coréia do Sul), esse último limitado a ocorrências até o 2º ano de Concessão. Porém, a ANTT não contextualiza essas condições para a realidade brasileira e, especificamente, para o caso da Concebra, omitindo ainda outras informações relevantes sobre o ambiente regulatório desses contratos. Ou seja, esconde que está a comparar banana com maçã.

87. Para a exata compreensão da situação brasileira, faz-se relevante descrever o histórico da evolução dos investimentos em infraestrutura nos Estados Unidos, para então ver-se se é correta a comparação.

88. Na década de 50, o sistema de rodovias interestaduais estadunidense foi profundamente financiado por fundos federais, ocasião em que se construiu praticamente a totalidade da infraestrutura existente atualmente no País. A partir da década de 80, houve grande investimento em rodovias federais, estaduais e locais, por meio de PPPs, para suprir restrições fiscais e contornar o problema de deterioração da malha, em prol da manutenção e operação de rodovias, frente à crescente demanda de tráfego.

89. O marco regulatório federal de financiamento mudou a partir de 1991, com a Lei de Transporte Terrestre Intermodal (*Intermodal Surface Transportation Act – ISTEA*). O governo federal atuou na promoção de acesso a recursos e financiamento à construção de rodovias pedagiadas estaduais em conjunto com financiamento de parceiros privados, com contrato em modelo *design-building* e concessão de empréstimos e garantias federais para cobrir parte dos custos dos projetos de PPP, além de concessão de título privados isentos de impostos para essas finalidades.

90. Em 1995, o Sistema Nacional de Rodovias (*National Highway System Designetio – NHS*) permitiu a criação dos bancos estaduais de infraestrutura (*State Infrastructure Banks*) para desenvolvimento da infraestrutura estadual.

91. Em 1998, foi publicada a Lei de Financiamento e Inovação da Infraestrutura de Transporte (*Transportation Infrastructure Finance and Inovation Act*

– TIFIA), que encorajou o financiamento privado em grandes projetos, acima de cem milhões de dólares¹⁵.

92. A fim de traçar um comparativo mais efetivo com a situação da Concebra para se ter uma ideia mais clara dessas diferenças, cita-se o exemplo abaixo de uma concessão no estado do Texas. Em geral as concessões americanas são compostas por rodovias de curta extensão, como é o caso da Camino Colombia (Texas 255), que possui apenas 36,13km (22,5 milhas) de extensão e mantém investimentos muito baixos. A principal característica desses contratos é que seu objeto inclui apenas manutenção, não contemplando, por exemplo, a extensão do trecho concedido da Concebra, de 1.176 Km, além, claro, do grande esforço de investimentos em construção previstos em seu contrato, de R\$ 5,5 bilhões. Ainda assim, está-se falando de diferenças de tarifa na ordem de 18 vezes maiores por km em veículos de passeio e 15 vezes maiores por km em veículos pesados (caminhões de 5 eixos) em favor das concessões americanas.

93. Portanto, **se lá no EUA**, com um contexto muito mais favorável – *contratos de natureza efetiva de PPP (parceria público privadas), prazos bem maiores de concessão, economia estabilizada, mercado com produtos de crédito específicos para a infraestrutura, maduros e efetivos, segurança jurídica, tarifas de pedágio bem mais altas, menores investimentos (apenas de manutenção) ou investimentos em obras de ampliação de capacidade seguindo critérios iminentemente técnicos*¹⁶, etc. –, **admite-se** o compartilhamento de riscos de tráfego, **é correto concluir que, na específica condição brasileira**, de absoluta insegurança jurídica, regulatória, política, econômica etc., em que os contratos não possuem tais cláusulas de compartilhamento, **o empreendedor** que se engaja, de boa-fé, aos objetivos do estado, acaba sendo penalizado.

94. A tabela a seguir traz os indicadores aplicados na concessão do Texas¹⁷:

¹⁵ Estudo Internacional de Contratos de Concessão Rodoviária – ANTT p.83

¹⁶ Relembrar que os Investimentos Concentrados na 3ª Etapa, tratava-se de um objetivo político e não se alinhava a critérios técnicos de execução de obras de ampliação a medida em que essas fossem de fato demandadas.

¹⁷ Fonte: Texas A&M Transportation Institute – Texas Toll Road Primer – Final Report PRC 14-3f

Table 13. Average Toll Rate per Mile by Toll Tag in Texas.

Name of Facility	Length in Miles	Average Passenger Vehicle Cost per Vehicle Mile	Average Truck Cost per Vehicle Mile
Hardy Airport Connector (Harris County)	1.7	\$0.53	\$2.60
Manor Expressway—Phase 1*	1.2	\$0.39	\$1.18
Fort Bend Parkway Extension***	8.3	\$0.31	\$1.27
Loop 1 (Parmer Lane to SH 45 North)	3.5	\$0.26	\$0.78
Manor Expressway—Phase 2*	5	\$0.26	\$0.77
US 183A	11.6	\$0.25	\$0.74
Westpark Tollway—Fort Bend County	6	\$0.20	\$0.80
SH 99 (Grand Parkway) Segment I-2A	6.6	\$0.18	\$0.53
Sam Houston Tollway East	7.3	\$0.17	\$0.72
SH 550	1	\$0.17	\$0.50
Chisholm Trail Parkway*	28.6	\$0.16**	\$0.48**
SH 45 North	12.8	\$0.16	\$0.48
Dallas North Tollway	30.1	\$0.16	\$0.45
President George Bush Turnpike	29.7	\$0.16	\$0.45
President George Bush Turnpike—Western Extension	11.8	\$0.16	\$0.45
President George Bush Turnpike—Eastern Extension	9.9	\$0.16	\$0.45
Sam Rayburn Tollway	26.2	\$0.16	\$0.45
Loop 49	5.1	\$0.15	\$0.45
Sam Houston Tollway West	25.7	\$0.15	\$0.63
SH 45 Southeast	7.0	\$0.15	\$0.45
SH 130 Segments 1-4	49.0	\$0.14	\$0.42
Sam Houston Tollway—SE Belt	9.7	\$0.13	\$0.54
Hardy Toll Road	21.1	\$0.12	\$0.50
Sam Houston Tollway—SW Belt	10.9	\$0.10	\$0.46
SH 255 (Camino Colombia)	22.5	\$0.09	\$0.36
Westpark Tollway	13.2	\$0.08	\$0.37
Sam Houston Tollway NE	13	\$0.08	\$0.38

* These toll roads were not open to traffic until May 2014, and therefore sufficient revenue data were not available at the time of reporting (25); however, they were included in the table to show how their toll cost per mile rate will compare.

** For the most northern section of the Chisholm Trail Parkway, local residents elected to pay an additional \$0.04 per mile to pay for additional landscaping and other enhancements they wanted incorporated into the project.

*** Fort Bend Parkway Extension consists of 6.2 miles in Harris County and 2.1 miles in Fort Bend County. The cost per mile represents a weighted average of reported rates.

Note: Updated average passenger vehicle cost per vehicle mile for NTTA facilities was provided by NTTA.

95. Complementando o *benchmarking* internacional trazido pela ANTT, pode-se citar, ainda, o caso do nosso vizinho Chile¹⁸, que possui em seus contratos de PPP a interessante previsão de Receita Mínima Garantida (RMG), o primeiro instrumento importante para atrair investidores e facilitar a estruturação dos financiamentos dos projetos nas licitações ocorridas a partir de 1995.

96. Outro bom exemplo de nosso vizinho chileno, no sentido de garantir o sucesso das concessões e não apenas deixá-las entregues à própria sorte, veio com as providências adotadas em relação à crise asiática de 1997, que produziu uma redução no crescimento da economia chilena no final da década de 90 e início dos anos 2000, acarretando a retração do fluxo de veículos e das receitas das

¹⁸ Case também extraído do trabalho “Estudo Internacional de Contratos de Concessão Rodoviária – ANTT” p. 57 em diante.

concessionárias de rodovias (MOP, 2006, p.88). Em função disso, as concessionárias alegaram que essa redução das receitas era decorrente de um fato superveniente e solicitaram apoio do Estado. Com o objetivo de garantir a sustentabilidade do programa de concessão, auxiliando as concessionárias – sem, entretanto, onerar o Estado –, discutiu-se inicialmente a ideia de um mecanismo de cobertura de demanda. Apesar de reconhecer o baixo crescimento do tráfego nas estradas concessionadas como resultado da crise, o Estado entendeu que se tratava de um problema passageiro, mas, ainda assim, estudou uma alternativa para resolver o problema pontual e, ao mesmo tempo, **manter a confiança no programa de concessão**, o que resultou em um instrumento financeiro chamado Mecanismo de Distribuição de Receitas – MDR (Mecanismos de Distribución de Ingresos – MDI).

97. Os exemplos acima citados servem para demonstrar aos árbitros que as comparações feitas na Resposta da ANTT são absolutamente descabidas, devendo, portanto, ser terminantemente desconsideradas para a análise do caso concreto da Concebra, que, como demonstrado, possui suas especificidades e particularidades que nada se comparam aos exemplos invocados pela Requerida, com base nas quais deve ser apreciado o específico desequilíbrio de seu Contrato de Concessão.

5. A FRUSTRAÇÃO DA PROMESSA PÚBLICA DE FINANCIAMENTO DE LONGO PRAZO COMO EVENTO AUTÔNOMO DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL

5.1. CRÉDITO PÚBLICO COMO BASE EXTERNA DA LICITAÇÃO E PREMISSA *SINE QUA NON* PARA MANTER-SE O PONTO DE EQUILÍBRIO E A VIABILIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO. CONFIANÇA LEGÍTIMA DA REQUERENTE AO CONSIDERAR AS CONDIÇÕES FAVORECIDAS EM SUAS PROJEÇÕES.

98. Sobre o tema do Financiamento de Longo Prazo, a Resposta da Requerida parte da investida de tentar desvinculá-lo da composição da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, com argumentos voltados a desviar o foco da tese central defendida pela Requerente, que merece, desde logo, ser delimitada, para afastar a cortina de fumaça criada na Resposta com o nítido propósito de confundir maliciosamente os árbitros, como já alertado.

99. Esclareça-se, de antemão, que a Requerente deixou extremamente claro em suas Alegações Iniciais que a TIR do projeto (tomada como parâmetro para

o fluxo de caixa não alavancado), isoladamente – isto é, sem as condições de financiamento barato garantidas pela União –, nunca foi atrativa aos investidores.

100. Rememore-se, quanto ao ponto, que a fase I da 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais - PROCROFE, referente ao leilão da BR040 e da BR 116, acabou fracassando em decorrência da frustração dos investidores diante da falta de apoio por parte dos bancos públicos. Com efeito, sem qualquer garantia do propalado financiamento, não acorreram interessados ao certame, o qual acabou sendo cancelado¹⁹. **Isso é fato comprovado e incontroverso nos autos.**

101. Para contornar esse insucesso foi que o governo federal decidiu conferir maior arrojado ao fomento dos pretendidos projetos de ampliação do modal rodoviário, e, cumprindo essa orientação política creditícia de seu controlador – a União –, foi que os bancos públicos (BNDES, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil) tornaram pública²⁰ essa promessa com a subscrição e divulgação da chamada Carta de Apoio em 04/09/2013 (RTE 3), que não tinha outro propósito senão **gerar confiança em potenciais investidores.**

102. Essa Carta de Apoio – documento chave para se avaliar a base externa e as circunstâncias em que viriam a ser realizadas as licitações e assinados os contratos de concessão – 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 apenas eram indisponíveis no mercado financeiro** (como restou atestado pelo professor Gesner Oliveira), mas também eram mais favoráveis que as condições anteriormente ofertadas pelo próprio BNDES em seus anteriores financiamentos para o setor de rodovias, assim perfilada:

Participação: Até 70% do volume de investimentos obrigatórios previstos no plano de negócios do proponente à instituição financeira, observado o ICSD \geq 1,2 (considerando todas as dívidas).

Itens financiáveis: Aqueles já aceitos atualmente pelo BNDES, Banco do Brasil e CAIXA, podendo incluir desapropriações, a critério das instituições financeiras.

Prazos: Total: 25 anos. De carência: até 5 anos. De amortização: 20 anos

¹⁹ Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-suspende-leilao-da-br040-e-br-116-no-dia-30,141937e>.

²⁰ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/09/1337119-bancos-oficiais-baixam-custo-de-concessoes.shtml>

Sistema de Amortização: Originalmente SAC. Alternativamente, poderá ser admitida, observadas as características de cada projeto pelas instituições financeiras, a utilização de sistema Price de amortização, desde que sejam emitidas debêntures de Projeto ou que haja previsão nas fontes de recursos. **Taxa de Juros: TJLP + até 2% a.a.** (destacou-se)

103. Foram essas condições inovadoras e extremamente favorecidas de financiamento público a juros baixos e condições especiais de pagamento, que despertaram o interesse da Requerente e dos demais concorrentes e, assim, viabilizaram o êxito do novo certame. O respectivo edital foi publicado no **ambiente circunstancial inovador e atrativo acima descrito, fundado em promessas e em confiança**, especialmente a de que só seria possível dar cumprimento ao contrato, na modelagem econômica então estruturada – investimentos altíssimos em curto espaço de tempo –, mediante a concretização do propalado financiamento. Não há como negar que a promessa do financiamento funcionou como mecanismo de indução de comportamento dos investidores privados.

104. Sobre a relevância da Carta de Apoio dos Bancos Públicos no contexto que levou à confiança legítima da Requerente em participar do certame nas condições anunciadas, relevantes são as observações de Egon Bockmann Moreira, Professor da Faculdade de Direito da UFPR, em *Legal Opinion* elaborada especificamente para o caso da Requerente (RTE 198):

Em termos jurídicos, portanto, a **“Carta de Apoio dos Bancos Públicos” é a promessa de fomento que tornou factível a contratação. Situação advinda também – reitere-se – do fracasso da etapa anterior do dito Programa de Concessões Rodoviárias Federais – PROCOFE, que não foi exitosa em angariar interessados, eis que os investidores não se sentiram estimulados a fazer ofertas (os leilões restaram vazios).**

Note-se que a CONSULENTE não estava diante de contrato isolado, lançado no vácuo, alheio ao tempo e ao espaço. O que de fato existia era determinada situação jurídica, tal como definida por FÁBIO KONDER COMPARATO, “formando propriamente um sistema, isto é, um conjunto de elementos, que dependem, reciprocamente, uns dos outros, de modo a formar um todo organizado.” **Sistema esse formalmente integrado pelas manifestações oficiais de incentivo à participação privada em tais projetos de interesse público.**

Logo, o que se esperava – a finalidade da “Carta de Apoio” – é que as sociedades empresariais privadas sentissem-se incentivadas a levar a sério as manifestações oficiais e, assim, assumissem como bons e valiosos os financiamentos condizentes com o escopo divulgado.

Uma vez que a “Carta de Apoio dos Bancos Públicos” é medida inicial de fomento que **positiva o incentivo oficial à adoção de comportamento por parte dos empresários (comprometimento público)**, sua revogação/alteração enfrenta limites ortodoxos.

Isto é, quando o fomento deixa de ser ato meramente político – como no caso dos planos de governo e das promessas de campanha – e se reveste de juridicidade por meio de manifestação oficial de órgãos e agentes competentes, em ato que especifica os seus contornos e sua finalidade, os seus efeitos merecem ser tratados de forma equivalente. Estamos a tratar de ato jurídico destinado a produzir efeitos positivos perante determinadas pessoas. (destacou-se)

105. Foram essas condições que, integrando a base e as circunstâncias da licitação e da contratação, foram tomadas como premissas para a elaboração da proposta econômica da Requerente e para a projeção do fluxo de caixa alavancado (do acionista). Ou seja, a simples viabilidade do projeto, aferida exclusivamente com base na TIR prevista no EVTEA – 7,2%, a mesma considerada na anterior rodada fracassada de leilão – jamais teria levado ao sucesso do novo certame.

106. De fato, como já havia sido confirmado na fase I da 3ª Etapa do PROCROFE, não bastava ser viável o projeto: aquela TIR não alavancada de 7,2%, embora tornasse viável o projeto, era ruim. Era preciso, também, que o projeto fosse atrativo, a despertar o interesse dos investidores. Foi por isso que **a Concessão somente se tornou interessante a partir da Carta de Apoio dos Bancos Públicos**. Daí a **relevância da TIR alavancada, ou do acionista**, que a Requerida tenta a todo tempo menosprezar, e que previa a taxa subsidiada de 18,34% sem inflação (ou 19,40 com inflação), significando um **custo menor de capital de terceiros justamente em razão do subsídio que seria garantido pelo Governo**.

107. A esse respeito foi enfático o então Ministro da Fazenda, Guido Mantega, na oportunidade do anúncio público da TIR de 7,2%, quando, ao exaltar os efeitos do financiamento, **disse claramente que os parâmetros para os leilões são as taxas alavancadas:**

Eu mesmo fiz umas 15 reuniões com o setor de concessões, discutindo dados, abrindo as planilhas, e todos saíram satisfeitos". (...) "Não vejo mais críticas nesse ponto. Esse número era menor, atualizamos uma série de dados, como custo do investimento, está tudo atualizado. Era uma TIR de 5,5% e, talvez, nem chegasse a isso. Nós melhoramos o sistema de financiamentos, pois reduzimos os juros e aumentamos os prazos, diminuimos garantias, **o que dá a chamada TIR alavancada de 15% a 16%.**²¹ (destacou-se)

A taxa de retorno para o investidor ficará entre 16% a 20% [...] São os parâmetros para os leilões. No decorrer dos leilões, haverá uma concorrência entre as empresas e as taxas de retorno diminuirão um pouco. Dessa maneira, nós estamos tornando as concessões rodoviárias muito atraentes, para que haja não só muitos investidores, mas para que haja concorrência. Quanto mais atraente o empreendimento, quanto maior perspectiva de lucro do empreendimento, maior será a atração de investidores [...] é preciso que os empreendimentos tenham atratividade. **Nós melhoramos as condições de financiamento para garantir essa rentabilidade de 16% a 20% para o investidor, o que tem um peso importante as condições de financiamento, que já foram melhoradas.**

A diferença é: a taxa de 7,2% é para o projeto, como se fosse o rendimento do capital da empresa que vai fazer o empreendimento e o rendimento para o investidor é considerando o financiamento, ou seja, as condições especiais de financiamento alteram a rentabilidade, reduzem os custos e alteram a rentabilidade do investimento. As condições de financiamento são as seguintes: financiamento de até 25 anos, com uma taxa de juros de até 1,5%, com prazo de carência de 5 anos e na modalidade de project finance [...] **com essa taxa de rendimento, o investimento se torna bastante atrativo.**²² (destacou-se)

108. Perceba-se que o então chefe da economia brasileira e um dos formuladores do Plano de Investimento em Logística lançado pela ex-presidente Dilma Rousseff contradiz, expressamente, a argumentação trazida pela Requerida. Para a elaboração de proposta de deságio, os agentes econômicos teriam como parâmetro a taxa de retorno alavancada.

109. Daí também a manifesta irrelevância, para o deslinde da presente arbitragem, da Tarifa Básica de Pedágio e da TIR utilizadas para aferir a viabilidade

²¹ Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/05/retorno-ao-investidor-para-rodovias-ficara-entre-16-e-20-diz-mantega.html>;

²² Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=De5kM91KLm0>

do projeto, que, segundo alega a Requerida, não teriam considerado em seu cálculo as condições de financiamento do BNDES, como teria sido consignado na invocada Nota nº 318/2013/STN/SEAE/MF (R-38), que nenhuma influência exerce na elucidação do desequilíbrio contratual questionado pela Requerente.

110. Como se vê, é o retorno do acionista (maior que o do projeto), mediante a alavancagem financeira, que interessa na tomada de decisão do investidor. **Não é suficiente**, em nenhum lugar do mundo, **que o projeto se pague**. O projeto tem que ter **atratividade para o investidor**, que leva em consideração a taxa de retorno que represente o menor custo do capital.

111. Sobre o papel meramente teórico da TIR do projeto (não alavancada) nas concessões, é esclarecedora a seguinte anotação de Egon Bockmann Moreira²³:

"(...) considerando a magnitude de empreendimento característicos às concessões, tal percentual tende a ser meramente teórico, na medida em que o aporte de recursos necessários à sua concretização, em regra, pendem em algum grau de recursos de financiamentos perante terceiros".

112. Por sua vez, o papel primordial da TIR do acionista (alavancada) em contratos de concessão, "enquanto indicador que congrega os elementos relativos à rentabilidade esperada de uma concessão e ao processo do eventual reequilíbrio da mesma", pode ser assim sintetizado²⁴:

Nos contratos de concessão, aqui exemplificado numa rodovia, a TIR acionista representa, sem sombra de dúvida, um parâmetro da maior centralidade ou relevância financeira. (destacou-se)

113. A específica política de crédito divulgada com a Carta de Apoio dos Bancos Públicos tinha o propósito de assegurar o atingimento da finalidade primária da modelagem contratual então estruturada, que era a de que obras de grande vulto fossem realizadas nos primeiros 5 anos da concessão sem que isso doesse no bolso dos usuários das rodovias, atraindo investidores sob a perspectiva de sua capacidade

²³ Os contratos administrativos, equilíbrio econômico financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas / Egon Bockmann Moreira (Coord.). - Belo Horizonte: Forum, 2016.

²⁴ MARTINS, Antônio. Contratos de concessão, financiamento e reposição da rentabilidade esperada: uma nota econômico-legal.

de cumprir o contrato, pagar o empréstimo **e ainda conseguir retorno para o dinheiro privado que também seria aportado.**

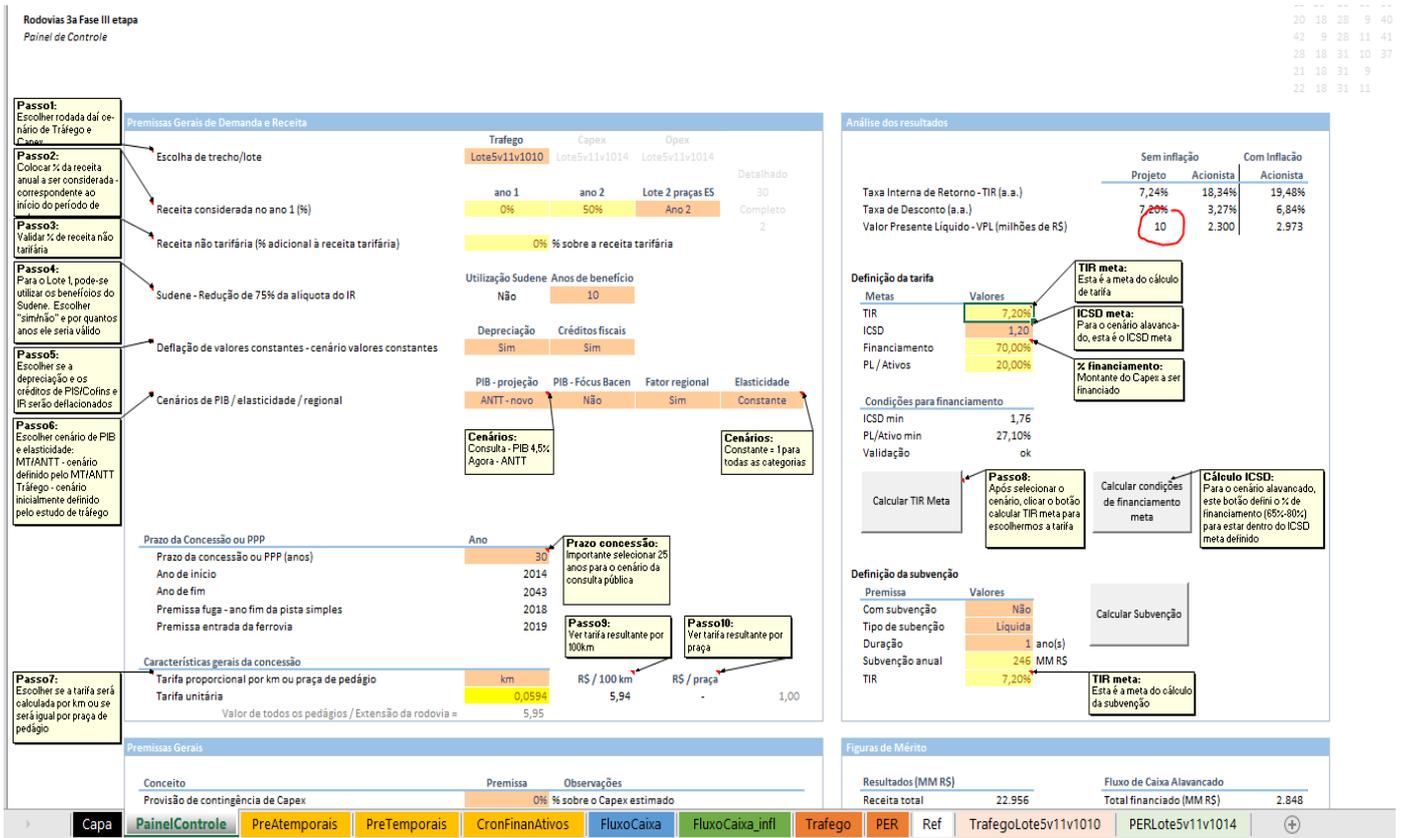
[REDACTED] Nessa modelagem, o financiamento público nada mais era do que um repasse financeiro subsidiado pelo Poder Concedente, **com o propósito de tornar viáveis e atrativos os projetos**, como bem acusa Rafael Vêras de Freitas:

(...) no setor de rodovias, foram as próprias entidades financeiras da Administração Pública indireta federal (tanto o BNDES, como o Banco do Brasil) que se propuseram a estabelecer **condições mais favoráveis de financiamento dos referidos projetos. E isso motivou os agentes econômicos a apresentarem propostas comerciais alavancadas, considerando que o custo de capital próprio (do acionista) é superior ao do capital de terceiro (custos do financiamento)**²⁵. (destacou-se)

115. No esquema abaixo, demonstra-se que o valor presente líquido - VPL esperado para o projeto era zero, o que **tornava não atrativo o projeto, ressalvada a hipótese do financiamento subsidiado, inclusive previsto pelo próprio governo em seu fluxo do acionista**²⁶:

²⁵ FREITAS, Rafael Vêras de. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 199-239, abr./jun. 2017

²⁶ Planilha logit rodovia 3ª fase III etapa – Lote 5 – Painel Controle



116. Esse esclarecimento faz cair por terra as digressões da ANTT sobre o papel do EVTEA para avaliação da viabilidade da Concessão e para o cálculo da Tarifa Básica de Pedágio (não alavancada) e as alegações de que a TIR alavancada não serviria de parâmetro para se aferir o equilíbrio do Contrato de Concessão. A despeito de todo o esforço argumentativo para tentar demonstrar que o Financiamento de Longo Prazo não compôs a Tarifa Básica de Pedágio não alavancada, a Requerida em momento algum contestou que o EVTEA²⁷ (RTE 2) continha previsão de contratação de Financiamento de Longo Prazo, a juros baixos, prazo de carência de 5 anos e prazo de 20 anos para amortização, exatamente como havia sido divulgado na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, conforme se extrai de seu item 4.3:

²⁷ O volume 4 do EVTEA que acompanhou o Edital de licitação continha os Estudos de Viabilidade Econômico-financeira.

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

As demais premissas consideradas para a modelagem são apresentadas na **Tabela 5**.

Tabela 5 - Outras premissas de modelagem

Conceito	Premissa	Observações
Contas a Receber	0	Dias da receita líquida anual
Contas a Pagar	0	Dias da despesa operacional anual
Taxa de desconto do cálculo do VPL da série de faturamentos para cálculo da verba de fiscalização da ANTT	7,20%	a.a. sem inflação

Observa-se que, como a depreciação e os créditos de IR e CSLL possuem um valor nominal constante, eles foram deflacionados neste modelo para ficarem coerentes com o cenário sem inflação que está sendo apreciado. Como taxa de deflação, foi utilizada a taxa de inflação meta do governo, que é de 4,5% a.a.

117. Fato é que, como reconhecido pela própria Requerida, o parâmetro utilizado pela Concessionaria para apuração da taxa de desconto possível ao projeto tem como referência o fluxo de caixa alavancado, o qual se ancorava, no caso, em juros subsidiados por bancos públicos/fomentos, que acarretariam desenvolvimento para as regiões beneficiadas, com reversão do subsídio criado pelo governo em benefício da modicidade tarifária, ou seja o dinheiro público (aportado pelos bancos públicos) se revertia em infraestrutura e benefício aos usuários do pedágio, que

teriam uma tarifa módica. Era inerente ao Programa de Investimento em Logística - PIL a política pública governamental que induzia incentivos à infraestrutura.

118. Portanto, não procedem as alegações da Requerida no sentido de que a Tarifa Básica de Pedágio não alavancada não teria previsto desconto referente ao subsídio. Com efeito, ainda que indiretamente, é inequívoco que o financiamento público fazia parte do benefício concedido ao usuário, gerando, por consequência, um deflator tarifário, em que **a contrapartida do dinheiro público advinha justamente do BNDES.**

119. Como se vê, as condições favorecidas de financiamento público foram sim tomadas como referência pela própria Agência. Sobre o ponto é categórico o parecer da GO Associados:

Não obstante, a própria ANTT utilizou tais condições na elaboração dos estudos econômico-financeiros que deram base à Licitação. O valor de referência para a tarifa quilométrica de pedágio publicado pela Agência dependia dessas condições específicas de financiamento pelo BNDES, posto que eram exclusivamente oferecidas pelo Governo Federal. Não podiam ser encontradas em outras instituições de financiamento ou bancos.

(...)

O estudo econômico-financeiro de referência para a Licitação foi publicado no site da ANTT para promoção das chamadas 'Novas Concessões Rodoviárias Federais'. Ainda é possível acessar o estudo e constatar que as tarifas de referência foram calculadas seguindo condições subsidiadas de financiamento indicações pelo Governo Federal e divulgadas ao mercado pelos principais bancos públicos. A tabela constante do referido estudo com essas condições está replicada no Quadro 2, no início deste Parecer. (destacou-se)

120. Sobre a vinculação do Poder Concedente às condições de financiamento que constaram da Carta de Apoio e do EVTEA categórica é a conclusão extraída da referida *Legal Opinion* de Egon Bockmann Moreira (RTE 198):

Feita a escolha política de como fomentar a participação de sociedades empresariais privada em licitações de relevante interesse público, reduz-se a futura discricionariedade a (quase) zero. **Uma vez publicados edital de licitação com EVTEA acolhedor da "Carta de Apoio dos Bancos Públicos", tais atos obrigam à Administração Pública (direta e indireta) que os promoveram.** (destacou-se)

121. E complementa o doutrinador em outro trecho da *Legal Opinion*:

No caso em exame, dúvida não pode haver de que a base objetiva do contrato de concessão é também integrada pela oferta de fomento divulgada pela UNIÃO (PODER CONCEDENTE), por meio dos bancos nos quais é titular de poder de controle societário (os signatários da “Carta de Apoio dos Bancos Oficiais”, dentre eles o BNDES)

[...] Sem o empréstimo oferecido, não seria factível que o deságio atingisse tal patamar. Em contrapartida, a proposta se fundou na certeza objetiva de que o fomento seria mantido, tal como ofertado. A partir desta delimitação, pode-se interpretar quais efeitos as partes – PODER CONCEDENTE e CONCESSIONÁRIA – pretendiam estabelecer, à luz da Lei 8.987/1995 e do edital de licitações: a execução do contrato de concessão com tarifas de pedágio de valor o mais baixo possível.

[...] Por conseguinte, ao se tratar do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em exame, **necessário se faz levar em conta a sua base objetiva, indiscutivelmente integrada pela situação jurídica qualificada pela promessa expressada no EVTEA e na “Carta de Apoio dos Bancos Oficiais.** (destacou-se)

122. Além da expressa previsão no EVTEA, fato é que **diversas autoridades públicas confirmaram previamente a importância dessas condições diferenciadas para o êxito das licitações**, que vieram ainda a ser amplamente noticiadas e ratificadas nos meses que se seguiram ao pacto, como exaustivamente demonstrado nas Alegações Iniciais.

123. Vale lembrar que, já no lançamento do Programa de Investimentos em Logística (PIL), em 15/08/2012, o então Ministro dos Transportes, Paulo Passos, foi enfático ao firmar que **condições de financiamento absolutamente favoráveis** (período de carência, taxas de juros e períodos de amortização) **seriam garantidas pela União, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), como agente de desenvolvimento** (item 17 das Alegações Iniciais).

124. O papel de destaque do BNDES para o sucesso das licitações de infraestrutura foi ressaltado no parecer da GO Associados:

A concessão de empréstimos subsidiados pelo BNDES foi um instrumento utilizado pela União para enfrentar os efeitos deletérios da

crise financeira internacional iniciada em 2007. Para tanto, o BNDES recebeu empréstimos de longo prazo do Tesouro Nacional (TN) com a finalidade de ampliar suas fontes de recursos, tendo por base o custo financeiro da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP). De 2008 a 2014, foram cerca de R\$ 420 bilhões recebidos pelo Banco. Durante todos esses anos, **esses recursos foram destinados à concessão de financiamentos subsidiados como forma de acelerar os investimentos no país sem repassar aos consumidores o ônus dessa aceleração.**

(...)

Assim, a oferta de crédito com taxas abaixo da capacidade de qualquer outro banco de competir (ou mesmo se interessar) pela concessão de financiamentos para infraestrutura, e até mesmo abaixo da taxa básica da economia, está longe de ser decorrente da competitividade ou eficiência do BNDES. **Trata-se, claramente, de uma política pública que perdurou ao longo de vários anos. As condições colocadas pelo Governo Federal para os financiamentos eram impossíveis de serem encontradas em outras opções do mercado na época da Licitação.** (destacou-se)

125. Diversas outras autoridades confirmaram o caráter inovador das condições que seriam ofertadas pelo BNDES aos vencedores das licitações, manifestando-se publicamente no sentido de **garantir que seria respeitado o financiamento oficial subsidiado para assegurar as características do modelo de concessão** estruturado para a 3ª Etapa PROCROFE, como comprovado em passagens das Alegações Iniciais, às quais se reporta a Requerente para não tornar repetitiva a presente peça: o então Chefe de Transportes e Logística do BNDES, Cleverson Aroeira da Silva (item 20), o então Ministro dos Transportes, César Borges, em entrevista ao "Valor Econômico" (item 30), o então Secretário Executivo do Ministério da Fazenda, Paulo Caffarelli, em entrevista ao jornal "Estado de São Paulo" (item 31) e a própria então Presidente da República, Dilma Rousseff (item 33).

126. Inclusive, **essa promessa se confirmou quando o BNDES cumpriu parte do compromisso** mediante a concessão de empréstimo de curto prazo como etapa inicial da estruturação de Financiamento de Longo Prazo, reforçando a força vinculante das condições ofertadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, **e se sacramentou em 23/02/2016, quando a Diretoria do BNDES aprovou o Financiamento de Longo Prazo** e a minuta dos contratos a serem celebrados com a Requerente nos 60 (sessenta) dias seguintes, por meio da DIR nº 78 (RTE 5) e nº 79 (RTE 6), que foram devidamente instruídas com elementos sobre a viabilidade econômica e financeira da operação. Ali estavam **exauridos os processos de**

validação sobre a suficiência e capacidade do empreendimento para concessão do Financiamento de Longo Prazo, notadamente quanto ao **desempenho operacional do projeto e sua sustentabilidade financeira**.

127. A sucessão de atos concretos praticados pelo BNDES, detalhadamente descritos nas Alegações Iniciais, corrobora a **legítima expectativa** da Requerente de que, inevitavelmente, sobreviria o fechamento financeiro da concessão, tal como inicialmente prometido, que se formou com:

- a) a carta de apoio dos bancos (pré-leilão);
- b) as diversas declarações de autoridades do executivo à época, amplamente noticiados na mídia;
- c) o enquadramento do projeto por parte do BNDES (pós leilão);
- d) a liberação do empréstimo-ponte; e
- e) finalmente, a aprovação do empréstimo de Longo Prazo, em fevereiro de 2016.

128. Enfim, os elementos constantes dos autos evidenciam que o financiamento governamental subsidiado era, de fato e de direito, elemento essencial das condições da concorrência e, justamente, por isso, é **parte indissociável da equação econômico-financeira das concessões**, isto é, uma condição materialmente presente na convocação, embora não formalmente constasse do edital propriamente dito.

129. Os princípios da **confiança legítima** e da **boa-fé objetiva** não conduzem à outra conclusão senão pela **fundada expectativa** da Concessionária ao considerar em suas projeções as condições favorecidas do Financiamento de Longo Prazo, como **base externa da licitação e ponto de equilíbrio e viabilidade contratual**, nos exatos termos advogados nas Alegações Iniciais.

130. A promessa de financiamento nesses termos, aliada ao cenário econômico favorável que vigia no momento, constituíram a **base econômica objetiva** do negócio da Requerente e, também, o seu racional financeiro para o cálculo da tarifa ofertada no leilão, que levou em consideração, notadamente, a expectativa do fluxo de caixa alavancado. Como se percebe, o **deságio competitivo** de 52% ofertado em sua proposta econômica não decorreu do conjecturado equívoco da Concessionária em suas projeções sobre o tráfego da rodovia, na estruturação

econômica do projeto e no gerenciamento dos riscos, repetidamente invocado pela ANTT.

131. Sobre o aspecto, é oportuno rememorar o trecho do parecer do economista Raul Velloso em que demonstra que o custo financeiro subsidiado foi de fato a grande premissa tomada pela Requerente para oferecer o deságio de 52% no valor do pedágio em sua proposta na licitação e que o impacto financeiro da frustração do crédito prometido pelo BNDES inviabilizaria a própria estrutura da concessão, conforme detalhado nos itens 74, 75 e 252 das Alegações Iniciais.

132. Não há que se falar, portanto, em equívoco de projeções da Concessionária ou oferta de lance agressivo no leilão. A consideração das condições de Financiamento de Longo Prazo era fundamental para a própria competitividade do negócio, como também foi bem pontuado no parecer da GO Associados:

Outro ponto chave na presente discussão é o fato de que, **na época da Licitação a oferta de crédito subsidiado era ampla e contínua. Não havia outra opção aos agentes de mercado senão utilizá-la na elaboração de seus preços.** Isso porque **aquele licitante que não a utilizasse não seria competitivo no certame**, pois os demais certamente a considerariam em seus preços. (destacou-se)

133. A figura abaixo mostra os níveis compatíveis de deságios apresentados pelos vencedores, em seus respectivos certames licitatórios da 3ª Fase:



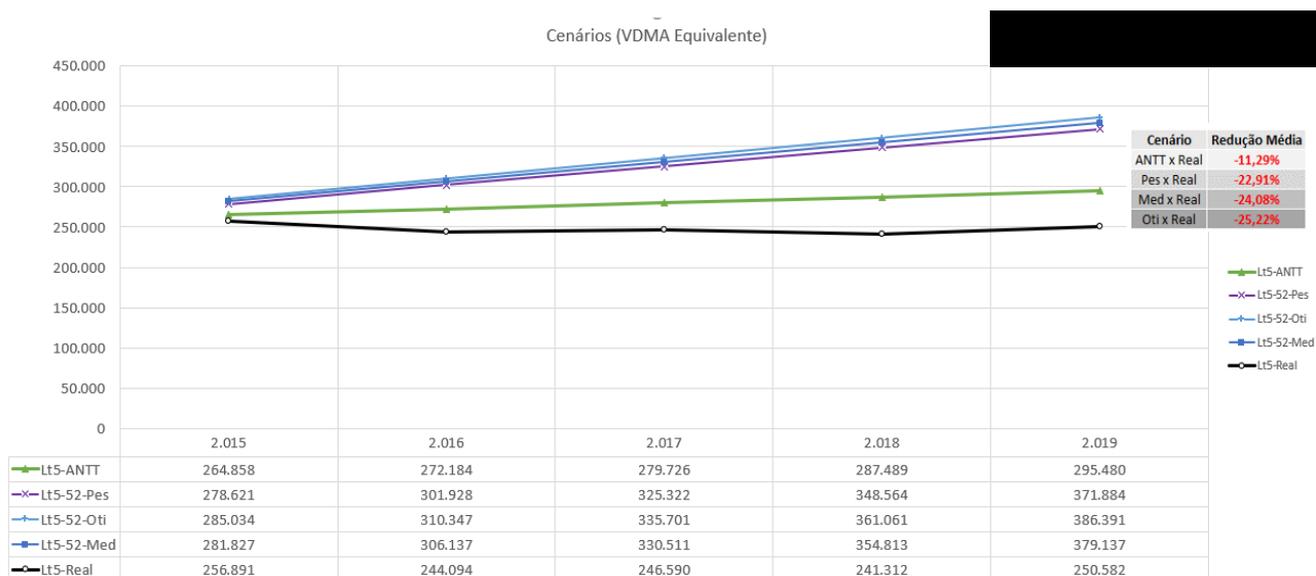
134. Observe-se que todos os *players* da terceira etapa de concessões, indistintamente, apresentaram deságios no mesmo patamar, exceto a Invepar, que

se posicionou ligeiramente acima de 60%. Isso mostra o quanto os *players* desse certame estavam inclinados a descontos razoáveis sobre a tarifa-teto, confiantes nas promessas e no contexto apresentado pelo governo na ocasião desses editais. E mostra, sobretudo, não ter nada de errado na proposta de deságio apresentada pela Concebra, de 52%.

135. Aliás, vale registrar que todas as concessões da terceira etapa que não obtiveram o financiamento – como é o caso da concessão da Requerente –, ou estão caminhando para devolução ou já o fizeram ou se tornaram insolventes, sem exceção. A única concessão que se manteve viável foi a da antiga MGO, que, diferentemente das demais, obteve sucesso no financiamento do BNDES, mesmo oferecendo um deságio relevante superior a 42%. Tal sucesso se deve principalmente ao fato de que o lote da BR-050 foi o primeiro lote adjudicado da 3a Etapa (ou seja, suas tratativas ocorreram anteriormente ao ápice da crise) e ao fato de que a extensão do trecho concedido e os trechos a serem duplicados eram muito inferiores àqueles das demais concessões da 3a Etapa.

136. A alegada visão extremamente otimista da Concessionária merece algumas considerações a mais, sobretudo no que tange à acusação de que as projeções da Requerente teriam sido equivocadas.

137. Na comparação entre a variação do tráfego prevista pela ANTT com aquela projetada nos cenários vislumbrados pela Concessionaria, bem como com a



variação real efetivamente verificada, verifica-se que tanto as projeções da ANTT quanto as da Requerente **estão aquém do tráfego real projetado no momento do EVTEA**, com uma diferença percentual inferior a 13%:

138. Há de se questionar, assim, se se a própria ANTT não teria sido extremamente otimista em sua visão ou se, de fato, as sucessivas crises frustraram a expectativa de todos, inclusive do Poder Concedente.

139. Adicionalmente, é importante mencionar que a questão percentual da diferença de tráfego traria impacto apenas no momento do *payback* do projeto, ou seja, não o tornaria viável ou inviável, diferentemente da figura do financiamento subsidiado. Observa-se que a diferença aproximada de 13% (de 25,22% para 11,29%), aplicada à receita anual do negócio (R\$ 390 milhões) remete a R\$ 50 milhões por ano, acarretando um impacto de R\$ 250 milhões (em 5 anos) sobre um CAPEX superior a R\$ 5,5 bilhões, impactante financeiramente, mas insignificante sob o enfoque da viabilidade concentrada de investimentos, isso sem considerar o efeito da lei dos caminhoneiros.

140. Nesse ponto, é oportuno chamar a atenção para o fato de que, para contradizer o tráfego projetado pela Concessionária, a ANTT trabalha com os dados do EVTEA como um mantra sagrado. Ou seja, invoca-o de acordo com o que lhe convém: ora o EVTEA é meramente indicativo, ora, quando lhe é interessante, é tomado como irrefutável.

141. Isso se verifica no parágrafo 21 da Resposta, em que ANTT utiliza-se do suposto tráfego do EVTEA para calcular o faturamento da Concebra em comparação com o faturamento dos concorrentes do certame, ignorando o superveniente efeito da Lei dos Caminhoneiros, que proibiu a cobrança do eixo suspenso, acarretando um cálculo totalmente equivocado e tendencioso na planilha apresentada na página 16, o qual, feito de maneira correta, apontaria um resultado infinitamente inferior aos R\$ 2 bilhões argumentados pela ANTT.

142. Outrossim, ainda no que diz respeito às críticas que a ANTT faz sobre a avaliação do projeto da Concessionária, releva ressaltar que o BNDES, evidentemente, não aprova no escuro um financiamento de bilhões de reais, sem o mínimo rigor técnico. O banco mantém equipe de especialistas em cada área de projetos de infraestrutura (rodovias, aeroportos, portos, hidroelétricas etc.), balizando-se ainda por trabalhos robustos de *Due Dilligences*, conduzidos por empresas especializadas e independentes nas áreas Sócio-Ambiental, Técnica (Tráfego, Capex/Opex) e Seguros, mediante relatórios técnicos emitidos por especialistas previamente aprovados pelo BNDES, com base nos dados vigentes à

época, os quais são analisados pela instituição e aprovados tecnicamente para subsidiar as decisões da Diretoria.

143. Por óbvio, o valor do deságio ganhador se traduz em tarifa de pedágio, que é aplicada no plano de negócios com os dados de tráfego atualizados, como resultado do trabalho de empresa independente (*Due Dilligence*), endereçado ao BNDES, que tem total e detalhado conhecimento do projeto e, assim, pode confirmar o retorno de um ICSD (Índice de Cobertura do Serviço da Dívida), indicador que atesta se o projeto é ou não saudável.

144. Certamente todas essas variáveis foram consideradas do relatório da área técnica do banco que subsidiou a aprovação do projeto pela sua Diretoria Colegiada²⁸.

145. Portanto, independentemente do fato de a Agência utilizar ou não a TIR alavancada (que considera o financiamento principal com juros subsidiados), certo é que tanto o empreendedor quanto seus financiadores o fazem com rigor técnico a fim de comprovar o quanto o projeto é saudável, sustentável no longo prazo e garantidor do seu integral *take out*.

146. Cumpre detalhar um pouco mais no tocante à *Due Diligence* - DD Técnica que contempla Tráfego e OPEX/CAPEX, conduzida por empresa especializada, aprovada pelo próprio BNDES como empresa idônea, que realiza um trabalho isento e independente sobre os dados de tráfego do trecho sob a responsabilidade da Concessionária.

147. No caso em questão, o estudo foi conduzido pela empresa ALG *Transportation Infrastructure & Logistics* em meados de 2015, portanto, já capturando impactos da crise econômica interna. Os dados de tráfego apurados pela empresa independente foram atualizados ao plano de negócio da Companhia (com a tarifa vencedora do certame) e submetidos ao BNDES, que avaliou o projeto e, para a própria segurança, ainda aguardou o início da cobrança de pedágio, para que pudesse acompanhar por alguns meses (entre junho a dezembro de 2015) e confirmar se o tráfego de fato era aquele apontado pelos trabalhos realizados pela ALG, para somente em fevereiro de 2016 ultimar a aprovação da Diretoria para a contratação do empréstimo de longo prazo.

²⁸ Relatório de Análise AIE/DELOG n° 01/2016, de 16/02/2016, que ainda não foi disponibilizado à Requerente, a despeito da solicitação formulada mediante o protocolo n. 99903000595202049.

148. O lance vencedor da Requerente (52% de deságio) é classificado *post hoc* pela Requerida (convenientemente) como agressivo. Diz-se *post hoc* ou extemporaneamente pois, se a ANTT realmente tivesse considerado agressivo e arriscado o lance na época dos fatos, teria o **poder-dever de desclassificar a proposta da Requerente**. Nessa (esdrúxula) hipótese, , que a ANTT somente leva a cabo nesta arbitragem para induzir esse Tribunal em erro, a consequência lógica seria o reconhecimento de uma omissão por parte dos agentes públicos da Requerida que falharam em reconhecer à época a inviabilidade prática ou o descuido do *bid* da Requerente. Note-se que essa desídia implicaria inclusive a responsabilização pessoal dos agentes públicos da Requerida por (suposta) tamanha falha.

149. Além disso, o próprio histórico de propostas vencedoras em concessões rodoviárias demonstra que a oferta de deságios (ou ágios, a depender da forma de leilão) em percentuais similares ou superiores aos ofertados pela Requerente é prática comum também para contratos bem-sucedidos, desde o início do programa de concessões federais, como a concessão original da Ponte Rio-Niterói, integrante da 1ª Etapa, com deságio de 61%; ou, na 2ª Etapa, os leilões das rodovias Fernão Dias (BR-381/MG/SP, com deságio de 65,43%), Régis Bittencourt (BR-116/SP/PR, com deságio de 49,20%) e a Rodovia do Mercosul (BR-116/376/PR a SC, com deságio de 62,67%), de modo que **a proposta ofertada pela Requerente não pode jamais ser considerada aventureira ou irresponsável**, como quer fazer crer a Requerida.²⁹

150. Aliás, é o que se evidencia também no resultado das concessões realizadas nos últimos anos. É o caso, por exemplo, de leilões que foram extremamente comemorados pelo Governo Federal, como o de 12 aeroportos nas regiões Nordeste, Sudeste e Centro-Oeste, com ágio médio de 986%;³⁰ do leilão da ferrovia Norte-Sul, com ágio de 100,92%;³¹ dos leilões de transmissão de energia elétrica conduzidos pela ANEEL, onde foram arrematados 12 lotes, com deságio médio de 60,3%.³² No setor de rodovias, com leilões de ativos estaduais igualmente

²⁹ <https://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/142062/empresa-espanhola-garante-cinco-dos-sete-lotes-do-leilao-de-rodovias-federais>,

³⁰ Que levou o Presidente a afirmar: “Foi realizado hoje, 15/03, o leilão de 12 aeroportos das regiões Nordeste, Sudeste e Centro-Oeste. Valor inicial proposto era de R\$ 218,7 milhões. Conseguimos arrecadar R\$ 2,37 BILHÕES, valor 10 vezes maior, que será pago à vista. É o Brasil voltando a crescer! Grande vitória!” <https://exame.abril.com.br/economia/no-twitter-bolsonaro-comemora-resultado-do-leilao-de-aeroportos/>

³¹ <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/03/28/rumo-leva-concessao-da-norte-sul-com-agio-de-10092.ghtml>

³² <https://www.canalenergia.com.br/noticias/53121687/governo-comemora-o-sucesso-do-leilao-de-transmissao>

celebrados como o da Rodovia dos Calçados, com 438% de ágio;³³ do lote Centro-Oeste, com ágio de 130,89%,³⁴ e, mais recentemente, o do lote de Piracicaba-Panorama, cuja vencedora ofertou ágio de 7.000%, comemorado como um “marco histórico” pelo seu poder concedente.³⁵

151. Voltando ao caso Concebra, ainda com a tarifa resultante, o projeto mostrava-se saudável e equilibrado. Isso desconstrói a alegação de que o deságio teria produzido a retirada de R\$ 2 bilhões do fluxo de caixa da Concessionária em 5 anos. Esse valor seria perfeitamente assimilável pelo caixa acaso houvesse sido honrado o Financiamento de Longo Prazo do BNDES, **previsto exatamente para esse período dos 5 anos iniciais** e dentro do período de carência previsto na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

152. Está claro, assim, que o deságio ofertado pela Triunfo estava em linha com os objetivos da Concessão naquele momento (modicidade tarifária) e com as condições existentes à época, e era mais do que suficiente para manter o projeto de pé.

153. Portanto, carece de suporte técnico a alegação de que a situação atual de iminente insolvência que enfrenta a Concessionária seria decorrente de agressivo deságio ofertado no certame. Como minuciosamente já demonstrado pela Requerente, essa situação tem origem nos desdobramentos advindos da frustração do Financiamento de Longo Prazo, que resultou no vencimento antecipado do empréstimo-ponte tomado com o BNDES, acrescentando encargos e prevendo prazos de liquidação muito mais exíguos dos que estavam originalmente previstos (de 25 anos com 5 anos de carência, migrados para 6 anos sem carência).

154. Além disso, a incapacidade de a Concessionária dar seguimento às obras, após a negativa do BNDES para o Financiamento de Longo Prazo, deu-se em razão de que os recursos de geração de caixa e aportes dos acionistas não tinham a capacidade de cobrir tão arrojado investimento previsto. Acrescentam-se a isso outros fatores: a morosidade do governo e da ANTT em atuar no sentido de restaurar as condições de equilíbrio do contrato, a aplicação sempre célere de fatores de desconto (sem a mesma celeridade para reequilibrar os pleitos em favor da

³³ <http://www.saopaulo.sp.gov.br/sala-de-imprensa/release/alckmin-anuncia-vencedor-da-concessao-da-rodovia-dos-calçados-com-previsao-de-r-5-bi-e/>.

³⁴ <https://exame.abril.com.br/economia/consorcio-liderado-por-patria-investimentos-vence-leilao-de-rodovias-em-sp/>

³⁵ <https://exame.abril.com.br/economia/consorcio-liderado-por-patria-investimentos-vence-leilao-de-rodovias-em-sp/>

Concessionária) e o tratamento persecutório dado pela ANTT e pelo TCU à Concebra.

155. Isso tudo vem gerando uma espiral descendente que, como já demonstrado nas diversas petições apresentadas pela Requerente em que postula a reconsideração do pleito cautelar, culminará, muito em breve, com a total falência da Concessionária.

156. De resto, cabe refutar as alegações de que a Requerente não teria buscado fontes alternativas de capital para viabilizar o seu projeto.

157. Não obstante a Agência insista em negar, fato é que o programa da terceira etapa concebido pelo governo federal, como evidenciado, apenas se viabilizaria com a liberação de grande montante de recursos em curto espaço de tempo e a juros subsidiados, o que somente poderia ocorrer a partir do financiamento via bancos públicos. Condições semelhantes seriam impossíveis de serem obtidas em instituições privadas à época recorrendo-se ao restrito mercado financeiro nacional ou mesmo pela emissão de debêntures, como sugerido pela ANTT.

158. A tabela abaixo, extraída do parecer do economista Raul Velloso, demonstra claramente a diferença do impacto do financiamento obtido via bancos públicos, com juros subsidiados, em confronto com a obtenção do financiamento a

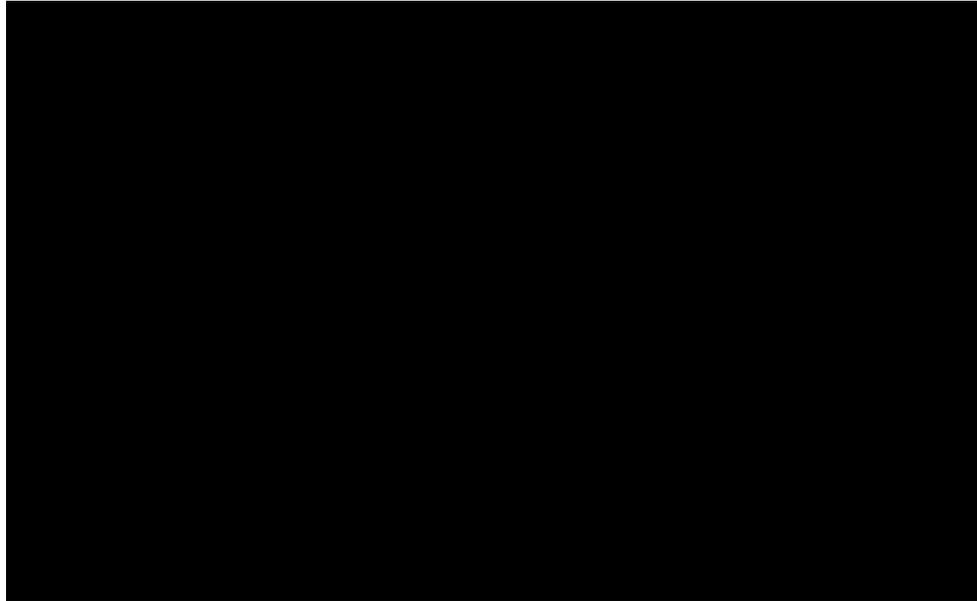
Tabela 5: Impactos da não concessão de crédito do BNDES sobre a rentabilidade do projeto (valores presentes, em R\$ milhões).

	Com participação BNDES	Sem participação BNDES	Diferença
Gasto com juros (VP)	1.487	2.965	1.477
Lucro líquido (VP)	2.932	2.932	-
% sobre o lucro líquido	51	101	50

juros de mercado:

159. Como esclarecido pelo economista, os resultados mostram que a rentabilidade do projeto é fortemente sensível ao esquema de financiamento. Quando o banco público participa com 70% do investimento, os gastos com juros representam R\$ 1,487 bilhão, consumindo 51% do lucro líquido. Quando o banco público deixa de participar do financiamento, o custo financeiro sobe para R\$ 2,965 bilhões e passa a superar o lucro líquido, inviabilizando o projeto.

160. Ainda assim, conforme seu planejamento de formar a estrutura de capital que daria suporte aos vultuosos investimentos previstos, a Concebra buscou sim habilitar-se antecipadamente à emissão de Debêntures de Infraestrutura, como evidencia a Portaria n. 236 publicada no DOU N° 168, Seção 1, p.95, de 02 de setembro de 2015:



ANTONIO CARLOS RODRIGUES

161. Na composição das fontes de recursos para o projeto, a Concessionária previa a emissão de debêntures em diversas séries ao longo da Concessão, mas apenas de forma complementar ao principal *funding* originado do financiamento público junto ao BNDES, para cobrir momentos episódicos de concentração de obras de recuperação da rodovia, novas obras extra-PER ou pagamento de obrigações decorrentes da dívida sênior, e ainda assim em valores módicos. Ou seja, a emissão de debêntures, pelas suas próprias características, funcionaria apenas como um instrumento financeiro de reforço de crédito.

162. Jamais naquela ocasião poderia a Concessionária, por diversas razões, recorrer à emissão de debêntures de infraestrutura como principal *funding*, sendo a principal delas o elevado custo de emissão, que desconfiguraria por completo a estrutura de capital ofertada no certame pelo governo federal, com uma estruturação de alta complexidade, que previa grandes obras em pequeno espaço de tempo e elevados investimentos (R\$ 5,5 bilhões em apenas 5 anos).

163. É oportuno registrar que, ainda que a Concebra tentasse outras alternativas de *funding* para dar continuidade a seu contrato, como aponta a ANTT,

e ainda que por hipótese tais alternativas existissem disponíveis no mercado à época, o fato de o BNDES executar judicialmente a dívida do empréstimo-ponte (com vencimento integral e em única parcela) retirou da Concessionária qualquer possibilidade de obter outros financiamentos, visto que a execução resultou em negativação junto ao SISBACEN, SERASA, e etc.

164. Portanto, ainda que, por hipótese, a Concessionária buscasse alternativas de substituição ao financiamento do BNDES no mercado financeiro e ainda que tais alternativas atendessem em prazo e montante os recursos necessários, a Requerente estaria incapaz de contratar equivalente financiamento em razão da execução judicial do empréstimo-ponte promovida pelo BNDES por absoluto receio de represálias do TCU³⁶.

165. Cabe pontuar, ainda, que outras promessas do governo, que poderiam ser buscadas como alternativas ao Financiamento de Longo Prazo, também se frustraram.

166. Além das condições especiais de financiamento, os bancos públicos federais – agentes de fomento da União – também garantiram por meio desta mesma Carta Pública, com claro objetivo de trazer segurança jurídica e econômica aos interessados que participariam dos futuros leilões e de assegurar a viabilidade e atratividade dos lotes a serem leiloadas, que a ABGF - Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. criaria o Fundo Garantidor de Infraestrutura (FGIE), “com a finalidade de garantir, direta ou indiretamente, cobertura para quaisquer riscos, inclusive não gerenciáveis, relacionados a concessões”. Muito embora tenha sido criado em 2014, o FGIE não foi comercializado à época. Ou seja, por inércia ou desinteresse do Poder Concedente, mais uma premissa do leilão foi desmantelada.

167. Citem-se também os chamados “fundos noiva”, anunciados amplamente na mídia pelo governo federal como forma de destravar os investimentos em infraestrutura na ocasião e permitir aos vencedores dos certames uma alternativa ao financiamento do BNDES, além de proporcionar uma alavancagem maior de seus projetos. Com foco em rodovias, ferrovias e aeroportos, tais fundos envolveriam a participação de bancos estatais e fundos de pensão de

³⁶ Com receio de ser punido, o gestor trilha caminhos decisórios menos naturais e menos sensatos, procurando por vezes a alternativa mais confortável, seja pelo silêncio ou pela omissão de decidir, seja, ainda, pelo conforto de, quando imprescindível a tomada de decisão, utilizar os rigores absolutos da lei. A isso se convencionou chamar de “Apagão das Canetas”.

funcionários da Caixa (Funcef), da Petrobras (Petros), entre outros, e seriam geridos pela Caixa Econômica Federal. Anunciou-se a oferta de R\$ 1 bilhão em recursos que poderiam ter utilizados nos projetos com uma participação de até 49%. Os "fundos noiva" não participariam dos leilões de concessões, mas ofereceriam aos vencedores a possibilidade de sociedade com opção de recompra de suas cotas no médio prazo.

168. Importante ainda mencionar que se as obras seguissem um critério técnico de realização, ou seja, fossem realizadas na medida em que o tráfego *versus* nível de serviço assim demandasse, a Concessionária sequer demandaria recursos dos bancos públicos. A própria geração de caixa do projeto seria suficiente para cobrir tais investimentos, cobrindo-se eventualmente com a emissão de debêntures de baixo valor ao longo da Concessão para as frentes já mencionadas acima. A subversão do critério técnico, concentrando as obras nos primeiros 5 anos, é que demandou inexoravelmente a participação dos bancos públicos.

169. Em suma, qualquer outro cenário como o indicado pelo Poder Concedente não traria qualquer vantajosidade ao projeto, acarretando a sua inviabilidade, o que afasta a infeliz colocação de falha de gestão de risco alegada pela ANTT.

170. É clara, portanto, a falácia da acusação de que o desequilíbrio contratual decorreu de equivocadas projeções da Concessionária e oferecimento de deságio agressivo no leilão. O desequilíbrio sobreveio, em verdade, por motivo imputado ao próprio Poder Concedente, como se confirmará no tópico seguinte: a frustração da promessa concreta de Financiamento de Longo Prazo, exatamente na linha que vem sendo demonstrada pela Requerente.

5.2. A FRUSTRAÇÃO DO FINANCIAMENTO DE LONGO PRAZO COMO CONSEQUÊNCIA DE DECISÃO POLÍTICA DO PODER CONCEDENTE: ALTERAÇÃO DA POLÍTICA CREDITÍCIA. NOVAS EXIGÊNCIAS SUPERVENIENTES À CARTA DE APOIO DOS BANCOS PÚBLICOS E À APROVAÇÃO PELA DIRETORIA COLEGIADA DO BNDES

171. Consoante ficou claro no tópico anterior, as alegações trazidas na Resposta da ANTT não conseguiram invalidar a concreta evidência quanto à caracterização do Financiamento de Longo Prazo como efetiva premissa da licitação e quanto à confiança legítima da Concessionária ao considerá-lo em suas projeções de cálculo da tarifa que a fez vencer o leilão. O mesmo se verá, neste tópico, quanto

à tentativa – também fracassada – de buscar imputar à Requerente as razões pela não obtenção do crédito público.

172. Na tentativa de afastar a configuração de força maior, a Requerida insiste em afirmar que a não concessão do Financiamento de Longo Prazo ocorreu por *culpa da Requerente*. Para tanto, a Requerida baseia seu argumento em recente e inusitada *Nota* do BNDES (R-39), produzida em 10 de julho de 2020 – portanto, há pouco mais de um mês – especificamente para esta arbitragem.³⁷ A Requerida trouxe essa Nota aos autos 72 horas após a sua produção pelo BNDES, em 13 de julho, por ocasião de sua manifestação sobre a Ordem Processual n. 4. Afirmou, na ocasião:

“87. Ademais, outro ponto que **somente agora resta devidamente esclarecido pelo próprio BNDES** é que foi oferecido [*sic*] à Concessionária as mesmas condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.” (p. 25).

173. A Requerente na oportunidade manifestou – e agora reitera – sua perplexidade com a pretensão da Requerida de tentar reverter a conclusão dos árbitros sobre a medida cautelar com argumentação e documentos trazidos aos autos de maneira propositadamente tardia, chegando mesmo a desprestigiar todo o exame que fora desenvolvido pelos julgadores e o cuidado por eles demonstrado ao exarar a decisão sobre o *fumus boni iuris*.

174. A declaração prestada pelo BNDES (R-39), cujo valor probante já foi acima impugnado, é formal e materialmente frágil, como se demonstrará mais adiante. Não tem o condão de descredibilizar todo o acervo probatório carreado aos autos que indica a **verdadeira causa do recuo do BNDES e da frustração do Financiamento de Longo Prazo: a decisão política** tomada pelo Poder Concedente nos anos que se seguiram à contratação.

175. Esse aspecto foi bem retratado o parecer da GO Associados, que pontualmente esclarece a guinada verificada na atuação do BNDES como banco de fomento:

Finalmente, com **uma nova crise econômica em 2014/2016, acompanhada pela crise política** que culminou com a deposição da então presidente Dilma Rousseff, em meados de 2016, **o governo**

³⁷ Nota AST/DECRO n. 31/2020 (R-39).

federal tomou duas iniciativas que mudaram drasticamente o perfil da atuação do BNDES. A primeira foi a **inversão do fluxo dos recursos financeiros.** O BNDES passou a pagar seus empréstimos junto ao Tesouro Nacional. Houve, por exemplo, o pagamento antecipado de R\$ 100 bilhões em dezembro de 2016, dos empréstimos do TN ao Banco (com taxa atrelada à TJLP). Essa questão será tratada em detalhes mais adiante. A segunda foi a **edição da Medida Provisória no 777, de 26/04/2017, que, a partir de janeiro de 2018, substituiu a TJLP por uma nova taxa denominada Taxa de Longo Prazo – TLP com base em taxas de mercado.** **O intuito foi justamente eliminar o custo fiscal (o subsídio) implícito decorrente da diferença de remuneração entre os recursos emprestados ao BNDES (remunerados pela TJLP abaixo das taxas de mercado) e o custo do serviço da dívida pública.** Isso significa que a nova taxa do BNDES é atrelada à taxa que o Tesouro paga para tomar empréstimo junto ao mercado, ou seja, livre de interferências políticas. Assim, ela **se aproxima de uma taxa de juros dentro dos padrões do mercado, encerrando um ciclo de subsídios por meio da artificialmente definida TJLP.** (destacou-se)

176. E o parecer prossegue descrevendo as consequências dessa alteração de política creditícia sobre os financiamentos prometidos para as concessões rodoviárias do PIL:

No entanto, **meses depois das licitações, as condições previamente anunciadas não foram mantidas.** **A queda da disponibilidade de crédito do BNDES impactou diretamente os financiamentos dos projetos do Programa de Investimento em Logística do Governo Federal.** As cinco primeiras concessões do Programa tiveram seus contratos assinados entre 05/12/2013 e 12/03/2014, tendo seus empréstimos-ponete aprovados pelo BNDES entre 23/05/2014 e 14/09/2014, entre cinco e seis meses após a assinatura dos contratos (Quadro 14). A partir desse momento, as dificuldades foram crescentes.

(...)

A evidência mais clara de redução de crédito para o setor de infraestrutura rodoviária ao final de 2014 é a série que mostra as aprovações de novos empréstimos pelo BNDES. O período com maior número de aprovações ocorreu nos meses que precederam a Licitação e no início do Contrato (período em que o empréstimo ponte está em vigor). **A partir de final de 2014, há uma queda muito expressiva nas aprovações de novos financiamentos.**

(...)

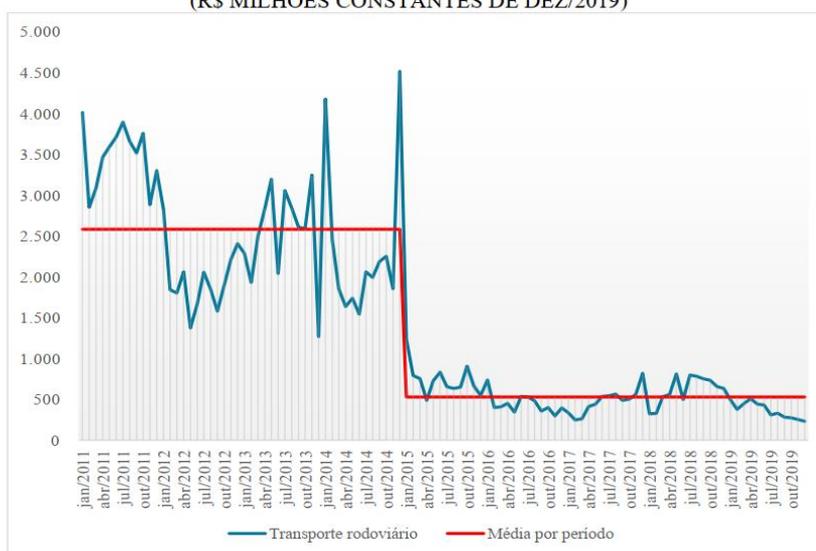
A queda foi tão expressiva para o segmento de transporte rodoviário que, em dezembro de 2015, o total de novas aprovações acumuladas em 12 meses (correspondente ao ano de 2015) representava apenas 30% do total de aprovações acumuladas em 12 meses em janeiro de

2014. Para a infraestrutura de forma geral, o total de novas aprovações em dezembro de 2015 representou 48% do observado em janeiro de 2014. De forma semelhante, **os desembolsos do BNDES também tiveram queda acentuada para o segmento de infraestrutura como um todo, e, em particular para o setor de transporte rodoviário.** Os desembolsos mensais do BNDES nesse setor caíram de R\$ 2,683 bilhões por mês para R\$ 529 milhões ao mês na média, próximo a 20% do período inicial (Quadro 17). (destacou-se)

177. O gráfico abaixo, elaborado por GO Associados a partir de dados do próprio BNDES, mostra com clareza a queda abrupta dos **desembolsos** realizados pelo banco na passagem de 2014 para de 2015, exatamente o período em que deveria ter havido o desembolso do *funding* da Requerente. Deve-se lembrar que o enquadramento da Concebra como “*Project Finance* direto” junto ao banco deu-se em abril de 2014 e que a Requerente, como se verá mais adiante, foi surpreendida anos depois, ao apagar das luzes de 2016, com o **retrocesso** das tratativas. A cronologia dos fatos e da crise não deixa dúvidas sobre a tentativa de racionalizar ou justificar *ex post* a decisão política que havia sido tomada sobre o ritmo de desembolsos do banco. Além disso, houve inversão do fluxo de desembolsos do BNDES, antes voltados para os projetos de infraestrutura e agora para devolução de recursos à União.



QUADRO 17: DESEMBOLSOS DO BNDES PARA RODOVIAS
(R\$ MILHÕES CONSTANTES DE DEZ/2019)



Fonte: BNDES – Séries Setoriais, dezembro de 2019. Elaboração e análise: GO Associados.

Fonte: [QSEh/](#)

178. Os efeitos da alteração da política creditícia do BNDES, por orientação do Poder Concedente e seu acionista controlador (a União), imediatamente impactaram o Contrato de Concessão da Requerente, como, de resto, todos os demais contratos da terceira etapa.

179. De fato, antes dessa mudança brusca na política creditícia, as partes avançavam nas negociações para a celebração e liberação do Financiamento de Longo Prazo, quando foram surpreendidas com a desistência da Caixa (RTE 17), cuja participação acabou sendo assumida pelo BNDES, mantendo-se, quanto aos demais bancos, praticamente a mesma participação aprovada por suas respectivas diretorias. Portanto, mesmo com a retirada da Caixa, a promessa continuava mantida, **não havendo, até aquele momento, qualquer fato impeditivo à celebração do Financiamento de Longo Prazo.**

180. Entretanto, a partir de outubro de 2016, o BNDES (já sob comando da nova diretoria) **passou a exigir da Requerente novas condições** para prorrogar o vencimento das dívidas e celebrar o contrato de Financiamento de Longo Prazo, cujo acordo – vale lembrar – já estava selado desde fevereiro de 2016. Essas **novas condições** que passaram a ser exigidas – (i) prestação de fiança corporativa pela Construtora Triunfo S.A e (ii) prestação de fiança pelos controladores pessoas físicas do grupo Triunfo – **nunca integraram a Carta de Apoio dos Bancos Públicos e tampouco a decisão de aprovação da Diretoria do BNDES.**

181. Ou seja, diversamente do que alegado pela ANTT, o BNDES não ofertou o empréstimo nas condições desejadas, com rejeição pela Concessionária. Como pontuado, o BNDES **inovou** na exigência de garantias à Concebra e seus controladores, conforme indicado nos itens abaixo sinalizados, apresentados em carta do banco endereçada à TPI (controladora da Concebra) em dezembro/2016:

PR

U

1

Luciene Machado
Luciene Ferreira Monteiro Machado
Superintendente
Área de Saneamento e Transporte



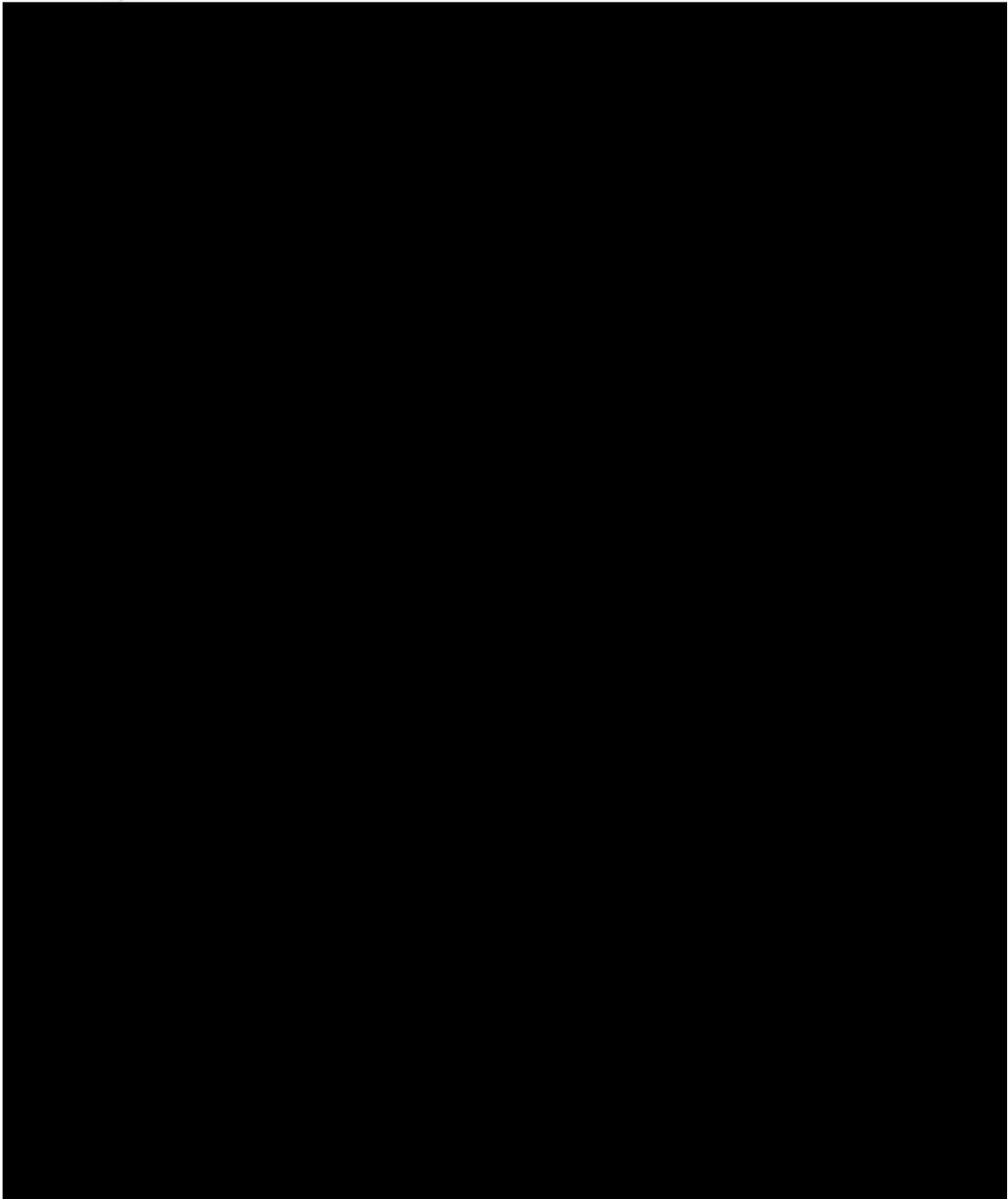
Classificação: Documento Controlado – Sigilo bancário e empresarial
Restrição de Acesso: Empresas do Sistema BNDES - Uso no Âmbito Interno
Unidade Gestora: AST (classificação conforme OS PRESI 01/2015-BNDES)

- prestação de fiança corporativa pela Construtora Triunfo S.A. (para as operações de financiamento de ambas as empresas - Contrato nº 14.2.1275.1² e Contrato nº 14.2.0495.1);
- prestação de fiança pelos controladores pessoas físicas do grupo Triunfo (para as operações de financiamento de ambas as empresas); e

182. Essas novas exigências, não usuais de serem demandadas em projetos dessa natureza, não estavam contempladas nas condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, que previa modalidade de um **project finance**³⁸, em que tanto a dívida quanto o patrimônio utilizado para financiar o projeto seriam liquidados a partir do fluxo de caixa gerado pelo próprio projeto.

183. Isto estava claro na Carta encaminhada pelo BNDES em resposta à consulta sobre o enquadramento do projeto da Requerente:

³⁸ Project finance is the funding (financing) of long-term infrastructure, industrial projects, and public services using a non-recourse or limited recourse financial structure. The debt and equity used to finance the project are paid back from the cash flow generated by the project.



184. Especificamente sobre as novas exigências do BNDES, esclarecedor é o parecer da lavra do economista Gesner Oliveira ao pontuar as condições então previstas na Carta dos Bancos Públicos:

- A Carta dos Bancos Públicos trazia, ainda, a Estrutura Básica de Garantias, composta dos seguintes itens:
- Penhor das ações da SPE;
 - Outorga do direito de assumir o controle da beneficiária (step in rights);
 - Cessão fiduciária dos direitos emergentes do contrato de concessão;
 - Cessão fiduciária de direitos creditórios e recebíveis, com

constituição de conta centralizadora; e • Constituição de conta reserva (3 vezes o serviço mensal da dívida).

Além disso, a composição do pacote de garantias era variável, de acordo com a fase do projeto: fase pré-operacional, fase operacional e empréstimo ponte.

1) Fase Pré-Operacional: período anterior à conclusão técnica e financeira do projeto. Além das garantias constantes no item “Estrutura Básica de Garantias”, haveria a composição das seguintes garantias: • Fiança corporativa dos controladores ou fiança bancária; • Contrato de Suporte de Acionistas (ESA); • Seguro-garantia para cobertura dos riscos alocados ao concessionário.

(...)

A estruturação do financiamento com limitação de recursos aos acionistas deveria incluir os itens listados abaixo, de modo a assegurar a conclusão técnica e financeira do empreendimento e mitigar os riscos inerentes a essa Fase: • Contratos de construção, fornecimento e serviços que transfiram os riscos de sobrecustos para o contratado, preferencialmente na modalidade “EPC turn key lump sum”; • Garantia emitida pelo FGIE/ABGF6, ou por outros mecanismos contratuais com funções equivalentes, para a mitigação de riscos não gerenciáveis, não afastando o comprometimento limitado dos acionistas que proporcione liquidez ao projeto; • Pacote de seguros em que os direitos à indenização sejam cedidos em favor dos financiadores, incluindo seguro-garantia em termos que ofereçam liquidez necessária para reparação tempestiva do dano; e • Contrato de Suporte de Acionistas para o capital próprio (ESA Capital). A composição das garantias na fase pré-operacional poderia, ainda, ser alterada em razão da geração de caixa do projeto.

2) Fase Operacional: após a conclusão técnica e financeira do projeto. Além das garantias constantes no item “Estrutura Básica de Garantias”, deveria haver o cumprimento de covenants operacionais e financeiros, dentre eles o ICSD.

3) Empréstimo Ponte: • Condições financeiras: TJLP + até 2% a.a. • Volume: equivalente a até 30% do financiamento de longo prazo. • Início do desembolso: em até 90 dias após a assinatura do contrato de concessão (atendidas as condições usualmente exigidas pelas instituições Financeiras). • Vencimento: definido em função do prazo para a estruturação da operação de longo prazo, limitado à primeira liberação de recursos da operação de financiamento de longo prazo. • Garantia: Preferencialmente Fiança Corporativa ou Fiança Bancária.

O enquadramento das operações e o estabelecimento das condições definitivas do financiamento dependeriam da análise econômico-

financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz das Políticas de Crédito e Operacionais das instituições financeiras.

185. O mesmo parecer confere destaque às novas condições que passaram a ser exigidas pelo BNDES, **alterando completamente o cenário de financiamento prometido para a Concessão:**

Devido a novas exigências do BNDES, somente em fevereiro de 2016 o financiamento de longo prazo foi aprovado. Do valor total a ser financiado, R\$ 2,517 bilhões de recursos viriam diretamente do BNDES e R\$ 1,071 bilhão da Caixa Econômica Federal, totalizando R\$ 3,588 bilhões. Em setembro de 2016, a Caixa Econômica Federal informou que não efetuará o repasse que se comprometera. No mês seguinte o BNDES confirmou que assumiria essa parcela dos recursos. Enquanto a Concessionária aguardava a liberação dos recursos, a Concer, coligada do grupo, não honrou um financiamento vencido e teve suas garantias executadas pelo BNDES. Ao final desse ano, o BNDES encaminhou a Carta DIR 5 no 13/2016 e DIR 3 no 9/2016, de 28 de dezembro de 2016, endereçada à Triunfo Participações e Investimentos S.A. e à CONCEBRA – Concessionária de Rodovias Centrais do Brasil S.A. **colocando condições que alteraram completamente o cenário de financiamento da Concessão. O Banco comunicou formalmente que a efetivação do financiamento de longo prazo dependia da prestação de fiança pelos controladores pessoas físicas do grupo Triunfo (23)**

186. E o parecer não passa ao largo da ilegalidade das novas exigências, cujo propósito, ao fim e ao cabo, era **inviabilizar a concessão do empréstimo de longo prazo:**

Tal garantia na pessoa física ultrapassa o nível razoável de exigência por vários motivos:

- O financiamento de longo prazo foi aprovado pelo BNDES meses antes da referida carta, suportado por garantias normais de Project Finance. Ou seja, as análises do Banco mostravam, por suposto, que o projeto era viável e que havia segurança suficiente para concessão do financiamento.
- Essa exigência não constava na ampla lista de garantias previamente informadas às concessionárias (Carta dos Bancos Públicos), e que poderiam ser invocadas pelo Banco na estruturação dos financiamentos.

- Nessa lista há instrumentos garantidores bastante fortes e que poderiam ser utilizados para, se fosse o caso, aumentar a segurança do Banco no pagamento dos empréstimos. Um exemplo é o ESA, discutido em maiores detalhes abaixo.
 - As garantias lastreadas em patrimônio da pessoa física praticamente não fazem parte do arcabouço de garantias utilizadas na estruturação de projetos da natureza que se está lidando.
 - Mesmo nas sociedades empresariais (por exemplo as Sociedades Limitadas e as S.A's) se observa clara limitação de responsabilidade dos acionistas, não chegando a garantias lastreadas em patrimônio da pessoa física.
- Por todos esses motivos, aliados aos fatos narrados ao longo das seções anteriores deste Parecer, é crível dizer que tal exigência procurou tão somente inviabilizar a concessão do empréstimo de longo prazo. (destacou-se)

187. Cabe refutar, ainda, as alegações de “divergência da expectativa da Concebra acerca dos valores do financiamento” e de “revisões de orçamento do projeto feitas pela Postulante” contidas na aludida Nota AST/DECRO nº 031/2020. Afinal, a Concessionária jamais questionou os valores do Financiamento de Longo Prazo, bem como não apresentou nenhuma revisão de orçamento após a aprovação da Diretoria do BNDES em fevereiro de 2016.

188. A despeito da manifesta ilegalidade das novas condições que passaram a ser exigidas pelo Banco, a Requerente e a acionista TPI ainda assim se propuseram a ofertar novas garantias idôneas, **abusivamente recusadas** pelo Banco, que passou a exigir o pagamento imediato da dívida de curto prazo.

189. A postura assumida a partir de então pelo BNDES, de negativa e descumprimento da promessa de disponibilização de crédito nos moldes aprovados por sua Diretoria, foi amplamente noticiada na mídia como **decorrente da brusca mudança de orientação de política pública pelo Poder Concedente**, sobretudo através de seu **poder de decisão como acionista controlador dos bancos públicos** (vide a respeito as considerações do item 71 das Alegações Iniciais).

190. Em acréscimo às notícias citadas nas Alegações Iniciais, vale registrar que, em seu livro “Vontade Inabalável”, a então Presidente do BNDES, Maria Silvia Bastos Marques, registra que, em outubro de 2016, o banco de fomento mudou por completo as novas condições de financiamento para o modal rodoviário, exatamente o período em que o banco de fomento, inovando por completo, começou a exigir

novas garantias à Concebra e a emperrar o Financiamento de Longo Prazo já aprovado por sua antiga diretoria:

Em outubro de 2016, anunciamos as novas condições de financiamento para os modais aeroportuários e rodoviários e para saneamento, mobilidade e energia.

(...)

Em 05 de janeiro de 2017, divulgamos a revisão completa das políticas operacionais, a mais ampla em nove anos, realizada com participação de todas as áreas e níveis hierárquicos e também com debates externos.

191. Observe-se que, coincidentemente, em fevereiro de 2017, o BNDES executou o empréstimo-ponte.

192. Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a Requerida, a frustração do Financiamento de Longo Prazo decorreu de motivação macroeconômica, consubstanciada na **modificação da política de crédito levada a efeito pelo Poder Concedente** (a União) como consequência da drástica alteração do cenário causada pela forte crise política e econômica que assolou o País nos anos subsequentes à assinatura do Contrato de Concessão.

193. Tal fato está categoricamente demonstrado no parecer do economista Raul Velloso, que assim concluiu:

Em resumo, a **Concebra não obteve crédito subsidiado por decisão governamental, e não por não preencher os requisitos necessários**. Não cabe portanto, responsabilizá-la pelo aumento de custo financeiro que terá de arcar caso tenha de recorrer ao setor privado para se financiar. (destacou-se)

194. Como se vê, não prosperam as alegações da Requerida na tentativa de desviar o foco do real motivo da não concessão do Financiamento de Longo Prazo. Sequer a tão invocada declaração prestada pelo BNDES (R39) tem o condão de desconstituir materialmente essa evidência, pois, como demonstrado, as causas ali imputadas à Requerente estão vinculadas a exigências que, além de manifestamente ilegais e desarrazoadas, são supervenientes e inovadoras em relação às condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, sob a égide das quais foi aprovada a liberação do Financiamento pela Diretoria Colegiada da BNDES.

195. Ainda sobre o conteúdo de tal declaração, cabe observar que a **avaliação preliminar que o banco afirma realizar** – (i) *análise cadastral do cliente*, (ii)

classificação de risco de crédito (rating) do projeto e de seus garantidores e (iii) análise da viabilidade jurídica, ambiental e econômica do cliente, do empreendimento e das(os) eventuais garantias/garantidores – foi integralmente atendida dentro do processo de aprovação do empréstimo de longo prazo da Concebra, que culminou na aprovação da Diretoria do BNDES em fevereiro de 2016.

196. Ou seja, a Concebra passou por todo esse processo descrito pela ANTT e pelo BNDES, ocasião em que **não se identificou nenhum óbice que impedisse a referida aprovação**, não sendo sequer razoável invocar como obstáculo evento ocorrido dez meses após essa constatação, quando a situação de uma coligada do grupo (a Concer) se deteriorou, aliás, por motivos igualmente justificáveis.

197. Os e-mails trocados pela Concebra com o jurídico do BNDES demonstram que, mesmo após a aprovação da Diretoria em fevereiro de 2016, não só a Concebra mas também o banco já estavam em condições de assinar o contrato:



Caros,
Segue a versão final. Impa.

Att,

Bruno de Mello Navarro
Advogado
Área de Infraestrutura
Departamento de Transportes e Logística
Av. República do Chile, 100 - 11º andar
Rio de Janeiro - RJ
Tel.: (21) 2172-7690

Classificação: Controlado
Restrição de acesso: Empresas do Sistema BNDES e Destinatário(s)
Unidade gestora: AIE/DELOG (classificação conforme OS PRESI 01/2015-BNDES)



Caros,

Após conversar com o Jurídico da Área, que chancela a minuta do Contrato, nossas propostas de alteração foram aceitas. Alertaram-me, também, que houve ajuste nas cláusulas de compliance dos nossos Contratos, que deverão estar refletidas no Finem e no Repasse. Não há mudança substancial.

Para facilitar o exame, aceitei todas as alterações que já havíamos acordado e fiz novas alterações marcadas nas referidas cláusulas. Confirmo o anexo.

[anexo "Finem Concebra - assinatura _ alterações marcadas 2.docx" removido por Bruno de Mello Navarro/BNDES]

O Daniel me disse que a Concebra já assinou a página 40 dos instrumentos. Sem problemas: foi possível manter a paginação.

Att,

Bruno de Mello Navarro
Advogado
Área de Infraestrutura
Departamento de Transportes e Logística
Av. República do Chile, 100 - 11º andar
Rio de Janeiro - RJ
Tel.: (21) 2172-7690

Classificação: Controlado
Restrição de acesso: Empresas do Sistema BNDES e Destinatário(s)
Unidade gestora: AIE/DELOG (classificação conforme OS PRESI 01/2015-BNDES)

Tratativas para o longo prazo

 Daniel Severo Amaral
Para: gabinete.volado@bnides.gov.br

Gabriela bom dia:

Já estamos entrando em novembro e estou preocupado com os prazos. Me parece muito apertado visando a contratação início dezembro. Vc tem alguma expectativa com relação a análise dos contratos anteriores e os ajustes que precisam ser feitos?

Desde já agradeço-lhe.



Daniel Amaral
Diretor Administrativo Financeiro
Financial Administrative Director
trunfoconcebra.com.br +55 62 3623 8900
+55 62 3627 9900
Rua Canajá, Qd. E8, Lt.5
Alphaville Hortolândia
74884-004 - Goiânia - GO



198. Está claro, portanto, que a conjuntura que levou ao rompimento contratual entre as partes não adveio da análise pontual do *project finance* da Requerente, como sugerido pela Agência. Muito pelo contrário, o projeto teve sua aprovação pela Diretoria do BNDES e o empréstimo estava apto a ser ultimado, somente não vindo a se consagrar em decorrência da mudança radical de política pública que levou o banco a passar a negar o subsídio anteriormente ofertado para atração dos investidores.

199. Por fim, voltando à recentíssima Nota do BNDES (R-39) produzida post hoc por encomenda da Requerida, é possível desde já, apesar de todos os problemas processuais já apontados, apontar contradições e inconsistências prima facie no documento e na sua utilização pela Requerida, quais sejam:

200. (i) o próprio BNDES deixa consignado que, para a produção da Nota, não teve acesso às informações e alegações da Concebra, tendo se limitado a responder quesitos específicos selecionados pela ANTT;

201. (ii) o BNDES afirma que a desistência da Caixa Econômica Federal foi um dos motivos da não contratação do empréstimo de longo prazo, desistência esta que desde as Alegações Iniciais a Requerente consignou, com tinta forte, que isso se deu por um lacônico e-mail, sem qualquer justificativa técnica, do que se poderia presumir também simples alteração de política creditícia por instituição financeira da União (todavia, a desistência foi de menor relevância, porque a parte que lhe cabia foi assumida pelos demais bancos);

202. (iii) a afirmação do BNDES de que “quanto maior o deságio vencedor de uma concessão, maiores são os desafios de estruturação financeira da concessão” é feita apenas em tese – e, a rigor, é de uma obviedade acaciana. A frase genérica do banco, na verdade, vem logo após ele afirmar não ser possível responder a um dos quesitos “de maneira assertiva”.

203. (iv) em nota de rodapé (n. 4), o próprio BNDES afirma que “a análise do empréstimo de longo prazo foi realizada no momento em que o Brasil passava

por crise econômica, levando à revisão das perspectivas de crescimento do país e, conseqüentemente, do tráfego da CONCEBRA. Segundo suas premissas para o crescimento do país e de elasticidade (crescimento do PIB vs tráfego), a equipe de análise do BNDES teve um diagnóstico menos 'otimista' do que os acionistas da CONCEBRA para a geração de caixa do projeto, afetando diretamente o tamanho do financiamento que poderia ser concedido". Ora, se a Requerida sustenta que a crise econômica nunca impactou a propensão do BNDES a conceder o *funding* e a manter as condições originais da Carta dos Bancos Públicos, é compreensível que tenha omitido, em sua resposta às Alegações Iniciais, essa inconveniente nota de rodapé?

204. (v) outro trecho da Nota do BNDES que parece não ter destaque na tese da Requerida é aquele em que o banco afirma, como uma consideração em tese, que "[o]utra solução possível para se mitigar deságios agressivos se encontra no art. 15, §3, da Lei Federal n. 8987/1995". Ora, essa norma da Lei de Concessões determina algo extremamente grave: que "no julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: [...] O poder concedente recusará propostas manifestamente inexecutáveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação". O que quis dizer o BNDES com essa afirmação? Insinuar que que o Poder Concedente foi omissivo e consagrou vencedor na licitação um projeto temerário elaborado pela Concebra? Isso terá que ser melhor explicado e demonstrado no processo pela parte que trouxe o documento.

5.3. O RECONHECIMENTO PÚBLICO DO EXTRAORDINÁRIO IMPACTO CAUSADO NO CONTRATO DE CONCESSÃO EM DECORRÊNCIA DA ALTERAÇÃO DA POLÍTICA CREDITÍCIA

205. A consequência da alteração da política de crédito pelo Poder Concedente, encampada pelo BNDES, foi suficientemente detalhada nas Alegações Iniciais da Requerente: as condições de viabilidade do Contrato de Concessão acabaram se desconfigurando e, ao longo do período de sua execução, tornaram-se inviáveis as obrigações assumidas pela Concessionária, que se viu obrigada a incorrer em custos adicionais não previstos na proposta apresentada.

206. Ou seja, o recuo do BNDES desmantelou a estrutura do financiamento outrora garantido pela União, atingindo todo o planejamento da Requerente e a viabilidade econômico-financeira do empreendimento nos termos da modelagem

estruturada, levando o Contrato ao grave desequilíbrio econômico-financeiro que se busca corrigir na presente arbitragem.

207. Essa grave situação – que atingiu não apenas o Contrato de Concessão titulado pela Requerente, mas a quase totalidade dos Contratos de Concessão rodoviária firmados em âmbito federal, especialmente aqueles que integram a 3ª Etapa PROCROFE –, assim como **sua causa**, foi objeto de reconhecimento expresso das autoridades públicas.

208. Como amplamente demonstrado pela Requerente em suas Alegações Iniciais (itens 82 a 84), o próprio Governo Federal acabou confirmando expressamente a absoluta **inviabilidade de cumprimento das obrigações** constantes de todos esses contratos nas Exposições de Motivos da Medida Provisória nº 800, de 18/09/2017, e da Medida Provisória nº 752, de 24/11/2016.

209. Sobre esse reconhecimento irrevogável e irretroatável expresso na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 800, de 18/09/2017 — que estabeleceu as diretrizes para a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais —, é oportuno trazer à baila, novamente, a seguinte transcrição:

“3. Com o início dos contratos, ao contrário do que se projetava para a economia brasileira, o que se constatou foi uma grave deterioração das variáveis macroeconômicas no cenário nacional nos últimos anos, com dois anos sucessivos de quedas expressivas no Produto Interno Bruto (PIB), de 3,8% em 2015 e 3,6% em 2016.

Esse cenário trouxe restrições à liquidez financeira de outrora, inviabilizando a tomada de empréstimos de longo prazo nas condições veiculadas quando da elaboração do Programa de Investimentos em Logística – PIL. À época da realização dos leilões dos sistemas rodoviários em questão, o Brasil passava por período de forte crescimento econômico, tendo registrado crescimento médio anual do PIB de aproximadamente 4% no período 2010-2013. A crise econômica atingiu fortemente a modelagem prevista para esses contratos, a partir das já mencionadas quedas no PIB.

4. A retração econômica acarreta prejuízos às concessões rodoviárias em diferentes frentes. Primeiramente, a geração de receita por parte da concessão é drasticamente afetada devido à queda do volume de tráfego geral da rodovia. Esse movimento é ainda mais acentuado sobre os veículos pesados, os quais 31 possuem forte elasticidade em relação ao comportamento do PIB, além de responderem pelos maiores multiplicadores tarifários. Destarte, a arrecadação das concessões vem se descolando sobremaneira das projeções realizadas quando da elaboração dos estudos de viabilidade que orientaram os

lances ofertados nos leilões realizados. Em segundo lugar, houve impacto na capacidade de captação de recursos financeiros por parte das **concessionárias de serviço público**. Em grande medida como consequência do primeiro efeito, os projetos passaram a não mais atender às condicionantes previstas nas políticas operacionais dos bancos financiadores, resultando na limitação do volume de recursos passíveis de financiamento.

5. Nesse sentido, além de todas as dificuldades operacionais e técnicas que tal exigência pudesse ocasionar, quando um grande volume de investimentos concentrados em um curto espaço de tempo, no caso as duplicações, é contextualizado com a grave crise econômica, com os problemas enfrentados pelas concessionárias em relação aos financiamentos e à variação da demanda, percebe-se que o projeto fica, de fato, sujeito a uma vulnerabilidade considerável. Aumenta-se, com isso, o risco do descumprimento das obrigações contratuais pelas concessionárias, o que por sua vez leva à aplicação das penalidades respectivas, o que promove o agravamento das condições financeiras da empresa, e o que resulta, ao fim, na paralisação do serviço, em prejuízo aos usuários da via." (destacou-se)

210. Conquanto a Requerida se esforce em descaracterizar referidos atos públicos como reconhecimento do próprio direito ao reequilíbrio contratual, extrai-se dali, ao menos, a **confissão** quanto ao **nexo de causalidade existente entre o recuo na política creditícia e o descompasso causado sobre os Contratos de Concessão**. De fato, houve claro assentimento de que **a vulnerabilidade dos projetos decorreu da grave crise econômica, "com os problemas enfrentados pelas concessionárias em relação aos financiamentos e à variação da demanda"**.

211. Esse reconhecimento público do governo federal foi bem ressaltado na *Legal Opinion* de Egon Bockmann Moreira (RTE 198):

É certo que tais financiamentos extraordinários não existiram. Ademais, é incontroverso que a situação econômica nacional se agravou. Os alicerces das finanças do projeto concessionário restaram abalados, como restou expressamente reconhecido (fato público, notório e incontroverso) quando da edição da Medida Provisória 800/2017, cuja exposição de motivos declara que o contrato experimentou os efeitos da grave crise econômica havida, bem como sua relação com os financiamentos e a queda na demanda das concessões. (destacou-se)

212. Inclusive, é oportuno reiterar que **a própria ANTT também reconheceu a inviabilidade de execução contratual quando enquadrou a Requerente na Medida**

Provisória nº 800/2017 (RTE 21), editada pelo Governo Federal para permitir a reprogramação de investimentos em concessões de rodovias, a partir da inviabilidade dos respectivos contratos em virtude da crise **e das restrições nas condições de financiamento**, o que se deu por meio do Memorando nº 28/2018/GEROR/SUINF (RTE 21), que subsidiou a **autorização de sua Diretoria Colegiada para a celebração do segundo aditivo contratual**, que suspenderia as obrigações de investimento vincendas e as multas correspondentes.

213. Vale reproduzir o trecho da decisão tida na 752ª Reunião de Diretoria da ANTT (RTE 22), com fundamento no Voto DSL 060/2018 (RTE 23), que deu origem à Deliberação 89/2018 (RTE 24):

(...) Por unanimidade, **foi aprovada a proposta de Deliberação por autorizar a celebração do Segundo Termo Aditivo** ao Contrato relativo ao Edital n.º 004/2013, celebrado entre esta Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e a Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S/A - CONCEBRA, **tendo como objetivo disciplinar a suspensão das obrigações de investimentos vincendas e as multas correspondentes, bem como as condições em que os serviços continuarão sendo prestados pela Concessionária**. Por fim, **cumprressaltar que considerando que a MP nº 800/2017 ainda tramita no Congresso Nacional**, passível, portanto, de alterações em seu texto original ou mesmo de não ser aprovada naquela Casa Legislativa Federal, é importante ter claro que com a conversão da referida MP em Lei, o objeto do referido Termo Aditivo manterá sua plena eficácia. Caso a Medida Provisória não seja convertida em Lei, o Termo Aditivo perderá seu objeto. (destacou-se)

214. É importante também recordar que a reprogramação somente não veio a ser ultimada porque a Agência não deu seguimento ao processo durante a vigência da MP n.º 800/2017 (decisão que afronta o ordenamento jurídico pátrio, frise-se), arquivando-o em razão da perda de sua eficácia a partir de sua não conversão em lei pelo Congresso Nacional (RTE 25).

215. Assim, por culpa exclusiva da ANTT – mediante atitude unilateral e arbitrária, manifestamente ilegal e inconstitucional –, a Concebra não pôde se socorrer da referida MP nº 800/2017 para reprogramar os investimentos previstos no PER, especialmente aqueles relativos às obras de ampliação de capacidade.

216. Cita-se, ainda, o Memorando nº 876/2018/SUINF – que encaminha o documento **Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das**

Concessões Rodoviárias Federais –, veiculado pelo Ofício Circular nº 001/2018/DR/ANTT (RTE 26), pelo qual também a ANTT reconheceu (embora agora insista em negar) que as concessões rodoviárias tiveram seu **desempenho afetado pela queda acentuada do tráfego e pela restrição de acesso às linhas de crédito ofertadas previamente à crise** (itens 90 e 91 das Alegações Iniciais):

4. Os impactos de combinação desses efeitos diretos (queda no tráfego) e indiretos (condições de financiamento) são apresentados, demonstrando-se que, atualmente, **as obras de grande vulto encontram-se praticamente paralisadas, acumulam-se multas e inexecuções, que tendem a se agravar com a aplicação dos devidos descontos tarifários, levando a uma situação de insolvência generalizada.** (destacou-se)

217. O Diagnóstico elaborado pela ANTT e por ela enviado a diversas autoridades não poderia ser mais explícito sobre a **viabilidade** dos projetos:

“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).” (p. 4, grifos nossos)

218. Não é demais reiterar que a força desse documento como verdadeiro ato de confissão da autarquia – que a ANTT, em *venire*, busca invalidar – já foi inclusive reconhecida judicialmente pela Juíza Kátia Balbino, da 3ª Vara Federal/DF, em ação da concessionária ViaBahia (item 243 das Alegações Iniciais - RTE 41).

219. A Requerida, entretanto, em **indisfarçável exercício de má-fé processual**, tenta desesperadamente desqualificar o referido documento de forma veemente como sendo “apócrifo”. Ora, a Requerente tem enorme dificuldade em compreender tal afirmação, considerando que o adjetivo “apócrifo” significa, de acordo com o *Dicionário Houaiss*, “falso”, “que não apresenta autenticidade”, a qualidade de uma “obra falsamente atribuída a um autor ou de cuja autoria se tenha dúvida”, tendo como antônimos “legítimo” e “verdadeiro”.³⁹

³⁹ https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v5-4/html/index.php#1

220. Trata-se de documento enviado por meio do Ofício Circular 01/2018, de 18 de setembro de 2018, da Diretoria Geral da ANTT, assinado pelo Diretor-Geral Substituto Sérgio de Assis Lobo, a onze autoridades públicas e líderes de organizações da sociedade civil, como follow-up ou desdobramento da Audiência Pública da Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados realizada em 14 de agosto de 2018 (RTE-26):



Ofício-Circular nº 001 /2018/DG/ANTT

Brasília, 17 de setembro de 2018.

Ao
Presidente da Comissão de Viação e Transportes – CVT
Presidente do Tribunal de Contas da União – TCU
Ministro Bruno Dantas do Tribunal de Contas da União – TCU
Ministro dos Transportes, Portos e Aviação Civil – MTPA
Procurador Frederick Lustosa de Melo - Ministério Público Federal – MPF
Secretário da SeinfraRodoviaAviação do Tribunal de Contas da União – TCU
Secretário Especial do Programa de Parcerias de Investimentos – SPPI
Presidente da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR
Presidente da Confederação Nacional de Transportes – CNT
Presidente da Confederação Nacional da Agricultura – CNA
Presidente da Confederação Nacional da Indústria – CNI

Assunto: **Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais**

Referência: **Encaminhamentos da audiência pública realizada na Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados em 14/08/2018**

1. Servimo-nos do presente para encaminhar o Memorando nº 876/2018/SUINF, de 12 de setembro de 2018, o qual traz anexo documento intitulado "Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais", a partir das reflexões apresentadas por esta Agência na audiência pública realizada na Comissão de Viação e Transportes (CVT) da Câmara dos Deputados, no dia 14 de agosto de 2018.

221. O registro da Audiência Pública é facilmente encontrado no *website* da Câmara dos Deputados⁴⁰.

⁴⁰ 1. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cvt/audiencias-publicas/audiencias-publicas-2018/discutir-a-situacao-atual-dos-contratos-de-concessoes-rodoviaras>

Presidência 14/08/2018 11h04
Membros 
Subcomissões CÂMARA DOS DEPUTADOS

Projetos de lei e
outras proposições
na Comissão

COMISSÃO DE VIAÇÃO E TRANSPORTES
55ª Legislatura - 4ª Sessão Legislativa Ordinária

Em tramitação na
Comissão

PAUTA DE REUNIÃO ORDINÁRIA
AUDIÊNCIA PÚBLICA
DIA 14/08/2018

Aviso de prazo para
emendas

LOCAL: Anexo II, Plenário 09
HORÁRIO: 09h30min

Aguardando parecer
do relator

TEMA: "Discutir a situação atual dos contratos de concessões rodoviárias (Req. CVT 318/18, do deputado Domingos Sávio)"

Aguardando
designação de
relator

CONVIDADOS:

Reuniões

MARIO RODRIGUES JÚNIOR - Diretor-Geral da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; (Apresentação)

Audiências públicas

DINO ANTUNES DIAS BATISTA, Secretário de Fomento e Parcerias do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil;

Seminários e outros
eventos

LUIZ FERNANDO URURAHY DE SOUZA - Secretário da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil do Tribunal de Contas da União - TCU;

Documentos

CÉSAR BORGES - Presidente da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR; (Apresentação)

Normas e súmulas

FREDERICK LUSTOSA DE MELO - Procurador da República do Ministério Público Federal.

222. É possível na mesma página obter em formato PDF a apresentação de slides de *Power Point* feita no dia pelo Diretor-Geral da ANTT, Dr. Mario Rodrigues Junior (RTE-27), já trazido aos autos nas Alegações Iniciais (p. 47, parágrafo 121). O *Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões* é claramente um memorando técnico que detalha a apresentação executiva feita na audiência pública, com o mesmo racional, os mesmíssimos fundamentos e idênticas conclusões.

223. A bravata processual da Requerida incentivou a Requerente a pesquisar mais elementos da famosa Audiência Pública de 14 de agosto de 2018. O resultado foi a localização de um terceiro documento livremente disponível no *website* da Câmara que documenta, com carga ainda maior de dramaticidade, o que foi discutido naquela Audiência Pública: as notas taquigráficas (RTE 199). Trazidas agora aos autos, as notas taquigráficas compõem um verdadeiro tripé documental da Audiência Pública, juntamente com os *slides* de *Power Point* e o documento *Diagnóstico*.

224. A leitura das Notas Taquigráficas, no contexto do referido tripé documental, confirma de maneira impressionante as teses da Requerente. Nelas, a palavra "caos" aparece 9 (nove!) vezes. Pela ANTT, falaram o titular da SUINF, Fábio Luiz Lima de Freitas, e o Diretor-Geral, Mario Rodrigues Junior. Em sua exposição técnica, o titular da SUINF descreveu o nexo de causalidade entre, de um lado, a crise econômica e, de outro, as dificuldades de financiamento e de redução de demanda que inviabilizaram as concessões da 3ª. Etapa.

225. Afirmou ele: “a insolvência é iminente, senhores. Se não fizermos nada, realmente só restará o caminho da caducidade ou da relicitação.” Entre caducidade, relicitação e uma revisão quinquenal, ele é enfático em indicar que esta última seria a melhor solução. E mais: mesmo entendendo que o risco do financiamento e da demanda é da Concessionária, defende que “se todos entendermos que há interesse público”, o caminho seria a manutenção dos contratos com pouca alteração “mas que, de certa forma, repusessem o equilíbrio econômico para que esses eles pudessem [sic], de fato, deslanchar, parando com as constantes inexecuções”. Uma repactuação que devolvesse às concessões ao caminho da sustentabilidade precisaria “também mitigar a ausência de financiamento ou a mudança das condições do financiamento”.

226. Na audiência, em sua fala institucional após a apresentação técnica, o Diretor-Geral da ANTT, **representando, sim, de fato e de direito a Agência**, adotou um tom dramático – “vou fazer aqui um desabafo e um apelo”:

“O desabafo é para dizer que hoje nós vivemos num país cujas condições todo mundo sabe: infelizmente, há uma crise fiscal e há falta de recursos. No segmento da infraestrutura, em que nós atuamos, temos uma demanda muito importante, mas, infelizmente, não temos recursos. Então, cabe a nós, gestores, criar ferramentas, sermos criativos na busca de soluções. Não adianta ficarmos só dizendo que o Brasil não tem dinheiro. E isso, às vezes — quem me conhece sabe do meu otimismo, da minha vontade, da minha dedicação em resolver os problemas; eu sou assim —, faz com que eu desanime, Deputado. Mas desanimo com ações.”

227. O apelo era por apoio institucional do Congresso, do TCU e do Ministério Público para a construção de uma solução que garantisse segurança jurídica aos servidores –sim, às pessoas físicas! – da ANTT para que pudesse ser promovida a revisão quinquenal: “Logicamente ninguém vai sair assinando nada, se todos não estivermos de acordo”. E continua:

“Vejam bem, hoje a **Agência está estudando as revisões quinquenais e está estudando a questão da relicitação**. Nós já iniciamos alguns processos de caducidade, porque infelizmente não houve outro caminho. Agora nós estamos chegando ao momento do caos. **As concessões não vão sobreviver**. Ou todos nós tentamos criar instrumentos para que se resolva definitivamente isso ou haverá um **caos**. Nós teremos, daqui a não sei quanto tempo, ou relicitação ou caducidade na maioria das concessões. Essa é a realidade. Eu não estou aqui para discursar.” [grifos nossos].

[...]

“Em relação às **revisões quinquenais**, repito, acho que nós temos amparo legal. Isso vai depender muito de como elas vão ser interpretadas. **Mas isso, na minha opinião, é a solução, por uma questão de interesse público.** É o que nós podemos dar ao usuário em termos de resultado imediato. Agradeço e peço desculpas pelo meu desabafo, Deputado. Solução nós temos, mas vai depender muito de como isso vai ser interpretado. **E nós estamos à beira de um caos.**”

228. No início de sua fala, o Diretor-Geral da ANTT fez uma referência ao ex-Ministro César Borges, presente, e que havia feito a primeira apresentação da Audiência como representante da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR):

“Eu brinco, dizendo que hoje o Ministro César Borges está na associação, mas ele iniciou a Fase 3. Ele era Ministro **quando as condições do País eram totalmente favoráveis**, e a perspectiva para essas concessões, de o Governo se prontificar em buscar interessados em oferecer... **Garantir financiamento era um dos compromissos do Governo.** Enfim, **existia toda uma situação.** E, de lá para cá, infelizmente, nós vivemos numa **crise.**” (destacou-se)

229. Voltamos, nesse ponto, ao documento *Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões*, que a ANTT, com indiscutível má-fé, qualifica de “apócrifo”. Como resta demonstrado, ele compõe, com outros dois documentos – as notas taquigráficas e a apresentação executiva em formato de *slides* – um conjunto probatório robusto sobre o reconhecimento por parte da ANTT do **nexo de causalidade entre a crise econômica, os problemas de financiamento e de demanda e a inviabilidade das concessões da 3ª. Etapa.**

230. E mais: evidencia que a própria ANTT sustentou perante parlamentares, TCU, Ministério Público Federal e Ministério dos Transportes a pertinência de se fazer com urgência o que a Requerente pede na presente arbitragem: **um reequilíbrio contatual que evite o caos!**

231. Pouco importa, para o convencimento sobre o contexto da licitação e a política pública que ela pretendia operacionalizar, se o documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões não foi formalmente aprovado pelo órgão colegiado da Diretoria da ANTT no âmbito de um processo

administrativo formal e numerado. O ponto aqui não é esse. O que é relevante é que o Diretor-Geral da Agência Reguladora, em Audiência Pública perante a Câmara dos Deputados, exercendo a função de representação institucional, externou a posição institucional da ANTT para parlamentares, inclusive na presença do Secretário de Fiscalização de Infraestrutura do TCU e de um Procurador da República, e enviou posteriormente um documento que detalha a apresentação executiva que fizera.

232. Que a Requerente venha agora alegar nos autos perante o Tribunal Arbitral que o documento é "apócrifo" deve ser motivo de enorme perplexidade. A dúvida que fica, a prevalecer qualificação tão desairosa da Requerida sobre o seu próprio documento, é se os destinatários do *Diagnóstico*, especialmente os representantes do povo brasileiro na Câmara dos Deputados, foram alertados de que a eles foi enviado pela Diretoria-Geral de uma Agência reguladora um documento "apócrifo", após o Diretor-Geral da Agência, em tom de "desabafo" e de "apelo", ter sustentado na Audiência a essência do conteúdo do documento.

233. O fato é que é indisfarçável o incômodo provocado na Requerida por documento que expressa com tanta sinceridade – desabafo e apelo – a verdadeira compreensão que a ANTT possui sobre o problema: o reequilíbrio econômico-financeiro deveria ter sido feito para se evitar o caos e a ANTT não o fez com receio dos órgãos de controle. Salvo ignorância da Requerente, não houve nenhuma manifestação posterior da Diretoria Colegiada da ANTT desautorizando a conduta da Diretoria-Geral.

234. Talvez só seja maior mesmo o incômodo provocado por uma outra conclusão que qualquer leitor das notas taquigráficas poderá por si mesmo atingir: o regulador declara perante todos os presentes que sabe o que é a coisa certa a fazer – não é o processo de caducidade, nem mesmo a relicitação, mas sim o reequilíbrio do contrato, sua repactuação com vistas a metas factíveis e uma solução de *funding* que evitem o caos. Entretanto, confessa o regulador na Audiência Pública que as pessoas físicas, os membros da ANTT estão com receio de fazer o que acham que é o certo por conta de eventual discordância dos órgãos de controle externo⁴¹:

⁴¹ (Notas Taquigráficas, p. 20.)

Repito, é muito fácil às vezes dizer que não pode. Nós temos, em minha opinião, o instrumento apropriado. Logicamente [REDACTED]

[REDACTED] Se hoje os nossos técnicos do TCU, do Ministério Público, os Ministros do TCU estiverem embasados em construir isso, nós temos como construir e nós temos como salvar, não a concessionária, mas o programa de concessões deste País, senão vai vir o caos.

O Fábio mostrou muito claramente que, se partirmos para a caducidade, primeiro, nós vamos levar 2 anos para decretar a caducidade. Com isso, provavelmente, teremos deficiência de manutenção — de investimento nem se fala. Depois serão necessários mais 2 anos para reliciar as concessões. E nós nos perguntamos quanto será a tarifa daqui a 5 anos. O quanto essa rodovia estará mais deteriorada do que ela está hoje? Quando vamos ter investimento, se só vamos assinar o contrato daqui a 5 anos, e aí, sim, começa o investimento? E nós teríamos condições de trazer tudo hoje, usando os instrumentos legais e fazendo com que esses investimentos aconteçam antes. Garanto aos senhores que hoje os contratos em repactuação, mantendo as condições contratuais, vão ser muito mais baratos do que reliciar lá na frente.

235. O receio de tomar decisões regulatórias é reiterado com total transparência pelo Diretor-Geral da ANTT:



CÂMARA DOS DEPUTADOS CD - 20
DEPARTAMENTO DE TAQUIGRAFIA, REVISÃO E REDAÇÃO – DETAQ
COORDENAÇÃO DE REGISTRO EM COMISSÕES – CORCOM
CVT (53576ª Reunião, Audiência Pública) 14/08/2018

esta Casa, aos órgãos de controle. Temos condições de criar soluções. É muito fácil dizer "não". É muito fácil acusar o gestor: "Ah, você fez isso, mas não pode!" [REDACTED] Fica difícil ser gestor público hoje em dia. Fica difícil trazer solução para o País, para o interesse público. O meu apelo é de que unamos forças para buscar soluções.

Em relação às nossas concessões, a solução única e imediata para salvar, não a

236. Constata-se, assim, infelizmente, o contraste entre, de um lado, o pomposo discurso da Requerida na introdução de sua Resposta, sobre a independência das agências reguladoras e o caráter técnico de sua atuação, e, de outro, uma confissão pública de omissão regulatória movida pelo medo de decidir e de fazer o que considera ser o correto.

237. Não, o documento *Diagnóstico* não é apócrifo. O que é inautêntica é a independência da Requerida enquanto órgão regulador que se omitiu no dever de evitar que a concessão degingolasse por causa da crise.

238. A Requerida tem plena consciência de que as condições contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos – **diretamente consideradas no EVTEA que, por sua vez, fundamentou o Edital** – correspondem à premissa essencial da modelagem econômico-financeira das concessões da 3a. Etapa, sendo as **únicas condições capazes de viabilizar o modelo de contrato cuja guardiã é ela, a Requerida, enquanto agência reguladora**. Lamentavelmente, desde que sobreveio a crise econômica que vulnerou a promessa do BNDES – pilar financeiro **INSUBSTITUÍVEL** da 3ª Etapa PROCROFE –, a ANTT, em vez de zelar pelo contrato, contribuiu para sua derrocada. Omitiu-se, por medo de decidir. No lugar da diligência que se espera da entidade autônoma num Estado Regulador, em prol da **eficiência da política pública**, o que se viu foi uma inacreditável sequência de negativas a pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro. Em vez da busca proativa de alternativas inteligentes e sustentáveis, a condenável postura de lavar as mãos, apostar no **caos** e na falência da Concessionária. Não parece ser esse o figurino da moderna e heroica agência reguladora que a Requerida descreve de maneira professoral no início de sua Resposta.

239. E ainda que esse documento não fosse apto ao reconhecimento do direito ao reequilíbrio, como manifestado por outro Tribunal Arbitral em caso citado pela Requerida, certo é que a desconsideração dessa prova isolada em nada afetaria a robusta evidência extraída dos demais elementos de prova invocados pela Requerente, todos convergentes em confirmar a sua tese.

240. Somam-se a esses elementos as diversas manifestações do atual Ministro da Infraestrutura, Tarcísio Gomes de Freitas, também voltadas ao reconhecimento da grave e desproporcional desestabilização da equação econômico-financeira dos Contratos de Concessão, como se colhe das transcrições dos itens 96 a 99 das Alegações Iniciais, às quais a Requerente mais uma vez remete a leitura dos árbitros para evitar transcrições desnecessárias, até porque já destacadas na Ordem Processual n. 03.

241. Em acréscimo àquelas declarações, cumpre trazer à baila a declaração prestada pelo Superintendente de Infraestrutura Rodoviária da ANTT, Fábio Luiz Lima De Freitas, em 14/08/2018 na Comissão de Viação e Transportes da Câmara Federal, convergente com as evidências já ressaltadas sobre os impactos decorrentes da mudança nas condições de financiamento:

Só para tentar exemplificar, aqui nós trouxemos um gráfico do **efeito da mudança nas condições do financiamento**, não é só da não oferta

de financiamento. Houve casos em que nem ofertado o financiamento foi; houve casos em que o financiamento ofertado foi menor ainda do que este que simulamos. Mas, numa simulação básica, se saísse daquelas condições iniciais de 5% ao ano para 7,5% e de 70% para 50%, o **payback sairia do 8º ano para o 16º ano, ou seja, nós iríamos ter que afundar recursos, em termos de capital, durante 16 anos naquela concessão. Ela não consegue se pagar durante 16 anos, quando o cenário inicial era de 8 anos.** (destacou-se)

242. A afastar de vez qualquer dúvida sobre a verdadeira causa que levou ao desequilíbrio contratual e a insistente acusação de que a Requerente teria sido ineficiente nas projeções de seu projeto e na gestão do seu contrato, é oportuno reiterar que o Poder Judiciário, em diversas oportunidades, reconheceu que o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da quebra de confiança legítima em razão da frustração da promessa do financiamento público foi uma constante nos diversos contratos de concessão da 3ª Etapa PROCROFE, que sofreram os **efeitos de fatos imprevisíveis de altíssimo impacto e relevância** (itens 198 a 205 das Alegações Iniciais).

243. No específico caso da Requerente, a sentença cautelar que lhe foi favorável teve como fundamento central o **princípio da confiança legítima do administrado**, com expresse reconhecimento de que *“os empréstimos liberados por banco de fomento não estão sequer próximos dos valores de outrora, o que, sem sombra de dúvidas, muda o equilíbrio econômico-financeiro, elemento de contrato administrativo”*.

244. Como já pontuado pela Requerente, **deu-se ali a valoração correta ao evento absolutamente excepcional e inesperado que alterou drasticamente o equilíbrio do contrato**, que as alegações da Requerida, despidas de qualquer substrato fático ou jurídico válido ou sério, não conseguiu desconstituir.

245. Finalmente, em acréscimo aos elementos de prova já ressaltados, registra-se, mais uma vez, que a tese ora sustentada pela Requerente foi recentemente corroborada na petição de aditamento apresentada pelo Ministério Público Federal nos autos da ação civil pública n. 1001854-57.2018.4.01.3802, movida em face da Concessionária e da ANTT perante a 4ª Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, que tem por objeto alegações de descumprimento do cronograma de obras do Contrato de Concessão objeto desta arbitragem. O pleito ali deduzido pelo Parquet Federal para inclusão da União no

polo passivo daquela demanda ratifica o nexo causal daquele fato com a redefinição da política pública de crédito adotada pelo BNDES, com identificação da possibilidade de sua responsabilização pelos problemas decorrentes da inexecução contratual.

5.4. A FRUSTRAÇÃO DO FINANCIAMENTO DE LONGO PRAZO COMO EVENTO EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL APTO A ATRAIR A CLÁUSULA CONTRATUAL DE ALOCAÇÃO DE RISCO AO PODER CONCEDENTE. ROMPIMENTO DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO E DESEQUILÍBRIO DESPROPORCIONAL DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA ORIGINALMENTE PACTUADA. CONSEQUÊNCIAS IMPREVISÍVEIS NÃO ABARCADAS PELA MATRIZ DE RISCOS CONTRATUAL.

246. Diante das irrefutáveis circunstâncias demonstradas nos tópicos anteriores, não impressionam as considerações tecidas pela Requerida sobre a alocação de riscos do Contrato de Concessão, que se apegam à pura e simples literalidade das cláusulas contratuais, com desconsideração – proposital – de todo o contexto macroeconômico que envolve a avaliação do caso.

247. Em momento algum a Requerente pretendeu criticar a modelagem contratual ou mesmo distorcer ou rediscutir o que foi estabelecido nas cláusulas contratuais. Muito pelo contrário, os riscos **ordinariamente** alocados na responsabilidade da Concessionária – como a flutuação do volume de tráfego, o aumento de preços dos insumos e o risco pela obtenção dos financiamentos ordinários – foram previamente precificados e levados em consideração em sua proposta ofertada na licitação. O que não se poderia prever jamais – não sendo razoável exigir-se a sua precificação – são os efeitos inimagináveis da grave crise verificada e o abrupto recuo na promessa de financiamento público.

248. O que está em debate é justamente a **extraordinariedade** dos eventos danosos ao equilíbrio contratual, apta a atrair, excepcionalmente, a cláusula contratual que aloca risco ao Poder Concedente.

249. Ora, diferentemente dos riscos previsíveis, que são baseados em uma série histórica de eventos, os riscos extraordinários, como os aqui invocados, são impossíveis de serem previstos e muito menos precificados em uma proposta de tarifa de concessões rodoviárias. Ainda que todo e qualquer risco pudesse ser dimensionado, como tenta induzir a Agência, as ofertas dos competidores seriam

absurdamente distintas, já que dependeriam da imaginação na construção de cenários subjetivos, além do grau de pessimismo aplicado por cada *player*.

250. Dessa forma, seria ineficaz qualquer processo licitatório com o objetivo de igualar as condições e premissas a serem precificadas, de forma a se chegar ao preço mais completo, competitivo e equilibrado, como bem pontuado no parecer de Raul Velloso:

(...) quando o risco associado a eventos extremos é de responsabilidade da concessionária, o processo licitatório perde a capacidade de selecionar o participante mais eficiente e passa a privilegiar outros fatores que não deveriam ser levados em conta, como propensão ao risco ou a forma como são imputadas as probabilidades dos eventos. Em resumo, o processo licitatório passa a ser um "tiro no escuro".

251. Justamente por essa razão extrai-se, por óbvio, que os itens precificados pela Concessionária se restringiram exclusivamente aos riscos previsíveis, com alguma margem de segurança.

252. Ao argumentar que a Concessionária teria conhecimento de sua inteira responsabilidade pelos riscos do negócio, conforme consignado nas cláusulas 21.3 e 21.4 do Contrato de Concessão, a Agência olvida-se da excludente prevista na cláusula 21.1, que dita:

21 Alocação de Riscos

21.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

253. Como já amplamente explicitado nas Alegações Iniciais, a excepcionalidade dos eventos relatados pela Requerente – notadamente aquele relativo às alterações implementadas na política de crédito subsidiado dos bancos públicos, que é evento autônomo em relação à crise econômica, embora decorrente desta –, não pode ser resolvida à luz da mera literalidade das subcláusulas nº 21.1, 21.1.13, 26.1 e 26.3 do Contrato de Concessão, como pretende fazer crer a Requerida.

254. Conforme já se disse em exórdio, essa simplória interpretação literal, absolutamente rasa e estanque, desconsidera todas as **consequências imprevisíveis**

e de alta proporção que graves crises econômicas ou alterações drásticas em políticas governamentais poderiam despejar nos componentes de custo de contrato tipicamente relacional e incompleto, como de fato ocorreu no caso presente.

255. Destacou-se também nas Alegações Iniciais – mas é necessário repetir – que, diferentemente dos financiamentos ordinários alocados sob o risco da Concessionária, a concessão do Financiamento de Longo Prazo não era dependente apenas das condições de mercado, estando vinculada a uma política creditícia adotada em nível macroeconômico. Nas palavras do economista Raul Velloso, transcritas no item 217 daquela manifestação, trata-se de **variável de decisão política**, e não de mercado.

256. De fato, para além das condições a serem observadas pela Requerente em atendimento às exigências do BNDES (desconsideradas, pelas razões já explicitadas, aquelas que importaram em inovação), a liberação do Financiamento de Longo Prazo dependia antes e precipuamente do cumprimento, pelo Governo Federal (a União, controladora dos bancos públicos), da promessa de garantia das condições favoráveis anteriormente anunciadas, circunstância que, como visto, não se verificou em razão da abrupta e drástica alteração da política de crédito do BNDES nos anos que se seguiram à assinatura do Contrato de Concessão.

257. Reitera-se, portanto, a inequívoca conclusão de que a frustração do Financiamento de Longo Prazo, decorrente de comportamento do próprio Governo Federal, isto é, do próprio Poder Concedente (a União)⁴², não pode ser rasamente enquadrada como risco alocado à Concessionária. Diversamente, a inesperada e desproporcional ruptura da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão deve ser reconhecida como risco imputável ao Poder Concedente e enquadrada na regra própria expressa na subcláusula 21.2.21⁴³.

258. Nesse sentido, enfatize-se a valiosa lição do Professor Rafael Vêras de Freitas:

A cláusula 21.1.13 dispõe que serão alocados ao concessionário os riscos pelo “aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de

⁴² Relembre-se que o Contrato de Concessão, em seu preâmbulo, define o Poder Concedente como sendo a União e a ANTT, conjuntamente.

⁴³ 21.1. Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

21.2.21 fato do príncipe ou fato da Administração que provoque impacto econômico-financeiro do Contrato.

aumentos das taxas de juros”. Tal alocação não me parece adequada, posto que, como é cediço, **no setor de rodovias, foram as próprias entidades financeiras da Administração Pública indireta federal (tanto o BNDES, como o Banco do Brasil) que se propuseram a estabelecer condições mais favoráveis de financiamento dos referidos projetos. E isso motivou os agentes econômicos a apresentarem propostas comerciais alavancadas, considerando que o custo de capital próprio (do acionista) é superior ao do capital de terceiro (custos do financiamento). Por tal razão, eventual mudança da taxa de financiamento pelas empresas estatais federais, por certo, não poderia se tratar de evento alocado aos concessionários, que nadam podem fazer para influenciar em tal decisão**⁴⁴. (destacou-se)

259. Não obstante a Requerida insista em invocar as cláusulas referentes aos riscos ordinários imputados à Concessionária, não há como negar, no caso específico em exame, que a drástica alteração na política de crédito determinada pela União (enquanto Governo Federal) caracteriza típica hipótese de fato do príncipe ou, pelo menos, que o recuo do BNDES em relação à liberação do específico financiamento, por determinação de seu acionista majoritário (a União), consubstancia fato da Administração.

260. Por sua absoluta pertinência, vale reproduzir as advertências do economista Raul Velloso já colacionadas a esse respeito nas Alegações Iniciais (item 235, RTE 20):

Não cabe alegar, portanto, como fez a ANTT, que as cláusulas 26.1 e 26.3 transferem para a concessionária todo o risco referente à obtenção do financiamento. **Essas cláusulas fazem sentido para obtenção de financiamento privado e nos casos em que a empresa não cumpre com requisitos mínimos referentes à oferta de garantias exigidas pelo banco.** Mas situações como a atual, que descreveremos mais detalhadamente adiante, em que, **por mudança na orientação da política econômica, o BNDES decide unilateralmente reduzir o financiamento, não deveriam ser de responsabilidade da concessionária.** Em verdade, do ponto de vista econômico, **a negativa de concessão de financiamento por parte do BNDES assemelha-se mais a fato do príncipe, para o qual o próprio Contrato de Concessão (cláusula 21.2.21) já prevê que o risco é de responsabilidade do Poder Concedente.** (destacou-se)

⁴⁴ DE FREITAS, Rafael Vêras. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 199-239, abr./jun. 2017

261. Oportuno aqui reiterar que o financiamento governamental subsidiado era parte indissociável da equação econômico-financeira das concessões. Essa circunstância está bem caracterizada no parecer da GO Associados, apresentado com as Alegações Iniciais:

O Contrato de Concessão, na modelagem adotada pelo governo à época, tinha seu equilíbrio representado por quatro objetivos:

- i. concretizar a decisão governamental de grande aumento de capacidade das rodovias em prazo muito curto (5 primeiros anos em uma concessão de 30 anos);
- ii. permitir que os usuários (passageiros e principalmente carga) trafegassem com maior segurança e fluidez em rodovia de longa quilometragem, fortalecendo a logística e o escoamento de produção, especialmente de soja, dado o traçado estratégico e estruturante da rodovia (DF-GO-MG-SP)¹;
- iii. promover essa política pública sem repassar a conta aos usuários diretos do sistema viário; e
- iv. **usar recursos públicos para fechar a conta, concedendo financiamento subsidiados de longo prazo para a realização das obras, em condições de pagamento que não seriam jamais encontradas junto a bancos privados.** (destacou-se)

262. Por conseguinte, a drástica alteração no cenário macroeconômico e na política de crédito adotada pelo Governo Federal, que ensejou a surpreendente negativa do BNDES, gerou **impacto profundo na própria estrutura da Concessão**, com proporções inimagináveis, cujas consequências jamais poderiam ter sido antevistas no momento da estipulação da matriz de riscos do contrato.

263. Como já ressaltado, dentre os riscos assumidos pela Requerente naquela ocasião, jamais se poderiam prever as **consequências extremadas** dos eventos previstos na matriz de riscos, que sobrevieram da drástica e excepcional alteração do cenário macroeconômico, inconcebível para o próprio Poder Concedente, quando se pretendeu garantir tarifas módicas como finalidade primária da modelagem estruturada.

264. Conclamando mais uma vez a definição conferida por Flávio Amaral Garcia em artigo citado nas Alegações Iniciais, ocorreu o que se pode chamar de **imprevisão na previsão**, o que caracteriza situação excepcional a autorizar o reequilíbrio em favor da Concessionária.

265. Deveras, o **ponto de equilíbrio** do Contrato de Concessão, considerado na matriz de riscos estabelecida no instrumento contratual, teve como **premissa fundamental** o financiamento público a juros baixos e subsidiados, como garantia de que as obras seriam de possível realização em termos de custo. A frustração dessa premissa causou **abalo desproporcional** na estrutura e conformação original do contrato, em decorrência das **extremadas consequências** dos riscos contratualmente assumidos, **inviabilizando** o cumprimento da tarifa ofertada na proposta que levou a Requerente a vencer a licitação e, por conseguinte, **o atingimento do interesse público almejado com a Concessão**, no caso, a modicidade da tarifa a ser paga pelo usuário com grandes investimentos a curto prazo.

266. Os elementos que confirmaram e aprofundaram a expectativa da Requerente em relação à contratação do Financiamento de Longo Prazo nas bases anunciadas não levam a outra conclusão senão a de que o recuo do BNDES se deu em arrepio à **confiança legítima e à segurança jurídica** da Concessionária, princípios amplamente consagrados pela jurisprudência e doutrina pátrias, consoante fartamente demonstrado nas Alegações Iniciais.

267. A propósito do comportamento contraditório do Poder Concedente em ofensa à confiança legítima da Requerente cabe trazer à colação, mais uma vez, a *Legal Opinion* de Egon Bockmann Moreira (RTE 198):

Pois foi exatamente essa ordem de contradições vedadas pelo Direito que se passou no caso em exame: em primeiro lugar, os Poderes Públicos anunciam que fomentarão a participação em licitações e a execução de contratos concessionários por meio de atos públicos oficiais (“Carta de Apoio”, manifestações expressas das autoridades competentes, etc.).

Todavia, quando da necessidade de efetivação da promessa de fomentar, voltam-se contra sua própria conduta e destroem a legítima confiança que instalaram nas sociedades empresariais que seriam beneficiadas pelo fomento.

Tal ordem de condutas contraditórias não é prestigiada pelo direito positivo brasileiro, nem mesmo se encontra blindada pela competência discricionária das autoridades (seja o PODER CONCEDENTE, seja o BNDES).

Ora, dúvida não pode haver de que o PODER CONCEDENTE descumpriu a promessa de fomento estampada na “Carta de Apoio dos Bancos Oficiais” (incorporada ao edital por meio do prestígio ao

EVTEA). Ela – a promessa – configura obrigação descumprida, nos termos estampados contratualmente.

Situação que, **caso não seja considerada descumprimento contratual (mas o é), certamente se encaixa no conceito tradicional de “fato do príncipe”**. Trata-se de exemplo típico do fato do príncipe, pois preenche as três condições fixadas pela célebre doutrina de HAURIOU: (i) um contrato do qual a Administração faça parte; (ii) uma medida de poder público (lei, regulamento, decisão executória comissiva ou omissiva, etc.); (iii) um elemento de imprevisão, pois essa medida do Poder Público não constava dos prognósticos das partes ao momento do contrato.

Ora, é fato que, **depois de prometer, a UNIÃO – diretamente por si ou por aqueles por si controlados –, abusou de seu poder econômico e impôs outros requisitos, não-usuais nem dantes cogitados. Esse evento real é indispensável à compreensão do que efetivamente significa “obtenção do financiamento” e torna ilegítima a matriz predefinida (ao menos para esse específico risco). Existe nexo de causalidade entre a prestação contratada (a responsabilidade pelo dano oriundo risco) e a pessoa responsável por sua efetiva concretização (a UNIÃO). O risco eclodiu devido a fato do BANCO OFICIAL que descumpriu a promessa de financiamento diferenciado.**

Aqui se aplica à inteireza o princípio da proteção da confiança, que impede que o risco cuja origem era devida ao PODER CONCEDENTE seja, diante de situações imprevistas advindas justamente do próprio CONCEDENTE, integralmente arcado pela CONSULENTE. (destacou-se)

268. É oportuno reproduzir, ainda, o entendimento do professor Almiro do Couto e Silva acerca da responsabilização da Administração Pública por **promessas firmes** feitas por seus agentes, especialmente quando relacionadas ao planejamento econômico, justamente a hipótese em exame (item 291 daquela manifestação).

269. Ora, se a promessa firme, precisa e concreta de Financiamento de Longo Prazo não se concretizou por decisões de política pública emanadas do Poder Concedente, motivadas ou não pela grave crise econômica, evidentemente suas drásticas consequências negativas sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato devem ser reparadas por quem lhes deu causa, nos exatos termos do instrumento contratual, sem que se cogite qualquer distorção da matriz de riscos estabelecido nas cláusulas contratuais, como tachado pela Requerida.

5.5. A AUSÊNCIA DE COISA JULGADA SOBRE A QUESTÃO DA FRUSTRAÇÃO DO FINANCIAMENTO DE LONGO PRAZO COMO ÁLEA EXTRAORDINÁRIA IMPUTÁVEL AO PODER CONCEDENTE

270. A Requerida persiste em revisitar o tema da alegada eficácia de coisa julgada material da sentença proferida no processo nº 0012434-56.2017.4.02.5101, que tramitou na 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro, quanto à ausência de direito subjetivo à contratação do financiamento. Para tanto, limita-se a argumentar que a inicial daquela ação e a respectiva sentença teriam contemplado pedidos não apenas em relação ao contrato de financiamento, mas também em relação ao reequilíbrio do próprio Contrato de Concessão.

271. As Alegações Iniciais da Requerente trouxeram tópico específico em que se refutou à exaustão, com amparo nas normas processuais e no entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, o argumento de que a petição inicial daquela ação e a respectiva sentença teriam contemplado, também, pedido de reequilíbrio do próprio Contrato de Concessão.

272. Tendo em vista que a Requerida apenas reproduz os mesmos argumentos já refutados naquela manifestação, sem trazer qualquer elemento novo capaz de infirmar as colocações outrora apresentadas, a Requerente pede vênia para remeter a leitura dos árbitros ao tópico 3.4.5 da Alegações Iniciais, em que se demonstrou que **a sentença judicial invocada pela ANTT somente fez coisa julgada em relação ao pleito concernente ao reequilíbrio econômico-financeiro do específico Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1**, razão pela qual esse Eg. Tribunal Arbitral não está impedida de revolver amplamente à análise dos temas que envolvem a frustração do Financiamento de Longo Prazo para fins de resolução do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, estando absolutamente livre para apreciar os diversos argumentos e as provas produzidas pelas partes no âmbito deste procedimento arbitral.

6. A REVISÃO QUINQUENAL COMO INSTRUMENTO ADEQUADO À PROMOÇÃO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

273. Conforme relatado, a Requerida insiste na alegação já superada nas Alegações Iniciais de que a "finalidade da revisão quinquenal não é promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, e sim ajustar as condições do Sistema Rodoviário às expectativas dos usuários", com foco exclusivamente no interesse

público, sem possibilidade de sua utilização "para subverter a matriz de riscos prevista no contrato".

274. Como já esclarecido naquela ocasião, não procede a desvirtuação que a ANTT faz sobre o objeto desse instrumento de restabelecimento da equação econômico-financeira – a revisão quinquenal –, ao pretender vincular a sua finalidade exclusivamente aos interesses dos usuários.

275. A cláusula 22.2.1 do Contrato de Concessão é expressa ao prever:

22.2.1 O procedimento para recomposição do equilíbrio econômico financeiro por meio de revisão dar-se-á conforme estabelecido em resolução da ANTT. (destacou-se)

276. Por sua vez, a Resolução nº 675/2004 da ANTT, na redação conferida pela Resolução nº 5172, de 25/08/16, assim dispôs:

Art. 2º-B Nas **revisões quinquenais** serão consideradas as repercussões decorrentes de modificações por: alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços, **com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT**, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário. (destacou-se)

277. Rememore-se que no requerimento de revisão quinquenal levado ao conhecimento da Agência por meio da correspondência CNB-DIR 0662/2018 (RTE 29), apresentada em 29/06/2018, foi expressa a pretensão de "escalonar as metas de duplicação e de melhorias previstas no item 3.2.1 do PER, conforme o nível de serviço da Rodovia, a fim de **evitar a extinção do Contrato de Concessão**, cujas obrigações se tornaram **excessivamente onerosas para a CONCEBRA**". (destaques originais)

278. A postulação visou, portanto, à adequação do Contrato de Concessão à realidade econômica que se seguiu nos anos posteriores à sua assinatura em virtude das alterações macroeconômicas no País e, em especial, das alterações nas condições para obtenção dos financiamentos públicos, a fim de substituir as obrigações contratuais que se tornaram inexecutáveis. Enfim, buscou-se compatibilizar os investimentos relativos às obras de ampliação de capacidade previstas no PER, diante da inviabilidade das obrigações originalmente pactuadas, cuja manutenção tornaria inviável a continuidade da Concessão.

279. Assim, diversamente do que vem sendo alegado pela ANTT, a revisão quinquenal é sim o instrumento adequado para a resolução do grave e inesperado desequilíbrio que onerou sobremaneira as obrigações da Requerente, que culminou com a instauração do presente procedimento arbitral.

7. AS ALEGAÇÕES SOBRE OS DEMAIS EVENTOS DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL

7. 1 AUMENTO EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL DO PREÇO DE INSUMOS ASFÁLTICOS

280. Como exposto pela Requerente em suas Alegações Iniciais, o Contrato de Concessão previu um significativo volume de investimentos em obras de pavimentação, como as de expansão de capacidade, de conserva (prévia e de rotina), restauração e manutenção. Tais obras, naturalmente, demandariam a utilização de um grande quantitativo de insumos para sua execução, em especial insumos asfálticos como o Cimento Asfáltico de Petróleo – CAP, não apenas no início da execução contratual, com as atividades de expansão de capacidade – essas concentradas nas obras de duplicação de toda a rodovia nos primeiros 5 dos 30 anos da concessão – mas durante todo o prazo da Concessão, com o objetivo de manutenção dos parâmetros de desempenho nas atividades de restauração e manutenção.

281. Como a quase totalidade do custo de produção do asfalto é, direta ou indiretamente, a aquisição e processamento do petróleo, o preço do CAP está diretamente relacionado ao preço do petróleo. **O monopólio setorial** é detido pela Petrobras, sociedade de economia mista controlada pela União. Os fornecedores de tais insumos atuam como meros distribuidores da mistura asfáltica. Logo, eventual aumento dos preços dos insumos do asfalto pela Petrobras leva necessariamente todos os distribuidores a, em pouco tempo, ajustar também os seus preços. **Portanto, a Petrobras acaba por controlar, direta ou indiretamente, o preço de tais insumos no mercado nacional** (§ 628 das Alegações Iniciais da Requerente).

282. Não nega a agência que, nem decorrido um ano da assinatura do Contrato de Concessão, em 24/11/2014, **a Petrobras alterou substancialmente sua política de fixação de preços**, promovendo reajustes que elevaram o valor dos insumos asfálticos derivados do petróleo. Relembre-se a figura 7 das Alegações Iniciais. Enquanto a Petrobras procedia aos constantes reajustes e elevações de

preços dos insumos em questão em âmbito nacional, **o valor do barril de petróleo bruto, principal insumo para a produção de asfalto, registrava baixas históricas** (§ 631 das Alegações Iniciais da Requente).

283. Também é incontroverso, como foi demonstrado nas Alegações Iniciais da Concessionária, que os eventos aqui discutidos não envolveram apenas a variação em si dos preços dos insumos betuminosos, com seu aumento repentino e alarmante. **O que aconteceu foi que a Petrobras – frise-se, uma entidade da Administração federal indireta – mudou, de repente, a forma como estabelece o preço dos insumos betuminosos para o mercado de distribuição** (Figuras 7 e 8 das Alegações Iniciais da Requerente).

284. Todos esses fatos, **incontroversos**, embasam a procedência do pleito da Requerente. Alega a Requerida não ser cabível o reequilíbrio pleiteado em função dos seguintes pontos: o risco de variações de insumos teria sido atribuído à Requerente pelo Contrato de Concessão (§185 da Resposta às Alegações Iniciais); tal alocação seria “opção regulatória de modelagem contratual”, diferente do que foi feito em outras concessões (§§186 e 187); o contrato em questão seria de concessão, não contrato de empreitada regido pela lei de licitações (§§188 a 191); a flutuação dos preços em questão seria previsível à época da licitação (§§193 a 198). Essa argumentação não merece prosperar, como se passará a demonstrar.

285. Em primeiro lugar é preciso tratar da extraordinariedade dos fatos em questão. A Requerida, sem conseguir questionar os fatos narrados, tenta alegar que o ocorrido representaria mera flutuação no preço do CAP, que deveria ter sido esperada em um contrato de Concessão de 30 anos. Todavia, os fatos incontroversos acima expostos (e melhor detalhados nas Alegações Iniciais) deixam evidente **a total impossibilidade de qualquer tipo de previsão ou controle pela Concessionária sobre o preço dos insumos asfálticos, monopolizados pela Petrobras, bem como a magnitude do impacto dos aumentos nos preços dos insumos asfálticos no Contrato de Concessão**, em vista da majoração em um total de cerca de 35% justamente no início da Concessão, em que se deveria duplicar e efetuar a recuperação de todo pavimento do trecho concedido nos 5 (cinco) primeiros anos.

286. O que houve foi uma **mudança súbita e extraordinária de uma política de fixação de preços por parte da Petrobras**, que à época da licitação já havia sido estabelecida há muito. **É absurdo supor que licitantes poderiam prever quando o Governo Federal iria mudar sua política de determinação de preços, ou que pudessem estimar seus impactos.**

287. Que fique claro que as notícias trazidas pela Requerida (§193 de sua resposta) destacam exatamente a realidade narrada pela Requerente em suas Alegações Iniciais e **apenas reforçam o argumento da Requerente**: os preços de derivados de petróleo eram represados pela Petrobras e a estatal teve a oportunidade de alterar sua política de preços para os insumos betuminosos quando deixou de represar os preços de combustíveis, ao fim de 2013. Se naquela oportunidade foi **mantido o represamento do preço dos insumos asfálticos, os licitantes tinham motivo ainda maior para crer que esse represamento continuaria a vigorar**. Assim, absolutamente equivocada a afirmativa da Requerida de que *“as equipes especializadas dos então licitantes seguramente já haviam previsto flutuações de preços num curto espaço de tempo”* (§ 193 da Resposta da Requerida). O fato de o represamento ter sido mantido quanto aos insumos asfálticos quando da mudança de preços nos combustíveis, um ano antes, apenas reforça a **imprevisibilidade da alteração da política de preços logo ao fim de 2014**.

288. Não é por outro motivo que o TCU reconheceu, no Acórdão 1.604/2015, a imprevisibilidade da ocorrência dos atos da Petrobras que importaram a majoração do preço dos insumos asfálticos, em citação transcrita no §636 das Alegações Iniciais. Da mesma forma, **o posicionamento inicial da Procuradoria Federal junto à ANTT, por meio do Parecer 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (RTE 62), emitido em 09/06/2016, também foi no sentido de reconhecer a extraordinariedade e imprevisibilidade de tais fatos**, o que faria necessário promover o reequilíbrio econômico-financeiro em razão da variação de custos decorrente do aumento do valor dos insumos betuminosos pela Petrobras, principalmente nos casos de contratos de concessão que se encontram em suas fases iniciais **como os contratos da 3ª Etapa do PROCROFE** (§ 639 das Alegações Iniciais da Requerente).

289. O recurso ao reconhecimento dessa característica dos eventos narrados pelo TCU ou pela Procuradoria Federal é apenas mais um para que fiquem claros os atributos de imprevisibilidade e extraordinariedade dos fatos, que podem também ser provados com exame **estatístico, conforme os estudos apresentados pela Requerente**. Que fique claro também que a **ANTT não refutou os dados estatísticos apresentados pela Requerente com números que provassem a previsibilidade das alterações (pois nem poderia fazê-lo), limitando-se a apresentar mera opinião (sem qualquer embasamento em dados concretos, e, portanto, estatisticamente irrelevante) do douto procurador** a respeito do que ele supõe ter sido no passado um cenário de previsibilidade.

290. A extraordinariedade e imprevisibilidade são atributos do fato “alteração de política de preço dos insumos betuminosos”. Como extraordinário e imprevisível seria se caísse um meteoro na rodovia, ou um furacão a atingisse. Como tal, independem de se tratar de contrato de concessão, de obra pública (ou mesmo contrato privado). Tendo sido estabelecido que os fatos em questão possuem como características a extraordinariedade e a imprevisibilidade, o que pode mudar, a depender do contrato, é o enquadramento jurídico do fato. E aí passamos a rebater a tentativa feita pela ANTT de confundir este Tribunal, ao trazer em sua resposta a diferença de regimes jurídicos de contratos de concessão e empreitada, que é totalmente irrelevante considerando que **o próprio Contrato de Concessão faz a alocação de riscos ao Poder Concedente.**

291. Independentemente de o evento acima ser classificado especificamente como caso fortuito, força maior, fato do príncipe, fato da administração ou mais abstratamente no âmbito da teoria da imprevisão, a consequência é a mesma: comprovada a extraordinariedade e imprevisibilidade dos eventos a seguir descritos, deve haver o reequilíbrio econômico-financeiro por força legal **e contratual** em relação a tais fatos (§§ 454 e seguintes das Alegações Iniciais da Requerente). Esse tratamento uniforme, que fica claro no artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993, também encontra respaldo doutrinário,⁴⁵ além de ser reconhecido pela própria ANTT, em sua Resolução nº 675/2004⁴⁶ e **mais importante – o Contrato de Concessão aloca em ambos os casos o risco ao Poder Concedente nas cláusulas 21.2.4 e 21.21, que se sobrepõe à alocação dos riscos ordinários à Concessionária.**

292. Ressalte-se que a própria literalidade das cláusulas contratuais citadas pela Requerida evidencia esse ponto, **pois o caput da cláusula 21.1 faz ressalva expressa em relação às hipóteses e disposições da Cláusula 21.2** do Contrato de Concessão (dentre as quais as cláusulas invocadas pela Requerente). **Aplica-se o disposto na cláusula 21.1, “com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2”.** Dentre as hipóteses da Cláusula 21.2 estão os dispositivos relativos ao risco de caso fortuito

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 544.”

⁴⁶ Resolução ANTT nº 675/2004: “ Art. 2º-A Nas revisões extraordinárias serão consideradas as repercussões, decorrentes, única e exclusivamente, de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito, fato da Administração, alteração unilateral do contrato, ou fato de príncipe que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária. (Acrescentado pela Resolução nº 5.172, de 25.8.16).”

ou força maior e de fato do príncipe ou fato da administração ao Poder Concedente, respectivamente nas subcláusulas 21.2.4 e 21.2.21.⁴⁷

293. Contudo, a Requerida, em mais uma tentativa de distorcer afirmações da Concessionária para induzir esse tribunal em erro, se defende por meio da afirmação de que a Requerente visaria a comparar sua situação "*com contratos de alocação de riscos legalmente fixados, tais quais os contratos de empreitada regidos precipuamente pela Lei nº 8.666/93*" (§ 188 da Resposta da Requerida), como se a Requerente ignorasse as diferenças entre os diferentes tipos de contrato administrativo. Para isso, transcreve trechos doutrinários que dispõem sobre as diferenças entre concessões e contratos de prestação de serviços da Lei 8.666/93 (§§ 189 da Resposta da Requerida).

294. Ora, o que a Requerida sugere como leitura das alegações da Requerente, em uma tentativa tosca de distorcer o afirmado nas Alegações Iniciais, é absolutamente falso. Salienta-se que em nenhum momento a Requerente afirmou que o seu Contrato de Concessão e a matriz de risco por ele definida eram idênticos àqueles relativos a contratos de prestação de serviços da Lei 8.666/1993. É evidente que a Requerente não ignora, ao contrário do que quer fazer crer a Requerida, "*que os contratos de concessão de serviço público trazem peculiaridades e objetivos que os diferenciam dos contratos de prestação de serviços regidos pela Lei nº 8.666/93*" (§ 191 da Resposta da Requerida). A Requerente também não nega, ao revés do que sugere a Requerida, que a concessão é um projeto de longo prazo, sujeito a variações, nem muito menos ignora que o proponente deve considerar os riscos ao formular a sua proposta. Não se está negando que a Concessionária assumira riscos no Contrato de Concessão.

295. O que se afirma aqui é que, **de acordo com a própria matriz de riscos do contrato de Concessão, como demonstrado, o risco por aumento repentino e extraordinário do preço dos insumos asfálticos por ocasião de mudança da sistemática de fixação de preços pelo Governo Federal é risco do Poder Concedente.**

296. Ainda que a Requerida pretendesse se desvencilhar da responsabilidade pela ocorrência de tais eventos alegando (indevidamente) que as previsões do artigo 65, II, d) da Lei nº 8.666/93 não seriam aplicáveis ao Contrato de

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

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

Concessão, **seu argumento encontra óbice intransponível na alocação de riscos promovida pela subcláusula 21.1 e 21.2.4 do Contrato de Concessão, ou mesmo na subcláusula 21.2.21.** A caracterização do direito da Concessionária prescinde da discussão a respeito de alocação legal de riscos.

297. Nesse contexto fica evidente, pela própria modelagem do Contrato de Concessão, que a afirmativa da Requerida de que *"mais uma vez, a Concessionária pretende privatizar lucros e socializar prejuízos"* (§ 192 da Resposta da Requerida) é mais um exemplo de equívoco da Requerida. Não há aqui qualquer tentativa de privatizar lucros, muito pelo contrário. A atribuição de riscos afetos à álea extraordinária (econômica ou administrativa) ao Poder Concedente está no âmbito das melhores práticas na modelagem de concessões de serviço público e tem como objetivo evitar que o custo seja socializado injustamente.

298. Isso porque, como já visto, se o risco de alteração repentina e extraordinária do preço de insumos asfálticos tivesse sido alocado ao Concessionário, como quer fazer crer a Requerida, ele teria sido precificado. E, caso não ocorresse, teria sido repassado, de maneira injusta, ao usuário por meio da tarifa independentemente da ocorrência do evento ou não. Ou seja, sempre que o risco afeto à álea extraordinária é alocado ao concessionário, quem paga por isso é o usuário, por meio da precificação de tal custo na licitação. Ao contrário, ao atribuir tal risco ao Poder Concedente, o Contrato de Concessão fez com que não fosse necessário aos licitantes incorporar em suas propostas verbas para lidar com tal cenário, sendo certo que caso houvesse a materialização do desequilíbrio por tais eventos o concessionário seria reequilibrado. **Nesse caso, o usuário somente paga caso o evento extraordinário e imprevisível ocorra, não em todos os casos, quando como se considera que o risco fora alocado ao parceiro privado.**

299. Deve-se ainda destacar que a alegação, por parte da Requerida, de que da mesma forma que não houve reequilíbrio no caso de aumento, a ANTT jamais baixou a tarifa quando o preço do CAP sofreu variação negativa (§ 195 da Resposta da Requerida) é irrelevante para a análise do presente pleito. Pinça a ANTT reduções de pouca magnitude em períodos curtos para tentar mascarar o gigantesco aumento do período e induzir este Tribunal arbitral a erro. Trata-se da falácia de supressão de evidências ou evidências incompletas, mais conhecida pela expressão em inglês *cherry-picking*, que consiste em citar casos ou dados individuais que parecem confirmar uma determinada posição, ao mesmo tempo em que se ignora uma porção significativa de casos ou dados relacionados que possam contradizer aquela posição.

300. Por fim, cabe refutar a alegação de que a Requerente não teria direito ao reequilíbrio por "*opção regulatória de modelagem contratual, conscientemente tomada antes do processo licitatório e válida para todos os contratos da 3ª Etapa de Concessões do PROCROFE*". Essa opção seria diversa da modelagem adotada no contrato da ECOSUL, que integra a 1ª Etapa de Concessões e que contém disposição expressa prevendo a revisão da tarifa básica no caso de modificações substanciais e imprevisíveis nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos (§ 186 da Resposta da Requerida).

301. A argumentação da Requerida, contudo, não se sustenta. Primeiro porque, como se pode depreender da literalidade das cláusulas citadas pela Requerida em sua defesa, não se disciplina especificamente risco relacionado ao aumento repentino dos preços dos insumos asfálticos, mas trata-se, de modo genérico, de custos relacionados a obras e serviços ou à inflação (subcláusulas 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19). Note-se que o que se está pleiteando é justamente a variação extraordinária do CAP que não foi devidamente reequilibrada pelo IPCA, ou seja, que se quite a diferença da variação do insumo asfáltico tendo como base de partida o que superar a variação do IPCA.

302. Além disso, é fundamental perceber, consoante exposto nas alegações iniciais da Requerente, que essas cláusulas dispõem sobre a distribuição dos **riscos ordinários** da Concessão, que aloca à Concessionária os riscos sobre os custos de obras, custos de execução dos serviços e variação inflacionaria **em um ambiente de normalidade**. Os eventos aqui discutidos, entretanto, envolvendo variação repentina e imprevisível de 35% no preço de insumos asfálticos por mudança na sistemática de fixação de preços por parte do Governo Federal, não dizem respeito a uma flutuação normal do preço dos insumos nem à distribuição ordinária de riscos prevista no contrato, mas, sim, à **álea extraordinária econômica e administrativa, cujo risco é direcionado ao Poder Concedente e prevalece em relação aos riscos ordinários atribuídos a Concessionária**. Eventual entendimento contrário simplesmente aniquilaria a efetividade da alocação de riscos extraordinários feita pelo próprio Contrato de Concessão nas subcláusulas 21.1 c/c 21.2.4 e 21.2.21. Afinal, de nada adiantaria essa disposição específica disciplinando as consequências da ocorrência de caso fortuito, força maior e fato do príncipe se, materializados tais fatos, fossem utilizadas as mesmas regras aplicadas em situações de normalidade, relativas aos riscos ordinários.

303. Esclarecido esse primeiro ponto, cumpre debruçar-se sobre a última linha de argumentação intentada pela Requerida: a de que a modelagem do contrato da Requerente decorreria de racionalidade própria regulatória, tomada antes do processo licitatório, divergindo do modelo de contrato adotado no caso da ECOSUL, o qual trouxe previsão expressa de que haveria revisão da tarifa básica em caso de modificações substanciais e imprevisíveis nos preços dos principais insumos. A suposta modelagem diversa levaria, segundo a Requerida, à negativa do pleito aqui discutido (§§ 186 e seguintes da Resposta da Requerida)

304. Em primeiro lugar, é preciso ter em conta que a interpretação dos contratos deve ser realizada em sua singularidade, deve ser feita pela análise de cada contrato em si, não sendo próprio o uso de comparações indevidas com outros contratos para justificar, caso a caso, a interpretação que se pretende sustentar, como faz a Requerida.

305. Ainda, a comparação com o contrato da ECOSUL trazida pela Requerida não faz sentido no presente contexto, sendo absolutamente impossível imputar à ANTT uma racionalidade própria no caso da ECOSUL. **Isso porque a ANTT sequer existia à época que essa cláusula foi elaborada, tendo sido introduzida no contrato por meio de aditivo datado de 07 de junho de 2000,⁴⁸ sendo que a agência somente viria a ser criada um ano após, pela Lei 10.233 de 05 de junho de 2001.**

306. Assim, pretender imputar essa cláusula a uma racionalidade prévia e deliberada da Agência, em contraste com a opção adotada no Contrato de Concessão com a Requerente **é falso e denota novamente a ausência de boa-fé argumentativa da Requerida no caso**, como denunciado ao longo desta Réplica.

307. Diante de todo o exposto, fica evidente que o aumento repentino dos preços dos insumos asfálticos devido à mudança na sistemática de determinação de preços por parte do Governo Federal impactou fortemente o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, prejudicando a Concessionária. Como demonstrado, **os eventos caracterizaram caso fortuito ou força maior, ou mesmo fato do príncipe**, riscos alocados ao Poder Concedente, que, **segundo o comando da cláusula 21.1 se sobrepõem à distribuição ordinária de riscos da Concessão**,

⁴⁸ Disponível em http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/03_aditivo_do_contrato_primeiro_aditivo_20090727contratoecosulprimeiroaditivo.pdf. Acesso em 02 de junho de 2020.

ensejando a aplicação das cláusulas 21.2.4 e mesmo 21.2.21 do Contrato de Concessão.

7.2 - DOS CUSTOS INERENTES AOS PROJETOS, ESTUDOS E OBRAS DO CONTORNO DE GOIÂNIA/GO

308. Nesta seção, cabe inicialmente refutar a seguinte afirmação da Resposta da Requerida, que indevidamente acusa a Requerente de omitir decisão da ANTT fundamental para o tratamento da matéria:

De se notar que a Requerente menciona tão somente a Deliberação n.º 180/2016 (R-68), que aprova a alteração ora em debate, desde que o EVTEA concluisse que a classificação técnica do Contorno Rodoviário de Goiânia como Classe 0 seria mais vantajosa quando comparada à classificação como Classe I-A. Porém, omite a Deliberação 627/2019 (R-74), que a revoga, justamente pelas análises contrárias, tanto do TCU como da área técnica e jurídica da ANTT. (§225)

309. Percebe-se a leitura, no mínimo, pouco cuidadosa que a Requerida fez das Alegações Iniciais. Não faria o menor sentido a argumentação da Requerente omitir a decisão da ANTT de 2019 que revogou decisão anterior de 2016. **Ao contrário, este é exatamente o ponto discutido: a inconsistência decisória, as *idas e vindas* da ANTT, verdadeiro imbróglio que revela ineficiência regulatória que implicou desperdício de tempo e de recursos na casa das duas dezenas de milhões de reais!** Senão, vejamos o que a Requerente afirmou no parágrafo 677 das Alegações Iniciais:

677. Insista-se: esses custos não foram gerados por conduta imputável à Requerente. Ao contrário, foram-lhe impostos de forma unilateral, como até aqui narrado com absoluta objetividade, pela Requerida. Não é aceitável que no final do dia venha a Requerida, após tantas idas e vindas, sempre de forma unilateral, se recusar a compensar a Requerente pela integralidade do prejuízo provocado. Em 27 de maio de 2019, a Diretoria da ANTT, por unanimidade, por meio da Deliberação 219/2019 (RTE 88), revogou suas decisões anteriores: a Deliberação 180, de julho de 2016 (RTE 77), e trechos da Resolução 5.142, de julho de 2016 (RTE 69).

310. A **Deliberação 627/2019**, reclamada pela Requerida nada mais é do que é a decisão da ANTT baseada integralmente no **Voto 219/2019**, que a Requerente fez sim juntar aos autos com suas Alegações Iniciais (RTE 88). Apenas

houve o equívoco, no corpo do texto (acima transcrito), de denominar o “Voto” de “Deliberação” – equívoco meramente formal que em nada altera a substância: a revogação da Deliberação 180/2019:

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA
AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
DIRETORIA COLEGIADA
DELIBERAÇÃO Nº 627, DE 4 DE JUNHO DE 2019

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, no uso de suas atribuições, fundamentada no [REDACTED] e no que consta do Processo nº 50500.148402/2014-35, delibera:

Art. 1º Revogar a Deliberação nº 180, de 7 de julho de 2016, que trata da alteração da classificação técnica de projeto do Contorno Rodoviário de Goiânia/GO, na BR- 153/GO, sob responsabilidade da Concessionária de Rodovias Centrais do Brasil (CONCEBRA), de classe I-A para classe 0.

Art. 2º Revogar os incisos II ao V do Art. 5º e o Art. 6º da Resolução 5.142, de 15 de julho de 2016, que tratam das condições para inclusão dos investimentos referentes às obras de execução de viaduto viário de interligação ao aeroporto de Goiânia/GO, contorno rodoviário de Campo Florido/MG e contorno rodoviário de Goiânia/GO.

Art. 3º Esta Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

MARIO RODRIGUES JUNIOR
Diretor-Geral

D.O.U., 07/06/2019 - Seção 1

311. Mais uma vez, constata-se uma estratégia argumentativa da Requerida que não pode ser classificada como das mais elegantes, cuidadosas e leais. Exemplo anterior disto, no item sobre outra matéria, o financiamento do BNDES, também firmemente rebatido pela Requerente, foi acusá-la de basear sua tese em documento “apócrifo”. Na ausência de argumentos sólidos, a Requerida coleciona factoides que definitivamente não contribuem para a credibilidade de suas manifestações.

312. Não cabe, aqui, reproduzir todo o histórico já narrado nas Alegações Iniciais (§§ 661 ss.), mas apenas lembrar que tudo começou com uma demanda formulada à ANTT por importantes lideranças políticas locais – Prefeitos dos Municípios de Goiânia, Aparecida de Goiânia, e Senador Canedo. Episódios como esse são comuns no setor de infraestrutura. É mais que natural e legítimo que representantes políticos da sociedade formulem demandas locais às agências reguladoras.

313. O que não é legítimo é que uma agência reguladora, após instar a uma concessionária que mobilize tempo e recursos milionários para atender à nova demanda, e após aprovar formalmente a ampliação qualitativa e quantitativa das obrigações contratuais, venha posteriormente – 3 anos depois! – se recusar a

indenizar vultosos gastos incorridos, na hipótese de a própria agência, por qualquer razão, mudar de ideia e resolver revogar suas decisões anteriormente tomadas.

314. A Requerida, em suas Respostas às Alegações Iniciais, afirma categoricamente que não há qualquer oposição sua ao mérito do reequilíbrio (§234):

Não há controvérsia a respeito do mérito do reequilíbrio dos valores da elaboração do EVTEA e Projeto Executivo, como tenta fazer crer a Concessionária. A ANTT reconhece, no mérito, a necessidade de reequilíbrio do contrato de concessão em decorrência da elaboração do projeto executivo e EVTEA do Contorno de Goiânia considerando a Classe 0, pois autorizou sua elaboração (grifos nossos).

315. De qualquer forma, portanto, independentemente da discussão sobre a gênese da solicitação, após a Resposta da Requerida, resta **incontroverso o direito da Requerente** em ter reequilibrado o Contrato de Concessão, **de forma integral**, decorrente da elaboração de EVTEA e do projeto executivo do Contorno de Goiânia. Nem poderia ser diversa a conclusão, já que, como referido, formalmente, em 07 de julho de 2016, mediante a Deliberação 180/2016 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), a diretoria da ANTT aprovou o Voto DSL 129/2016 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**) em sua reunião deliberativa, autorizando a mudança da classificação técnica do projeto de *Classe I-A* para *Classe 0*, e determinando à SUINF, em seu artigo 2º, que considerasse na revisão tarifária subsequente os impactos desta alteração.

316. Entretanto, a Requerida permanece anos a fio valendo-se de subterfúgios para não conceder a íntegra da indenização devida. Alega pendências na entrega de documentos pela Concessionária, o que não corresponde à verdade dos fatos. **Não há nenhuma pendência.**

317. Conforme já historiado nas Alegações Iniciais, a Requerente apresentou em 8 de agosto de 2016 o EVTEA à Requerida por meio da carta CNB-DIR 0655/2016 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**). Em 23 de setembro de 2016, a Requerida apresentou sua **concordância com o EVTEA**: "*o EVTEA apresentado está em consonância com as normas técnicas e diretrizes da ANTT*" – chancelando, portanto, a opção pela alteração qualitativa que muda a classificação da obra do Contorno de Goiânia de Classe I-A para Classe 0.

318. A Requerida, entretanto, alega que "o reequilíbrio referente aos valores da elaboração do **EVTEA** não foi efetivado integralmente até o presente

momento por culpa exclusiva da Concessionária, que ainda não atendeu ao regramento da ANTT, **que exige a apresentação do Termo de Referência**, impossibilitando, assim, a respectiva análise pela Agência Reguladora.” (§234). Por conta disso não teria na esfera administrativa aquiescido até o momento o reequilíbrio deste item.

319. Ainda em suas Respostas às Alegações Finais (§234) a Requerida informa:

Conforme regramento da ANTT (Portaria SUINF nº 257/2016), já foi reequilibrado 50% do valor do projeto executivo, considerando o orçamento da obra apresentado pela concessionária. O ajuste do valor será realizado quando a análise do projeto for concluída e o projeto executivo aprovado.

320. Ora, o EVTEA é um estudo que lógica e tecnicamente precede a autorização para elaboração de um projeto. A própria Requerida reconhece, no mérito, que, após ter aprovado o EVTA, autorizou sem ressalva a elaboração do Projeto Executivo – tanto que reequilibrou 50% deste custo. Como pode agora, anos depois, insistir em fazer retroagir exigências que não fez à época dos fatos? Carece de sentido lógico, de propósito prático e de harmonia com a boa-fé objetiva que se exija a apresentação de um Termo de Referência *retroativo* para balizar a contratação de um EVTEA já aprovado, já contratado, já pago pela Requerente, e que já deu origem posteriormente a um Projeto Executivo, também já pago pela Requerente, e reconhecido pela própria Requerida como devidamente entregue.

321. Lamentavelmente, o que se verifica é uma situação de **enriquecimento sem causa** pela Requerida. Como define Giovanni Ettore Nanni, o “enriquecimento deve consubstanciar-se num dado objetivo, numa vantagem concreta, permitindo a sua identificação para o exercício da ação de enriquecimento em busca de extrair-se das mãos do enriquecido o produto que foi indevidamente auferido”.⁴⁹ Ao se recusar a reembolsar os custos relativos à elaboração do EVTEA, a Requerida, é forçoso reconhecer, apropria-se de um produto, de valor vultoso, e procrastina o reequilíbrio exigindo a apresentação de um Termo de Referência de um produto que foi autorizado, entregue, formalmente aprovado e que serviu de base para autorização para elaboração do projeto executivo, que a Requerida não contesta, ressalte-se, ter também autorizado (§234).

⁴⁹ Ver Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

322. Com todas as letras, portanto, a Requerida não contesta o direito ao reequilíbrio por parte da Requerente, mas condiciona a sua consumação à análise e aprovação do projeto – algo que ela **posterga de forma abusiva *ad aeternum***, já que a primeira versão do projeto foi apresentada em **setembro de 2016**.

323. Como se toda essa situação já não configurasse um enredo kafkiano – com a distinção de aqui atingir o patrimônio, e não a liberdade --, a Requerida, após a recepção do projeto completo, e com todos os custos e despesas já incorridos pela Concessionária, optou em 27 de maio de 2019, dois anos após a entrega da primeira versão do projeto executivo, por meio da referida Deliberação 627/2019 (ou Voto 219/2019), como já referido acima, por revogar suas decisões anteriores: a Deliberação 180, de julho de 2016 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), e trechos da Resolução 5.142, de julho de 2016 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**).

324. Em outras palavras, o imbróglio regulatório criado pela Requerida não permite alimentar qualquer esperança de que haverá uma conclusão da análise e aprovação do projeto apresentado e, portanto, a recomposição do saldo de 50% do valor do projeto.

325. O histórico rigoroso dos fatos não permite outra conclusão: não é razoável, nem legal, nem constitucional, muito menos exemplo de boa-fé objetiva, que uma Agência Reguladora, depois de ter autorizado a elaboração sabidamente custosa de um EVTEA e de um Projeto Executivo – algo da ordem de grandeza de duas dezenas de milhões de reais – , e depois de ter reconhecido expressamente o direito da Requerente, venha em seguida revogar sua decisão e insistir em pseudependências burocráticas de *enforcement* retroativo para **deixar para as calendas** a justa indenização da concessionária.

326. Por fim, com profundo pesar sobre a **dinâmica regulatória** liderada pela Requerida, a Requerente não pode deixar de registrar o seguinte: **as despesas milionárias foram efetuadas** e os resultados concretos – EVTA e Projeto Executivo – foram entregues, encontram-se na posse da Requerida, que pode inclusive utilizá-los em contratos futuros. Se isso não configura **enriquecimento sem causa**, o que mais poderia configurar?

327. Constata-se mais uma vez a retórica vazia da Requerida, quando pomposamente enunciou, no início de sua Resposta, suas “premissas fundamentais”

sobre o papel das agências reguladoras no mundo contemporâneo. O episódio do Contorno de Goiânia é um **autêntico case de inconsistência regulatória intertemporal, insegurança jurídica e ausência de boa-fé objetiva**. Um desperdício de recursos, tempo e energia no âmbito de uma concessão já bastante maltratada ou mesmo inviabilizada pela crise econômica e a frustração da expectativa legítima de obtenção do bilionário *fundings* do BNDES, matéria também objeto da presente arbitragem.

328. Diante do exposto, vem a Requerente reiterar o pedido feito em suas Alegações Iniciais sobre o presente pleito, de compensação pelos prejuízos decorrentes da contratação de serviços especializados para a elaboração de EVTEA e projeto executivo relativos à alteração unilateral do PER (Contorno Viário de Goiânia), consignando que a própria Requerida reconhece expressamente o direito a este reequilíbrio por parte da Requerente.

7.3 - A EXIGÊNCIA NÃO CONTRATUAL DE IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE INFORMAÇÕES RODOVIÁRIAS (SIR)

329. O presente pleito trata do desequilíbrio econômico-financeiro em razão da criação e da exigência, por parte da Requerida, de que a Concessionária implantasse o Sistema de Informações Rodoviárias (SIR), obrigação que não estava prevista nem no Contrato de Concessão, nem no Plano de Exploração Rodoviária - PER.

330. Em sua Resposta, a Requerida tenta se eximir de seu dever de reequilibrar a Concessionária por meio de três argumentos principais (vide § 286 da Resposta da Requerida às Alegações Iniciais): (i) o de que a implantação do SIR não teria imposto obrigações qualitativamente novas às concessionárias e seria, supostamente, apenas uma evolução tecnológica na forma de cumprimento de deveres já previstos no contrato de concessão; (ii) o de que o impacto decorrente da implantação do SIR quanto à infraestrutura física e lógica nos custos para a coleta, tratamento e envio de informações já teria sido reconhecido nas revisões tarifárias pertinentes; e (iii) o de que teria havido reconhecimento dos custos com a manutenção de links de dados pelos próximos 10 (dez) anos e isso se mostraria legal, não havendo preclusão de futuro e eventual direito a pedido de revisão tarifária. **A argumentação, contudo, não é suficiente para afastar a verdade dos fatos e não desconfigura a necessidade de se reequilibrar a Requerente, como se passará a expor.**

331. Em primeiro lugar, ressalta-se que o Sistema de Informações Rodoviárias (SIR) não foi, como quer fazer crer a Requerida, mera "*evolução tecnológica da prestação de informações referentes aos serviços concedidos*" (§ 242 da Resposta da Requerida às Alegações Iniciais). Como amplamente narrado nas Alegações Iniciais (§§ 679 -713), **o SIR foi um sistema novo, criado pela agência para satisfazer diversos de seus interesses, bem como os de órgãos externos**, a partir da "*sistematização das informações cadastrais e operacionais das concessionárias, e consequente eliminação do RETOFF*" (Ofício Circular no 05/2018/GEFOR/SUINF, RTE 89)⁵⁰.

332. **A própria agência reconheceu diversas vezes, ao longo das comunicações enviadas, como narrado nas Alegações Iniciais (vide §§ 688, 689 e 696), que o novo sistema visava a atender às necessidades da ANTT e outros órgãos.** A Requerida ressaltou, por exemplo, no Parecer Técnico nº 339/2018/GEFIR/SUINF (RTE 95), que "*o processo de interligação entre os CCO's das Concessionárias e a Sede da ANTT é uma necessidade antiga*" e, sobre o SIR, concluiu que "*a proposta do projeto relativo à implantação de integração dos CCO's das concessionárias de rodovias federais sob regulação da ANTT é **vital para atender diversas demandas internas do próprio órgão**, tal como CNSO/SIR, PPV's remotos, dentre outros sistemas das ANTT*" (grifos nossos). Além disso, admitiu a Requerida que "*tal integração **também atende aos interesses de diversos órgãos externos**, tal como Receita Federal, Departamento de Polícia Rodoviária Federal – DPRF, Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, Empresa de Planejamento e Logística – EPL*".

333. Esse fato fica igualmente evidente na Resposta da Requerida às Alegações Iniciais, ao afirmar que a criação do SIR "**foi iniciativa regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT projetada para unificar a coleta e o tratamento de dados de todas as concessionárias de exploração de rodovias federais no país**"(grifos nossos, § 235 da Resposta da Requerida às Alegações Iniciais), com o objetivo de "*substituir o Relatório Técnico Operacional Financeiro – RETOF até então exigido pela Agência, **no intuito de aprimorar a capacidade da Agência na compreensão do real estado dos serviços delegados***" (grifo nosso, § 238 da Resposta da Requerida às Alegações Iniciais).

⁵⁰ RETOFF- Relatório Técnico-Operacional Físico Financeiro, sistema anteriormente usado pela ANTT para envio pelas concessionárias de informações.

334. Ainda, como declarado pela própria Requerida, a iniciativa teve sua origem, em parte, em decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União – TCU, “que identificou deficiências da ANTT no processo de fiscalização das concessionárias rodoviárias no Brasil” (grifos nossos, §239 da Resposta da Requerida às Alegações Iniciais). Nesse contexto, “visando aprimorar [sic] o desempenho de suas funções, a ANTT se dispôs a modificar progressivamente o sistema de coleta e processamento de informações prestadas por todas as concessionárias de rodovias federais” (grifos nossos, §240 da Resposta da Requerida às Alegações Iniciais). Ou seja, para atender a suas demandas e melhorar sua capacidade de fiscalização, a ANTT criou e impôs às concessionárias a implantação do Sistema de Informações Rodoviárias.

335. Nesse âmbito, deve-se perceber também que a adesão da Concessionária ao novo sistema foi obrigatória e não facultativa. Assim, não houve, aqui, a “*liberdade dilatada do particular*” mencionada pela Requerida (§ 245 da Resposta da Requerida), pois, ao contrário do que quer fazer crer a agência, a Requerente não estava “*livre para agir da forma que entender mais eficiente e proveitosa*” (§ 245 da Resposta da Requerida). Muito pelo contrário: como narrado nas Alegações Iniciais, o teor dos ofícios enviados pela agência é inequívoco quanto à obrigatoriedade de a Requerente integrar-se ao novo sistema, observando seus novos parâmetros e requisitos. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho do Ofício Circular nº 09/2018/GEFOR/SUINF (Erro! Fonte de referência não encontrada.):

o cadastro de mais informações referentes às concessões e seus respectivos trechos/equipamentos continuarão a serem solicitados, devendo de pronto serem atendidos, ressaltando a necessidade de encaminhamento de dados fidedignos, bem como na formatação solicitada (grifos nossos).

336. No mesmo sentido, no Ofício Circular SEI nº 1203/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (RTE 115), a ANTT reforçou a “*necessidade do envio regular e fidedigno destas informações*”, requerendo que todas as informações enviadas estivessem “critériosamente de acordo com o ‘Documento de Interface’” (grifos nossos).

337. Diante dos fatos narrados, é evidente que o SIR não tratou de evolução tecnológica que a Requerente deveria ter previsto ou esperado no âmbito de seu contrato, nem de modificação natural ao longo do prazo de concessão na forma de processamento e envio de informações (§ 247 da Resposta da Requerida).

O SIR é sistema novo, criado e imposto pela Requerida, para sistematizar informações advindas de todas as concessionárias, no intuito de atender a seus próprios objetivos regulatórios e curar deficiências em sua fiscalização, tal qual identificadas pelo TCU. Estes objetivos, por mais nobres que sejam, não conferem à agência, por óbvio, a faculdade de alterar unilateralmente o contrato sem cumprir seu dever de reequilibrá-lo e compensar a Concessionária por todos os custos incorridos.

338. Em segundo lugar, é fundamental perceber que a imposição desse novo sistema configurou alteração unilateral do contrato por parte do Poder Público, que é risco do Poder Concedente. Cabe, pois, o reequilíbrio com a compensação pelos gastos incorridos, conforme disposto na cláusula 21.2.13 do Contrato de Concessão.

339. Isso porque, consoante exposto nas Alegações Iniciais, o Sistema de Informações Rodoviárias não estava previsto nem no Contrato de Concessão nem no PER, nem era risco alocado à Concessionária. O SIR foi imposto pela Requerida tendo em vista a necessidade de integração entre os sistemas das concessionárias e a sede da ANTT, levando a Administração a alterar a disciplina contratual original impondo a instalação de link de dados, a integração do sistema e o envio de informações em novos formatos e parâmetros. Reitere-se que, por haver prerrogativa do Poder Concedente de alterar unilateralmente o Contrato de Concessão, reconhecida como uma cláusula exorbitante, não podia a Requerente deixar de atender a essas demandas. Nesse caso, contudo, a Concessionária faz jus ao adequado reequilíbrio contratual, visto que a alteração unilateral do contrato comprovadamente resultou em alteração dos encargos da concessionária, afetando o equilíbrio da concessão.

340. Nesse contexto, não se sustenta a frágil argumentação intentada pela Requerida, baseada em suposta distinção entre tipo e forma dos dados, para afastar seu dever de compensar os custos da Concessionária. Isso porque nenhum dos dispositivos citados pela ANTT em sua Resposta às Alegações Iniciais afasta o fato, evidente, de que a imposição do Sistema de Informações Rodoviárias e os gastos dela decorrentes não estavam previstos no escopo original do Contrato de Concessão e do PER, configurando-se alteração unilateral do contrato. Relembre-se o entendimento inequívoco esposado pela própria agência nesse sentido, no Despacho GEFIR 1361332 (RTE 112), de 17 de setembro de 2019, em que se confirmou que o projeto SIR era uma exigência nova e que não constava no Contrato de Concessão nem no PER, declarando-se que "*atos postas, no que compete à [sic]*

esta GEFIR, esclarece-se que o Sistema de Informações Rodoviárias (SIR) não constava do PER original ou aditivado" (grifos nossos).

341. Veja-se que os dispositivos do item 3.4.1 do PER citados na Resposta da Requerida (§§265-267 de sua Resposta) não dizem respeito ao Sistema de Informações Rodoviárias, mas à implantação de um Centro de Controle Operacional (CCO) e seu Sistema de Gerenciamento Operacional (SGO) e à necessária "capacidade de receber dados operacionais e físicos, processar e transformar em informações a serem distribuídas a outros sistemas, subsidiando decisões e ações em todas as atividades da Concessionária, da PRF e da ANTT", além da elaboração de relatórios gerenciais e da disponibilização dos registros em tempo real para a ANTT. Conforme narrado nas Alegações Iniciais e não questionado pela Requerida, restando inequívoco, a Concessionária já atendia plenamente a esses deveres, cumprindo a obrigação citada pela Requerida (§268 da Resposta da agência) de "estabelecer um sistema eletrônico capaz de coletar os dados operacionais referentes ao fluxo de veículos, às estatísticas de acidentes e aos dados de pesagem de veículos e transformá-los em informações a serem enviadas à ANTT, devendo ainda garantir sua acessibilidade em tempo real pela Agência". Não há, no item 3.4.1 do PER, menção alguma a uma adesão obrigatória, a qualquer tempo, a novo sistema imposto pela agência para integrar os CCO's de todas as concessionárias de rodovias federais e aprimorar sua fiscalização.

342. Ainda sobre o PER, o citado item 3.4.6 (§§ 271-273 da Resposta da Requerida) também não se refere ao SIR mas, sim, à implantação de um Sistema de Comunicação, por meio de fibra óptica, para dar suporte ao sistema operacional da Rodovia, atender aos serviços de atendimento emergencial e informações, de assistência ao usuário e de guarda e vigilância patrimonial. A própria agência reconheceu que o SIR era fato novo, que fugia ao escopo do Sistema de Comunicação previsto no PER, inclusive em sua Resposta, visto que afirmou que "a ANTT identificou que as previsões originais do contrato para a extensão da rede de fibra óptica e da infraestrutura digital não seriam suficientes para o trânsito de dados requeridos para a implantação do SIR" (grifos nossos, § 275 da Resposta da Requerida às alegações iniciais).

343. No mesmo sentido, a ANTT já havia afirmado, no Ofício Circular nº 031/2018/GEFIR/SUINF (Erro! Fonte de referência não encontrada.), que "a alta volumetria dos dados" do SIR, no modelo de comunicação utilizado pela agência até então, poderia "impactar na infraestrutura de rede da ANTT". Assim, informou que

seria necessário aguardar a disponibilização do link de dados requerido. Ou seja, a própria Requerida reconheceu que o Sistema de Informações Rodoviárias criado exigia o envio de alto volume de novas informações por parte das concessionárias, sendo necessário, inclusive, a disponibilização de nova estrutura específica para esse fim.

344. No mesmo sentido, o Parecer Técnico nº 225/2017/GEINV/SUINF (Erro! Fonte de referência não encontrada.) havia declarado que, no PER dos Contratos de Concessão da 3ª Etapa – como é o caso de Requerente –, havia a obrigatoriedade de implantação de fibras óticas, porém:

tal obrigação se restringe à disponibilização desses elementos apenas nos respectivos trechos concedidos e, na maioria das vezes, com a finalidade exclusiva de atendimento às necessidades operacionais das próprias concessões.

Desta feita, o que se verifica é **a impossibilidade de integração entre as informações circuladas nessas malhas, e entre elas e a sede da ANTT**, bem como a insuficiência da infraestrutura de cabos e fibras instalada para compartilhamento com outras demandas de interesse público, o que, conforme se passará a demonstrar, traria relevantes benefícios às atividades desempenhadas por esta Agência e por outras entidades, tais como a Empresa de Planejamento e Logística - EPL e a Polícia Rodoviária Federal -PRF), em seus respectivos âmbitos de atuação (*grifos nossos*).

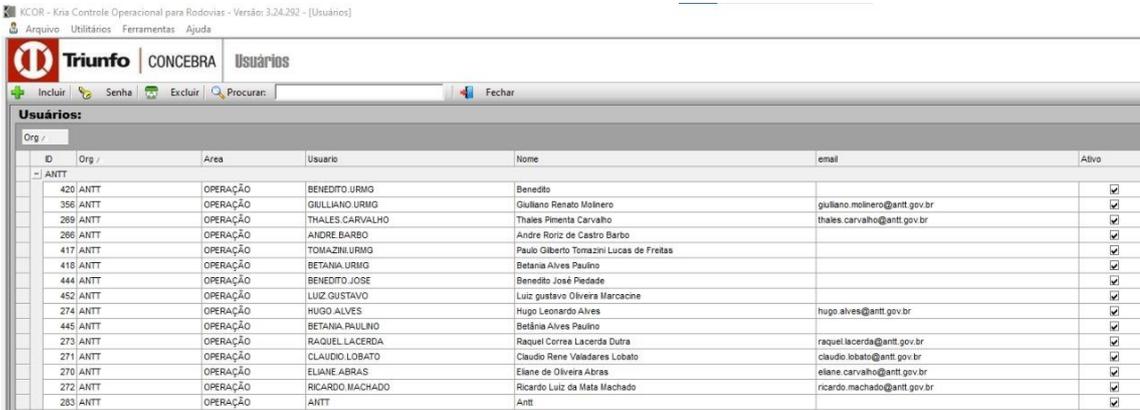
345. Resta claro, pois, que a implantação do novo sistema SIR e de seus requisitos sistema não constava do PER da presente concessão, o que já foi, inclusive, reconhecido pela própria agência.

346. Quanto às cláusulas contratuais citadas, veja-se que a Concessionária já cumpria suas obrigações previstas nos itens 14.1.3, "i"; 14.1.7, "b", "c" e "d"; e 14.2 do contrato, pois, **mesmo antes da imposição do SIR a Concessionária realizava a coleta, tratamento, armazenamento e disponibilização de informações relativas a tráfego e acidentes na rodovia, com os necessários detalhamentos.** A Concessionária também já atendia ao disposto nas cláusulas 14.3 e 14.3.1, citadas pela Requerida, quais sejam:

14.3 Os relatórios, documentos e informações previstos nesta cláusula deverão integrar banco de dados, em base eletrônica, conforme padrão mínimo determinado pela ANTT.

14.3.1 À ANTT será assegurado o acesso irrestrito e em tempo real ao banco de dados referidos nesta subcláusula.

347. Isso porque, desde a assunção da concessão da rodovia, em 2014, foram adquiridos softwares e equipamentos de alta tecnologia para coleta, registro, tratamento, armazenamento e disponibilização das informações relativas ao tráfego da rodovia, dados de pesagem de veículos, registros de acidentes, infrações por excesso de velocidade, dados operacionais de tráfego e receita das praças de pedágio. Esse rico banco de dados, em base eletrônica, já estava em plena operação, consoante narrado nas Alegações Iniciais e não questionado pela Requerida. Ainda, assegurou-se o acesso irrestrito e em tempo real da Requerida, conforme subcláusula 14.3.1 do Contrato. A propósito da disponibilização e do acesso às informações através de sistemas de gerenciamento da informação, veja-se, por exemplo, parte do cadastro de usuários da Requerida no sistema da Requerente:



ID	Org	Area	Usuario	Nome	email	Ativo
420	ANTT	OPERAÇÃO	BENEDITO URMIG	Benedito		<input checked="" type="checkbox"/>
356	ANTT	OPERAÇÃO	GULLIANO URMIG	Guiliano Renato Molinero	gulliano.molinero@antt.gov.br	<input checked="" type="checkbox"/>
289	ANTT	OPERAÇÃO	THALES CARVALHO	Thales Pimenta Carvalho	thales.carvalho@antt.gov.br	<input checked="" type="checkbox"/>
286	ANTT	OPERAÇÃO	ANDRE BARBO	Andre Roriz de Castro Barbo		<input checked="" type="checkbox"/>
417	ANTT	OPERAÇÃO	TOMAZINI URMIG	Paulo Gilberto Tomazini Lucas de Freitas		<input checked="" type="checkbox"/>
418	ANTT	OPERAÇÃO	BETANIA URMIG	Betania Alves Paulino		<input checked="" type="checkbox"/>
444	ANTT	OPERAÇÃO	BENEDITO JOSE	Benedito José Piedade		<input checked="" type="checkbox"/>
452	ANTT	OPERAÇÃO	LUIZ GUSTAVO	Luiz gustavo Oliveira Marccaine		<input checked="" type="checkbox"/>
274	ANTT	OPERAÇÃO	HUGO ALVES	Hugo Leonardo Alves	hugo.alves@antt.gov.br	<input checked="" type="checkbox"/>
445	ANTT	OPERAÇÃO	BETANIA PAULINO	Betânia Alves Paulino		<input checked="" type="checkbox"/>
273	ANTT	OPERAÇÃO	RAQUEL LACERDA	Raquel Correa Lacerda Dutra	raquel.lacerda@antt.gov.br	<input checked="" type="checkbox"/>
271	ANTT	OPERAÇÃO	CLAUDIO LOBATO	Claudio Rene Valadares Lobato	claudio.lobato@antt.gov.br	<input checked="" type="checkbox"/>
270	ANTT	OPERAÇÃO	ELIANE ABRAS	Eliane de Oliveira Abras	eliane.carvalho@antt.gov.br	<input checked="" type="checkbox"/>
272	ANTT	OPERAÇÃO	RICARDO MACHADO	Ricardo Luiz da Mata Machado	ricardo.machado@antt.gov.br	<input checked="" type="checkbox"/>
283	ANTT	OPERAÇÃO	ANTT	Antt		<input checked="" type="checkbox"/>

348. Adicionalmente, foram e continuam sendo atendidas pela Requerente solicitações extraordinárias por parte da Requerida de dados operacionais em padrões diversos através de ofício e e-mail. **Além disso, ainda é enviado à agência, mensalmente, o Relatório Técnico Operacional Físico e Financeiro (RETOFF), que, ao revés do que deu a entender a Requerida em sua Resposta (§241 da Resposta da Requerida), não foi eliminado,** inequivocamente aumentando o trabalho da Concessionária e deixando ainda mais claro o fato de que o SIR gerou obrigações e **gastos adicionais**. Ressalte-se que o atendimento aos padrões e modelos estabelecidos pela requerida para o RETOFF já havia exigido investimentos em softwares e equipamentos, que a Requerente prontamente realizou.

349. É indubitável, pois, que a Concessionária já cumpria plenamente ao disposto nas cláusulas contratuais, inclusive as subcláusulas 14.3 e 14.3.1, pois os relatórios, documentos e informações previstos já integravam banco de dados, em base eletrônica, conforme padrão mínimo determinado pela ANTT e com acesso irrestrito e em tempo real por parte da agência. A propósito da cláusula 14.3.1, note-se que a menção a "*padrão mínimo determinado pela ANTT*" **não configura, ao**

contrário do que quer fazer crer a Requerida, carta branca que permite à agência impor, sem compensar os custos, sistema novo a qualquer tempo.

350. Destaca-se que já havia padrão mínimo determinado pela ANTT – e seguido pela Concessionária – quando foi imposto novo sistema e novas especificações, parâmetros técnicos, regras de envio e padronizações, o que gerou, evidentemente, sobrecusto para que a Concessionária adequasse seus sistemas. Mais uma vez, ressalta-se que a Concessionária é obrigada a adotar o que a ANTT impõe, mas que não pode ficar refém da agência. Assim, se a agência impuser novo sistema e novas formas específicas, diferentes das que já eram exigidas quando da assunção da concessão, e não previstas pelo Contrato nem pelo PER, há alteração unilateral do contrato e a ANTT tem o dever de recompor o equilíbrio econômico-financeiro.

351. Nesse contexto, é indiscutível que não há que se cogitar da frágil distinção intentada pela Requerida entre *tipos* e *formas* dos dados requeridos. Consoante argumentado, o projeto SIR não se tratou de mero ajuste ou evolução tecnológica no padrão das informações que já são encaminhadas mensalmente à ANTT, mas sim de um sistema totalmente novo que levou a custos adicionais. Esses custos advieram não só da contratação de link de dados e da extensão das redes de fibra ótica – estes já reequilibrados – como também da necessidade de se promover a integração com o novo projeto e de se atender a novos requisitos de padronização, de sistema e de estruturação de banco de dados, impostos pela agência de maneira unilateral, sem previsão contratual anterior.

352. Assim, a implantação do SIR, ainda que gradual, gerou inquestionáveis custos à Concessionária, os quais ainda não foram integralmente compensados. Ou seja, não se trata aqui de dizer que tratou-se de medida açodada da ANTT, nem de se questionar que se tratou de "*construção gradual de novo método para coletar, consolidar, armazenar e disponibilizar informações referentes às concessões rodoviárias federais no Brasil*" (§ 242 da Resposta da Requerida). A questão, justamente, é que esse novo método para coletar, consolidar, armazenar e disponibilizar informações – a reconhecida "*nova metodologia de envio e fiscalização por parte da Agência*" (§ 258 da Resposta da Requerida) – impôs à Requerente novos requisitos e exigências, gerando custos para a adaptação de seus sistemas, que, indiscutivelmente, devem ser reequilibrados.

353. Acrescenta-se que, além das exigências de adequação do sistema devido às alterações de método de tratamento e das regras de envio de dados

exigidas pela Requerida, houve também a solicitação de informações adicionais quanto aos dados enviados, que fugiam ao escopo e aos padrões inicialmente definidos pela ANTT, exigindo desenvolvimentos adicionais da área de Tecnologia da Informação da Requerente. Veja-se que, por meio dos Documentos de Interface enviados pela Requerida, que deveriam ser regular e criteriosamente observados (consoante narrado no § 704 das Alegações Iniciais), foram solicitadas novas demandas não previstas no escopo inicial das obrigações da Requerente. Essas demandas incluíram, como evidente na versão mais atualizada do *Documento de Interface* (RTE- 200), entre outros, novo regramento de mensagem de erro (item 2.2.2 do Documento de Interface); novo regramento para envio de dados de infratores por radar, a exemplo do campo 16, *CodigoProblemaImagem* (item 7.1.3 do Documento de Interface); novo regramento para envio de dados de tráfego nas praças de pedágio, a exemplo do campo 23, *LiberacaoCancela* (item 7.3.3 do Documento de Interface); novo regramento para envio de dados de tráfego nos SATs, a exemplo do campo 19, *Tipo* [de eixo], (item 7.4.3 do Documento de Interface); e novo regramento quanto ao envio de dados de acidentes, a exemplo do campo 10, *Presença PRF*, e campo 40, *TipoAnimal* (item 7.5.3 do Documento de Interface).

354. Igualmente, é importante ressaltar que o cotejo do *Documento de Interface* mais recente (RTE- 200), (datado de 16 de abril de 2020) com o Documento de Interface anterior (RTE-114, que anexou Documento de Interface de 26 de agosto de 2019) demonstra que a iniciativa do projeto SIR não está definida ou acabada, mas em constante evolução, com imposição de alterações sucessivas, por exemplo, nos leiautes de entrada, inclusive com a inclusão de novos campos e a renumeração dos campos existentes (vide item 7.5.3 de ambos os documentos quanto aos campos de mensagens de entrada de dados de acidente). O próprio documento de interface traz histórico que deixa evidente que o sistema já está em sua nona versão (versão 1.8), descrevendo algumas das modificações incluídas:

Data	Versão	Descrição
26/08/2019	1.0	Criação do Documento
02/09/2019	1.1	Alteração de nomenclaturas de dados recebidos no JSON de Tráfego Acidente: PedestresEnvolvidosAcidente: - "CPF" alterado para "CPFpedestre" - "Sexo" alterado para "SexoPedestre" - "Idade" alterado para "IdadePedestre" - "Gravidade" alterado para "GravidadePedestre" AnimaisEnvolvidosAcidentes: - "Gravidade" alterado para "GravidadeAnimal"
25/10/2019	1.2	Inserção do campo "VeiculoEvasor" que estava faltando na tabela de Leiaute de Mensagem de Entrada sobre o Tráfego Acidente, mas estava presente no Exemplo de uma mensagem requisição padrão RESTFUL.
30/10/2019	1.3	O campo TipoAcidente na tabela de leiaute de mensagem de entrada sobre tráfego acidente foi desmembrado em TipoAcidentePrimario e TipoAcidenteSecundario, conforme presente no exemplo de uma mensagem requisição padrão RESTFUL
12/11/2019	1.4	Inserção do item 3 = Moto no campo tipo de veículo na tabela de Leiaute de Mensagem de Entrada no serviço de praça de pedágio.
05/12/2019	1.5	Inserção do código de erro E08 e E09 e retirada do tamanho máximo do campo TrechoPista no serviço de acidente.
21/01/2020	1.6	Inserção do código de erro E10 e retirada do termo "Tráfego" do tópico de Acidente.
02/04/2020	1.7	Atualização na redação das mensagens de forma a deixar mais claro de que as mensagens são referente ao recebimento dos dados; Inserção de novos código de erro devido a novas regras implantadas no processo de recebimento dos dados; Alteração na forma de preenchimento do campo Motivo presente no cabeçalho das mensagens enviadas; Inserção de novos campos no serviço de acidente; Alteração de obrigatoriedade de campos. Inclusão dos itens: Padrão de Certificado Digital , Padrões Técnicos e Fluxo Conceitual
28/07/2020	1.8	Atualização do Exemplo de uma mensagem requisição padrão RESTFUL do serviço de Acidente.

355. Esse contexto, é claro, acarreta a necessidade de revisões e adequações rotineiras de seus sistemas por parte da Requerente, para atender às sucessivas exigências feitas a gosto da agência. E isso, lembre-se, no âmbito de obrigação contratual que já era devidamente atendida pela Concessionária, visto que as informações devidas de acordo com o PER e o Contrato já eram repassadas à agência, em outros formatos. Assim, inequivocamente, com a imposição de novo sistema, houve alteração unilateral do contrato, gerando gastos que devem ser reequilibrados.

356. Por fim, cumpre corrigir erro grosseiro da Requerida e esclarecer que, ao contrário do que ela afirma (§§ 282, 283 e 286 da Resposta da Requerida às Alegações Iniciais), não houve reconhecimento por parte da ANTT "de cobertura tarifária para os custos com manutenção de links de dados para os próximos 10 (dez) anos da concessão" (grifos nossos, §282 da Resposta da Requerida) e, sim, do ano 6 (seis), quando foi implantado o SIR, ao ano 10 (dez) da Concessão. Ou seja, a ANTT concedeu o reequilíbrio quanto ao link de dados para os 5 (cinco) anos subsequentes à sua decisão, não 10 (dez), como afirmado pela Requerida.

357. Mesmo os cálculos iniciais propostos pela agência, na Nota Técnica SEI nº 377/2019/GEFIR/SUINF/DIR (RTE 102), já esposavam esse entendimento, propondo valores para instalação e manutenção de link de dados dos anos 6 (seis) a 10 (dez) da Concessão. Confira-se trecho citada pela própria Requerida em sua Resposta (§ 278):

164. Considerando o exposto acima, apresentasse a adequação do cronograma financeiro da concessão para a inclusão dos custos com instalação de equipamentos e sistema para a operação do SIR e manutenção por 5 anos, de acordo com o proposto pela COFOR/GEFIR, conforme Tabela a seguir. (grifos nossos)

358. Dando continuidade a esse entendimento, os cálculos finais para a compensação pela operação e manutenção de link de dados propostos na Nota Técnica SEI nº 1827/2019/GEFIR/SUINF/DIR (RTE 107), que consideraram valor proporcional para o ano 6 (seis) da Concessão, mantiveram a previsão de custos apenas para os 5 (cinco) anos subseqüentes, do 6 (seis), quando exigiu-se o SIR, ao ano 10 (dez) da Concessão:

63. Dessa forma, serão apresentados nas planilhas a seguir, os valores propostos (a preços iniciais referentes maio de 2012) para os investimentos, inclusive custos administrativos (6,24%).

Descrição	Tipo (1)	Fluxo (2)	Total	6º Ano	7º Ano	8º Ano	9º Ano	10º Ano
Vigente	Inv	FCM	-	-	-	-	-	-
Proposta	Inv	FCM	R\$ 27.080,89	R\$ 27.080,89	-	-	-	-

(1) Tipo: COP - Custo Operacional / INV - Investimento.
(2) Fluxo: FCM - Fluxo Marginal / FTC - Fator C.
Valores a preços iniciais de maio/2012.

Descrição	Tipo (1)	Fluxo (2)	Total	6º Ano	7º Ano	8º Ano	9º Ano	10º Ano
Vigente	Cop	FCM	-	-	-	-	-	-
Proposta	Cop	FCM	R\$ 1.254.370,70	R\$ 159.647,18	R\$ 273.680,88	R\$ 273.680,88	R\$ 273.680,88	R\$ 273.680,88

(1) Tipo: COP - Custo Operacional / INV - Investimento.
(2) Fluxo: FCM - Fluxo Marginal / FTC - Fator C.
(3) 6º ano (Proporcional a 7 meses), a partir de Ago/2019
Valores a preços iniciais de Maio/2012

64. Com a inclusão do serviço acima proposto, deverão ser readequados os valores referentes aos Custos Administrativos (6,24%), por se tratar de uma excepcionalidade, nos termos do item VII do Art. 2º da referida Portaria ANTT nº 127, e visto que a inclusão da obra foi reconhecido em 2018, anteriormente a publicação da portaria supracitada, informamos abaixo os cronogramas físico-financeiros (a preços iniciais referentes a (maio de 2012) para os investimentos:

Descrição	Tipo (1)	Fluxo (2)	Total	6º Ano	7º Ano	8º Ano	9º Ano	10º Ano
Vigente	Inv	FCM	-	-	-	-	-	-
Proposta	Inv	FCM	R\$ 1.689,85	R\$ 1.689,85	-	-	-	-

(1) Tipo: COP - Custo Operacional / INV - Investimento.
(2) Fluxo: FCM - Fluxo Marginal / FTC - Fator C.
Valores a preços iniciais de maio/2012.

Descrição	Tipo (1)	Fluxo (2)	Total	6º Ano	7º Ano	8º Ano	9º Ano	10º Ano
Vigente	Cop	FCM	-	-	-	-	-	-
Proposta	Cop	FCM	R\$ 78.272,73	R\$ 9.961,98	R\$ 17.077,69	R\$ 17.077,69	R\$ 17.077,69	R\$ 17.077,69

(1) Tipo: COP - Custo Operacional / INV - Investimento.
(2) Fluxo: FCM - Fluxo Marginal / FTC - Fator C.
(3) 6º ano (Proporcional a 7 meses), a partir de Ago/2019
Valores a preços iniciais de Maio/2012

359. Os cálculos apresentados, que abrangem somente os anos 6 a 10 (dez) da Concessão, refletiram-se na soma apresentada na Tabela Complementar da Nota Técnica SEI nº 1827/2019/GEFIR/SUINF/DIR (RTE 108) e na inclusão dos custos respectivos no Fluxo de Caixa Marginal 2 pelo Ofício Circular SEI nº

637/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT (RTE 109), bem como em todos os documentos seguintes, que embasaram o Voto DMV 249/2019 (RTE 46) e a Deliberação nº 964, de 30 de outubro de 2019 (RTE 46), a qual aprovou a 4a RO e a 8a RE. **Assim, foram reequilibrados pela agência apenas os custos com operação e manutenção de link de dados / data center e, ainda assim, apenas do ano 6 ao ano 10 (dez) da concessão, por 5 (cinco) anos.**

360. Foi nesse contexto, e tendo em vista a previsão de que a mensalidade de link de dados será paga muito provavelmente para além dos 5 (cinco) anos concedidos pela ANTT, que a Requerente solicitou ao Tribunal Arbitral que se declarasse a existência de **obrigação de fazer** por parte da ANTT no sentido de considerar, nas revisões ordinárias subseqüentes, até o final da concessão, os custos com a mensalidade de link de dados cuja exigência foi imposta unilateralmente à Concessionária. Note-se que, ao contrário do que diz a Requerida, **não há que se cogitar aqui de pagamentos a mais pelos usuários dos serviços delegados e nem de ganhos financeiros não previstos na equação econômico-financeira por parte da Concessionária** (§ 283 da Resposta da Requerida). Isso porque o pedido feito ao Tribunal restringiu-se a uma obrigação **de fazer** por parte da ANTT, no sentido de obrigar a agência a considerar, **nas revisões ordinárias subseqüentes ao período para o qual concedeu o reequilíbrio**, as mensalidades que continuarem a ser pagas para a manutenção de links de dados, **pedido que aqui se reitera.**

361. Em suma, restou claro que a criação e implantação do SIR, **sistema novo que visava a atender aos objetivos regulatórios da Requerida**, passou a exigir da Concessionária o envio de informações atendendo a novos padrões e requisitos por parte da agência. Isso gerou **uma série de novos gastos para a Requerente, porém o reequilíbrio concedido pela agência em sede de Revisão Extraordinária deu-se apenas parcialmente**, o que deu origem ao pleito em tela. Cumpre, pois, compensar a Requerente pelos custos remanescentes gerados pela alteração unilateral do Contrato realizada pela agência. **Requer-se, pois, mais uma vez, que o Tribunal Arbitral realize o devido reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão quanto à imposição do SIR.**

7.4 - EVENTOS QUE ALTERARAM O IMPACTO CAUSADO AO PAVIMENTO

362. Trata-se de pleito relativo a desequilíbrio econômico-financeiro oriundo de alterações normativas supervenientes que aumentaram a tolerância quanto ao limite de peso bruto transmitido por eixo dos veículos que trafegam na

rodovia. Os impactos dessas alterações legislativas supervenientes sobre a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão foram resumidos no estudo do LAPAV, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, encaminhado como anexo RTE 124 das Alegações Iniciais. Como explicado nesse documento, o aumento do limite de tolerância acarreta danos adicionais ao pavimento de pista existentes pelo aumento no peso transmitido, reduzindo sua vida útil e demandando maior manutenção, a necessidade de redimensionamento do projeto de pavimentação das pistas principais e secundárias (como dispositivos de acesso). Lembre-se que a sobrecarga afeta não somente as obras de duplicação, mas também de manutenção, recuperação, dos pavimentos, precisando ser mais espessos a fim de suportar o maior desgaste, impactos de cunho estrutural nos dispositivos das obras de arte especial e correntes das rodovias, como as interconexões e acessos, que passariam a necessitar de reforço; e um aumento no número de acidentes relacionados à diminuição da capacidade de frenagem dos caminhões mais pesados.

363. É preciso ressaltar que essa alteração legislativa impactou de forma especial a Concessão, considerando que os principais materiais transportados no Sistema Rodovia são materiais a granel, como cana de açúcar e milho. No transporte de cargas a granel, tipicamente o balanço das cargas no transporte pode causar com mais facilidade uma diferença de carga nos eixos, um desbalanceamento da carga. Assim, o transporte de cargas a granel tende a ter uma variação de peso por eixo relevante, impactando o pavimento de modo mais relevante. Ainda, o LAPAV verificou na análise do tráfego do Sistema Rodoviário, de acordo com os dados efetivos de demanda da rodovia, que o perfil de tráfego da Requerente é mais “carregado” em relação a outras rodovias estudadas; em outros termos, que há no Sistema Rodoviário mais veículos trafegando acima do limite de peso anterior, e que foram beneficiados pelos aumentos de tolerância. Ou seja, identificou o LAPAV que tanto pelo perfil do tráfego quanto pelo tipo de carga mais comum no Sistema Rodoviário, a CONCEBRA foi especialmente afetada pelas alterações normativas.

364. Ressalta-se que está absolutamente incontroverso o direito da Requerente ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão devido ao aumento no limite tolerado de sobrepeso bruto transmitido por eixo em razão de alteração normativa superveniente. Afinal, a própria Requerida reconheceu esse direito em sua Resposta (§289).

365. Ainda, há convergência na metodologia a ser empregada para os cálculos. Nesse sentido, a Requerida afirma que a metodologia foi desenvolvida em

parceria com o LAPAV (291 e 292 da Resposta da Requerida), que foi também utilizado pela Requerente para formular seus cálculos, seguindo a mesma linha do estudo desenvolvido para a ANTT. Até a fundamentalmente a mesma equipe⁵¹ do LAPAV que desenvolveu o estudo RDT que ANTT pretende aplicar a todas concessionárias por ela reguladas foi envolvida no estudo que embasa os cálculos da Requerente. Caso a ANTT entenda que a metodologia adotada pela Concessionária está incorreta, deve logicamente rever também a pesquisa RDT aprovada pela mesma, e que servirá de base para calcular os desequilíbrios de todos os contratos sob sua jurisdição regulatória.

366. Requerente e Requerida discordam fundamentalmente quanto aos dados a serem utilizados de acordo com a metodologia estabelecida pelo LAPAV para o cálculo do montante do desequilíbrio a ser pago à Requerente.

367. O problema do cálculo da ANTT é que, naquele estudo, o LAPAV utilizou como premissas informações inespecíficas, advindas de diversas rodovias federais, mas sem utilizar os dados do Sistema Rodoviário. É, em resumo, um parâmetro genérico que a agência pretende aplicar a todas suas concessões, o que é mesmo impensável quando se tem em conta as dimensões continentais do Brasil e a diferença notável de condições climáticas, de terreno, perfil de carga transportada, entre tantos outros fatores que são relevantes para a mensuração em questão. Por sua vez, o cálculo da Requerente adota como premissas, *inputs* inseridos pelo LAPAV no *software* utilizando dados sobre características de tráfego, pesagem do trecho e estrutura do pavimento própria do Sistema Rodoviário da CONCEBRA.

368. Além disso, a agência alega que o presente pleito não poderia ser tratado no âmbito do processo arbitral por outras duas razões.

369. Primeiro, segundo a Requerida, porque envolveria a necessidade de que o Tribunal Arbitral subtraísse competência legal da ANTT para regular o contrato, sendo o direito de regular indisponível, indelegável e inarbitrável (§ 296 da Resposta da Requerida). Em segundo lugar, diz a ANTT que, por uma questão de ordem prática, seria inviável tratar de um tema tão complexo em uma simples perícia de engenharia ou procedimento similar (§ 298 da Resposta da Requerida). Para ilustrar seu argumento quanto à complexidade do tema, a Agência apresentou Proposta de Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT (Doc. R-85 da Resposta da

⁵¹ Prof. Phd Lélío Antônio Teixeira Brito, Prof. DSc. Jorge Augusto Pereira Ceratti; Eng. Esp. Lucas Fraporti Heller, Eng. Msc Celso Luiz dos Santos Romeiro Júnior.

Requerida) realizado pelo LAPAV, mesmo órgão que fez o estudo que embasa o cálculo do desequilíbrio pleiteado pela Requerente, como afirmado.

370. Isto é, a diferença entre o cálculo realizado pela Requerente e o defendido pela Requerida (ambos realizados pelo LAPAV, nunca é demais frisar) reside primordialmente no fato de que o cálculo da Requerente faz uso como premissas (os *inputs* inseridos no *software* utilizado pelo LAPAV) de informações específicas do Sistema Rodoviário, enquanto a ANTT pretende aplicar seu estudo genérico, *one size fits all*.

371. Em relação ao primeiro ponto levantado pela Requerida, cumpre ressaltar, preliminarmente, que causa estranheza esse tipo de alegação neste momento do processo, considerando que **não houve qualquer questionamento por parte da Requerida quanto à (im)possibilidade de discussão do presente pleito em sede de Arbitragem quando de sua Resposta ao Requerimento de Arbitragem e quando da assinatura da Ata de Missão.**

372. Na Resposta da Requerida ao Requerimento de Arbitragem, a ANTT sequer se dignou a tratar especificamente do tema.

373. Na Ata de Missão, a ANTT limitou-se a afirmar que "*eventos como a lei dos caminhoneiros (...) foram devidamente reequilibrados pela ANTT*". Não houve, pois, qualquer argumento de mérito por parte da Requerida em oposição à inclusão do pleito relativo ao aumento do limite de peso transmitido por eixo em decorrência de alteração superveniente de legislação em processo arbitral.

374. Além disso, é desprovida de sentido a alegação da Requerida de que o presente pleito envolveria a necessidade de o Tribunal Arbitral subtrair "*competência legal da ANTT para regular o contrato*", direito esse que seria "*indisponível e indelegável, portanto, inarbitrável*" (§ 296 da Resposta da Requerida). Isso porque, por evidente, não há exercício algum da competência regulatória da ANTT pelo tribunal em razão do presente pleito.

375. Como reconhecido pela própria Requerida (§ 289 da Resposta da Requerida), houve alterações normativas supervenientes que causaram desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão por aumentar o limite de carga aplicável ao pavimento, prejudicando a Concessionária. A ocorrência de desequilíbrio é, assim, incontroversa. O que se discute no presente pleito, pois, é o **quantum** de desequilíbrio econômico-financeiro a ser pago à Requerente, isto é, o **montante devido à Concessionária a fim de reequilibrar o Contrato de Concessão.**

376. Veja-se que o que está em discussão na presente Arbitragem não é a competência regulatória da Agência, mas sim a **mensuração, quantificação do impacto adicional gerado à Concessionária por alteração legislativa superveniente**, cujo mérito já foi inclusive reconhecido pela agência. O que se pleiteia aqui é o **cálculo correto do valor do desequilíbrio econômico-financeiro inegavelmente sofrido pela Requerente**. Por óbvio, a discussão do *quantum* de desequilíbrio não está ao arbítrio da agência ou afeta sua capacidade regulatória, mas é **matéria afeta a direito patrimonial disponível**, passível, pois, de ser discutida em arbitragem envolvendo a administração pública direta e indireta, tal qual disposto no art. 1º, § 1º da Lei 9.307/1996 (incluído pela Lei nº 13.129, de 2015), bem como especificamente questão arbitrável segundo o art. 31, §4º, I da Lei 13.448/2017.⁵²

377. Nesse sentido, estando incontroverso o desequilíbrio, destaque-se que não há opção discricionária por parte da Agência quanto a reequilibrar ou não o contrato, inserida em seu âmbito de poder regulatório. Ocorrido o evento gravoso ocasionado pelo Poder Concedente, como foi o caso, é direito patrimonial disponível da Concessionária que se veja reequilibrado o Contrato de Concessão em montante a ser propriamente calculado. É precisamente esse cálculo que está sendo discutido neste pleito, para que seja aplicada metodologia tecnicamente mais acertada, aderente à realidade da Concessionária.

378. Relembre-se, ainda, que, o desequilíbrio econômico-financeiro a ser pago tem natureza jurídica e dá origem a uma dívida do Poder Concedente em favor do concessionário. Assim, o valor a ser apurado a título de desequilíbrio econômico-financeiro tem natureza de dívida contratual.⁵³ É inquestionável, pois, que o presente pleito trata de direito patrimonial disponível, ou seja, matéria arbitrável.

379. Em relação ao segundo argumento da ANTT, segundo a Requerida, não seria possível que o pleito fosse tratado em sede de Arbitragem porque *“por uma questão de ordem prática, afigura-se inviável tratar um tema tão complexo, sobre o qual tem se debruçado a Agência há anos, em uma simples perícia de engenharia ou algo do gênero”* (§ 297). Para sustentar seu argumento, menciona a Proposta de Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT (Doc. R-85 da Resposta da

⁵² Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (...) § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

⁵³ Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal; MANDEL, Denise Nefussi. O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa? Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-atraso-em-reequilibrar-concessoes-e-ppp-como-improbidade-administrativa-publicado2-em-13-09-2015.pdf>

Requerida), que envolve 07 (sete) profissionais (§ 298) e que já foram gastos recursos para desenvolvimento do estudo entregue (§299).

380. Todos os argumentos da Requerida são equivocados e nenhum merece prosperar.

381. Tem-se que, em primeiro lugar, a entidade que realizou o estudo que embasa o pleito da Requerente é exatamente a mesma – utilizando os mesmos *softwares* e métodos e com basicamente a mesma equipe, com diferença primordial nas informações específicas do Sistema Rodoviário utilizadas pelo LAPAV no cálculo do pleito da Requerente. É que, como indicado nas Alegações Iniciais (§749), o LAPAV identificou o comportamento dos pavimentos, sendo realizado a partir da análise do impacto do incremento de cargas por tipo de eixo nas estruturas de pavimento existentes e em implantação ao longo da rodovia, e a partir do perfil de tráfego específico do Sistema Rodoviário, conforme verificado a partir da análise das informações dos postos de pesagem em Araxá e Comendador Gomes.

382. Ademais, ao contrário do que sugere a Requerida, aqui não se está discutindo a elaboração de metodologia com a amplitude de escopo daquela do Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT. Ainda, é no mínimo incomum determinar a inviabilidade de um pleito técnico simplesmente rotulando-o como complexo (para os ilustres procuradores que representam a agência no caso, frise-se), indicando a duração de um projeto de pesquisa RDT para justificar tal tese. No Projeto de Pesquisa da Requerida, o escopo é muito mais amplo, afinal o objetivo geral do projeto é:

definir uma metodologia para se avaliar os efeitos do aumento da tolerância de carga de eixo **dos últimos vinte anos** (de 5,0% para 7,5% e de 7,5% para 10%) no desempenho de pavimentos flexíveis típicos da **malha rodoviária nacional concedida** e, conseqüentemente, nos custos de manutenção dos mesmos.

383. A pesquisa da Requerida tem ainda 8 (oito) objetivos específicos, a saber:

1. Discutir a validade de aplicação de fatores de equivalência de carga, na quantificação de danos de pavimentos brasileiros, ao se aumentarem as cargas de eixo.
2. Identificar elementos necessários para modelagem do efeito da sobrecarga ao pavimento tais como: estrutura do pavimento, característica da frota de veículos, níveis de sobrecarga.

3. Analisar e selecionar modelos de degradação que sejam compatíveis para avaliação da sobrecarga em pavimentos.
4. **Estudar os efeitos das sobrecargas no pavimento devido a mudança de legislação no país nos últimos 20 anos.**
5. Investigar o potencial do uso da ferramenta da AASHTO Ware Pavement para modelagem da degradação do pavimento devido as cargas rodantes.
6. Investigar o potencial do uso da ferramenta da HDM-4 para modelagem da degradação do pavimento devido as cargas rodantes.
7. **Comparar os dados previstos pelas metodologias discutidas em (5) e (6) com as metodologias correntemente aplicadas no Brasil através do uso dos fatores de equivalência de carga e modelos clássicos nacionais de degradação.**
8. **Propor uma metodologia que se adapte as várias concessões rodoviárias nacionais** para avaliar os efeitos do aumento da tolerância de carga máxima legal no custo de manutenção de pavimentos de rodovias concedidas. (grifou-se)

384. Nota-se que o escopo da pesquisa que a Requerida tenta comparar com o presente pleito é muito mais amplo, englobando, entre outros, o estudo sobre os efeitos da sobrecarga no pavimento no país nos últimos 20 (vinte) anos e a elaboração de metodologia que se adapte às várias concessões rodoviárias nacionais. Porém, o que está em discussão na presente arbitragem não é a elaboração de metodologia genérica, aplicável a todas as Concessionárias, mas, sim, o cálculo correto do montante de desequilíbrio havido na Concessão, tendo esse direito ao reequilíbrio sido reconhecido expressamente pela Requerida.

385. Ainda, cumpre reiterar que a metodologia de cálculo é, sim, questão que pode ser avaliada e discutida em Arbitragem, sendo passível de ser aferida por perícia. Na verdade, como o LAPAV da Universidade Federal do Rio Grande do Sul foi o responsável por elaborar ambos os estudos, este Tribunal Arbitral poderia muito bem convocar o próprio LAPAV para que indicasse qual cálculo é o mais apurado e adequado especificamente ao Sistema Rodoviário.

386. Por fim, em relação ao argumento de que a ANTT já gastou recursos públicos para a elaboração de um estudo genérico, que não será acurado em relação a nenhum dos contratos de concessão por ela regulados, a Requerente entende que não cabe a ela suportar os ônus da decisão da ANTT de adotar uma metodologia inespecífica e de questionável utilidade.

7.5 - INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1.731/2017: ALTERAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS DOS CONCESSIONÁRIOS DE RODOVIAS

387. Em sua Resposta às Alegações Iniciais, a Requerida reconhece a ocorrência de modificação de obrigação tributária acessória imposta pela Administração Pública Federal direta por meio da publicação da Instrução Normativa RFB nº 1.731/2017. No entanto, a Requerida incorretamente imputa à Requerente a afirmação de que teria havido o indeferimento do respectivo pleito no julgamento da 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio, efetivada pela Deliberação n. 628/2018 da Diretoria Colegiada da Agência (RTE 31).

388. Tal conclusão decorre de interpretação equivocada das Alegações Iniciais apresentadas pela Requerente. O que se afirmou foi a não efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro até aquele momento, em razão da alegação da Requerida de que faltariam documentos para que se procedesse ao reequilíbrio em âmbito administrativo. Assim se manifestou a Requerente no parágrafo número 768 de suas Alegações Iniciais:

768. No Ofício nº 158/2018/GEFIR/SUINF (RTE 133), a ANTT **novamente reconheceu a imposição de obrigações não previstas em contrato, que poderiam gerar impactos operacionais na praça de pedágio.** Além disso, identificou que os investimentos são incorporados PER via fluxo de caixa marginal, mediante análise e aprovação dos projetos executivos, conforme o art. 22 da Resolução ANTT nº 1.187/2005, no Capítulo VI – Das Alterações do Programa de Exploração. No mesmo documento, a agência solicitou – de modo bastante atípico para sistemas de informática – a apresentação do projeto executivo e orçamento referente à implantação das melhorias relacionadas na carta CNB-DIR 0482/2018. A 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária foi implementada segundo o Voto DSL 239/2018 (RTE 87) e a Deliberação 628/2018 (RTE 31) sem a devida implementação do reequilíbrio (grifos no original)

389. Conforme se observa a partir da leitura do trecho transcrito, a Requerente ressaltou que a Requerida havia solicitado a apresentação de projeto executivo em relação aos investimentos efetivados em decorrência das novas exigências impostas pela Instrução Normativa RFB 1.731/2017. A não implementação do reequilíbrio – ou seja, sua não efetivação – se deu em razão da exigência indevida da Requerida em relação ao projeto executivo. Observa-se, no entanto, que em momento algum a Requerente afirmou ter a Requerida indeferido o mérito do

pedido de reequilíbrio, mas apenas indicou a sua não efetivação em razão da suposta falta de documentos necessários.

390. Assim, a Requerente e a Requerida não diferem em seu relato do ocorrido: ambas indicam que a Requerida não efetuou o reequilíbrio econômico-financeiro, neste caso, porque alegou faltarem documentos comprobatórios. Aqui, a exigência era de apresentação de projeto executivo para a modificação do PER.

391. Respondeu a agência às Alegações Iniciais que a Requerente não teria atendido tempestivamente ao pedido de instrução processual, razão pela qual o pleito não teria sido apreciado pela Diretoria Colegiada da ANTT na Deliberação n. 628/2018 (RTE 31) sobre a 3ª Revisão Ordinária e a 7ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio – TBP.

392. Assim, a Requerida, em sua Resposta Alegações Iniciais, não apenas apresentou de forma equivocada os argumentos da Requerente, como também buscou imputar-lhe indevidamente como omissão a não apresentação do referido projeto executivo. Tentou argumentar, assim, que a apresentação de projeto executivo seria obrigação necessária para a efetuação do reequilíbrio no presente caso.

393. Conforme destacou a Requerida, a Requerente indicou em suas Alegações Iniciais que o referido projeto executivo não é documento obrigatório para o reconhecimento do direito ao reequilíbrio neste caso. Apesar disso a Requerente optou, por mera liberalidade, por elaborá-lo e anexá-lo a sua peça de Alegações Iniciais, em demonstração de sua busca pela pronta resolução de eventuais divergências.

394. Ao tentar refutar a tese da Requerente, a Requerida afirmou que seria necessária anuência prévia da ANTT *"para qualquer alteração do PER original, sem distinguir entre as decorrentes de proposta autônoma da concessionária daquelas necessárias ao atendimento de imposições legais ou administrativas, como é o caso ora examinado"*. Citou, como fundamento de seu argumento, a redação do art. 3º da Resolução ANTT n. 1.187, de 2005, que afirma ser necessária *"prévia autorização da Diretoria da ANTT"* para *"eventuais modificações no Programa de Exploração para inclusão, exclusão ou alteração de obras e serviços, em caráter excepcional ou em regime de urgência"*.

395. A Requerida seguiu sua argumentação afirmando que *"uma vez aprovada a proposta de alteração do PER, a Concessionária deverá apresentar o*

respectivo projeto executivo, a fim de que seus custos possam ser considerados para as revisões tarifárias seguintes". Como fundamento para seu argumento, fez referência ao parágrafo único do art. 21 da referida resolução:

Art. 21. As propostas de alteração no Programa de Exploração, apresentadas pela Concessionária, deverão conter Projeto Básico, suas justificativas e avaliação dos custos e benefícios, considerados os requisitos indicados no Anexo IV desta Resolução.

Parágrafo único. Após autorizada pela ANTT a alteração no Programa de Exploração, a concessionária deverá apresentar Projeto Executivo, cujo custo de elaboração será considerado em futura revisão.

396. Concluiu, assim, a Requerida, que a apresentação de projeto executivo seria requisito obrigatório no caso de modificações de qualquer natureza ao PER. Entretanto, a argumentação da Requerida é falha por desconsiderar a natureza das medidas implementadas, seu prazo de implementação e a ausência de resposta da própria Requerida quando do pedido de autorização da Requerente em relação a uma das fases do desenvolvimento das intervenções.

397. É que, conforme descrito em suas Alegações Iniciais, a Requerente buscou a anuência prévia da Requerida para implementar a segunda fase do projeto para adequação dos sistemas à nova norma, premida que estava a Concessionária pela exigência da Receita Federal de adequar-se à norma. Contudo, a Requerente não obteve, em tempo hábil, resposta da Requerida. Conforme se afirmou em Alegações Iniciais:

766. Diante da demora da Requerida, a Concessionária contou com aproximadamente um mês e meio de prazo para realizar a segunda fase do disposto na instrução normativa em exame, que indicava a obrigatoriedade da placa no Documento Fiscal Equivalente recebido em pista e a coleta das placas dos veículos por LPR. Isso ainda antes de sequer ter sido reequilibrado o Contrato de Concessão pelos custos relativos à implantação da primeira fase do projeto.

398. Inclusive, preocupada com a não obtenção de resposta a sua solicitação, a Requerente endereçou a Carta CNB-DIR 0612/2018 (RTE 132) à Secretaria da Receita Federal do Brasil, com o objetivo de solicitar a sua intermediação junto à ANTT. Como já afirmado em Alegações Iniciais, essa carta demonstrava a necessidade de que a Requerida prontamente atendesse ao pedido da Concessionária, considerando-se o prazo exíguo para cumprimento das referidas obrigações. Isso porque, até aquele momento, a Requerente ainda não havia obtido

posicionamento quanto ao pedido de autorização prévia. A Receita Federal, no entanto, não respondeu à manifestação da Requerente.

399. Note-se que a regra do art. 21 e parágrafo único da Resolução ANTT n. 1.187, de 2005, fundamento que a Requerida busca apontar para sua alegação sobre a obrigatoriedade de apresentação do projeto executivo pela Requerente, refere-se apenas a propostas de alteração no Programa de Exploração, conforme leitura do próprio *caput* do artigo referido.

400. O referido procedimento poderia se aplicar caso se tratasse de alteração que pudesse ser efetivada em tempo hábil para a obtenção de autorização da ANTT. Tratou-se, entretanto, de norma com prazo exíguo para seu cumprimento, **circunstância agravada pela demora da ANTT em providenciar autorização prévia para que a Requerente pudesse dar prosseguimento à segunda fase das intervenções.**

401. As intervenções realizadas, portanto, são alterações implementadas com urgência, de modo a se garantir o cumprimento da nova norma expedida pela Receita Federal do Brasil. Não poderia a Requerente aguardar indefinidamente até que a Requerida se manifestasse sobre o seu pedido de autorização prévia, já que tal atitude significaria o descumprimento da nova regra em vigor, uma vez que a implementação das medidas necessárias ao cumprimento da nova norma não ocorreria dentro do prazo estipulado pela referida Instrução Normativa.

402. Não se tratou, portanto, de procedimento comum de alteração do PER, mas sim da realização de intervenções com urgência para garantir o cumprimento de norma superveniente com prazo exíguo de implementação. Assim, o disposto no art. 21, apontado pela Requerida, que se refere especificamente às "*propostas de alteração no Programa de Exploração*", não se aplica ao caso presente.

403. Cuida-se, sim, de custos adicionais dispendidos em caráter de urgência pela Requerente para cumprir as normas publicadas pela Receita Federal do Brasil. Por essas razões, entende-se que a apresentação de projeto executivo não é condição prévia exigível. Isso porque a própria Resolução ANTT n. 1.187, de 2005, somente indica a obrigatoriedade de apresentação de projeto executivo no caso de obras e serviços previstos no PER (art. 14) ou de propostas de alteração autorizadas pela ANTT (art. 21).

404. Assim, não poderia a Requerida postergar indevidamente a efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão sob o fundamento de ausência de apresentação de projeto executivo.

405. Ademais, ressalta-se que o presente caso implicou a realização de serviços que envolveram apenas a criação e formatação de software, não sendo necessária a implantação de nenhum elemento físico. Não se tratou, portanto, da realização de novas obras a serem incluídas no PER.

406. Quanto à segunda alegação da Requerida, sobre a referência a obras de pequeno porte, também cabe um contra-argumento. A Requerida alega que o art. 14 incide apenas sobre obras de pequeno porte constantes do PER. Como se trata, neste caso, de "**obras não previstas no PER originalmente aceito pela Concessionária**" (grifos no original), a dispensa de projeto executivo por se cuidar de obras de pequeno porte não seria aplicável.

407. Ora, se a Resolução ANTT n. 1.187, de 2005, permite que mesmo obras de pequeno porte expressamente previstas no PER podem dispensar a apresentação de projeto executivo, seria absolutamente ilógico crer que tal dispensa não se aplicaria a obras de pequeno porte não previstas realizadas em caráter de urgência para cumprimento de norma fiscal federal.

408. Ressalta-se, novamente, que se tratou de medidas implementadas em prazo extremamente exíguo, de modo a cumprir tempestivamente a regra estabelecida. Destaca-se, ademais, que as intervenções realizadas são de pequeno porte e que a Requerente não conseguiu obter, em tempo hábil, a autorização da Requerida para o desenvolvimento da segunda fase do projeto. Por óbvio, a Concessionária não pode ficar refém da morosidade da agência em solucionar os desequilíbrios contratuais, motivo pelo qual a Requerente trouxe esse pleito à arbitragem.

409. A Requerida afirmou, ainda, que "*mesmo se fosse aplicável às obras não previstas no PER tornadas necessárias em função da IN RFB n. 1.731, de 2017, o § 2º do art. 14 acima transcrito não teria a consequência invocada pela **Requerente em suas alegações iniciais***" (grifos no original). Isso porque, segundo o entendimento da Requerida, o dispositivo apenas confere à ANTT a capacidade discricionária de dispensar a entrega do projeto executivo no caso da execução de obras de pequeno porte.

410. Ainda que o dispositivo somente indique a discricionariedade da ANTT de dispensar a apresentação de projeto executivo quando se tratar de obras de pequeno porte, essa disposição reforça a ideia de que não existe uma indispensabilidade de apresentação do projeto executivo. O dispositivo reconhece que, a depender das circunstâncias fáticas do caso, pode ser inconveniente exigir a entrega de projeto executivo, como no exemplo de obras de pequeno porte.

411. Como já se ressaltou diversas vezes, o essencial a se compreender no presente pleito é a urgência na implementação das medidas indicadas pela norma da Receita Federal, a diligência da Requerente em cumpri-las, bem como a impossibilidade de se aguardar indefinidamente pelo posicionamento da Requerida sobre a execução da segunda fase do projeto. Esse contexto indica as condições em que foram executadas as intervenções citadas e justificam a solicitação pela pronta efetuação do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

412. Devido a esses fundamentos, a Requerente solicita a efetivação imediata do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, nos termos descritos em Alegações Iniciais, em razão da ocorrência do evento de desequilíbrio gerado a partir da publicação da Instrução Normativa RFB nº 1.731/2017.

7.6 - DECRETO FEDERAL Nº 8.395/2015 – CIDE: ELEVAÇÃO DA ALÍQUOTA PERTINENTE À IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E SEUS DERIVADOS

413. Em relação ao desequilíbrio gerado pela alteração legislativa que impôs a cobrança de tributo – CIDE – sobre os combustíveis, defende-se a Requerida basicamente com dois argumentos. Em primeiro lugar, questiona a verificação do impacto da alteração tributária sobre a concessão, alegando que os sobrecustos incorridos pela Requerente teriam sido captados pelo reajuste tarifário e que o risco pela variação de preço de insumos teria sido alocado pelo Contrato de Concessão à Concessionária (§339 de sua Resposta). Em segundo, alega (§380) "*a ocorrência de verdadeira coisa julgada administrativa quanto à decisão sobre o pleito de recomposição em decorrência da variação da alíquota da CIDE*".

414. Quanto ao primeiro ponto, a Requerida mantém incontroverso que a alteração legislativa tributária gera direito ao reequilíbrio econômico-financeiro por força da alocação de risco definida na própria lei 8.987/95, no § 3º do seu artigo 9º:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

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

415. Note-se que a norma em questão é bastante ampla ao assegurar o reequilíbrio econômico-financeiro para a alteração de **quaisquer tributos, independentemente da forma como afetam a concessão**. Não trata a questão, portanto, de mera variação ordinária de preços de insumos da concessão, como quer fazer parecer a Requerida, mas de um tipo específico de sobrecusto, irresistível e imprevisível, que possui alocação legal do respectivo risco ao Poder Concedente. A norma do artigo 9º, §3º não pode ser derogada tacitamente por interpretação contratual da Requerida.

416.

417. Alega a requerida (§ 339) que *"a ANTT rejeitou o pleito de reequilíbrio originalmente sob o fundamento de que o IPCA já captaria de forma adequada a variação do preço dos combustíveis observada em decorrência do aumento da CIDE"*, informando, ainda, que o Ofício n. 087/2016/GEROR/SUINF (RTE 66) comunicou a posição da área técnica da Agência sobre o impacto da majoração da CIDE na equação econômico-financeira da concessão:

11. da Tarifa de Pedágio Com relação ao pleito da concessionária, cabe afirmar que a incidência da Cide na gasolina e no óleo diesel tem efeito expressivo e direto no Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, que é o índice utilizado como base para atualização monetária.

12. O IPCA é composto por grupos de produtos e serviços, o grupo Transportes (que monitora, além de outros itens, a variação de preços de combustíveis), tem a segunda maior participação na composição do IPCA, com peso de 20,54%. O grupo Alimentação e bebidas apresenta a maior participação com 23,12%.

13. Dessa forma, a variação de preços da gasolina e do óleo diesel já está contida no IPCA, utilizado como base para atualização monetária da Tarifa de Pedágio. Também deve-se considerar que o contrato de concessão é de longo prazo, e que o aumento de combustíveis, durante os 30 anos de concessão é plenamente previsível.

14. Assim, não caberá o reequilíbrio tarifário em função do aumento dos preços de combustíveis devido à majoração da CIDE.

418. Ocorre que, contrariamente ao que alega a Requerida, IPCA não capta de forma adequada os impactos da majoração da CIDE nas tarifas de pedágio pois, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA tem por objetivo medir a inflação de um conjunto de produtos e serviços comercializados no varejo, referentes **ao consumo pessoal das famílias**.

419.

420. Atualmente, a **população-objetivo do IPCA abrange as famílias com rendimentos de 1 a 40 salários mínimos**, qualquer que seja a fonte, residentes nas áreas urbanas das regiões de abrangência do Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor – SNIPC, as quais são: regiões metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Vitória, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba, Porto Alegre, além do Distrito Federal e dos municípios de Goiânia, Campo Grande, Rio Branco, São Luís e Aracaju.

421. De maneira geral, o escopo metodológico do IPCA abrange os seguintes temas: montagem da estrutura geral de pesos, definição das bases cadastrais de produtos e locais, coleta de preços e método de cálculo. As estruturas de ponderadores são montadas utilizando-se uma organização de códigos em grupamentos logicamente estabelecidos de forma que fiquem juntas as categorias de consumo de mesma natureza, hierarquicamente estruturadas em grupos, subgrupos, itens e subitens. Estes últimos representam o nível mais desagregado para o qual se obtêm os pesos utilizados no cálculo dos índices de preços. Estes ponderadores **retratam o grau de importância ou representatividade dos subitens pertencentes à cesta de consumo das famílias**, que são constituídas a partir dos hábitos de consumo da população-alvo da pesquisa.

422. O que se demonstra aqui é que o IPCA representa, de forma adequada, o impacto da variação dos preços dos combustíveis no orçamento das famílias, mas, parece óbvio, não o impacto nos custos de uma Concessionária de Rodovias, a não ser que a ponderação de insumos que impactam no custo da Requerente seja exatamente igual à ponderação de custo para as famílias, o que não é crível. Ocorre que a Requerida quis simplificar um processo que é complexo, a análise do impacto da majoração da CIDE nos custos da Concessionária, optando simplesmente em dizer que a correção da tarifa pelo IPCA já capturaria esta variação.

423. E mesmo essa afirmação da Requerida está incorreta. Além disso, a ANTT cita que o grupo de Transportes tem participação de 20,54% no IPCA. No entanto, extraindo somente a informação pertinente ao tema em discussão, a participação do item Combustível em termos gerais fica próxima a 5% somente. Avaliando a fundo a variação do preço do combustível nas pesquisas para formulação do IPCA e o peso do combustível dentro do IPCA, não é possível perceber o impacto da CIDE no índice, conforme demonstrado pela tabela abaixo.

Insumo	Preço Médio	Varição	Preço Final
Gasolina	R\$ 3,204	6,87%	R\$ 3,424
Óleo Diesel	R\$ 3,044	4,77%	R\$ 3,194
Índice	Mês de Referência	Varição	
IPCA	Junho/15	0,79%	

** mês de junho/15 referente a entrada em vigor da alteração tributária CIDE*

424. Conforme pode-se observar, diferente de como a Requerida tenta fazer crer, o índice inflacionário no referido mês da aplicação demonstra um impacto de 0,79% contra uma variação dos insumos derivados do petróleo mensurados pela ANP de 6,87% para gasolina e 4,77% para o diesel. Trata-se de impacto relevante à Concessão, considerando, apenas a título exemplificativo, que a Concessionaria tem custos anuais de combustível superiores a R\$ 10 milhões, o que para a concessionaria é extremamente relevante.

425. Ainda, a ANTT esdruxulamente sugere (§ 354 de sua Resposta) a hipótese de a Concessionaria optar por usar frota movida a outros combustíveis que não a gasolina ou diesel, mencionando em sua nota de rodapé de número 6 veículos elétricos, por exemplo. Parece a agência ignorar os problemas de autonomia limitada dos veículos elétricos propostos, e que se está tratando de um impacto de 2015, como se houvesse disponíveis caminhões elétricos a venda no mercado brasileiro. Demonstra a ausência de boa-fé argumentativa e o total descolamento da agência à realidade a tentativa de fazer o juízo arbitral crer que havia soluções alternativas ao combustível fóssil à época dos fatos.

426. Outro exemplo de falta de boa-fé argumentativa da Requerida é a afirmação (§§342, 347, 348) de que "a PF/ANTT não se posicionou no sentido de não

ser a CIDE tributo” e “em momento algum dos documentos citados se encontra referência à natureza não tributária da CIDE”. Contudo, o Parecer n. 00573/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), da procuradoria da agência, assim indica, com os destaques aos trechos que desmentem as alegações da ANTT:

7. De qualquer modo, deve ser considerado que o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) [REDACTED] como exige a Cláusula Contratual e, também, o § 3º do art. 9º, da Lei n. 8.987/1995.

8. Aliás, por [REDACTED] em razão do exercício do poder de polícia, e as contribuições de melhoria, decorrente de obras públicas (art. 145, da CF e art. 5º, do CTN).

9. [REDACTED]

427. Por fim, quanto ao segundo fundamento utilizado pela Requerida, afirma a ANTT (§ 381) que a questão não trata de preclusão, mas de uma afronta a coisa julgada administrativa: *“No caso ora examinado, não se discute a tempestividade do pedido da Requerente, mas antes, denuncia-se que sua irresignação contra **decisão de mérito com trânsito em julgado no âmbito administrativo em 2016** malhere o imperativo da segurança jurídica.”* Conclui por afirmar que *“torna-se evidente a improcedência do pleito de reconhecimento de desequilíbrio da concessão em decorrência da variação da alíquota da CIDE promovida pelo Decreto n. 8.395, de 2015, quer pela ANTT quer por este Tribunal, razão pela qual se requer seu indeferimento, com a condenação da **Requerente nas verbas sucumbenciais definidas de acordo com a ata de missão aprovada.**”*

428. Ora, a Requerida traz o estranho entendimento de que por ter havido decisão final pela Diretoria Colegiada da ANTT (§368) a questão estaria totalmente resolvida e, que, portanto, a Concessionária não teria direito a trazer a este Tribunal Arbitral a sua irresignação contra justamente a decisão da agência.

429. A coisa julgada administrativa significa a imutabilidade das decisões proferidas **neste âmbito** para a Administração Pública, implicando assim na impossibilidade de se interpor qualquer **novo recurso administrativo**, ressalvadas apenas as possibilidades de anulação de seus atos pelo próprio ente público, quando eivados de vícios, conforme a Súmula 473/STF, a qual dispõe:

Administração Pública – Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos;

ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

430. Portanto, esta imutabilidade no âmbito administrativo não implica a impossibilidade de recurso ao Poder Judiciário ou de Tribunal Arbitral, em havendo, como no caso cláusula arbitral. Verifica-se, na cláusula 37 do Contrato de Concessão, a existência da opção pela via da arbitragem para solução de controvérsias entre a Concessionária e o Poder Concedente:

37 Resolução de Controvérsias

37.1 Arbitragem

37.1.1 AS Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias elou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato elou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

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

431. Aliás, a existência de decisão final em âmbito administrativo não é fato impeditivo, mas é condição necessária para que se instaure o litígio arbitral. É o que determina o *caput* do artigo 31 da lei 13.448/17, de modo que para que qualquer questão possa ser discutida em âmbito arbitral é necessário que a Concessionária primeiro esgote as instâncias administrativas da ANTT, ou seja, que obtenha decisão final por parte da Diretoria da Agência. Causa bastante espanto, nesse sentido, o desconhecimento por parte do ilustre procurador da norma a seguir transcrita:

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

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

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

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

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

432. Concluindo, a Requerente reitera a competência deste Tribunal para julgar este pleito e que, reconhecido o direito da Concessionária, apure-se o montante devido em produção de provas, montante este que deverá ser atualizado oportunamente no momento de liquidação da sentença arbitral, sendo certo que este cálculo, uma vez atualizado oportunamente, dirá respeito apenas aos desequilíbrios já incorridos. A ele deve ser acrescida a obrigação de a ANTT anualmente considerar, nas revisões ordinárias da Concessão, o impacto anual da CIDE de acordo com a alíquota então vigente.

7.7 - ATRASO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

433. Em relação ao desequilíbrio decorrente do atraso da ANTT para executar suas obrigações referentes ao licenciamento ambiental, cabe primeiramente destacar que permaneceu incontroverso o reconhecimento de que a Requerida se atrasou em fornecer as licenças listadas na cláusula 5.2.1 do Contrato de Concessão⁵⁴ à Requerente.

434. A Requerida, contudo, contestou o montante representativo do total do desequilíbrio decorrente dos custos de desmobilização incorridos pela Concessionária com o atraso no licenciamento ambiental. Em primeiro lugar, a Requerida tentou limitar o reequilíbrio a uma suposta parcela de mobilização apenas para as obras referentes às metas do primeiro ano da concessão. Alegou que a Requerente teria antecipado obras previstas para os anos subsequentes, o que teria levado a uma maior mobilização do que a necessária naquele momento. Afirmou a ANTT que se "*estivesse no planejamento da **Requerente** uma antecipação de obras, tal fato deveria ter sido comunicado à ANTT, nos termos estabelecidos pela **Resolução nº 1.187/2005 (R-86)**" (grifos no original). Assim, citou dispositivo da referida resolução que indicaria essa necessidade de comunicação à ANTT de eventual antecipação dos cronogramas estabelecidos no PER.*

435. Com fundamento nesse raciocínio, a Requerida alegou que a Requerente não teria comunicado à agência a suposta "*antecipação do cronograma*" de obras e que, portanto, não poderia, agora, pleitear o reequilíbrio em relação ao montante total indicado em Alegações Iniciais referente a custos de desmobilização.

⁵⁴ Contrato de Concessão: "5.2 O Poder Concedente deverá:

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

436. Ocorre que não se tratou de antecipação do cronograma de obras, mas sim da preparação necessária para que as obras planejadas fossem executadas de acordo com o cronograma previsto pelo PER. Não sendo o caso de antecipação de metas, portanto, não havia qualquer obrigação de comunicação à ANTT das medidas empregadas, que, reitera-se, destinavam-se à execução das metas nos prazos previstos contratualmente.

437. Conforme já afirmado em alegações Iniciais, a mobilização realizada pela Concessionária simplesmente decorre da necessidade de planejamento das vultosas obras de duplicação e recuperação do Sistema Rodoviário, prática comum e tecnicamente correta para obras deste porte. Dessa forma, a mobilização necessária para o cumprimento do cronograma previsto no PER não se refere apenas à consecução da meta de ano 1; pelo contrário, o cumprimento devido das metas dos anos subsequentes também exige mobilização para os trechos subsequentes. Foi a isso que a Requerente se referiu ao apresentar seu pleito sobre o valor referente aos custos de desmobilização.

438. Não obstante esse fato, a Requerida insistiu em alegar que a mobilização seria "*apta a antecipar sucessivas metas de duplicação*". Novamente, indica-se que não se tratava de antecipar a consecução das referidas metas (fazer as duplicações referentes à meta de diversos anos no primeiro ano da concessão), mas sim de organizar a preparação necessária para que elas fossem cumpridas dentro do prazo devido. Em outros termos, **caso a Requerente não tivesse realizado a mobilização de mão de obra e materiais da forma como realizou, não lograria realizar as obras no prazo exigido contratualmente.**

439. Note-se, ademais, que a Requerida foi regularmente informada do andamento das obras e canteiros como narrado nas alegações iniciais. A Requerida, portanto, estava a par do planejamento desempenhado pela Requerente em relação às obras a serem executadas, e validou esse planejamento. Não tendo realizado nenhuma objeção em relação ao planejamento de obras apresentado devidamente pela Requerente, não pode a Requerida agora afirmar que a mobilização foi realizada de forma indevida.

440. A Requerida alegou, ainda, que os atrasos verificados no licenciamento ambiental teriam impactado "*apenas parcela da execução de obras*". Indicou, assim, que apenas as obras da Frente de Ampliação de Capacidade teriam sido impactadas pelos atrasos no licenciamento. Não teriam sido afetadas, assim, as Frentes de Recuperação, Manutenção e Conservação, que "*não encontravam*

impedimento de ordem ambiental para a execução de obras, as quais utilizariam certamente a estrutura mobilizada". Desse modo, a Requerente afirmou que o reequilíbrio deveria estar restrito à frente indicada pela Requerida como impactada, a de duplicação.

441. Em primeiro lugar, cabe destacar que as Frentes de Manutenção e de Conservação não se aplicam ao presente caso e não foram consideradas pela Requerente para fazer a análise do valor devido a título de reequilíbrio. A primeira ocorre apenas em período posterior ao 5º Ano de Concessão e a segunda representa custo operacional.

442. Já em relação à Frente de Recuperação é que se vê a impropriedade do argumento da ANTT. É que, na lógica contratual (de expansão de capacidade em curto período), é impraticável dissociar as frentes de duplicação e recuperação. A construtora realizaria o serviço de recuperação em conjunto com a duplicação, o que significa que essa frente de fato foi impactada pelo atraso no licenciamento ambiental. Isso porque enquanto se duplica a via, o tráfego permanece na pista antiga; terminada a duplicação, é realizada a recuperação da pista antiga e o tráfego passa a fluir pela pista duplicada. É apenas desta forma possível que a Concessionária ofereça aos usuários uma rodovia em condições adequadas desde o início da concessão. Não há sentido lógico ou técnico em primeiro realizar apenas a obra de duplicação de toda a rodovia e ignorando a recuperação das pistas anteriormente existentes, ou o inverso.

443. Assim é que a contratação de empresa para a mobilização dos canteiros de obras aproveita as atividades contidas tanto na Frente de Ampliação de Capacidade quanto na Frente de Recuperação. Como é notório, não se trata de tarefas estanques, mas sim de atividades que são conjugadas durante a execução do contrato. Desta forma, o atraso no licenciamento ambiental afetou as condições de contratação da empreiteira e, portanto, também impactou a Frente de Recuperação, além das obras de duplicação, de modo que os custos correspondentes também devem ser computados.

444. Não bastasse, a Requerida (contraditoriamente) ainda tentou imputar à Requerente suposta falha por não ter antecipado os atrasos e tentado "*mitigar as próprias perdas*". Para tanto, alega que a Requerente teria ferido a boa-fé objetiva por não ter respeitado um dever de mitigar o próprio prejuízo ("*duty to mitigate the loss*"). Como subsídio a esse argumento, a Requerente apresentou a ementa de

julgado com referência a esse dever, com trecho destacado que supostamente apontaria para a sua conclusão.

445. No entanto, a leitura do próprio trecho destacado confirma que se trata de ideia distinta do caso em questão. Afirmou a ementa da decisão judicial:

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. **A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano.** Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. (grifos nossos)

446. A ementa afirma que "*a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano*". Ora, não se trata de perda de que a Requerente aproveita, nem de sua inércia perante a situação. Primeiramente, a Requerente foi quem se prejudicou com o referido dano, buscando, neste procedimento arbitral, apenas que seus gastos adicionais com a desmobilização decorrente do referido atraso sejam ressarcidos. **Isso porque a responsabilidade pelo atraso não foi sua, mas do próprio Poder Concedente que falhou em lhe fornecer as licenças que lhe cabiam no período indicado pelo Contrato de Concessão.**

447. Relembre-se o fato de que a Requerente não obteve benefício algum com o atraso no processo de licenciamento ambiental. Pelo contrário, teve de empreender esforços para desmobilizar os recursos empregados para a realização das obras. Não se tratou, portanto, de qualquer inércia voltada ao seu próprio benefício, mas sim de circunstância que prejudicou a Requerente.

448. A tentativa de assemelhar o caso presente ao caso tratado na ementa referida na peça de Resposta às Alegações Iniciais é altamente equivocada. Naquele caso, tratou-se de credor que deixou o devedor na posse do imóvel objeto de disputa por quase sete anos, sem que o devedor cumprisse seu dever contratual de pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda. Ademais, a decisão final embutiu àquela óbvia falta de zelo apenas a penalidade de exclusão de um ano de ressarcimento.

449. No presente caso, em contraste, não houve atitude ou omissão por parte da Requerente que pudesse se assemelhar a tal negligência analisada no caso apresentado pela Requerida como exemplo do descumprimento de dever de mitigação de danos. Conforme já se afirmou neste procedimento arbitral, a

Requerente inclusive alertou a ANTT, por meio da carta CNB-DIR 0797/2015 (RTE 140) sobre os potenciais prejuízos que poderiam ser ocasionados caso houvesse descontinuidade na liberação das licenças ambientais.

450. Nesse aspecto, sobre o "*duty to mitigate the loss*", afirmam Charles Goetz e Robert Scott:

The doctrine of avoidable consequences confirms this cost-minimizing conception of the mitigation principle (...) **It denies a mitigator recovery for losses he unreasonably failed to avoid, but allows him full recovery for costs incurred through any reasonable affirmative efforts to minimize losses** (...)

In other words, although the doctrine of avoidable consequences requires a mitigator to minimize the **joint** costs of breach, **it does not require minimizing the defendant's loss in a way that imposes a still greater loss on the mitigator himself.**⁵⁵ (grifos nossos)

451. Ora, a conduta da Requerente representou o emprego de esforços razoáveis para minimizar a ocorrência do dano, sinalizando a sua preocupação com as licenças à ANTT. Assim, a Requerente possui direito a ser ressarcida por todos os custos decorridos do evento. Ademais, caso a Requerente tivesse buscado desmobilizar antecipadamente a frente de trabalho, isso teria obstruído o cumprimento tempestivo de suas obrigações contratuais, o que significaria uma perda considerável para si. Desse modo, tal ação não poderia ser exigida da Requerente.

452. Além disso, há de se perceber que a consequência última do argumento da ANTT equivaleria à **afirmação absurda de que as concessionárias de serviços públicos deveriam antecipar o descumprimento das obrigações pelo Poder Concedente e deixar de cumprir com as suas obrigações de acordo com o cronograma estabelecido de modo a "mitigar prejuízos" desse inadimplemento futuro do Poder Concedente.** O acolhimento dessa conclusão, claramente, traria efeitos desastrosos para a consecução dos objetivos ditados pelos contratos de concessão de serviços públicos e para o interesse público.

⁵⁵ Goetz, Charles J., and Robert E. Scott. "The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation." *Virginia Law Review* 69, no. 6 (1983): 967-1024.

453. Por fim, ressalta-se, novamente, que o Contrato de Concessão expressamente alocou os riscos em relação à obtenção das referidas licenças ao Poder Concedente, determinando prazo para sua transferência à concessionária:

5.2 O Poder Concedente deverá:

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

10.3.2 A licença de instalação prevista na subcláusula 5.2.1 será disponibilizada a Concessionária em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1.1. do PER, de acordo com as seguintes condições.

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

454. Ora, trata-se de descumprimento flagrante da obrigação contratual da Requerida de transmitir as referidas licenças à Requerente dentro do prazo estabelecido. A Requerida, conforme já se afirmou, prosseguiu, em boa-fé, com o planejamento adequado para a consecução das metas determinadas no PER, com a expectativa legítima do cumprimento das obrigações da Requerida. Entretanto, a Requerente teve de arcar com custos adicionais relacionados à mobilização em razão do atraso no processo de licenciamento, de responsabilidade da Requerida.

455. Por essas razões, a Requerente reitera seu pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em razão dos custos adicionais de desmobilização com que teve de arcar, ocasionados pelo atraso no processo de licenciamento ambiental, nos termos apresentados em Alegações Iniciais.

7.8 - INTERVENÇÕES EMERGENCIAIS EM TRECHO COM OBRAS SOB RESPONSABILIDADE DO DNIT

456. Em suas Alegações Iniciais a Concessionária apresentou, dentre os eventos de desequilíbrio referentes a obras do DNIT, dois pleitos apartados sobre o trecho compreendido entre os km 436,60 e km 446,50 da BR-262/MG, a travessia urbana de Nova Serrana, trecho de responsabilidade do DNIT como tal destacado

no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.⁵⁶ O primeiro pleito (item IX das Alegações Iniciais) tratou de obras emergenciais que a Requerente precisou realizar, mesmo antes de assumir o trecho, para tratar de “*escorregamento do talude da pista oeste, próximo à Passagem Inferior do km 446,5 da BR-262/MG, comprometendo importante ligação dos municípios que transitam de um lado a outro da rodovia além de colocar em risco a estabilidade do aterro da BR-262/MG*” (RTE 164), fato esse ocorrido em 12 de novembro de 2017. O segundo pleito (item X das Alegações Iniciais) trata dos custos que serão necessários para realizar obras de adequação do trecho, ainda a ser transferido pelo DNIT, e que se encontra em condições precárias.

457. Contudo, a requerida parece ignorar que são dois pleitos diferentes, e em sua resposta traz apenas alegações quanto ao reequilíbrio a ser realizado para o pleito X, das obras necessárias à adequação do trecho em questão. Nada é dito no item II.9 (ou em qualquer outra parte de sua Resposta) para se defender ou explicar a injustificável demora em ressarcir a Concessionária pelos custos já incorridos para solucionar o problema havido no talude da BR-262/MG. Dessa forma, **restam incontroversas todas as alegações da Concessionária em relação ao item IX da sua peça inicial.**

458. Note-se que a Requerida em sua Resposta às Alegações Iniciais ressalta (§400) que “*a ANTT não contesta o direito ao reequilíbrio em si decorrente das intervenções emergenciais e adequações de obras originalmente sob responsabilidade do DNIT*”. Portanto, **há o expreso reconhecimento por parte do Poder Concedente do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro por parte da Concessionária, relativamente a estes dois pleitos.** Alega, porém, que “*o que impede a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é justamente a inércia da Requerente em promover os ajustes cabíveis no projeto executivo, mormente na orçamentação das obras*”.

459.

⁵⁶ Confira-se o Anexo B do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens: “*Considerando que existem obras contratadas pelo DNIT que, diferentemente do que constava do PER, só serão finalizadas durante o curso da Concessão, assim como obras de responsabilidade do DNIT que, embora já concluída, ainda não foram recebidas por referida autarquia, as referidas obras não serão transferidas à Concessionária pelo presente Termo. Foram elencadas através do protocolo 50.500.011692/2014-62 de 07/02/2014 e destacamos adicionalmente, abaixo, todas as obras e bens que não serão transferidos à Concessionária, seja por estarem ainda em fase de execução, seja por não terem sido recebidas pelo DNIT, ou, ainda, por qualquer outra razão que impeça sua transferência à Concessionária neste momento, às quais se aplicarão as regras estabelecidas na subcláusula 10.5 do Contrato de Concessão. Dentre essas obras em andamento ou ainda não recebidas pelo DNIT, destacamos: (...) RODOVIA BR-262 – Segmento em obra de urbanização do km 447 ao 437 da Rodovia BR-262, na região de Nova Serrana. Além da urbanização com duplicação das faixas de rolamento, ocorre, ainda, a implantação de vias marginais e de passagens em desnível*”.

460. Como será visto abaixo, este argumento somente diz respeito ao orçamento referente às obras do pleito X (adequação a ser feita no trecho da travessia urbana de Nova Serrana), não às obras emergenciais já realizadas para solucionar o escorregamento do talude (objeto do pleito IX).

461. Mais especificamente, a ANTT alega unicamente que a Concessionária não respondeu às solicitações do Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00 (R-90), de 02 de abril de 2020. Segundo a Requerida, atender às objeções de tal documento técnico seria o único elemento que obstaría a concessão administrativa do reequilíbrio. Contudo, o parecer citado pela agência em sua Resposta faz análise apenas dos projetos relativos às obras de adequação do trecho, objeto do pleito X não se refere às obras emergenciais realizadas pela Concessionária. E nem poderia ser o caso, pois, conforme indicado pelo item 3.2.4 do PER,⁵⁷ para as obras emergenciais não há necessidade de aceitação prévia de projeto pela ANTT, o que refuta o alegado pela agência no §397 de sua resposta, inaplicável em relação a obras emergenciais.

462. Os custos e documentos técnicos que fundamentam seu pleito em relação às obras emergências foram levados à agência na 3ª RO/7ª RE por meio da CNB-DIR 0148/2018 [REDACTED] e não foram objetados pela ANTT; na verdade, sequer foram respondidos. A Concessionária aguarda decisão da ANTT em relação a este pleito desde então, mesmo tendo a agência, em inspeção de campo à época, já reconhecido que *"a Concessionária, com muito boa vontade, atuou nesse trecho rodoviário que não está sob sua jurisdição, e que, em função disso, tem o pleno direito de ser ressarcida por essas atividades"* (Erro! Fonte de referência não encontrada.).

463. Não há, portanto, que se falar em inércia alguma da Concessionária. A ANTT busca misturar dois eventos de desequilíbrio que são distintos e trazem consequências também distintas à Concessionária. O primeiro pleito (item IX das Alegações Iniciais) refere-se aos custos efetivamente incorridos com obras emergenciais já realizadas pela Concessionária, de modo que a inércia da ANTT impacta diretamente a capacidade financeira da Concessionária, considerando os desembolsos realizados há anos e que não foram até agora reequilibrados.

⁵⁷ "Os projetos elaborados para essas obras dispensam a aceitação prévia pela ANTT, devendo ser encaminhados à ANTT para acompanhamento de sua execução no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas da ocorrência do evento, com posterior encaminhamento do projeto "as built"".

464.

465. Ou seja, o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro da Concessionária havia sido reconhecido pela ANTT em agosto de 2018, há 2 anos, e até o momento não foi efetivado o devido reequilíbrio, causando sérios danos à saúde financeira da CONCEBRA. Tanto o é que, naquela correspondência, foi indicado que a agência estava apenas *"no aguardo da memória de cálculo dos retaludamentos, assim como da manta geotêxtil utilizada, para fecharmos o assunto"*. **Isso foi feito pela Concessionária no âmbito da 4ª Revisão Ordinária e da 8ª Revisão Extraordinária** por meio da CNB-DIR 0092/2019 (Erro! Fonte de referência não encontrada.).

466. Portanto, relativamente às **obras emergenciais já realizadas**, resta claro que **quem está inerte é a própria agência**, pois, como reconhecido diversas vezes pela ANTT e agora em suas Resposta às Alegações Iniciais, não há mais qualquer discussão quanto ao mérito do direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro sobre este pleito. A Concessionária **já apresentou os custos efetivamente incorridos com as obras emergenciais para recuperação do talude, que são os custos pleiteados nesta arbitragem**. Contudo, como mostrado nas Alegações Iniciais (§§854 e 855), a ANTT tentou se esquivar de implementar o devido reequilíbrio alegando ser "complexo" o caso, como visto na Nota Técnica SEI nº 377/2019/GEFIR/SUINF/DIR (Erro! Fonte de referência não encontrada.), de 04 de abril de 2019.⁵⁸

467. Não faz o menor sentido, então, alegar que a avaliação de projetos e orçamentos a **serem executados** no trecho de Nova Serrana feitas no parecer técnico

⁵⁸ **III.B.c. Intervenções em subtrecho DNIT escorregamento e Projeto de adequação a classe IA no subtrecho DNIT Proposta Concessionária**

45. Em relação ao item das Obras em segmentos sob responsabilidade DNIT (Nova Serrana), a Concessionária, informa que em sua Carta de contestação, CNB DIR 0535 2019 cujo nº SEI é (0264264), que o pleito não foi tratado na revisão, provenientes do documento original da Concebra.

Proposta SUINF

46. Inicialmente, cabe informar, que o assunto referente as Intervenções em subtrecho DNIT escorregamento e Projeto de adequação a classe IA no subtrecho DNIT, foi objeto de análise da Nota Técnica SEI nº 377/2019/GEFIR/SUINF/DIR nº SEI (0086549), de 04/04/2019, (processo nº 50500.015940/201959) item 3.2.5.

47. Cabe explicar ainda, que por se tratar de um caso complexo para a devida recomposição do equilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão, já que no edital de licitação da concessão não havia previsão de apresentação dos valores dos investimentos, este assunto está sendo tratado no Processo nº 50510.018403/201780. (...)

52. Perante o exposto, em virtude de não haver fato novo, e considerando que as questões abordadas pela Concessionária no segmento rodoviário no trecho urbano de Nova Serrana, na BR262/MG, estão em análise, **sugere-se que o pleito seja indeferido, não cabendo reequilíbrio econômico financeiro em favor da Concessionária neste momento.**

de **2 de abril de 2020** poderia servir de objeção ao pleito IX das Alegações Iniciais, que trata de custos **já incorridos e já reconhecidos pela ANTT.**

468. O segundo evento, relativo às adequações de vias sob responsabilidade do DNIT (item X das Alegações Iniciais), trata de recomposição **de custos que ocorrerão em um futuro, mas que devem ser reequilibrados imediatamente**, de modo a evitar a situação de desequilíbrio, objeto do item X das Alegações Iniciais. Aqui também resta evidente que a ANTT reconhece o mérito e o direito ao reequilíbrio, relativamente a este evento, apenas questionando o valor do orçamento. Ou seja, não há mais qualquer discussão, por parte do Poder Concedente, sobre a aplicabilidade da cláusula 10.5.5. A própria ANTT reconhece em sua resposta que a Concessionária não é obrigada a proceder com o termo de recebimento definitivo do trecho em questão, dadas as inconformidades nas obras realizadas pelo DNIT, até que fossem solucionadas as falhas construtivas.

469. O que causa perplexidade é a intenção, em sua resposta, do Poder Concedente querer confundir os árbitros com relação a quem permaneceu inerte, imputando esta inércia à Concessionária, quando todos os fatos demonstram a inércia da própria ANTT e a diligência e boa-fé da Concessionária, como demonstrado nas Alegações Iniciais.

470. A Concessionária apresentou em na Carta CNB-DIR 0133/2018, **de 05 de fevereiro de 2018** (Erro! Fonte de referência não encontrada.) *"sua disposição para assumir a execução dos serviços mediante autorização desta Agência Reguladora"*. De acordo com a Concessionária, *"este é o caminho mais rápido para chegar numa solução, além do que, esta medida está sendo motivada pelo interesse que a CONCEBRA tem de preservar as condições da rodovia e, sobretudo, resguardar a segurança dos usuários"*. E, mais uma vez, a Concessionária demonstrou boa-fé e, no ofício, noticiou que *"decidiu contratar projeto executivo e se coloca à disposição para assumir a execução dos serviços mediante autorização"*, o que representaria *"o caminho mais rápido para chegar numa solução, além do que, esta medida está sendo motivada pelo interesse que a CONCEBRA tem de preservar as condições da rodovia e, sobretudo, resguardar a segurança dos usuários"*.

471. Tendo em vista o claro direito ao reequilíbrio do Contrato de Concessão, a Concessionária solicitou, no âmbito da Revisão Ordinária e Extraordinária referente ao ano 4 da Concessão, o reequilíbrio econômico-financeiro relativo ao "Projeto de adequação à classe I-A no subtrecho DNIT" por meio da CNB-DIR 0148/2018 (Erro! Fonte de referência não encontrada.). Ressalte-se que a

resposta da agência veio por meio do Ofício nº 169/2018/GEFIR/SUINF (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), de 19 de junho de 2018, dois anos atrás. Mas, ao contrário do que diz a ANTT em sua Resposta à Alegações Iniciais, que “*o que impede a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é justamente a inércia da **Requerente** em promover os ajustes cabíveis no projeto executivo, mormente na orçamentação das obras*”, tal parecer não questionava os orçamentos, mas simplesmente negava o direito da Concessionária alegando tratar-se de caso de “falha de manutenção” da rodovia.

472. Entretanto, o entendimento da ANTT de que os gastos da Concessionária decorrentes de vícios construtivos não deveriam ser reequilibrados é equivocado, como bem argumentado na Concessionária na Carta CNB-DIR 0751/2018, de 01 de agosto de 2018 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**) e exposto nas Alegações Iniciais (§893). Isso porque os problemas apresentados são decorrentes de vícios ocultos no pavimento, ou seja, decorrentes de falhas nas obras sob responsabilidade do Poder Concedente imperceptíveis à concessionária.

473. Na sequência, apesar do evidente direito da Concessionária ao reequilíbrio, a ANTT, por meio do Ofício nº 420/2018/GEFIR/SUINF (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), de 31 de agosto de 2018, continuou a reiterar o parecer técnico apresentado pela GEFIR. O argumento apresentado neste ofício foi de que, conforme a subcláusula 10.5.6 do Contrato de Concessão, “*não cabe reequilíbrio econômico-financeiro para correção dos problemas relativo [sic] ao pavimento em obras executadas pelo Poder Concedente*”.

474. Tendo certeza de seu direito ao reequilíbrio, a Concessionária enviou a Carta CNB-DIR 0891/2018 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), de 17 de setembro de 2018, informando que “*a ANTT foi comunicada tempestivamente sobre essa ocorrência [vícios construtivos], como pode ser verificado no Relatório de avaliação para recebimento das obras de duplicação da travessia urbana de Nova serrana (apresentada pela Concebra por meio da carta CNB DIR 747 2016 – protocolo nº 50500.214642/2016-05), em atendimento à cláusula 10.5.4 do Contrato de Concessão*”.

475. Em resposta, a ANTT enviou o Ofício SEI nº 1399/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), em 20 de agosto de 2019, solicitando que a Concessionária propusesse o termo aditivo ao Contrato de Concessão para a solução das inconformidades. Na sequência, mais uma vez, aparentando não entender a lógica do Contrato de Concessão, a ANTT

enviou o Ofício SEI nº 567/2020/COINFMG/URMG-ANTT (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), de 10 de janeiro de 2020, no qual *“determina-se a assunção imediata por parte da CONCEBRA, a ser contada da data de recebimento deste ofício, dos referidos serviços de conservação e operação no trecho da Travessia Urbana de Nova Serrana”*. Ocorre que, evidentemente, esta é uma determinação que contraria frontalmente o Contrato de Concessão – **que é claro ao estabelecer que a Concessionária não é obrigada a assinar o termo de recebimento definitivo nos casos de descumprimento dos parâmetros de desempenho previstos na subcláusula 10.5.4.** O que é reconhecido agora pela ANTT em sua Resposta às Alegações Iniciais, ao reforçar que não contesta o direito ao reequilíbrio por parte da Concessionária.

476. Foi apenas no dia 02 de abril de 2020 – já com esta arbitragem em curso - que a ANTT deixou de apresentar desculpas infundadas para negar o pleito da Concessionária e finalmente se manifestou sobre o projeto executivo apresentado pela Concessionária, por meio do Ofício nº 092/2020/GEENG/SUINF-R00 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**). Neste ofício, encaminhando o Relatório de Análise de Projeto do dia 28 de fevereiro de 2020 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**) e o Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), a ANTT apresenta objeções ao projeto executivo apresentado pela Concessionária e determina que seja enviada nova versão, com base nos apontamentos feitos pela área técnica da agência.

477. Ou seja, após 2 anos de inércia da Requerida contados da apresentação do projeto e 1 ano após a proposição de Termo Aditivo a ANTT – já com esse procedimento arbitral em curso e sabendo que a questão seria discutida nesta arbitragem, nunca é demais frisar - apresentou objeção ao projeto. Absolutamente descabida, portanto, a alegação de que *“o que impede a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é justamente a inércia da Requerente em promover os ajustes cabíveis no projeto executivo, mormente na orçamentação das obras”*, posto que a Concessionária tem sido diligente e em nenhum momento se quedou inerte, ao contrário da ANTT quer fazer parecer aos árbitros. Na oportunidade, a Requerente, em resposta apenas manifestou-se no sentido de que a discussão a respeito do cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro a ser incorrido com as intervenções necessárias no trecho de Nova Serrana é objeto desta arbitragem, e, portanto, deve ser aqui decidida, incluindo-se aí a determinação do montante a ser reequilibrado.

478. Neste sentido, portanto, a Concessionária solicita que o Tribunal Arbitral reconheça o **incontroverso direito da Concessionária às compensações econômico-financeiras** em razão dos custos que a Concessionária incorrerá para a solução das inconformidades das obras sob responsabilidade do Poder Concedente no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana, a partir do projeto apresentado pela Concessionária, cuja validação deverá ser atestada por perícia a ser determinada por este Tribunal.

7.9 - INEXECUÇÃO DOS CONTRATOS CREMA

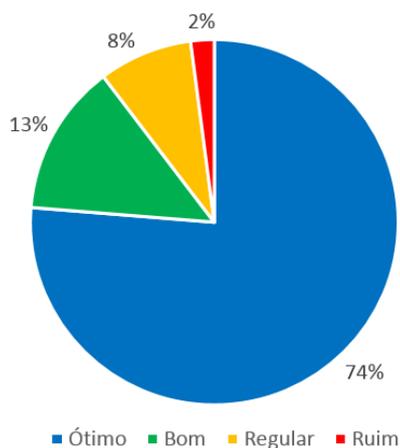
479. No que diz respeito ao pleito relativo aos custos incorridos pela Concessionária para correção dos problemas de pavimento dos trechos objeto de Contratos CREMA, a ANTT em sua Resposta vale-se de dois argumentos: (i) não teria havido "*demonstração de vício oculto nos trechos entregues pelo DNIT – assim entendidos aqueles imperceptíveis a tal ponto que sequer poderiam ser considerados como um risco a ser precificado pela Concessionária*"; e que (ii) seria obrigação da Concessionária realizar a restauração e adequação de toda a rodovia com base nos parâmetros de desempenho, e o pleito de reequilíbrio ora apresentado seria, nesse caso, uma tentativa da Concessionária de cobrar duas vezes pelo mesmo serviço. Ambos os argumentos da ANTT são falhos.

480. Em relação ao primeiro argumento da agência, de que os defeitos identificados no pavimento nos trechos objeto dos contratos CREMA não corresponderiam a vícios ocultos, a própria ANTT (§409 da sua Resposta) os conceitua como "*aqueles imperceptíveis a tal ponto que sequer poderiam ser considerados como um risco a ser precificado pela Concessionária*". No caso, os vícios no pavimento que causaram o desequilíbrio narrado eram absolutamente imperceptíveis aos licitantes durante o processo licitatório tanto sob os pontos de vista técnico (de engenharia) quanto por uma questão lógica.

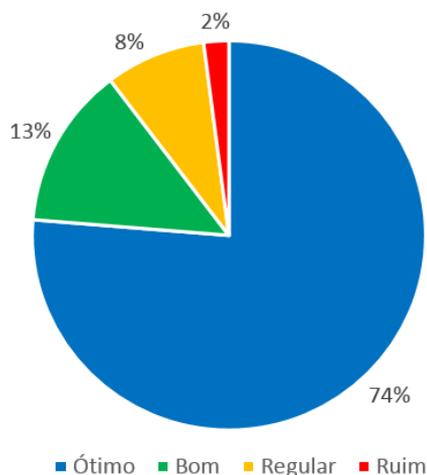
481. As obras de restauração e recuperação, contratadas e fiscalizadas pelo DNIT, tiveram início no ano de 2013, mas os respectivos contratos foram rescindidos pouco tempo após a assunção da rodovia pela Concessionária, em 31 de janeiro de 2014. Portanto, durante a licitação, a vistoria na rodovia foi realizada em junho de 2013. Nesta época, os **Contratos CREMA estavam em pleno vigor e as contratadas do DNIT realizavam suas atividades**. Como não se pode presumir o descumprimento de contratos administrativos – o que significaria supor a desídia do DNIT em fazer

valer os termos dos seus ajustes - foi premissa assumida pelo Poder Concedente e pelos licitantes que, na data esperada de início da Concessão, no início de 2014, as atividades de recuperação rodoviária já deveriam estar concluídas, conforme previsto nos cronogramas dos respectivos contratos. **Não havia qualquer motivo para que os licitantes da concessão pudessem supor que tais obras não seriam realizadas, ou o seriam de modo absolutamente inadequado.**

482. Além disso, os Estudos de Engenharia traziam informações sobre as condições do pavimento de cada um dos trechos a serem concedidos. Como indicado no §914 das Alegações Iniciais, de acordo com os dados dispostos no subitem 3.1.3, do relatório inserido no Primeiro Tomo do Terceiro Volume do EVTE⁵⁹, a partir do Índice de Gravidade Global (IGG) obtido, foi possível aferir que 87% do pavimento da BR - 153 encontravam-se em condições de utilização consideradas boas ou ótimas, conforme ilustrado no gráfico abaixo.



BR-153/MG



BR-153/GO

⁵⁹ Fls. 13 do Vol. 3, tomo I.

483. Contudo, como narrado nas Alegações Iniciais (§§921 e seguintes), não foi isso que se viu. Praticamente seis meses após o início da vigência do Contrato de Concessão, a Concessionária identificou uma série de anomalias no pavimento dos trechos supostamente recém-reabilitados pelas empresas contratadas pelo DNIT. Isso porque as obras realizadas pelos contratados do DNIT foram mal executadas, em especial no que diz respeito à má qualidade das misturas asfálticas aplicadas nas obras de restauração, o que causou defeitos da instabilidade da mistura asfáltica aplicada no revestimento. Como demonstrado em relatório acostado pela Requerente em suas Alegações Iniciais (RTE 186), os segmentos exsudados e/ou deformados foram gerados pelo desequilíbrio causado por excesso de betume aplicado pelos contratados do DNIT. E em relação aos problemas de afundamento nas trilhas de roda, apontaram os pareceristas que as causas estão igualmente relacionadas à instabilidade e desequilíbrio volumétrico das misturas asfálticas.

484. De acordo com o Manual de Restauração do DNIT, os defeitos de exsudação e afundamento nas trilhas de roda decorrem exclusivamente de falhas ou vícios construtivos. Os seus efeitos são ocultados ou pouco perceptíveis na sua fase inicial e são agravados severamente com a ação do tráfego e da temperatura elevada e não decorrem de falha estrutural, que seria mais perceptível pelos processos convencionais de avaliação de pavimentos.

485. Em outros termos: não tratam os problemas no pavimento de mero desgaste natural com o tempo, como tenta a ANTT levar este tribunal a engano (§421 de sua Resposta). As patologias foram geradas por obras executadas em desconformidade com as normas técnicas (inclusive do próprio DNIT) e com o próprio Projeto Executivo que fundamentou as intervenções dos contratados do DNIT, que demonstram que as obras de recuperação foram concebidas para uma vida útil do pavimento de 10 anos (RTE 201):

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES
Departamento Nacional de Infraestrutura dos Transportes - DNIT

Superintendência Regional no Estado de Minas Gerais

Projeto Executivo de Engenharia para Restauração Rodoviária

C.R.E.M.A. - 2ª Etapa

O reforço do pavimento adotado, foi o definido segundo o Método DNER-PRO 269/94 (Tecnapav), para período de projeto de 10 anos. As soluções adotadas tiveram como base aquelas definidas pelo Catálogo de Soluções Técnicas do DNIT.

Resalta-se que, devido à necessidade de redução do custo da restauração do pavimento, foi feita a equivalência de espessuras de revestimento em concreto asfáltico com polímero e convencional é dada pela seguinte expressão:

$$H_{CApol.} = H_{CA} / \beta$$

Onde:

$H_{CApol.}$ - Espessura de CBUQ modificado por polímero;

H_{CA} - Espessura de CBUQ com CAP convencional;

β - Coeficiente de redução da espessura em função do tipo de subleito.

Sendo:

$\beta = 1,29$ para estruturas com subleito com solo tipo I quanto à resiliência;

$\beta = 1,26$ para estruturas com subleito com solo do tipo II quanto à resiliência;

$\beta = 1,21$ para estruturas com subleito com solo do tipo III quanto à resiliência;

De acordo com o documento RL-0040-B-102 - Relatório de Estudo do Subleito, o subleito foi classificado como solo tipo I, mas foi utilizado o coeficiente de redução (β) igual a 1,21 para maior segurança.

Estas equivalências são oriundas do trabalho de pesquisas do IPR - Salomão Pinto.

486. Ora, se o próprio projeto que fundamentou as obras do CREMA foram projetadas para durar 10 anos, mas os desgastes foram verificados com alguns meses, menos de 01 ano, fica evidente que os problemas ocorridos não decorrem do desgaste natural do pavimento, mas a vícios construtivos anteriores à Concessão, decorrentes de uso inadequado de material para mistura asfáltica, que evidenciam um comprometimento estrutural do pavimento.

487. Assim, do ponto de vista técnico de engenharia, sequer seria possível observar à época da licitação com uso dos métodos e procedimentos convencionais (inspeção visual e deflectometria) que havia problemas construtivos relativos às obras de recuperação do pavimento em função da mistura inadequada utilizada pelos contratados do DNIT.

488. Mais que mera impossibilidade técnica de se verificar a falha construtiva durante a licitação, há também uma impossibilidade lógica.

489. Ora, como poderiam os licitantes identificar a má execução pelos contratados do DNIT durante o processo licitatório, mais especificamente durante a vistoria realizada na rodovia, se os serviços de recuperação do pavimento estavam sendo àquela época realizados e ainda o foram após a vistoria? Como seria possível aos licitantes verificar a qualidade das misturas asfálticas aplicadas nas obras de restauração realizadas pelos contratados CREMA, tanto em relação aos trechos já realizados mas, com muito mais razão, em relação aos trechos que sequer tinham sido objeto ainda de recuperação quando da vistoria no processo licitatório?

490. Um último esclarecimento quanto à caracterização do vício: a ANTT cita em sua resposta (§420) que somente 01 (um) ano e 04 (quatro) meses depois da assunção, em julho de 2015, a Concessionária teria informado sobre a realização de inspeções nos trechos e a verificação dos vícios. Trata-se de informação **falsa**

propagada pela agência. Como mencionado no §922 das Alegações Iniciais, a Concessionária notificou a ANTT em 24/11/2014, por meio da CNB/DIR/0397/2014 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**), sem nunca receber retorno da agência.

491. Em relação ao segundo argumento da agência, não se ignora que a Concessionária é responsável pela realização das obras de recuperação da rodovia e que os parâmetros de desempenho devem ser atingidos. A agência desconsidera (ou tenta levar este Tribunal a erro), contudo, que: (i) a Requerente não está pleiteando valores referentes aos gastos que já deveriam ser incorridos com as atividades regulares de recuperação da rodovia, de acordo com as premissas do EVTE, e que eram de se legitimamente esperar considerando que os trechos em questão estavam sendo objeto de intervenções justamente durante o processo licitatório; (ii) ao alegar que o custo das intervenções de recuperação para correção dos problemas causados pela má execução dos contratos CREMA deveria ter sido precificado pela Concessionária, a ANTT **está confessando uma lesão ao erário** causada pelos agentes públicos que modelaram a concessão (responsabilidade essa da própria ANTT), o que não se pode admitir ou presumir. Explica-se.

492. Em relação ao primeiro argumento, o desequilíbrio contratual não se dá sobre os custos de recuperação do pavimento que seriam regularmente incorridos pela Concessionária, mas sim sobre os custos adicionais de conservação que foram imputados à Concessionária em decorrência dos **vícios construtivos causados pelos contratados do DNIT**, como exposto acima.

493. Ademais, a atribuição de tal responsabilidade à Concessionária por **realizar o reparo** não impede a aplicação ou se sobrepõe à alocação do risco ao Poder Concedente, que é responsável por **custear eventuais custos adicionais da Concessionária ao realizar o reparo**. A lógica de um evento de desequilíbrio como o relativo aos riscos de vícios ocultos é justamente que ele impacte a execução de atividades que estejam no âmbito do cumprimento regular das obrigações contratuais, tornando-as mais gravosas para a parte. O reequilíbrio econômico-financeiro, como sempre, opera de forma a proteger a equivalência vista entre as obrigações e riscos assumidos pela Concessionária e o seu retorno financeiro, que no caso seria reduzido caso os custos adicionais com o evento de desequilíbrio não fossem compensados.

494. Alguns exemplos podem ilustrar a fragilidade do raciocínio da Requerida: suponha que um meteoro atinja a rodovia (o que por óbvio representa evento extraordinário, cujo risco fora alocado ao Poder Concedente, como será visto

melhor adiante). A Requerente tem por obrigação realizar os reparos necessários, mas os custos adicionais por ela incorridos deverão ser suportados pelo Poder Concedente, a quem o risco foi alocado. Do mesmo modo, não se questiona que a Requerente teria por obrigação continuar a prestar os serviços de operação da rodovia mesmo que hipotética decisão judicial a impedisse de cobrar tarifas nas praças de pedágio. Não poderia a Requerente simplesmente suspender a prestação do serviço nos moldes definidos no PER, mas, neste caso, inquestionável que a Requerida deveria compensar a Concessionária por toda a perda de receita incorrida, visto que a Cláusula 21.2.2 aloca tal risco ao Poder Concedente.⁶⁰

495. Em resumo: a previsão de uma atividade no PER não torna a Concessionária responsável por todos os seus custos independentemente do que aconteça, não exime o Poder Concedente de assumir os riscos a ele alocados no Contrato de Concessão. É justamente para proteger as partes contra os eventos gravosos que podem ocorrer ao longo da regular execução contratual (ou seja, da regular execução do escopo de atividades previsto no PER) que o Contrato de Concessão partilha riscos entre as partes, devendo tal alocação ser respeitada a todo momento.

496. Por fim, em relação ao argumento da ANTT, de que a Concessionária deveria ter presumido as falhas construtivas decorrentes da má execução das obras de recuperação pelos contratados do DNIT, interpretação dada pela ANTT ao caso faz com que a **Administração Pública esteja pagando duas vezes pelo mesmo serviço de recuperação: nos Contratos CREMA, mediante pagamento direto; e na Concessão, alocando o custo aos usuários. Admitir que a ANTT tenha modelado a Concessão de modo que a União e os usuários paguem em duplicidade pela mesma atividade significaria reconhecer lesão grave ao Erário, o que representa violação frontal ao interesse público e aos princípios básicos administrativos da eficiência e economicidade, não sendo admissível em direito.**

497. Eventual ação administrativa neste sentido caracteriza **má gestão de recursos públicos** e torna os agentes envolvidos sujeitos à responsabilização cabível, **correspondendo a erro grosseiro**. Dessa forma, era logicamente contrário ao ordenamento jurídico que participante da licitação considerasse que a Administração

⁶⁰ 21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados a Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão;

Pública estaria disposta a arcar duas vezes com os custos da mesma atividade. Logo, considerar a execução dos Contratos CREMA pelos contratados do DNIT como premissa do contrato era – e ainda é – a única hipótese admitida pelo direito, haja vista as graves implicações de sua negativa.

7.10 - FATOR Q

498. Em relação à aplicação do Fator Q contratual, a Requerida, em sua Resposta às Alegações Iniciais, também se equivocou em sua busca por refutar os argumentos da Requerente.

499. Apesar de a Requerida ter afirmado em sua peça que “*a Requerente questiona critérios referentes apenas ao Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na rodovia (IA), um dos componentes da fórmula de cálculo do Fator Q*” (grifos no original), reitera-se que a Requerente busca a correta aplicação da metodologia de cálculo do Fator Q, questionando, em primeiro lugar, a data marco de início do período considerado para o cálculo e, em segundo lugar, desafiando o uso do conceito de veículos pagantes em vez de veículos passantes para o cálculo do VDMA. Assim apontou a Requerente em suas Alegações Iniciais:

980. Em razão desses fatores, a Concessionária pleiteia a efetivação do reequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão, em função da não aplicação devida do Fator Q contratual. A utilização de **data equivocada, sem amparo contratual**, para início da contagem do período de apuração do Fator Q, determinada para 01 de janeiro de 2016, fez com que a análise negligenciasse, em absoluto, o período entre 27 de junho a 31 de dezembro de 2015. Ademais, a utilização da métrica de tráfego pagante em vez de tráfego passante para estimar o volume diário médio anual da rodovia (VDMA), alterou o resultado de cálculo para os índices implicados na apuração do Fator Q, **tornando-o menos representativo do cenário real da proporção de acidentes na rodovia**.

981. Portanto, a Concessionária requer o reequilíbrio contratual considerando a aplicação da metodologia de cálculo adequada para apuração do Fator Q, nos termos descritos na presente seção, com (i) a consideração da data de início da cobrança de pedágio como data inicial de apuração dos índices que compõem o Fator Q e (ii) aplicação da métrica de Tráfego Passante, em vez de Tráfego Pagante, para a mais acurada estimativa do volume diário médio anual da rodovia (VDMA). (grifos no original)

500. A própria Requerida concedeu o fato de que o Contrato de Concessão estabelece expressamente que o termo inicial para a aferição do indicador do nível de acidentes na rodovia é definido a partir da data da cobrança de pedágio na rodovia, conforme a cláusula 1.5 do Anexo 7 do Contrato de Concessão:

1.5 A aferição do Indicador do Nível de Acidentes terá início a partir do início da cobrança de Tarifa de Pedágio pela Concessionária, com sua aplicação prevista na revisão ordinária que se seguir ao decurso de 24 (vinte e quatro) meses contados do início da cobrança de Tarifa de Pedágio.

501. Como bem lembrou a Requerida em sua Resposta às Alegações Iniciais, no caso da Requerente, o pedágio passou a ser exigido em junho de 2015. Seria a partir dessa data, portanto, que deveria se iniciar a aferição do Indicador do Nível de Acidentes, conforme o item 1.5 do Anexo 7 do Contrato de Concessão.

502. Entretanto, a Requerida afirmou que o Indicador do Nível de Acidentes seria um componente referencial do fator Q, tendo como objetivo a comparação de desempenho entre as concessionárias de rodovias federais. Lembrou, assim como já havia sido indicado nas Alegações Iniciais da Requerente, que houve "*um grande intervalo temporal entre o início da cobrança de pedágio por cada uma das concessionárias da 3ª etapa do PROCROFE*". Uma vez constatada diferença de mais de cinco meses entre a data do início de cobrança de pedágio entre a primeira (MGO) e a última (MSVIA) das concessionárias, a Requerida tentou "*uniformizar o termo inicial de apuração do IA para todas as concessionárias da 3ª etapa do PROCROFE, fixando-o no dia 01 de janeiro de 2016*", suplantando, dessa forma, a expressa disposição contratual citada anteriormente sobre a data de início da contagem.

503. A justificativa apresentada pela Requerida para tanto, foi que o Fator Q buscaria "*simular uma competição entre os diversos agentes monopolísticos de exploração da infraestrutura pública*", de modo a incentivar a diminuição de acidentes com vítimas e que, portanto, seria indispensável que os períodos utilizados nos cálculos fossem uniformes.

504. A Requerida aduziu, ainda, que a medida apenas instituiria "*uma simplificação para o cálculo uniforme do IA*". A conclusão de seu argumento é que a medida adotada pela agência não representaria infração contratual – apesar de contrariar diretamente o disposto na referida cláusula do Anexo 7 ao Contrato de

Concessão – mas sim “ *mera simplificação metodológica feita para preservar a função comparativa inerente ao Fator Q*”.

505. Ocorre que, ainda que o início da cobrança de pedágio de cada uma das Concessionárias tenha se dado em momentos distintos, a Requerida não pode afirmar que lhe seria permitido ignorar a disposição contratual que expressamente determina que a contagem se inicie logo após o início da cobrança de pedágio. Já seria possível, com as informações daquele momento, iniciar a análise. Além disso, a agência poderia ter iniciado a averiguação pela comparação com as concessionárias já operantes e prosseguir à realização de ajustes quando da entrada em operação das demais.

506. Ademais, a Requerida afirma que a escolha dessa data, postergando o momento de início da contagem para a aferição dos índices implicados no cálculo do Fator Q, não teria ocasionado prejuízo à Requerente. A Requerida cita notas técnicas com trechos destacados em que se refere à aplicação do Fator C, considerando o período de 27/06/2018 a 04/03/2019; contudo, não soluciona a questão do período ignorado pela agência entre 27 de junho e 31 de dezembro de 2015, que deveria ter marcado o início da contagem para os índices implicados no cálculo do Fator Q.

507. No entanto, conforme já se afirmou em alegações iniciais, a Requerida não pode suplantar expressa determinação contratual para que o cálculo do Fator Q pudesse ser “simplificado”. Busca-se, assim, que a Requerida compute, no cálculo do Fator Q, as medições desde esse período, negligenciado até o momento. Apenas dessa forma estarão respeitadas as regras determinadas pelo Contrato de Concessão.

508. Quanto ao questionamento apresentado pela Requerente sobre o cálculo do VDMA, componente que impacta o cálculo do Fator Q aplicado, a Requerida também apresentou contestações que não procedem.

509. Primeiramente, apontou que não teria havido contestação anterior da Requerente em relação à metodologia de cálculo do VDMA. No entanto, tal questionamento esteve presente na comunicação da Requerente à Requerida em relação ao seu desacordo com a forma de cálculo do Fator Q, como exemplificado no seguinte trecho da carta CNB-DIR 0297/2018 (RTE 189), de 28 de março de 2018, já apresentada em Alegações Iniciais:

Anexo a este documento vem a Concessionária apresentar, respeitosamente a metodologia de cálculo do IS da Concessionária Triunfo Concebra, considerado as premissas contratuais contidas no anexo 7 que referência o Fator Q, inclusive utilizando-se do VDMA dos subtrechos por SAT implantados no Contrato. Dados esses já compartilhados com a Agência Reguladora, através dos relatórios dos SATs.

510. Ora, cuidava-se da discordância do resultado do cálculo realizado pela ANTT em relação à aplicação do Fator Q, que implicou mais de um fator, inclusive o VDMA.

511. Em seguida, a Requerida alegou ter havido alguma espécie de confusão dos conceitos de VDMA e VDMA equivalente pela Requerente. Não é o que se verifica a partir da leitura da seção destacada pela própria Requerida. A Requerente apenas buscou demonstrar, a partir da interpretação integral do Contrato de Concessão e do PER, que a apuração do VDMA ou do VDMA equivalente se reportam à ideia de veículos passantes, e não de veículos pagantes.

512. Sendo o VDMA equivalente, como afirmou a Requerida, "*o volume médio diário de tráfego equivalente em uma dada seção da via, em um período de um ano completo, aferido de acordo com o tipo de veículo que trafega na rodovia, observando-se a categoria de veículos determinada*" e o VDMA conceito que "*não considera a categoria dos veículos*", mas sim "*sua quantidade global*", ambos devem, de todo modo, partir de uma perspectiva que considera os veículos passantes na rodovia, e não pagantes. Foi esse o argumento que apontou a Requerente em suas Alegações Iniciais.

513. Apesar de a fórmula trazida pelo Anexo 7 do Contrato de Concessão não ter especificado, o tipo de tráfego considerado, conforme já se afirmou, a leitura completa do Contrato de Concessão e do PER permitem perceber que o conceito por detrás desses componentes é o de tráfego passante, e não de tráfego pagante, conforme se argumentou em Alegações Iniciais.

514. A Requerida afirmou, contudo, entender que "*o uso apenas de veículos pagantes pela rodovia refletiria uma escolha mais acertada, uma vez que permitiria considerar dados marcados pela consistência, confiabilidade e integridade, uma vez que submetidos a vários controles pelas concessionárias*". Segundo a Requerida, essa opção pelo uso do conceito de veículos pagantes não tratou de beneficiar ou prejudicar a Requerente, mas sim teria sido a escolha regulatória "*mais eficaz e condizente com as finalidades do instituto*". A Requerida, contudo, não

explicou com exatidão por que a métrica de veículos pagantes seria "*mais condizente*" que a métrica de veículos passantes.

515. Por fim, a Requerida buscou afirmar que a sua forma de cálculo "*em determinados períodos, é mais benéfica do que a metodologia proposta pela Requerente*". Ora, dizer que "*em determinados períodos*" a escolha de sua metodologia – dissonante em relação ao contexto do Contrato de Concessão e do PER – seria mais benéfica à Requerente não inquina o fato de que a métrica devida para a aferição do VDMA é a métrica dos veículos passantes.

516. Afinal, a própria definição do instituto indica a lógica de se considerarem todos os veículos passantes. Trata-se da "*média móvel do volume diário de veículos, aferido nos dois sentidos, calculada diariamente para os últimos 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, na forma prevista no item Obras de Capacidade condicionadas ao volume de tráfego do PER*",⁶¹ que deve ser capaz de expressar, efetivamente, a quantidade de veículos que por ali trafegam. Não são apenas os veículos pagantes que se acidentam na rodovia objeto do Contrato de Concessão, de modo que, reitera-se, devem ser considerados os veículos passantes pela rodovia.

517. Por tais razões, a Requerente reitera seu pedido de reequilíbrio em razão da incorreta aplicação do Fator Q contratual, com (i) a consideração da data de início da cobrança de pedágio como data inicial de apuração dos índices que compõem o Fator Q e (ii) aplicação da métrica de Tráfego Passante, em vez de Tráfego Pagante, para a mais acurada estimativa do volume diário médio anual da rodovia (VDMA).

8. DOS PEDIDOS

518. Diante do exposto, reiterando-se todos os termos das Alegações Iniciais, ratifica-se o acolhimento do pleito de reequilíbrio contratual nos exatos termos postulados pela Requerente.

519. Requer-se, outrossim, a aplicação subsidiária do art. 357 do Código de Processo Civil, a fim de que seja proferida pelo Tribunal Arbitrar decisão de

⁶¹ Definição constante da subcláusula 1.1.1 do Contrato de Concessão: "*(xlix) VDMA-Equivalente móvel: para um determinado subtrecho do Sistema Rodoviário, é a média móvel do volume diário de veículos, aferido nos dois sentidos, calculada diariamente para os últimos 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, na forma prevista no item Obras de Capacidade condicionadas ao volume de tráfego do PER*".

saneamento e de organização do processo para, nos exatos termos do dispositivo processual, delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; definir a distribuição do ônus da prova; fixar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; e, finalmente, designar audiência de instrução e julgamento.

520. Ainda, ratificando as razões apresentadas em 31/07/2020 em atendimento à Ordem Processual nº 05, ora complementados pelos fundamentos e elementos probatórios trazidos com a presente Réplica, requer-se o indeferimento do pedido da Requerida de revisão da tutela de urgência concedida por meio da Ordem Processual nº 03. Ratifica-se, por outro lado, a petição por meio da qual se pediu a alteração dessa Ordem para que não seja permitida a implementação, doravante, da redução tarifária que hoje está em vias de levar a empresa à bancarrota.

521. Finalmente, em relação ao pleito da Requerida para que as custas da arbitragem sejam integralmente assumidas pela Requerente, reiteram-se os termos das manifestações apresentadas em 02/03/2020 e 09/06/2020, pugnando-se pelo seu indeferimento.

Termos em que, pede e espera deferimento.

Brasília, 24 de agosto de 2020.


| JOSÉ CARDOSO DUTRA JÚNIOR |
OAB/DF 13.641


| MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO |
OAB/RJ 177.738


| KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA |
OAB/DF 15.286


| JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA |
OAB/RJ 228.073


| FERNANDO HENRIQUE FONTES DOS REIS |
OAB/DF 57.513


| ANDRÉ MARTINS BOGOSSIAN |
OAB/RJ 167.898


| ISADORA FRANÇA NEVES |
OAB/DF 54.478


| HELENA F. MATOS DO CARMOS |
OAB/RJ 220.798



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DUTRA & ASSOCIADOS 
ADVOCACIA 