



PROCEDIMENTO ARBITRAL CAM-CCBC Nº 64/2019/SEC7

PETIÇÃO 5 DA REQUERENTE - ALEGAÇÕES INICIAIS

II. PARTE ESPECIAL

CADERNO I

Impacto da crise econômica nacional (depressão econômica) sobre a Concessão

Índice

1. A extraordinária redução do volume tráfego e de receita projetados	2
1.1. Necessária contextualização histórica	2
1.2. Os reconhecimentos da ANTT	11
1.3. A recomposição devida à VIABAHIA pelos efeitos da depressão econômica	20
1.3.1. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato	21
1.3.2. Frustração da legítima expectativa de crescimento do volume de tráfego: recomposição da perda da chance de ampliação das receitas	23
1.3.3. Quantificação e pedidos	26
2. A necessária readequação econômico-financeira das Obras Condicionadas	26
2.1. Readequação de obrigação inexequível em virtude de alterações no cenário econômico	27
2.3. Readequação econômica em razão do impacto da Lei dos Caminhoneiros e da desatualização dos parâmetros técnicos previstos para o dimensionamento do pavimento	38
2.4. Direito da Viabahia à readequação dos preços das obras condicionadas ao volume de tráfego e proposta de recomposição	41
3. A necessária readequação do prazo de execução das Obras Condicionadas	44

1. Como adiantado na Parte Geral e em manifestações anteriores da Requerente - em especial, na Petição 1 da Requerente -, a crise econômica vivenciada pelo Brasil a partir do ano de 2014, acentuada nos anos de 2015 e 2016, impactou severamente a Concessão, como inclusive já reconhecido pela ANTT. Tais impactos corresponderam, principalmente, na queda brusca de tráfego e, conseqüentemente, da receita projetada pela Requerente em seu Plano de Negócios, assim como na inexecuibilidade de determinadas obrigações previstas originalmente no Contrato à luz das atuais condições contratuais.
2. Desse modo, este **Caderno I** das Alegações Iniciais da Requerente compreende a análise e detalhamento dos principais impactos que ensejam a intervenção deste Tribunal Arbitral. Primeiro, será discutida a necessária recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato em virtude da extraordinária redução do volume de tráfego e receitas projetados pela VIABAHIA (**item 1**) e, na seqüência, a necessidade inquestionável de readequação econômico-financeira das Obras Condicionadas a serem realizadas pela VIABAHIA, também em virtude da substancial alteração no cenário econômico (**item 2**), bem como da revisão do prazo desta obrigação em virtude de sua inexecuibilidade técnico-operacional (**item 3**).

1. A extraordinária redução do volume tráfego e de receita projetados

3. No tocante ao primeiro e principal impacto da depressão econômica sobre o Contrato, a Requerente divide suas alegações nos seguintes termos: **(i)** primeiro, faz-se necessário um apanhado histórico a respeito do que fora considerado pela VIABAHIA em suas projeções no início da Concessão, bem como dos impactos advindos da crise econômica a estas projeções (**item 1.1**); **(ii)** segundo, os fatos e o direito da VIABAHIA que já foram expressa e oficialmente reconhecidos pela ANTT, o que reforça seu estado de mora, e torna incontestável que a depressão econômica e seus impactos são alheios aos riscos da VIABAHIA (**item 1.2**); e **(iii)** ao final, procede-se à quantificação da necessária recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato (**item 1.3**).

1.1. Necessária contextualização histórica

4. A presente Concessão foi precedida por regular procedimento licitatório, na modalidade leilão, do qual o consórcio que constituiu a VIABAHIA sagrou-se vencedor, após formular proposta mais atrativa para a tarifa básica de pedágio (cf. Parte I – Preâmbulo e Item 9.1.1, ambos do Edital – RTE-063), com desconto de 21% sobre o valor estimado pelo Poder Concedente, que corresponde ao menor desconto ofertado por licitante vencedor nas 2ª e 3ª etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE).
5. A proposta econômica formulada pela VIABAHIA foi lastreada em seu Plano de Negócios (RTE-090), documento obrigatório que, nos termos do Item 11.1 do Edital, foi desenvolvido a partir do Anexo 16 - Termo de Referência do Plano de Negócios do Edital, e consolidava os seguintes referenciais para as propostas das licitantes:

- (i) todos os investimentos, tributos, custos e despesas, incluindo, mas não se limitando às financeiras, necessários para a exploração da Concessão;*
- (ii) a incidência da alíquota de 5% (cinco por cento) sobre a receita anual de pedágio, referente ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN para todos os municípios;*

- (iii) os riscos a serem assumidos pela Concessionária em virtude da exploração da Concessão;
- (iv) as receitas oriundas do recebimento da Tarifa de Pedágio e das aplicações financeiras; e
- (v) o prazo da Concessão, que será de 25 (vinte e cinco) anos.
- (vi) que todos os investimentos previstos sejam integralmente depreciados durante o prazo da Concessão e em conformidade com a legislação aplicável.

6. Assim, o Plano de Negócios da Concessão (**RTE-090**), elaborado a partir do Termo de Referência disponibilizado pela ANTT e estudos técnicos adicionais por parte da VIABAHIA, compreendia o planejamento do licitante com as projeções tanto de despesas, investimentos e custos, como também da receita que seria auferida com a exploração do Sistema Rodoviário concedido.
7. No que se refere à projeção de receita convém destacar que, nos termos do Item 1.2.¹ do Edital e da Cláusula 15.2.1² do Contrato de Concessão, a única fonte ordinária de receita da Concessão é a tarifa de pedágio cobrada dos usuários das rodovias, sendo que as receitas extraordinárias, além de ter parte significativa revertida para a modicidade tarifária, são inferiores a 3% do total arrecadado pela VIABAHIA, como usual no mercado de concessões de rodovias. Disso se extrai, desde logo, a correlação entre o desempenho sustentável da Concessão e a concretização do volume de tráfego, que, por sua vez, é um fenômeno derivado da atividade econômica, como será demonstrado abaixo.
8. Bem por isso, como se observa dos Itens III.1.2 e III.1.3 do Plano de Negócios da VIABAHIA, as premissas econômico-financeiras consideraram as projeções econômicas nacionais e regionais, a fim de dimensionar **(i)** as bases e resultados econômico-financeiros da Concessão; **(ii)** limitações dos riscos assumidos; **(iii)** os investimentos necessários e a proporção de desembolsos de capital próprio da Concessionária e uso de financiamentos por terceiros para este fim³.
9. Ressalte-se que a VIABAHIA adotou projeções de desenvolvimento econômico mais conservadoras do que as apresentadas pela ANTT para os primeiros anos da Concessão, como se observa do comparativo, por exemplo, do crescimento do volume de tráfego das rodovias concedidas para os primeiros cinco anos da Concessão, após a abertura das praças de pedágio:

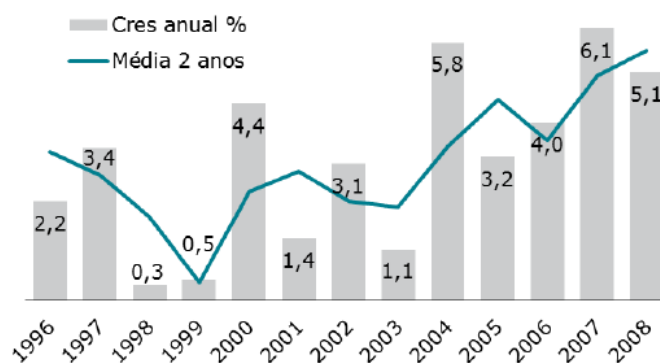
Base de dados	Ano 01	Ano 02	Ano 03	Ano 04	Ano 05
Estudo de Tráfego da Licitação (RTE-091)	-	54.132.976	80.057.275	83.127.290	86.259.355
Plano de Negócios (RTE-090)	-	39.680.435	73.545.177	80.758.052	85.247.787

¹ 1.2: "A Concessão será remunerada mediante cobrança de Tarifa de Pedágio e Receitas Extraordinárias, caso ocorram".

² 15.2.1: "A principal fonte de receita da Concessionária advirá do recebimento da Tarifa de Pedágio sendo, no entanto, facultado à Concessionária explorar outras fontes de Receitas Extraordinárias, nos termos estabelecidos neste Contrato e na regulamentação da ANTT".

³ Item IV.i. do Plano de Negócios.

10. Todas essas projeções que, como indicado acima, basearam-se em cenário conservador, estavam atreladas ao crescimento econômico nacional que, ao tempo do leilão que precedeu a Concessão, indicava a expansão e fortalecimento dos setores da economia, refletindo, por consequência, na prospecção positiva de desempenho financeiro da Concessão. Situação que foi **confirmada** nos primeiros anos da Concessão, na medida em que o tráfego verificado nas rodovias superou ambas as projeções (da VIABAHIA e ANTT), conforme demonstrado no Relatório A&M (**RTE-087**).
11. A expansão da economia brasileira desde o ano de 2004 era indicada pelo crescimento do PIB nacional ao longo desses anos, como sistematizado no Parecer Econômico elaborado pela **Tendências Consultoria Integrada** (“Parecer Tendências”) acerca do impacto das alterações macroeconômicas na Concessão (**RTE-092**):



Fonte: IBGE. Elaboração: Tendências.

12. O Contrato foi formalizado em 2009, período em que **todas** as projeções econômicas apontavam para uma ascensão saudável do crescimento nacional, fomentada por um ambiente de estabilidade política que viabilizava a manutenção das bases macroeconômicas das medidas que favoreciam tal desempenho.
13. Essa situação foi essencial para que mesmo a crise econômica vivenciada em 2008 não alterasse a perspectiva de crescimento contínuo (ainda que em proporções mais comedidas até a retomada da economia mundial), como apontado no já citado Parecer Tendências sobre o impacto das alterações macroeconômicas na Concessão (**RTE-092**):

“Superado o período mais crítico da crise, ao longo de 2009 as condições com as quais o país se defrontava foram relativamente normalizadas: além da recuperação do preço das commodities, que voltaram a crescer em ritmo mais acelerado, o Brasil beneficiou-se das baixas taxas de juros nos países desenvolvidos, situação que promoveu o fluxo de capitais em direção aos países emergentes, em busca de maiores retornos.”

*Assim, apesar da queda do PIB em 2009 (-0,2%), consequência inevitável da crise mundial, a economia recuperou-se de forma vigorosa ao longo daquele ano. As expectativas dos analistas de mercado refletiam essa retomada. **As projeções para o crescimento do PIB mostravam que o impacto da crise internacional no País seria apenas temporário e a economia retomaria um ritmo de expansão robusto nos anos seguintes.** Estes cenários tinham como premissa os sólidos fundamentos da economia brasileira e efeitos de fatores externos já mencionados, como a melhora dos*

preços de commodities e a recuperação dos ingressos de divisas para mercados emergentes.” (grifamos).

14. A análise positiva de avanço da economia brasileira após os efeitos da crise mundial foi fato notório e reconhecido internacionalmente, como identificado no relatório *World Economic Outlook*,⁴ publicado pelo FMI em abril de 2009, no qual projetava-se a retomada do crescimento brasileiro, estimando-se que, até 2014, alcançaria 4,5%:

Table A4 (concluded)

	Average 1991–2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2014
Western Hemisphere	3.3	0.7	0.6	2.2	6.0	4.7	5.7	5.7	4.2	-1.5	1.6	4.3
Antigua and Barbuda	3.4	1.5	2.0	4.3	5.2	5.5	12.4	6.9	4.2	-2.0	0.0	4.9
Argentina	4.2	-4.4	-10.9	8.8	9.0	9.2	8.5	8.7	7.0	-1.5	0.7	3.0
Bahamas, The	2.1	0.8	2.3	1.0	-0.2	3.3	4.6	2.8	-1.3	-4.5	-0.5	1.8
Barbados	1.0	-2.6	0.7	2.0	4.8	3.9	3.2	3.4	0.6	-3.5	0.5	3.0
Belize	6.0	5.0	5.1	9.3	4.6	3.0	4.7	1.2	3.0	1.0	2.0	2.5
Bolivia	3.8	1.7	2.5	2.7	4.2	4.4	4.8	4.6	5.9	2.2	2.9	3.6
Brazil	2.5	1.3	2.7	1.1	5.7	3.2	4.0	5.7	5.1	-1.3	2.2	4.5
Chile	6.5	3.5	2.2	4.0	6.0	5.6	4.6	4.7	3.2	0.1	3.0	5.0
Colombia	2.7	2.2	2.5	4.6	4.7	5.7	6.9	7.5	2.5	0.0	1.3	4.5
Costa Rica	5.2	1.1	2.9	6.4	4.3	5.9	8.8	7.8	2.9	0.5	1.5	5.2

15. É evidente, portanto, que as premissas econômico-financeiras contidas no Plano de Negócios com o planejamento do licitante e respectiva Proposta Econômica espelhavam as projeções existentes à época e eram compatíveis com o cenário propício ao crescimento a longo prazo da economia nacional.
16. Informações essas que são cruciais para a estruturação econômico-financeira de um contrato de concessão pelo período de 25 (vinte e cinco) anos, que: **(i)** exigia elevados investimentos da concessionária e **(ii)** cuja única fonte ordinária de receita adviria da tarifa de pedágio, ou seja, do **volume de tráfego das rodovias concedidas – que está intrinsecamente relacionado ao desempenho da economia nacional**⁵.
17. Essa correlação é objeto de estudo detalhado Relatório A&M (**RTE-087**), cujas conclusões apontam para:

“Em consulta ao site da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (“ABCR”), pode-se notar que, baseado no histórico de tráfego das concessões brasileiras, o fluxo de veículos leves aumenta na medida que as pessoas estão com poder de compra e consumo, enquanto o fluxo de cargas aumenta na medida em que a produção cresce no país. Essa mesma informação é confirmada pelo Observatório Nacional de Transportes e Logística do Governo Federal, o qual afirma, em seu Boletim de Logística, que ‘embora seja parte do setor terciário, a atividade de transportes, armazenagem e correios é profundamente influenciada e impactada pelo setor industrial.’

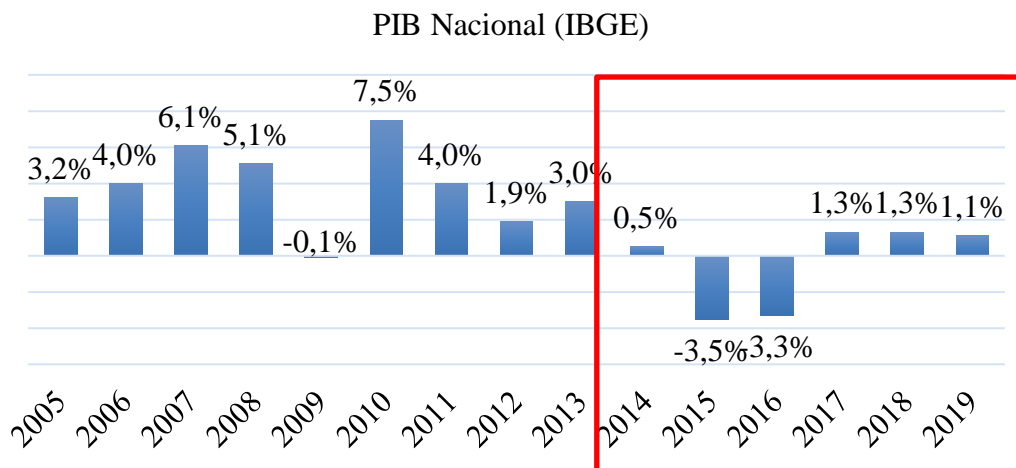
Para a elaboração do Plano de Negócios, a elasticidade-PIB tráfego foi determinada com base nos dados da ABCR: ‘Notou-se que as elasticidades eram da ordem de 0,9 a 1,0 para os veículos leves e de 1,1 a 1,2 para os veículos pesados.’ Desta maneira, para os

⁴ International Monetary Fund. World Economic Outlook (WEO) Crisis and Recovery. Abril de 2009. P. 196. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2009/01/>. Acesso em: 09/04/2020.

⁵ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Transporte Rodoviário. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/presenca/index.php?option=com_content&view=article&id=26&Itemid=19. Acesso em: 09/04/2020.

anos de 2009 a 2012 foram adotadas elasticidades de 1,0 para veículos leves e 1,2 para veículos pesados. A partir de 2013 até o final do prazo de concessão foram consideradas elasticidades de 0,9 para veículos leves e 1,1 para veículos pesados.”

18. Ocorre que, a partir do mês de abril de 2014, tanto a situação econômica, quanto o cenário político iniciaram um **processo de declínio abrupto e intenso**, que culminou na (i) retração drástica do PIB nacional; (ii) retração do PIB por dois anos seguidos (2015 e 2016), caracterizando uma recessão inédita; e, enquanto tal, com (iii) retomada muito lenta do crescimento.
19. A caracterização de uma depressão econômica e a **difficuldade de sua recuperação**, são aferidos muito claramente a partir da análise evolutiva do PIB nacional desde o ano de 2005 até o 2019, conforme quadro abaixo, extraído do Relatório A&M (RTE-087):



20. Acerca desse singular aspecto desta crise econômica e seus impactos de longo prazo na Concessão, confira-se o que diz o Parecer Tendências (RTE-092):

“Ao contrário de crises anteriores, não se projeta uma recuperação rápida da economia e nem que esta volte aos níveis anteriores de crescimento. As perspectivas atuais são de que a queda no PIB deixe de ocorrer e que haja um pequeno crescimento, porém, em taxas muito menores do que as previstas anteriormente. Em 2009, as projeções apontavam um crescimento de longo prazo do PIB em torno de 4,3% ao ano, muito acima da taxa de longo prazo projetada atualmente (2,7%).

Ou seja, a defasagem entre o previsto na época do contrato e o desempenho real da economia, que já acumulou cerca de 23%, tende a crescer e não a se reduzir. Essa situação é retratada na Figura 16 a seguir, que apresenta as projeções de crescimento do PIB até 2034 (ano em que se encerra a concessão em questão) e a defasagem crescente acumulada a cada ano, cuja previsão atual se aproxima de 40% ao final do Contrato.

21. Apenas nos anos 1930/1931 **houve um cenário similar**, em que, após uma queda brusca do avanço do PIB, este passasse a ser negativo por dois anos consecutivos e, agora, ao retornar a níveis positivos, ter-se uma **estagnação no crescimento** em percentuais ainda muito baixos (na casa de 1%).

22. É por essa **excepcionalidade e magnitude da crise econômica brasileira**, vivenciada a partir de 2014, **comparada à depressão de 1929**, que tal situação configura-se **como fato extraordinário**, como reconhecido pelo Ministro NELSON HUNGRIA, em decisão emblemática proferida em 27.10.1930, quando ocupava a 5ª Vara Cível do Distrito Federal (Rio de Janeiro), que introduziu pela primeira vez a teoria da imprevisão na jurisprudência brasileira, justamente na **única situação minimamente comparável à depressão de 2015/2016**, como segue:

*“(...) Há, porém, a considerar, na espécie, que um evento **extraordinário, imprevisto e imprevisível**, veio alterar profundamente o ambiente objetivo dentro do qual se operava o acordo de vontades, avoluntas contrahendum. Ora, **a resolubilidade dos contratos de execução futura, em virtude de subsequente mudança radical no estado de fato, não é contemplada expressamente em nossa lei civil**, mas decorre dos princípios gerais de Direito e exprime um mandamento de equidade. A jurisprudência, com o apoio da doutrina, tem decidido que tais contratos devem entender-se rebus sic stantibus et in eodem statu momentibus.(...) Desde o momento que um **fato inesperado e fora da previsão comum** destrói por completo a equação entre prestação e a contraprestação ajustadas, deixa de subsistir o que Oertmann chama a base do contrato (Geschäftsgrundlage), isto é, o pensamento das partes, manifestado no momento de celebrar-se o contrato, acerca da existência das circunstâncias determinantes. (...) É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar em seu proveito ou prejuízo; **mas, no caso de uma profunda e inopinada mutação, subversiva do equilíbrio econômico das partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato** (...)”*

23. Tal situação ultrapassa qualquer possibilidade de previsão por estudos prévios, **caracterizando fato extraordinário**, que como bem aponta João Sicsu, configura verdadeiro **estado de depressão econômica** imprevisível:

*“Por outro lado, um movimento recessivo que coloca a economia numa trajetória de depressão é aquele que promove uma liquidação surpreendentemente profunda e com movimentos retroalimentados e erráticos nos níveis de outras variáveis representativas (níveis de emprego e crédito, por exemplo). A espiral viciosa é o movimento de conformação da depressão e essa, por sua vez, **configura um quadro excepcional, extraordinário, fora do comum econômico**, em que os agentes não reconhecem segurança no ambiente para a tomada de decisões. Quedas surpreendentemente profundas e erráticas são sinônimos de um quadro de mais incertezas.”⁶ (grifamos)*

24. Para o mencionado economista é claro que a situação atual brasileira configura um quadro de **depressão econômica** que se estende desde 2014:

*“Ainda que seja pelo critério 1, **a economia brasileira está longe de ingressar em um estado normal de crescimento pós-crise: o tamanho do seu produto e sua taxa de desemprego estão muito distantes dos valores originais dos anos de 2013-2014 (tal como pode ser observado no Gráfico 2). Há quatro anos o Brasil está em crise. Nesse período, teve uma forte desaceleração em 2014, duas agudas recessões em 2015 e 2016 e um píffio crescimento em 2017. O Brasil continua mergulhado na depressão**”.⁷ (grifamos)*

⁶ SICSU, João. Brasil: é uma depressão, não foi apenas uma recessão in Revista de Economia Contemporânea. Vol. 23 nº.1 Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/198055272312>. Acesso em: 12/04/2020.

⁷ Ibid.

25. A **duração dos efeitos** dessa crise, característica que, para além de sua magnitude, permite caracterizá-la como uma **depressão econômica**, está também associada ao fenômeno econômico denominado como "**histerese**", em razão na **demora na recuperação da economia**, conforme mencionado no Parecer Tendências (RTE-092):

*"Há analistas de mercado, inclusive, que apontam a possibilidade de o prolongamento da crise ter gerado o chamado **"efeito histerese"**, termo de origem grega que refere-se à ideia de retardo, utilizada para designar os impactos negativos sobre o crescimento potencial decorrentes da demora na recuperação da economia. Diante de tal contexto, espera-se que as decisões previstas e tomadas anteriormente sejam revistas, incorporando o novo nível esperado de operação da economia."*

26. Como consequência dessa situação extraordinária instalada no país, **as premissas econômicas que embasaram o planejamento consolidado no Plano de Negócios da VIABAHIA ao longo de todo o período da Concessão, hoje, estão descoladas do que se verificou na realidade**, em especial no que se refere à evolução do tráfego das rodovias concedidas e, por consequência, a projeção de receita da VIABAHIA - necessária para o desenvolvimento das obrigações contratadas.
27. Destaca-se as implicações do descolamento referido no parágrafo anterior nas projeções referentes ao período remanescente da Concessão, i.e. o **deslocamento perene** do cenário macroeconômico e, conseqüentemente, do volume de tráfego, visivelmente inferior às premissas do Plano de Negócios, acarreta (i) a continuidade da frustração quanto ao montante arrecadação pelas praças de pedágio e (ii) crescimento da mesma frustração à medida que as expectativas não se concretizam.
28. A frustração deste planejamento da Concessão em virtude das alterações econômicas também é detalhado no Relatório A&M (RTE-087),

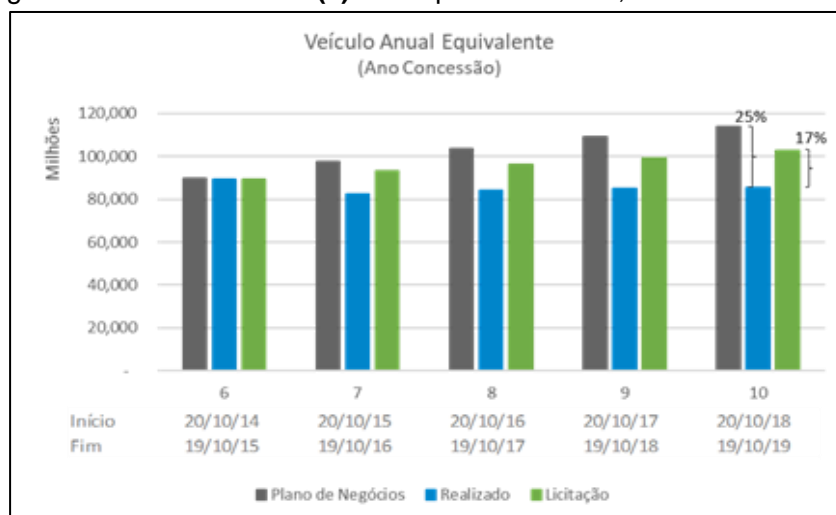
"Para a elaboração do Plano de Negócios, a VIABAHIA considerou a informação inicial disponível para o projeto no Estudo de Tráfego da Licitação, porém também realizou suas próprias medições de volumes de tráfego e pesquisa origem-destino com o objetivo de revisar e complementar a informação disponibilizada pela ANTT. Tanto o Plano de Negócios, quanto o Estudo de Tráfego da Licitação indicam que as características da rodovia BR324 e BR116 são diferentes, isso porque na BR324, que é uma via de acesso para Salvador, o volume de tráfego é maior, com predominância de veículos leves (70%/30%), já na BR116, via de integração regional no eixo norte-sul, o volume de tráfego é menor, com larga predominância de veículos pesados (80%/20%)."

Em consulta ao site da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias ("ABCR"), pode-se notar que, baseado no histórico de tráfego das concessões brasileiras, existe uma correlação entre o tráfego e o Produto Interno Bruto ("PIB"), a qual trataremos a seguir como elasticidade-PIB, isso ocorre, pois o fluxo de veículos leves aumenta na medida que as pessoas estão com poder de compra e consumo, enquanto o fluxo de cargas aumenta na medida em que a produção cresce no país. Essa mesma informação é confirmada pelo Observatório Nacional de Transportes e Logística do Governo Federal, o qual afirma, em seu Boletim de Logística, que "embora seja parte do setor terciário, a atividade de transportes, armazenagem e correios é profundamente influenciada e impactada pelo setor industrial."

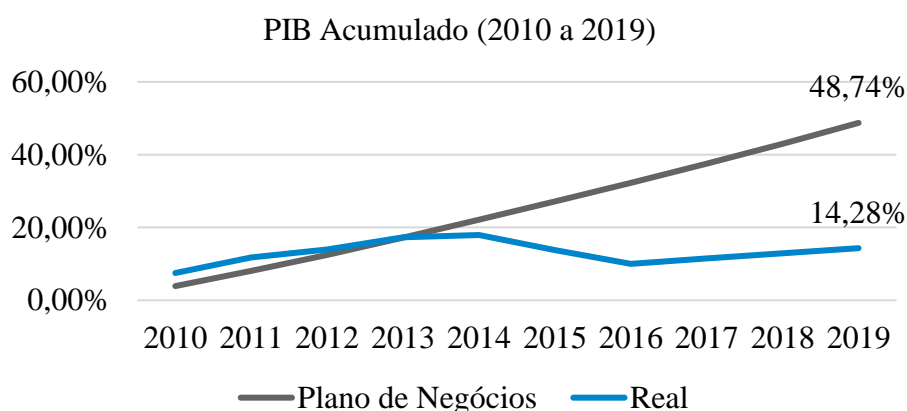
29. Em razão dessa correlação ajustada entre a variação do PIB e o tráfego das rodovias (**fonte de receita tarifária**), é inegável o impacto advindo da depressão econômica instalada no país. Nesse sentido, como apurado no Relatório A&M (RTE-087):

“Com a mudança do cenário econômico brasileiro e início da crise econômica em abril de 2014, o PIB brasileiro sofreu uma forte retração, **causando redução do volume de veículos que passavam nas rodovias concessionadas da VIABAHIA e culminando em um volume, no 6º ano de concessão, inferior ao previsto no Plano de Negócios.** Essa situação se manteve nos anos seguintes, sendo que, conforme se pode ver no Gráfico 7 a seguir, no 10º ano da concessão, terminado em 19 de outubro de 2019, o volume de veículos foi 25% menor do que o previsto no Plano de Negócios.” (grifamos)

30. Esse fato é facilmente identificável quando se compara o volume de tráfego (i) previsto no Plano de Negócios da VIABAHIA e o (ii) real a partir de 2014⁸, conforme consta no Relatório:



31. O péssimo desempenho do tráfego espelha o fato de o PIB acumulado de 2010 a 2019 ser de 14,28%, ou seja, **ainda inferior ao acumulado de 2010 a 2013**, que era de 17,34% no período anterior ao da depressão econômica, segundo dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“IBGE”)⁹. A diferença entre as projeções que nortearam o Plano de Negócios da Concessão frente ao realizado a partir de 2014 é ilustrado pela seguinte comparação gráfica constante no Relatório A&M (RTE-087):



⁸ Conforme Relatório A&M (RTE-087).

⁹ https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9300-contas-nacionais-trimestrais.html?=&t=resultados&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=pib#evolucao-taxa, 2020

32. Conforme apontado no Relatório A&M (**RTE-087**), a crise provocou um **deslocamento perene da curva de tráfego** que inegavelmente corresponde a **alteração do cenário econômico** que norteou todos os estudos possíveis à época da licitação.
33. O efeito dessa mudança, que afeta os anos supervenientes da Concessão, é sentido na alteração substancial do perfil de arrecadação, que impacta diretamente na capacidade de realização de investimentos pela VIABAHIA.
34. Assim, as análises feitas no Relatório A&M (**RTE-087**) e Parecer Tendências (**RTE-092**) comprovam o impacto da depressão econômica dos anos 2014-2016 sobre a Concessão e, conseqüentemente, a incorreção, sobretudo por sua incompletude, das “comparações iniciais” que levaram o Tribunal Arbitral a revogar uma das liminares concedidas à Requerente.
35. Com efeito, **a dimensão do impacto da depressão econômica sobre a Requerente só pode ser devidamente aquilutado quando se vislumbra a Concessão como um todo**, isto é, **ao longo de toda a sua duração**, ângulo a ser necessariamente considerado haja vista as características próprias desse tipo peculiar de negócio jurídico em que, como adiantado na **Parte Geral**, **(i) o planejamento** dos investimentos, despesas e receitas **é feito no momento da licitação; (ii) o retorno dos acionistas é estimado e auferido no longo prazo; (iii) o fluxo de caixa da Concessão apresenta não só um aspecto financeiro**, que pode ser mensurado de modo mais pontual, como, também, um **aspecto econômico**, que só pode ser mensurado ao longo de toda a duração da Concessão; **(iv) é estruturado sob a lógica de project finance**, de acordo com a qual o financiamento depende não somente do momento, mas do **ciclo integral do projeto**; e **(v) justamente em razão dessa lógica, os contratos de financiamento preveem suspensão de desembolsos** no caso de se verificarem desequilíbrios que alterem a capacidade de reembolso do projeto.
36. Há que se considerar, ainda, que, diversamente dos demais negócios, a concessionária **não tem liberdade para readaptar, sponte própria**, os investimentos, despesas e mesmo o valor da tarifa cobrada às oscilações econômicas, o que é aceitável para efeitos negativos pontuais, por integrar o **risco normal** do negócio, mas é insustentável quando se trata dos impactos de uma verdadeira **depressão econômica, risco anormal** por acarretar a inviabilidade da concessão, se suportado exclusivamente pela concessionária, como vem ocorrendo *in casu*.
37. Tais características fazem com que a **possibilidade de recuperação** sem o devido reequilíbrio seja nula, potencializado pelo **efeito histerese** acima referido, o que condena a Concessão à sua extinção, com os efeitos nefastos daí decorrentes não só para a Requerente, mas também para a cadeia socioeconômica por ela movimentada (conforme visto na **Parte Geral**).
38. Esse profundo desequilíbrio econômico-financeiro, prolongado pela mora da ANTT em promover as medidas contratuais adequadas e necessárias à recomposição, impôs à Requerente a adoção de medidas institucionais relacionadas às decisões de investimentos que refletiriam nos resultados de seus fluxos de caixa, visando impedir a inviabilização absoluta da continuidade dos serviços essenciais ao usuário das rodovias. Porém, a perpetuação deste cenário chegou ao seu limite e enseja a intervenção deste Tribunal Arbitral.

39. Portanto, essa particularidade da crise vivenciada a partir de 2014, cujo auge se concretizou entre 2015 e 2016, e **produziu efeitos perenes sobre a Concessão**, constitui fato **superveniente** à formalização do Contrato que acarretou **profundo desequilíbrio econômico-financeiro** da relação contratual entre as Partes, demandando a necessária recomposição, em conformidade com a previsão das cláusulas 16.5.1, 20.1.2 e 20.4.2 (iii), do Contrato.

1.2. Os reconhecimentos da ANTT

40. O caráter extraordinário e imprevisível da depressão econômica, assim como, a necessidade de haver a revisão contratual para sua equalização à nova realidade econômica nacional, foram **reconhecidos** expressa e reiteradamente pela ANTT, salientando o direito da VIABAHIA à recomposição do Contrato em virtude dos impactos desta grave crise econômica.
41. Nesse sentido, a **ANTT reconheceu** a estreita correlação entre a crise econômica, a redução da receita auferida pelas concessionárias (com a queda no volume de tráfego) e a piora expressiva nas condições de financiamento das obras, por meio de documento oficial (*Diagnóstico e alternativas frente à queda de desempenho das concessões rodoviárias federais - RTE-011*¹⁰) elaborado após a audiência pública realizada pela Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados, em 14 de agosto de 2018.
42. Referido documento, muito longe de ser “genérico” ou até mesmo “apócrifo” como sugerido pela ANTT¹¹, trata expressamente da Concessão da VIABAHIA e conclui que as graves constatações (transcritas abaixo) se **verificaram nas concessões da 2ª e 3ª Etapa de Concessões Rodoviárias**.¹²
43. Esse documento foi **aprovado pela Diretoria Colegiada da ANTT** e apresentado à Comissão de Viação e Transportes (“CVT”), Tribunal de Contas da União (“TCU”), Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (“MTPA”), Ministério Público Federal (“MPF”), Associação Brasileira de Concessionária de Rodovias (“ABCR”), Confederação Nacional dos Transportes (“CNT”), Confederação Nacional da Agricultura (“CNA”) e Confederação Nacional da Indústria (“CNI”), concluindo que:

*“Este tópico objetiva apresentar os motivos pelos quais **as concessões de rodovias são extremamente impactadas por oscilações nas taxas de crescimento do PIB**, fazendo com que movimentos inesperados desse número afetem tão fortemente a sua saúde financeira. Esse fenômeno ocorre por três razões: (i) participação majoritária das receitas tarifárias na receita total da concessão; (ii) elasticidade - crescimento tráfego/PIB - superior a 1; (iii) efeitos indiretos sobre as condições de financiamento.*

*Em relação ao primeiro tópico tem-se que a quase totalidade das receitas das concessões são oriundas da cobrança de pedágio. Além dessas, as concessões dispõem também de uma baixíssima arrecadação de receitas acessórias, as quais são majoritariamente revertidas à modicidade tarifária, resultado da exploração de atividades adicionais relacionadas à prestação do serviço, como de publicidade, compartilhamento de fibra ótica e uso geral da faixa de domínio. **Essa constatação demonstra que as concessões dependem essencialmente do tráfego da rodovia que cruza as suas***

¹⁰ Encaminhado por meio do memorando ANTT nº nº 876/2018/SUINF, de 10/09/2018 (RTE-012).

¹¹ Conforme parágrafo 34 da Petição 2 da Requerida.

¹² Vide, dentre outros, páginas 3, 7 e item 5 (Conclusão) do RTE-011.

praças de pedágio, contribuindo para a concessão por meio do pagamento da tarifa fixada.

Assim, **uma oscilação na demanda da rodovia é quase que integralmente transferida para a receita total da concessão.** No momento em que há crescimento da demanda além das expectativas, aumentam as suas margens entre receitas e despesas e, inversamente, no sentido contrário, **pode-se chegar a um ponto em que as despesas superem as receitas, tendo em vista a existência de custos fixos que não podem ser reduzidos.**

No que tange ao segundo ponto, **verifica-se que há uma evidente relação entre PIB e tráfego. Ou seja, o tráfego tende a acompanhar as movimentações do PIB,** inclusive com elasticidade superior a 1. Essa particularidade torna as concessões rodoviárias ainda mais sensíveis aos movimentos do produto nacional. Percebe-se ainda que essa sensibilidade é ainda maior em rodovias com espectro de tráfego em que há maior participação de veículos comerciais. Diferenças podem ser percebidas também entre rodovias que são afetadas por diferentes atividades produtivas.

Quanto ao terceiro ponto, acerca das condições de financiamento, configura-se um impacto indireto, derivado não do PIB diretamente, mas da oscilação do tráfego. **A receita projetada da concessão é a principal variável de análise em processos de financiamento em contratos do tipo project finance.** Incertezas na previsão das entradas do projeto, geram, por consequência, risco e piora nas condições de financiamento.” (grifamos)

44. O mesmo documento emitido pela ANTT também **reconhece a extraordinariedade da crise e suas consequências às concessões,** por meio do qual as áreas técnicas da Requerida concluíram que:

“Quanto ao cenário macroeconômico da época, **apresentava-se bastante favorável, com média de 3,5% de crescimento nos quatro anos que antecedem o momento da licitação dos sete lotes iniciais (2003-2006). Já para o último lote, a média dos quatro últimos anos (2005-2008) sobe para 4% de crescimento.** Com o boom de commodities no seu auge, o Brasil melhorava os seus indicadores econômicos, controlando a inflação e imprimindo consistente ritmo de crescimento do produto. A reboque dessas condições e considerando a elasticidade existente, a movimentação de cargas crescia fortemente, **propiciando excelentes perspectivas para o programa de concessões, o que se refletiu na taxa interna de retorno dos projetos de 8,95% ao ano.**

O ofertante que considerasse a série desde 1994 constataria uma média de crescimento de 3% com desvio-padrão de 1,83%. Considerando uma distribuição de probabilidades de uma curva normal, **não seriam esperadas quedas anuais superiores a -2,5% em 99,73% dos casos, que dirá por dois anos consecutivos, como se vivenciou em 2015-2016. Destarte, pode-se inferir que a recente recessão econômica era imprevisível para as concessões leiloadas entre 2007 e 2009.**” (grifamos)

45. No mesmo sentido, o documento aponta expressamente que:

“O Brasil enfrentou **uma das piores crises econômicas da sua história no período 2015-2016, ao registrar dois anos seguidos de quedas severas no seu Produto Interno Bruto (PIB) real. Tal situação é somente comparável à vivida nos anos 1930-1931, único momento da história em que o mesmo fenômeno de quedas sucessivas foi experimentado. Os números da recente recessão são expressivos com quedas de 3,8% e 3,6% (acumulando 7,2% em dois anos).**” (grifamos)

46. Mas não é só. Por meio do mesmo documento, a ANTT também **reconheceu** a relevância e adequação da **revisão contratual** para promover a efetiva recomposição do equilíbrio contratual rompido em razão da crise econômica. Nota-se, no trecho transcrito abaixo, que a **Requerida afirma que a forma para equalizar os contratos de concessão afetados pela crise econômica**, como o caso da VIABAHIA, mais aderente ao interesse público **é justamente a revisão contratual**:

*“Diante das características das alternativas de solução acima expostas, **considera-se que a opção pela revisão contratual é a que melhor preserva o interesse público**, tendo em vista os menores impactos em termos de prazo para a normalização das concessões, a não geração de despesas extras para o orçamento público, a inexistência de descontinuidade na prestação do serviço, a manutenção de tarifas baixas, a previsão de obras de duplicação obrigatórias e a baixa oneração da capacidade administrativa dos órgãos que estruturam as concessões.*

***Demonstrada a preservação inequívoca do interesse público, o processo de revisão dos contratos deverá guardar estreita ligação com o objeto contratual essencial**, afastando-se alegações de rompimento dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da moralidade e da impessoalidade, com foco na segurança jurídica ao procedimento. Deve-se frisar que a atividade de fiscalização e gestão dos contratos vigentes pela ANTT não está, de modo algo, sendo posta em cheque. Muito pelo contrário. **Ao partir para a revisão dos contratos, em detrimento à caducidade, a Agência exerce seu poder de regulador, sopesando os interesses dos usuários, do poder público e do ente privado, decidindo pela alternativa que melhor atende às necessidades atuais.**” (grifamos)*

47. No caso da VIABAHIA, este reconhecimento é ainda mais relevante, tendo em vista que o Contrato possui o mecanismo da **Revisão Quinquenal**. Como apontado acima, este mecanismo visa justamente **compatibilizar a Concessão ao cenário econômico**, o que torna ainda mais inexplicável a **mora** da Requerida em concretizar tal revisão.
48. Como adiantado, as conclusões do estudo acima destacado, **embasaram a deliberação alcançada na 792ª Reunião de Diretoria Colegiada da ANTT**, realizada em no dia 04 de dezembro de 2018 (RTE-035), no seguinte sentido:

“a SUINF autorizada a adotar as medidas necessárias para iniciar as tratativas junto às Concessionárias, em atenção à audiência pública realizada na Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados em 14 de agosto de 2018.”

49. Ainda no tocante à revisão contratual, **especificamente no tocante ao Contrato com a VIABAHIA**, a Requerida, por meio da Nota Técnica nº 015-2019-GEREF-SUINF (RTE-013), **reconheceu que a Revisão Quinquenal é a forma adequada para readequar o ajuste dado o desequilíbrio causado pelos efeitos da crise econômica no seu desempenho**:

“2.1 Tipo de revisão cabível à Concessionária

7. As subcláusulas 16.4, 16.5 e 16.6 do Contrato de Concessão da ViaBahia, transcritas a seguir, estabelecem os critérios e as condições complementares à legislação vigente para enquadramento das Revisões Ordinária, Extraordinária e Quinquenal:

‘16.4 Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio:

16.4.1 É a revisão anual da Tarifa Básica de Pedágio, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incorporar a parcela das Receitas Extraordinárias auferidas no ano anterior, conforme disposto na sub cláusula 17.

6

(...)

16.5 Revisão Quinquenal da Tarifa Básica de Pedágio:

16.5.1 Revisão Quinquenal é a revisão que será realizada pela ANTT a cada 5 (cinco) anos, com o intuito de reavaliar a Concessão em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico, preservando-se a alocação de riscos e as regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato.

16.6 Revisão extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio:

16.6.1 É a revisão da Tarifa Básica de Pedágio decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, cujas hipóteses de cabimento, procedimento aplicável, critérios e princípios estão estabelecidos na cláusula 20.'

8. Conforme se observa, a Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio deve ser realizada anualmente com o objetivo de incorporar as Receitas Extraordinárias auferidas pela Concessionária no ano anterior.

9. Por sua vez, a Revisão Quinquenal deve ser realizada a cada cinco anos com o intuito de reavaliar a Concessão em relação a sua compatibilidade com as necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico, preservando-se a alocação de riscos e as regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato.

(...)

12. Dito isto, e **considerando que o cenário econômico teve reflexo na redução do tráfego da Concessionária**, conforme tratado no documento "Diagnóstico e alternativas frente à queda de Desempenho das Concessões rodoviárias federais", **o mecanismo de revisão a ser utilizado em face do efeito da crise econômica no tráfego da rodovia é a Revisão Quinquenal, nos termos da sub cláusula 16.5 do Contrato de Concessão**, uma vez que é o único modelo de revisão que possui como critério os efeitos relacionados à alteração do cenário econômico." (grifamos)

50. O reconhecimento da ANTT foi ainda além. No mesmo documento, o corpo técnico da Requerida chegou a apresentar sugestão de **cálculo de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**, por meio de majoração da tarifa de pedágio:

"2. No que se refere aos assuntos pertinentes a esta Gerência, encaminhamos anexa a Nota Técnica nº 015/2019/GEREF/SUINF, de 25/02/2019, com análise econômico-financeira em face da atualização da matriz de tráfego o Fluxo de Caixa Original, que resultou na variação positiva da TBP Vigente de R\$0,70985, correspondendo a um acréscimo percentual de 25,57%". (grifamos)

51. Referidos reconhecimentos **confirmam** que as causas e impactos decorrentes da grave crise nacional a partir de 2014 são totalmente **alheias ao risco da VIABAHIA** e que o desequilíbrio causado já deveria ter sido recomposto por meio de profunda **revisão**, expressamente prevista no Contrato: **a Revisão Quinquenal, cuja redação única comporta a alteração do cenário econômico como gatilho de recomposição (cláusula 16.5.1).**
52. E nem poderia ser diferente, na medida em que a imprevisibilidade e extraordinariedade da crise e seus efeitos à economicidade da Concessão, inequivocamente **ultrapassam os limites da matriz de risco assumida pela VIABAHIA.**
53. Nesse sentido, é precisa a lição de Flavio Amaral Garcia, que, ao tratar da matriz de risco dos contratos de concessão e os efeitos da crise econômica, explica:

*“A nota que caracteriza e tipifica a alocação contratual de riscos é a sua **previsibilidade**. A antecipação de qual parte vai assumir o risco é, diga-se de passagem, bastante benéfica para ambos os contratantes, eis que, para além de reduzir incertezas, comumente se reflete na própria formação do preço ofertado na licitação.*

Mas a contratualização dos riscos não é suficiente para solucionar integralmente as complexas questões que podem impactar os contratos concessionais. A sua previsibilidade não é absoluta e capaz de antever todas as situações e, principalmente, todas as consequências que podem advir para uma das partes.

Em outras palavras: o risco (ex: custo da energia, variação cambial, demanda projetada) era previsível, a justificar a sua alocação contratual. Mas o que era imprevisível é o resultado extremado dos eventos em cenários econômicos drasticamente alterados. Tem-se a imprevisão na previsão.

***A álea extracontratual (crise econômica) impacta diretamente a matriz de risco, não para justificar a modificação na sua alocação ou distribuição original, mas para motivar para revisão do contrato que possa restabelecer a justiça comutativa maculada pela inesperada alteração da exógena conjuntura macroeconômica do país.”**¹³*

54. Como reconhecido pela Requerida e pelos especialistas econômicos, a gravidade do estado de depressão da economia nacional ultrapassou qualquer possibilidade de previsibilidade à época em que o contrato foi firmado, situação que evidencia a natureza incerta, excepcional e extraordinária da profunda crise em que o país ainda se encontra, que afeta diretamente a curva de tráfego da Concessão e, por consequência, sua capacidade de auferir receita.
55. É incontestável que a brusca queda do volume de tráfego, causada pelo agravamento da crise econômica, transcende o risco assumido pela VIABAHIA quanto à demanda da concessão, pois (i) a causa da inviabilização das projeções do Plano de Negócios da Concessão se deve ao fato indiscutivelmente extraordinário, (ii) a proporção do impacto no desempenho da concessão em razão desse fato extraordinário.
56. Desse modo, o desequilíbrio econômico financeiro decorrente da brusca redução do volume de tráfego das rodovias concedidas, neste caso, integra a esfera da álea econômica extraordinária, sendo tratada à luz da teoria da imprevisão¹⁴, cuja aplicação nos contratos de concessão foi, inclusive, recentemente reconhecida de forma expressa pela Advocacia Geral da União, por meio do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (RTE-093), que assim concluiu sobre o tema:

“Por conseguinte, pode-se concluir pela possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos, incluindo os contratos de concessão,

¹³ “[...] todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio considerável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. Trata-se da tradicional cláusula *rebus sic stantibus*, que, após o individualismo do *pacta sunt servanda* do Código de Napoleão, teve nova aplicação com as imprevisões decorrentes da Primeira Guerra Mundial, sendo o marco dessa retomada o caso do “Gás de Bordeaux”, decidido pelo Conseil d’État em 1916, em que o aumento do preço do carvão inviabilizou a prestação dos serviços da concessionária.

Invoca-se a favor da aplicação teoria da imprevisão que, por um lado, a ocorrência de fatos excepcionais não pode elidir o cumprimento das obrigações da concessionária, e, por outro, que não seria justo que ela respondesse sozinha para que um contrato do interesse de toda a coletividade continuasse a ser executado.” (GARCIA, Flavio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais *in* MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno. A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 117-118.)

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs *in* RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10644/9637>. Acesso em: 13/04/2020.

neste caso respeitadas as suas características próprias e a alocação de riscos prevista explícita ou implicitamente no respectivo instrumento contratual. Mas, para isso, é imprescindível que se trate de evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato.”

57. Ao transpor o limite da álea econômica ordinária, a redução no tráfego, isto é, da demanda da Concessão, **transcende** a limitação do risco assumido originalmente pela VIABAHIA¹⁵, álea ordinária, pois, como pondera Marcos Augusto Perez, a atribuição de risco em um contrato de concessão como o presente, **não corresponde a uma previsão absoluta**; na realidade, o risco assumido pela concessionária não pode ser desassociado das bases/premissas econômico-financeiras que nortearam sua assunção quando da formalização do contrato, *in verbis*:

*"referindo-se à esfera de responsabilidades do concessionário, na verdade **não transfere normativamente todos os riscos da concessão ao concessionário, mas tão-somente aqueles que o negócio (o contrato), em função de suas condicionantes econômico-financeiras, estabelecer.**"*¹⁶ (grifamos)

58. No caso em tela, como visto, a VIABAHIA promoveu estudos técnicos detidos que indicavam cenário de crescimento econômico estável ao longo do período da Concessão, o que refletiria no desempenho da demanda pelos usuários das rodovias; e tal cenário promissor igualmente foi considerado pela ANTT (em números, para a fase inicial da Concessão, até mesmo mais otimistas que os da Requerente), no Edital por ela publicado. Essas informações e projeções foram **elementares** para a formatação das **premissas econômico-financeiras** do Contrato de Concessão, assim entendido como as obrigações, encargos e riscos assumidos pela VIABAHIA, cujo cumprimento pressupõe a obtenção de receitas a partir da cobrança de pedágio dos usuários do sistema rodoviário. São o “cenário base” ou “caso base”, que é essencial para os contratos de concessão, como o da VIABAHIA, em que se adota o modelo de *project finance*.¹⁷
59. Contudo, como inclusive reiteradamente apresentado pela Requerente na esfera administrativa¹⁸, com a **superveniência** da depressão econômica iniciada em 2014 com seus severos e **duradouros impactos ao longo de toda a concessão** - sem que haja uma perspectiva concreta de superação (**efeito histerese**) -, as premissas econômico-financeiras

¹⁵ Conforme disposto na cláusula 19.1.2 (i) do Contrato (RTE-002).

¹⁶ PEREZ, Marcos Augusto. O risco nos contratos de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 131.

¹⁷ “Como se sabe, o modelo de financiamento dito de *project finance* traduz-se, como aliás o nome sugere, num ‘financiamento ao projeto’ e baseia-se na convicção de que a atividade concedida (o projeto) gera recursos bastantes (fluxos de caixa) para desenvolver aos bancos os fundos que mobilizaram para o financiamento do investimento. Num cenário em que a empresa concessionária assume o risco da procura, o conhecimento dos dados do caso base surge como um elemento essencial do processo de financiamento. Sem o conhecimento dos dados estimados e dos cenários de probabilidades constantes do caso base, os bancos não se dispõem a financiar o projeto. Oferece-se indiscutível a essencialidade do caso base, bem como dos elementos que do mesmo constam, para a formação da vontade negocial e para a identificação do interesse negocial do lado da parte privada do contrato de concessão (GONÇALVEZ, Pedro Costa. Função do caso base em contratos administrativos de concessão in MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 329.)

¹⁸ A título exemplificativo, vide as correspondências VB-GEC 1084/2016 (RTE-094), VB-GEC 0900/2017 (RTE-095), VB-GEC 0912/2017 (RTE-096) e VB-GEC 0800/2018 (RTE-097).

que embasaram o formato da relação contratual ora contida e todo seu planejamento **descolaram da realidade**.¹⁹

60. Ou seja, por um fato **absolutamente imprevisível**, fora de qualquer possibilidade de controle por parte da VIABAHIA e cujas consequências têm ensejado graves efeitos à economicidade da concessão - e para o qual o Contrato prevê expressamente a relação da recomposição²⁰-, estabeleceu-se uma situação de colapso das premissas contratuais conduzindo a um estado de desequilíbrio profundo da relação contratual.
61. Além disso, a superveniência e magnitude da crise econômica e seus nefastos efeitos à demanda da Concessão foram totalmente **irresistíveis e inevitáveis**, o que, igualmente, mitiga qualquer alegação de rigidez na distribuição original do risco relativo à variação da demanda à VIABAHIA. Isso porque, como expressamente excepcionado pela Cláusula 19.1.3.(iv) do Contrato, os efeitos advindos de **atos de força maior extraordinária** não seguráveis, **estão excluídos da esfera de risco da Requerente**, conforme a matriz que consta de seu Contrato:

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

(...)

(iv) caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência. (grifamos)

62. Isso ocorre, pois, dadas as características da depressão econômica e seus profundos efeitos às bases objetivas do Contrato de Concessão – cujas premissas de desenvolvimento econômico não mais se sustentam pela superveniência deste fato -, é plenamente adequado configurar esse fato como hipótese de força maior extraordinária, que causa a inviabilização econômica do regular desempenho da Concessão.
63. Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira aponta que:

“Mas, podemos dizer que possuem algo central em comum, revelado nos adjetivos que as acompanham: maior (que supera as forças humanas, em extensão e intensidade), fortuito (por acaso) e divino (acima do entendimento e controle humanos, eis que oriundo de Deus). Trata-se de evento superveniente, a alterar a situação fático-jurídica e, assim, exonerar o devedor da prestação, que se tornou literalmente impossível ou impraticável em razão de fato que transcende a subjetividade das partes.”²¹

64. Mais adiante, ao tratar especificamente sobre a matriz de risco dos contratos de concessão e a superveniência de fatos extraordinários, o mesmo autor explica que:

¹⁹ Considerando a lamentável superveniência da pandemia do COVID-19 e as medidas restritivas de contato social, a economia em nível mundial sofrerá impactos negativos severos com difícil recuperação, como apontado pelo estudo elaborado pelo FMI comparando os efeitos da crise econômica de 2009 e do Lockdown atual. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/blog-do-fmi/post/2020/04/o-grande-lockdown-a-mais-grave-retracao-da-economia-desde-a-grande-depressao.ghtml>. Acesso em: 22/04/2020.

²⁰ Conforme cláusula 16.5.1 do Contrato.

²¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020> Acesso: 22/06/2020.

“No exato momento em que a força se tornar efetivamente muito maior do que o estatuído no próprio contrato, do que sua matriz de riscos e mesmo do que a capacidade das partes signatárias, surgirá o dever de preservar - ou rescindir - o contrato administrativo de outras formas, que não aquelas consensualmente imaginadas pelos signatários quando de sua constituição. A força maior pode ter o condão, portanto, de instalar nexos de causalidade, intransponível pelas partes, que quebre a lógica entre a matriz de riscos pactuada e a execução do contrato.”²² (grifamos)

65. Em razão disso, o autor expõe a adequação da mitigação da rigidez da matriz de risco contratual, a fim de preservar o contrato e a continuidade do serviço pactuado, justamente para que haja a readaptação ao cenário atual afetado pela mudança das condições que substanciaram a formação da base objetiva da contratação:

“Todavia, a matriz de riscos tem como lastro a base objetiva do negócio (e também o princípio da boa-fé objetiva). As circunstâncias concretas quando de sua definição e o seu entorno factual são o retrato de um estado de coisas que as partes signatárias tinham condições de constatar e imaginar quando da assinatura do contrato. Caso haja forças maiores do que a maior, a matriz de risco precisa ser repensada. Isso com o intuito de preservar o contrato e diminuir os custos de transação e consequências deletérias para os usuários de bens e serviços públicos.”²³

66. Ainda, cabe ressaltar que a correlação entre decisões políticas contrárias às boas práticas orçamentárias e a derrocada da economia nacional, revela que o desequilíbrio contratual, causado pelo imprevisível estado de depressão da economia, também é resultante de ato causado pela Administração Pública ou príncipe, sendo inegável a aplicação da **teoria do fato do príncipe**, definida pela doutrina:

“(...) quando a execução do contrato é onerada por uma medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato”²⁴

“A teoria do fato do príncipe tem aplicação quando a Administração Pública contratante pratica ato legítimo no exercício de alguma outra competência não relacionada ao contrato em tela, mas que tem impacto no equilíbrio econômico-financeiro, agravando a situação do contratante privado.

Nos contratos administrativos em geral, a solução que se adota é aquela esta estabelecida pelo referido artigo 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93, de acordo com o qual, sobrevindo evento caracterizado como fato do príncipe, o contrato pode ser alterado com o objetivo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.”²⁵

67. No caso em tela, a crise econômica que causou o desequilíbrio econômico-financeiro da relação contratual é consequência de diversos atos praticados pelo Governo Federal a partir dos anos de 2011 e 2012, conforme aponta Fernando de Holanda Barbosa Filho:

²² Op.cit.

²³ Op.cit.

²⁴ JUSTEN Filho, Marçal. Algumas Considerações acerca das Licitações em Matéria de Concessão de Serviços Públicos. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP Belo Horizonte, n. 7, ano 2 Outubro/ Dezembro 2004 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12581>. Acesso em: 12/04/2020.

²⁵ FERREIRA, Bruna Oliveira da Silva. A definição de riscos nas Parcerias Público-Privadas à luz da segurança jurídica in VALIM, Rafael et.al. Tratado sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 626.

“A crise resulta de um conjunto de choques de oferta e de demanda. Primeiramente, o conjunto de políticas adotadas a partir de 2011/2012, conhecido como Nova Matriz Econômica (MNE), reduziu a produtividade da economia brasileira e, com isso, o produto potencial. Mais, esse choque de oferta possui efeitos duradouros devido à alocação de investimentos de longa recuperação em setores pouco produtivos.

Os choques de demanda estão divididos em três grupos. O primeiro engloba o esgotamento da MNE a partir do final de 2014. O segundo choque seria a crise de sustentabilidade da dívida pública doméstica de 2015. O terceiro foi a correção do populismo tarifário que demandou uma política monetária contracionista para o controle inflacionário após a perda de credibilidade do Banco Central. Além disso, a consolidação fiscal tentada no ano de 2015 possui impacto menor sobre essa recessão devido à sua baixa magnitude e duração.”²⁶ (grifos nossos)

68. A correlação entre as escolhas na condução das políticas fiscal, monetária e creditícia pelo Governo Federal e os resultados negativos na economia brasileira é **reconhecido expressamente pelo TCU**, como segue:

*“ Assim, consoantes as preocupações dessa Corte, **a análise das contas prestadas pela Presidente da República relativas ao exercício de 2015 demonstra resultados negativos, tanto nos indicadores econômicos quanto fiscais, que podem ser explicados, em parte, pela conduta adotada pela gestão fiscal dos anos anteriores.** Em outros termos, em 2015, além da evidenciação de novos indícios de irregularidades relacionadas a gestão orçamentária e financeira, observasse a **deterioração da situação fiscal que inviabilizou o atingimento dos objetivos da política econômica nacional** definidos no anexo de Metas Fiscais da LDO. **Não há, dessa forma, resultados inesperados em virtude apenas da concorrência de fatores externos à gestão governamental. Ao contrário, há indícios de correlação entre as escolhas na condução das políticas fiscal, monetária e creditícia pelo Governo Federal nos últimos exercícios e os resultados negativos observados em 2015 nas contas públicas e, em certa medida, na economia brasileira.**” (Relatório de Contas do Governo TC 008.389/2016-0)*

69. Como se percebe, sob qualquer perspectiva, a crise econômica vivenciada a partir de 2014, assim como as suas causas, estão **excluídas da esfera de risco alocado à VIABAHIA nos termos do Contrato**, de modo que seus dispositivos, assim como a lei aplicável, determinam a necessária recomposição do equilíbrio econômico:

Lei 8.666/93:

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

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

*d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem **fatos imprevisíveis**, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do*

²⁶ BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda. A crise econômica de 2014/2017. Estudos Avançados, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 51-60, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-40142017.31890006>. Acesso em: 12/04/2020.

*ajustado, ou, ainda, **em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.** (grifamos)*

Contrato de Concessão

“20.1.2. A Concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses previstas na subcláusula 19.1.3 acima.”

70. Diante do **reconhecimento** inequívoco e expresso da ANTT quanto à imprevisibilidade da crise econômica e da necessidade de revisão dos contratos de concessão por ela profundamente impactado nos termos da cláusula 16.5.1 do Contrato – a respeito da qual a ANTT está **inadimplente** –, somado à conclusão no sentido de que todos os fatos narrados acima se encaixam em **exceções expressamente previstas na cláusula 19.1.3 do Contrato** (conforme transcritas ao longo deste item) e de fatos indicados pela Lei 8.666/93 - superveniência de fato imprevisível com extrema onerosidade, evento de força maior não segurável causado pela Administração Pública -, é inconteste o direito da VIABAHIA à recomposição do equilíbrio contratual, **medida indispensável à própria sobrevivência da Concessão.**

1.3.A recomposição devida à VIABAHIA pelos efeitos da depressão econômica

71. A partir da comprovação dos fatos e do direito da VIABAHIA, tem-se, em resumo, que:
- (i) Nos termos da Cláusula 15.2.1 do Contrato, a fonte ordinária de receita da Concessão é a cobrança de tarifa;
 - (ii) Em função disso, o tráfego diário das rodovias concedidas é elemento essencial para o planejamento dos investimentos relacionados à Concessão e para que a VIABAHIA alcance a receita necessária para o regular cumprimento de suas obrigações contratuais;
 - (iii) O volume de tráfego, por sua vez, espelha o avanço do PIB (fenômeno derivado);
 - (iv) O Plano de Negócios da Concessão foi embasado em estudos técnicos que apontavam projeções de crescimento regular do PIB e do volume de tráfego nas rodovias concedidas;
 - (v) A VIABAHIA adotou, para seu Plano de Negócio, projeções, para os anos iniciais da Concessão, mais conservadoras que as apresentadas pela ANTT nos estudos técnicos que embasaram a licitação;
 - (vi) O volume de tráfego real havido entre 2009 e 2013 ultrapassou as projeções adotadas no Plano de Negócios e no Estudo de Tráfego da ANTT, acompanhando a evolução do desempenho da economia do país;
 - (vii) Contudo, a partir de 2014, formou-se um cenário econômico catastrófico, sendo, desde então, imprevisíveis tanto a proporção efetiva da crise, como

quando se dará a retomada econômica, considerando o efeito histerese por ela produzido por essa depressão econômica;

- (viii) Referido cenário, além de superveniente, imprevisível, inevitável e extraordinário, foi causado por atos da Administração Pública e teve efeitos inevitáveis à Concessão;
- (ix) Essa drástica alteração do cenário econômico surtiu efeitos no volume de tráfego das rodovias concedidas e colapsou as projeções de desempenho econômico-financeiro e planejamento da Concessão, que passou a sofrer com profundo desequilíbrio tanto financeiro quanto econômico e incompatibilidade de obrigações contratuais com a nova realidade estabelecida.
- (x) O Contrato de Concessão prevê que (i) os fatos narrados, bem como seus impactos, são alheios ao risco da VIABAHIA; (ii) a Revisão Quinquenal deve ser realizada para compatibilizar a Concessão ao cenário econômico (cláusula 16.5.1);
- (xi) A imprevisibilidade da crise e necessária revisão contratual foram expressamente reconhecidos pela ANTT.
- (xii) Passados mais de 10 anos de Concessão, e mesmo diante dos fatos e consequências narradas, a ANTT permanece em mora em relação à sua obrigação contratual de promover a Revisão Quinquenal.

72. Portanto, não há dúvidas de que a VIABAHIA faz jus à devida recomposição de seu Contrato, cuja quantificação está detalhada Relatório A&M (RTE-087) e brevemente apresentada seguir.

1.3.1. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato

73. Conforme referido estudo, parte do valor a ser reequilibrado em favor da VIABAHIA decorrente dos impactos da crise econômica à curva de tráfego corresponde a **R\$ 1.586.575.908,30** (um bilhão, quinhentos e oitenta e seis milhões, quinhentos e setenta e cinco mil, novecentos e oito reais e trinta centavos), na data-base do Contrato de Concessão (dezembro de 2005).
74. A metodologia utilizada para a aferição do desequilíbrio a ser recomposto adotou as seguintes premissas, conforme exposto no Relatório A&M (RTE-087):
- i. A depressão econômica teve início em abril de 2014, conforme explicado no parágrafo **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, o que corresponde à metade do ano 5 da Concessão e próximo de quando deveria ser promovida pela ANTT a 1ª Revisão Quinquenal (outubro de 2014), sendo assim, para a quantificação do pleito, no período do Ano 1 ao Ano 5 da Concessão, foi utilizado o tráfego previsto no Plano de Negócios.

- ii. Em outubro de 2014, deveria ser realizada a 1ª Revisão Quinquenal, a qual até o presente momento não foi promovida pela ANTT. Desta maneira, entende-se que do Ano 6, iniciado em 20 de outubro de 2014, quando a crise econômica já estava em curso, até o Ano 10, finalizado em 19 de outubro de 2019, quando deveria ser realizada a 2ª Revisão Quinquenal, deve ser utilizado, para o cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro, o tráfego realizado registrado pela VIABAHIA em suas praças de pedágio durante este período, em comparação ao previsto no Plano de Negócios.
- iii. A partir do 11º ano da Concessão, que se iniciou em 20 de outubro de 2019 até o término da Concessão, atualmente em 19 de outubro de 2034, foi realizada uma projeção com base no realizado do ano 10 da Concessão, considerando **(a)** a elasticidade-PIB tráfego apresentada no Plano de Negócios (parágrafo 0) que corresponde a 0,9 para veículos leves e 1,1 para veículos pesados; e **(b)** a média da expectativa do PIB para os próximos anos, divulgadas pelo FMI e FOCUS em outubro de 2019, sendo estas de 2,11% para o ano 11, 2,45% do ano 12 ao 14 e 2,40% do ano 15 ao 25.
- iv. Uma vez calculada a quantidade de veículos equivalentes para cada praça de pedágio, a seguinte etapa foi a aplicação das tarifas básicas de pedágio, as quais, para este caso, equivalem aos valores contratuais previstos no Plano de Negócios²⁷ com base dezembro de 2005, ou seja, R\$ 1,261 para as praças de pedágio 01 e 02 e R\$ 2,212 para as praças de pedágio 03 a 07.
75. Assim, o referido desequilíbrio foi apurado a partir do total de receita proveniente das tarifas de pedágio considerando o cenário econômico atual de tráfego comparado à receita prevista no Plano de Negócios. Trata-se do parâmetro de cálculo expressamente **previsto no Contrato de Concessão** para hipóteses que não sejam a inclusão de novos investimentos ou atrasos pela VIABAHIA, conforme cláusula 20.4.2 (iii):
- “20.4.2: A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio:*
(...)
*(iii) **em quaisquer outras hipóteses**, que não as previstas nos itens (i) e (ii) acima, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios, **de modo a manter as condições efetivas da Proposta**”.*
76. Em outras palavras, o valor pleiteado consiste no montante a ser recomposto à VIABAHIA para que sejam **mantidas as condições da Proposta**, como previsto no Plano de Negócios, retomando-se o equilíbrio projetado quando da formalização do Contrato.
77. Destaca-se que, conforme apurado no Parecer Tendências²⁸ (RTE-092), admite-se também o confronto das projeções embasadas na performance da Concessão no período pré-eclosão da depressão econômica e a projeção de tráfego constante do Plano de Negócios. A partir

²⁷ Erro! Fonte de referência não encontrada. – RTE-087.

²⁸ Item 5.3.2.2 Resultados.

desse exercício, o Parecer Tendências concluiu, inclusive, valor superior de recomposição à Requerente.

1.3.2. Frustração da legítima expectativa de crescimento do volume de tráfego: recomposição da perda da chance de ampliação das receitas

78. Nos primeiros anos da Concessão o volume de tráfego tanto das categorias de veículos leves como pesados, estava em ascensão, superando substancialmente a projeção da evolução da curva de tráfego que norteou o Plano de Negócio da VIABAHIA²⁹, a partir de dados compatibilizados ao momento da abertura das praças de pedágio. Veja-se:

Veíc. Equival.	Ano 01	Ano 02	Ano 03	Ano 04	Ano 05
Licitação	-	54.132.976	80.057.275	83.127.290	86.259.355
Plano de Negócios	-	39.680.435	73.545.177	80.758.052	85.247.787
Realizado	-	57.783.578	85.494.833	89.079.844	92.483.705

79. Em função desse cenário, tem-se que o desempenho deveras positivo da concessão por um período considerável e de forma perene – superando as projeções da VIABAHIA e da própria ANTT -, ensejou a constituição da legítima expectativa de que a performance da Concessão seguiria esse processo evolutivo de ampliação ao longos dos anos.
80. Corrobora a legítima expectativa da VIABAHIA as indicações de crescimento contínuo e saudável da economia nacional, como detidamente explicitado acima.
81. Entretanto, esse resultado positivo foi atingido pela crise econômica instaurada a partir do segundo trimestre de 2014, provocando, como já detalhado supra, impacto inesperado na taxa de crescimento do volume de tráfego das rodovias concedidas.
82. Conforme apurado pela própria ANTT, no Parecer nº 404/2019/GEFIR/SUINF/DIR (**RTE-084**), é inequívoca a queda drástica, sem real retomada, da curva de tráfego da concessão a partir de 2014:

“7. Percebe-se, portanto, que os veículos comerciais e de passeio, que representam cerca de 98% do volume de tráfego as praças de pedágio, possuem decréscimo significativo de tráfego entre os anos de 2014 e 2016, com acréscimo de volume entre 2016 e 2017. Já entre 2017 e 2018, os veículos de passeio apresentam nova queda de volume, e os veículos comerciais apresentam acréscimo ínfimo de 0,25%. Tais variações têm como consequência a redução da receita decorrente do pagamento de pedágio, sendo que tal análise financeira foge ao escopo desse parecer.”

²⁹ Relatório A&M (**RTE-087**).

83. A partir disso, é possível a identificação de um segundo efeito advindo da crise econômica que também necessita ser recomposto: **a frustração da legítima expectativa da VIABAHIA quanto à ampliação do tráfego e, por consequência, da receita da Concessão**³⁰.
84. Esse fato enseja o dever de recomposição em favor da VIABAHIA, visto o aperfeiçoamento desse evento (crise) e de sua consequência ao avanço do tráfego à teoria da perda de uma chance. Nesse sentido, é precisa a explicação de Rafael Peteffi Silva:

“Interessante analisar, por conseguinte, o caso de um afamado peão que é impossibilitado de participar da fase final de um rodeio devido à falta de pagamento da respectiva inscrição, que deveria ter sido efetuado pelo seu agente. Aqui, não se observa o nexo de causalidade necessário entre a falha do agente e a perda da vantagem esperada pelo peão, representada esta pelo prêmio concedido ao vencedor do certame. Com efeito, o peão poderia restar sem qualquer premiação, mesmo que fosse autorizado a participar da fase final do rodeio, já que vários fatores aleatórios (acaso) poderiam ter sido a causa da perda da vantagem esperada, tais como: a dificuldade da prova ou a perícia dos outros competidores. Portanto, já que o dano poderia ter sido causado pelo acaso, o peão prejudicado deveria suportá-lo de maneira integral.

Entretanto, o já aludido progresso no estudo da probabilidade possibilitou a criação de algumas “leis do acaso”. Assim, estatisticamente, é lícito perquirir quais eram as chances de aprovação do referido peão e quais foram subtraídas de forma culposa pelo seu relapso agente. Este novo aspecto probabilístico da chance perdida foi terreno fértil para o advento de um instrumento dogmático utilíssimo, capaz de criar uma nova categoria de dano indenizável: as chances perdidas.”³¹ (grifamos)

85. Mais adiante, o mesmo autor assevera que:

“A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza.”³² (grifamos)

86. Considerando que a VIABAHIA teve **frustrada** sua justa expectativa à **evolução** do tráfego da concessão em razão de uma circunstância imprevisível, inevitável e que caracteriza um fato do príncipe, ou seja, **evento excluído de sua esfera de risco contratual** que causou a redução drástica da receita da concessionária, é inequívoco o direito da VIABAHIA a obter a recomposição do Contrato, também em virtude da frustração dessa expectativa legítima e, por consequência, pelo desequilíbrio advindo desse evento³³

³⁰ Configurando, assim, a responsabilidade da ANTT pela perda de uma chance (justa expectativa), na medida em que, como elucida Alessandra Cristina FURLAN, esta é devida quando demonstrado pela parte lesada que as chances de obter a vantagem perdida é real e séria, *in verbis*: “Com o intuito de coibir abusos, repudiando-se casos que mascaram o locupletamento ilícito, a jurisprudência francesa formulou prestigioso critério: a chance perdida deve ser real e séria. A demonstração da seriedade separa os danos prováveis dos danos hipotéticos. Os primeiros são indenizáveis e os segundos, rechaçados.” (FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 10/2017. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/> . Acesso em: 16/04/2020)

³¹ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 10.

³² *Idem, ibidem*, p. 13.

³³ Nos mesmos termos da já citada cláusula 20.1.2: “A Concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses previstas na subcláusula 19.1.3 acima”.

87. É relevante ponderar que a admissão da pretensão da Requerente encontra amparo na jurisprudência dos tribunais pátrios, que reconhecem o dever indenizatório imposto ao responsável pela frustração da legítima expectativa de obtenção de um dado resultado, como se extrai do seguinte julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS. REALITY SHOW. FASE SEMIFINAL. CONTAGEM DOS PONTOS. ERRO. ELIMINAÇÃO. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. PERDA DE UMA CHANCE. CABIMENTO. DANOS MORAIS DEMONSTRADOS.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a discutir o cabimento de indenização por perda de uma chance na hipótese em que participante de reality show é eliminado da competição por equívoco cometido pelos organizadores na contagem de pontos.

3. A teoria da perda de uma chance tem por objetivo reparar o dano decorrente da lesão de uma legítima expectativa que não se concretizou porque determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos e impediu a realização do resultado final esperado pelo indivíduo.

4. A reparação das chances perdidas tem fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002 e é reforçada pelo princípio da reparação integral dos danos, consagrado no art. 944 do CC/2002.

5. Deve ficar demonstrado que a chance perdida é séria e real, não sendo suficiente a mera esperança ou expectativa da ocorrência do resultado para que o dano seja indenizado.

6. Na presente hipótese, o Tribunal de origem demonstrou que ficaram configurados os requisitos para reparação por perda de uma chance, tendo em vista (i) a comprovação de erro na contagem de pontos na rodada semifinal da competição, o que tornou a eliminação do autor indevida, e (ii) a violação das regras da competição que asseguravam a oportunidade de disputar rodada de desempate. 7. O acolhimento da pretensão recursal, no sentido de afastar a indenização por danos morais ou de reduzir o valor arbitrado, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos (Súmula nº 7/STJ).

8. O montante arbitrado a título de indenização por danos morais (R\$ 25.000,00 - vinte e cinco mil reais) encontra-se em conformidade com os parâmetros adotados por esta Corte, não se mostrando excessivo diante das particularidades do caso concreto.

9. Recursos especiais não providos.” (REsp 1757936/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2019) – grifamos.

88. Não há dúvidas, pelas projeções existentes em momento anterior à crise, que a expectativa (chance) de receita pela VIABAHIA para o futuro sem crise era **“séria e real”** até ser fulminada por fatos e atos alheios à sua responsabilidade, o que enseja a aplicação da teoria da perda de uma chance.
89. A dimensão do impacto suportado pela VIABAHIA também é detidamente demonstrado por meio do Relatório A&M (**RTE-087**), que, a partir do estudo da evolução do tráfego da Concessão nos primeiros cinco anos de operação e da ponderação da taxa de crescimento ano a ano, para cada categoria de veículos e para cada praça de pedágio, prevista no Plano de Negócios da Concessão.
90. Essa taxa foi aplicada no total do tráfego realizado do ano 5 da Concessão – primeiro ano de impacto da crise econômica. A partir dos dados relativos ao ano 5 da Concessão, foram realizadas as projeções e, uma vez calculada a quantidade de veículos equivalentes para

cada praça de pedágio, aplicando-se o valor histórico³⁴ das tarifas básicas de pedágio para as praças de pedágio 01 e 02 (R\$ 1,261), e para as praças de pedágio 03 a 07 (R\$ 2,212).

91. Com base nesses cálculos, a Consultoria apurou que o **valor adicional** a ser reequilibrado para a condição anterior ao início da crise econômica (de ampliação da taxa de crescimento do volume de tráfego) é de **R\$ 621.231.150,95** (seiscentos e vinte e um milhões, duzentos e trinta e um mil, cento e cinquenta reais e noventa e cinco centavos), valor na data-base dezembro/2005.

1.3.3. Quantificação e pedidos

92. Diante do exposto, a VIABAHIA requer ao Tribunal Arbitral que **condene** a ANTT a:
- a) **promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**, no valor total de **R\$ 1.586.575.908,30** (um bilhão, quinhentos e oitenta e seis milhões, quinhentos e setenta e cinco mil, novecentos e oito reais e trinta centavos), valor na data-base dezembro/2005, a ser acrescido de juros, correção monetária, multas, tributos e todos os reajustes e consectários legais e contratuais aplicáveis, **em razão do desequilíbrio advindo dos efeitos da depressão da economia nacional ao Plano de Negócios da Concessão; e**
 - b) **promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**, no valor total **R\$ 621.231.150,95** (seiscentos e vinte e um milhões, duzentos e trinta e um mil, cento e cinquenta reais e noventa e cinco centavos), valor na data-base dezembro/2005, a ser acrescido de juros, correção monetária, multas, tributos e todos os reajustes e consectários legais e contratuais aplicáveis, **em razão da perda da chance da Requerente de alcançar fluxo de tráfego em níveis crescentes, tal como o verificado antes do estabelecimento da depressão econômica;**
93. Referidos valores estão na data-base (dezembro/2005), a ser acrescido de juros, correção monetária, multas, tributos e todos os reajustes e consectários legais e contratuais aplicáveis, **em virtude da mora da ANTT**, conforme medidas de recomposição a serem apresentadas oportunamente.

2. A necessária readequação econômico-financeira das Obras Condicionadas

94. Uma das principais inovações do modelo de contratação em tela remete à previsão de execução, a partir de investimentos próprios da VIABAHIA, de obras destinadas à ampliação da capacidade das rodovias concedidas, conforme previsto na Cláusula 9.5 do Contrato (“Obras Condicionadas”). Logo, tais obras foram previstas para serem realizadas sem o reequilíbrio econômico-financeiro, o que, naturalmente, imprime especial relevância à capacidade de a concessionária levantar recursos suficientes à sua execução.
95. O marco inicial da obrigatoriedade de execução dessas obras se dá quando atingidos, em cada subtrecho delimitado no Apêndice F do PER (**RTE-085**), os gatilhos definidos nas

³⁴ Base dezembro/2005.

Cláusulas 9.5.1 e 9.5.4 do Contrato, observado que tal exigência apenas ocorrerá após o 4º ano da Concessão A saber:

*“9.5.1. As obras de duplicação de cada um dos subtrechos da rodovia BR 116 descritos no PER como obras condicionadas ao volume de tráfego deverão estar concluídas até 12 (doze) meses - contados da data em que for verificado que o VMD - Móvel do respectivo subtrecho atingiu 6.500 (seis mil e quinhentos) veículos, observado que caso o VMD-Móvel do respectivo subtrecho atinja 6.500 (seis mil e quinhentos) veículos antes do 4º (quarto) ano da **Concessão, a Concessionária somente estará obrigada a realizar as obras de duplicação após o 4º (quarto) ano da Concessão**, respeitado o prazo de conclusão de 12 (doze) meses acima referido, ressalvado o disposto na subcláusula 9.5.2 a seguir.” (grifamos)*

96. Ocorre que, como será demonstrado, o modelo atual previsto para a execução das Obras Condicionadas é **economicamente inexecutável**, haja vista a profunda alteração do cenário econômico nacional justamente ao tempo em que tal obrigação se tornou exigível, com o consequente **(i)** efeito da depressão da economia nacional, **(ii)** endurecimento da política de financiamento do BNDES, **(iii)** majoração exponencial dos preços dos insumos betuminosos (CAP) e outros insumos necessários à execução das obras, **(iv)** as alterações introduzidas pela Lei nº 10.103/2015 (“Lei dos Caminhoneiros”), **(v)** inadequação dos parâmetros técnicos previstos para o dimensionamento do pavimento.
97. Somado a isso, a execução destas Obras Condicionadas também foi impossibilitada desde o momento em que se tornou exigível por **razões técnicas já reconhecidas pela ANTT**, como será demonstrado no **item 3** deste Caderno.
98. Logo, como se demonstrará, é indispensável a intervenção deste Tribunal Arbitral para que seja concretizada a necessária readequação econômico-financeira e técnica desta obrigação.

2.1. Readequação de obrigação inexecutável em virtude de alterações no cenário econômico

99. Na Parte Geral e no **item 1** acima foram demonstrados detidamente os efeitos do desequilíbrio econômico-financeiro que afetam a Concessão em virtude da **depressão da economia nacional**, bem como das mudanças na disponibilidade de créditos pelo BNDES, e a correlação desse cenário à conduta letárgica da ANTT em concluir a Revisão Quinquenal na forma prevista pela Cláusula 16.5.1 do Contrato.
100. Apenas por esses motivos, a readequação econômico-financeira dos investimentos necessários à execução das Obras Condicionadas previstas no Contrato para o atual cenário econômico se mostra medida indispensável, em conjunto com sua adequação técnico-operacional, a fim de viabilizar o implemento dessa obrigação. Afinal, restou claro que as causas e consequências da referida crise são absolutamente **alheias** ao risco da Requerente.
101. Neste sentido, vale trazer o entendimento de Alexandre Santos de Aragão em Parecer contratado pela Requerente (**RTE-098**), no sentido de que conquanto existam riscos alocados à concessionária, como o de demanda e aumento de custos, ignorar a transformação drástica de realidade econômica iria de encontro à boa-fé dos contratantes e à base objetiva do negócio:

“Ainda que a variação na demanda ou de custos sejam riscos assumidos pelo particular por meio do contrato de concessão, há de se reconhecer que a transformação drástica da realidade econômica, afetando excessiva e negativamente a concessão, não poderia ser inteiramente suportada pela concessionária, uma vez que estariam absolutamente alteradas as circunstâncias que conduziram as partes a contratar. Pensar diversamente iria de encontro à boa -fé dos contratantes e à base objetiva do negócio. Desconsiderar a excessiva onerosidade e da assunção dos prejuízos da crise econômica exclusivamente pelo particular seria antijurídico”.

102. A conclusão ora trazida a respeito da necessária readequação, destaca-se, **foi confirmada pela ANTT** que, por meio do já citado documento *Diagnóstico e alternativas frente à queda de desempenho das concessões rodoviárias federais (RTE-011)*, ratificou a estreita relação entre a alteração do cenário econômico nacional e a redução da capacidade financeira das concessionárias, bem como com o **endurecimento das políticas de crédito pelos financiadores:**

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

O BNDES divulgou, ainda em 2017, nova política operacional que traz a substituição da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), subsidiada pelo Tesouro Nacional, pela Taxa de Longo Prazo (TLP), que convergirá para a taxa de juros referenciada nos títulos públicos NTN-B no prazo de cinco anos a partir de 2018. A partir das operações de financiamento fechadas em 2018, portanto, o subsídio será gradualmente reduzido, até convergir para patamar próximo das taxas de mercado. Assim, o crédito subsidiado até então disponível às concessões rodoviárias será gradativamente eliminado.

Nota-se que a alteração das condições de financiamento produziu maior impacto sobre os contratos que ainda possuíam elevado volume de obras a executar. Comparando as etapas, tem-se que essa é a realidade da 2ª etapa e 3ª etapa. Deve se (sic) ponderar também que estavam previstos elevados desembolsos para o exato período em que se processou a crise, os quais seriam destinados a custear obras de vulto, como contornos e duplicações. A retração dos bancos públicos, ao reduzir severamente a oferta de crédito barato, acabou por frustrar o planejamento do setor de concessões rodoviárias, inviabilizando a execução da maior parte das obras de grande porte previstas”. (grifamos)

103. Esta alteração na política de créditos dos bancos financiadores em virtude da depressão econômica nacional também foi objeto de análise no Parcer Tendências no tocante ao BNDES (RTE-092):

“Do lado da obtenção de financiamento, a deterioração do ambiente macroeconômico levou a um cenário de redução da oferta de crédito e aumento da taxa de juros, sobretudo em função do risco país mais elevado. Especificamente para projetos de infraestrutura, as restrições de crédito se devem ainda à menor atuação do BNDES, que é a principal fonte de recursos para o financiamento de projetos de infraestrutura no País. (...) Portanto, as concessões firmadas a partir de 2009, além de terem suas receitas em boa medida frustradas pela crise em um momento em que eram obrigadas a realizar vultosos investimentos em obras de ampliação, manutenção e conservação, também se viram diante de um ambiente mais restritivo para levantar recursos de terceiros.” (grifamos)

104. Nota-se, ainda, que a própria ANTT **reconhece** que a discussão acerca da ampliação extraordinária das restrições de crédito transcende a alocação do risco pelo financiamento externo à concessionária. Não poderia ser diferente, na medida em que essa limitação decorre especialmente das alterações no cenário econômico após a depressão da economia.
105. Como já informado alhures, no caso da Requerente, não se trata de um mero “risco de financiamento” atribuído à concessionária. A VIABAHIA já possui um contrato vigente junto ao BNDES³⁵, ao passo que a mora da ANTT na conclusão da 1ª Revisão Quinquenal, somada ao reconhecido endurecimento das políticas de crédito, ensejou a suspensão dos desembolsos já contratados.
106. Por este motivo, convém rechaçar desde já a alegação da ANTT no sentido de que a negativa do BNDES em disponibilizar os recursos requeridos pela VIABAHIA se daria exclusivamente em decorrência da sua “inadimplência” para com a obrigação de realização das Obras Condicionadas³⁶.
107. Essa alegação é inverídica e não reflete a realidade da Concessão, na medida em que o BNDES é expresso ao reconhecer que a Revisão Quinquenal, se concluída, suplantaria o desequilíbrio contratual e possibilitaria a readequação do cronograma de execução das obras, viabilizando a disponibilização dos créditos à VIABAHIA. Inclusive, como já mencionado, o banco condiciona a readequação para liberação dos recursos à realização da Revisão Quinquenal. Veja-se excerto da carta AST nº 005-2016 (**RTE-076**):
- “O desequilíbrio financeiro enfrentado atualmente pelo projeto passa necessariamente pela conclusão das tratativas em curso com o órgão regulador, cujo resultado esperado é a repactuação das obrigações de investimento e apreciação dos pleitos de reequilíbrio apresentados pela concessionária, com possível melhora na capacidade financeira do projeto.*
(...)
Frente a todo o exposto, reforça-se que: (...)
(ii) a análise do pleito de remanejamento de recursos dependerá da conclusão das tratativas em curso com a ANTT, no âmbito da Revisão Quinquenal” (grifamos)
108. Nesse passo, esclarece-se que, como demonstrado pela Nota Técnica elaborada pela Consultoria Dynatest (“Nota Técnica Dynatest” - **RTE-100**), a VIABAHIA fora impossibilitada de concluir as obras relativas aos primeiros gatilhos acionados, em razão do atraso substancial das licenças indispensáveis à execução de tais obras, inviabilizando seu cumprimento no prazo que fora reconhecido pela ANTT como inexecutável³⁷.
109. Bem por isso que, embora não se discuta que a responsabilidade pela obtenção do financiamento é atribuída à VIABAHIA, é fato que a ANTT reconheceu que a alteração no cenário econômico impactou severamente na política de crédito do BNDES, além disso, como exposto por este último, a não conclusão da Revisão Quinquenal foi fator crucial para o aumento das restrições à VIABAHIA.

³⁵ Contrato de Financiamento nº 12.2.1240.1 de 11 de dezembro de 2012 (**RTE-099**).

³⁶ Conforme item III. 2 da Petição 2 da Requerida.

³⁷ Memorando nº 487/GEFOR/SUINF (**RTE-056**), a ser detalhado no item 3 abaixo.

110. A referida necessidade de adequação econômico-financeira, torna-se ainda mais patente quando se pondera o aumento exponencial e extraordinário dos preços dos insumos betuminosos (ou “CAP”), largamente utilizados para a execução das obras de duplicação.
111. O efeito dessa elevação à Concessão, ocorrida igualmente no momento de execução destas obras, foi apontado no Parecer Tendências” (RTE-092), que assim concluiu:

“Adicionalmente, as operações da Concessionária depararam-se com significativa elevação do custo de insumos essenciais. Entre janeiro de 2012 e dezembro de 2016, período em que, segundo indicado pela VIABAHIA, estava programado o início das obras de duplicação condicionada, os preços dos insumos CAP 50-70, CM 30 e Asfalto Diluído apresentaram variação entre 26% e 34% acima da apresentada pelos preços gerais da economia medidos pelo IPCA. (grifamos)

112. No mesmo sentido, adentrando as minúcias dos efeitos da elevação exponencial dos preços dos insumos betuminosos necessários à execução das obras, a Nota Técnica Dynatest (RTE-100) demonstra, sistematicamente, o descolamento da realidade instalada após a elevação dos insumos se comparada aos índices gerais de atualização de preços, concluindo que:

“Com base no que foi apresentado é possível inferir que o IPCA não representa a variação de preços do mercado dos insumos utilizados na pavimentação. Mesmo os indicadores que acompanham a variação do índice, sua magnitude difere e no caso do ligante, insumo mais caro na estrutura do pavimento varia a uma taxa 2,4 vezes maior.

Com esse estudo é possível verificar que além do prejuízo já causado pela distorção entre os índices, como a taxa de variação é maior para os insumos, o custo tende a se distanciar ainda mais do IPCA e que irá fatalmente criar um incremento na condição de desequilíbrio já existente.” (grifamos)

113. Isso porque, como **reconhecido pelo Tribunal de Contas da União**, por meio do Acórdão 1.604/2015-Plenário (RTE-101), a elevação dos preços desses insumos, comercializados de forma monopolista pela Petrobras, **extrapolou qualquer margem de previsibilidade sugerida aos contratados pela Administração, especialmente a partir de 2014.** Nesse sentido, destaca-se excerto do voto do Relator Min. José Ribeiro Augusto Nardes:

“27. Não há controvérsia nos autos sobre a presença do primeiro requisito destacado no item 23 (fato imprevisível). Como é cediço, a Petrobras, na condição de reguladora dos preços do mercado de insumos asfálticos, em vista de exercer papel monopolista – v. cadeia de produção minuciosamente detalhada no relatório que acompanha o Acórdão 1.077/2008-TCU-Plenário –, comunicou ao Dnit, em duas ocasiões, elevação de preços pontual, imprevisível e anormal, que, acumulada, representou mais de 30% de acréscimo sobre os patamares anteriores.

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

29. Portanto, notória é a atipicidade da curva de preços desses materiais após as altas do final de 2014. Assim sendo, não há dúvidas quanto à legitimidade dos procedimentos administrativos do Dnit que levaram em consideração este evento imprevisível como motivador da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro

dos contratos em andamento. Isso em função da lacuna existente entre o fato gerador (aumentos anunciados pela Petrobras) e as datas de reajustes de alguns contratos – com destaque para os recém reajustados ligeiramente **antes do término do exercício de 2014, sobre os quais o impacto financeiro da alta de preços é mais significativo.**” (grifamos)

114.A **própria AGU**, quando consultada sobre o tema, admitiu o impacto sofrido pelas concessionárias de rodovias federais, por meio do robusto Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (**RTE-102**), como se extrai do seguinte excerto destacado:

“19. Dito de outra forma, **os elementos que autorizam a revisão extraordinária do contrato de concessão se fazem aqui, presentes** (v. Nota Técnica nº 080/2016/GEROR/SUINF, Itens 8 e 27): (i) o CBUQ – Concreto Asfáltico Usinado a Quente e demais insumos asfálticos são alguns dos principais itens da tabela de custos de qualquer sociedade empresarial que tenha dentre suas finalidades, revestir vias urbanas e rodovias; (ii) a PETROBRAS S.A. é a única fornecedora de produtos asfálticos em solo nacional, de maneira que não havia outra opção aos delegatários do serviço que não adquirir da PETROBRAS S.A. s produtos (insumos) aqui referidos; (iii) não houve correlação entre o preço do petróleo, seja no mercado mundial, seja no nacional, que diminuiu durante o ano de 2014, e o aumento dos preços dos insumos asfálticos, o que caracteriza uma situação extraordinária e imprevisível, já que estes deveriam do processo de refinamento daquele (álea contratual extraordinária ou extracontratual), capaz de quebrar a relação econômico-financeira estabelecida durante os leilões das concessões, ou seja, capaz de provocar grande desequilíbrio contratual, já que situação caracterizadora de evidente diferença entre o quadro vivenciado no momento em que licitados os trechos rodoviários e o atualmente se vive. 20. Ademais, se mantida a situação atual, há sérios riscos de que as obrigações assumidas pelas concessionárias de rodovias federais não possam ser cumpridas, o que vai de encontro a algumas das qualificações que fazem com que qualquer serviço público seja classificado como adequado, quais sejam, a regularidade e continuidade. [...] 25. Sendo assim, não restam dúvidas acerca da aplicação do que aduz o art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, à situação aqui comentada, inclusive em relação às concessões das 2ª e 3ª Etapas do PROCROFE” (grifamos)

116. Cumpre observar que, na linha do reconhecimento da extraordinariedade da elevação dos preços dos insumos betuminosos, como exposto supra, a jurisprudência judicial também admite que essa extraordinariedade causou severo impacto à equação econômico-financeira dos contratos firmados para a construção de obras públicas.

117. Isso em razão da mudança da política de preços da Petrobras, com a adoção dos reajustes mensais dos preços, decisão institucional que acabou por manter ascensão dos preços de tal forma que, mesmo as soluções instituídas pelo DNIT em 2016 em atendimento à recomendação do TCU, não se mostraram suficientes para conter o desequilíbrio contratual.

118. Esse cenário ensejou a prolação de paradigmática decisão, nos autos da Ação Civil Pública nº 1020832-27.2018.4.01.3400, Câmara Brasileira da Indústria da Construção Civil (CBIC), Associação Nacional das Empresas de Obras Rodoviárias (ANEOR) e Sindicato Nacional das Indústrias da Construção Pesada -Infraestrutura (SINICON), em trâmite perante a 9ª Vara Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. Por meio da citada decisão, proferida em 18 de

dezembro de 2018, foi determinado que o DNIT “*apresente metodologia para garantir o reequilíbrio financeiro-econômico dos contratos de obra rodoviárias em todo o país, considerando a variação mensal do material betuminoso, o que deverá ser atendido no prazo de até 30 (trinta) dias, sob pena de fixação de multa diária.*” (RTE-103)

119. Ainda que a decisão acima não se aplique diretamente à Concessão, é inegável que, para a execução do grande volume das Obras Condicionadas (que são obras rodoviárias), a exorbitante e extraordinária elevação dos preços dos insumos betuminosos **impactou gravemente** o valor dos investimentos projetados, como detidamente analisado pelo Parecer Técnico elaborado pela Consultoria Egis sobre o impacto da majoração dos preços dos insumos betuminosos à Concessão (“Parecer Egis” – RTE-104). Esse efeito, como diagnosticado no referido parecer, ocorre em virtude de os materiais betuminosos e seus derivados representarem 14,54% do valor dos investimentos previstos no Plano de Negócios:

“Em relação a todo o investimento de engenharia previsto no Plano de Negócios, referente aos Trabalhos iniciais, Recuperação e Manutenções (montante de R\$ 872.122.811,00 – oitocentos e setenta e dois milhões, cento e vinte e dois mil, oitocentos e onze reais), os materiais betuminosos e seus derivados representavam 14,54 % do investimento previsto.”

120. Por isso, os custos incorridos com a aquisição desses insumos têm reflexo direto na equação econômico-financeira da Concessão que, inegavelmente, foi afetada pela **exorbitante majoração** desses custos **no momento crítico** em que o Contrato, dissociado da realidade técnico-operacional e econômica, previa a execução pela VIABAHIA de um alto volume de investimentos e levantamento de recursos de terceiros para as Obras Condicionadas (a partir do 4º ano de Concessão).
121. Nota-se com clareza nos gráficos abaixo relativamente ao comportamento dos preços do CAP 50/70:

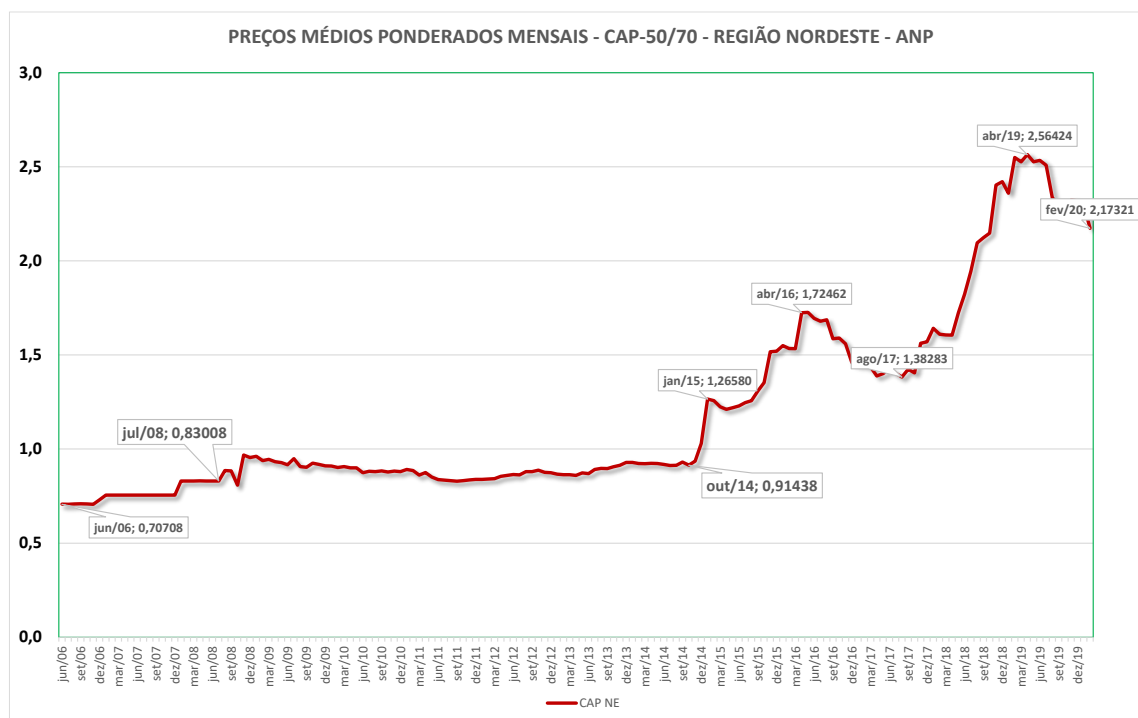
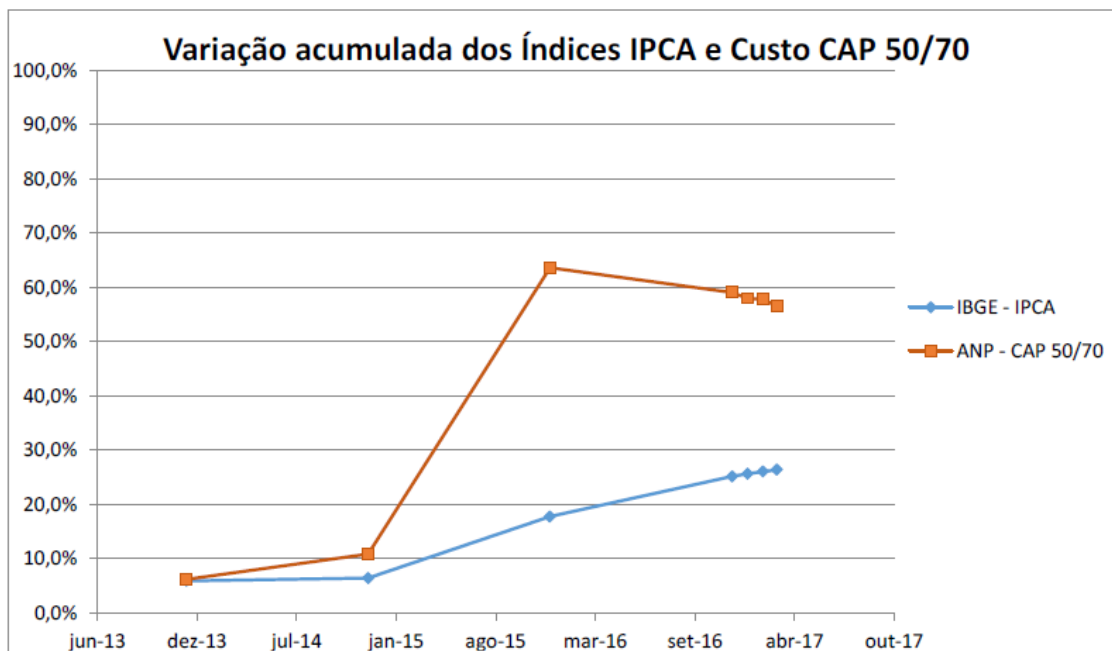


Gráfico 01: Preços médios ponderados semanais praticados pelos produtores e importadores de derivados de petróleo para CAP 50/70 na região nordeste do Brasil – período jul/2005 a fev./2020. Fonte: Parecer Egis (RTE-104)

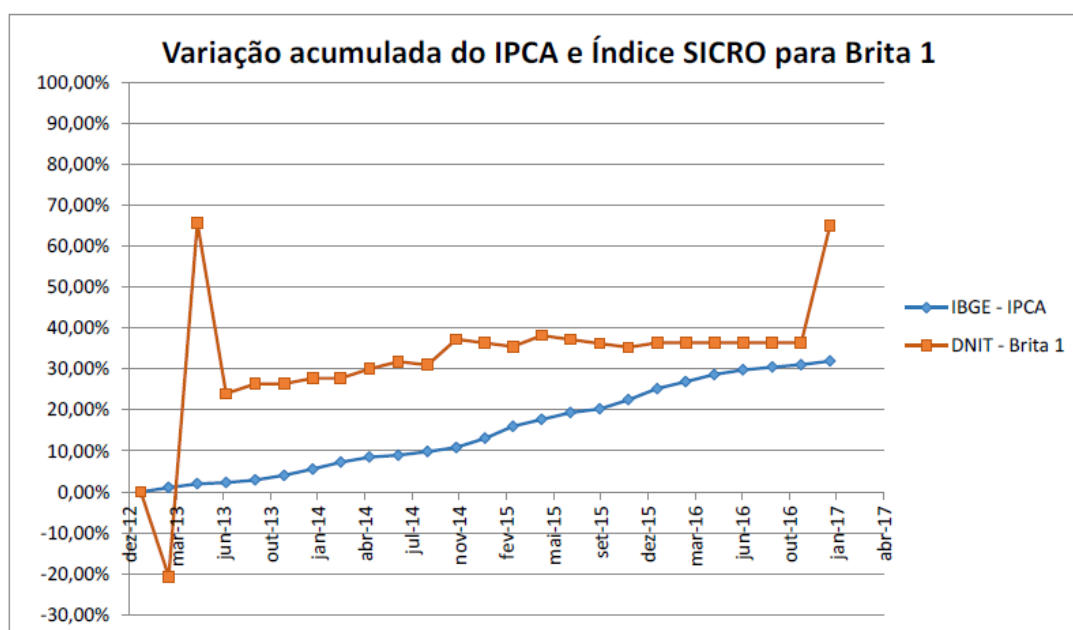
122. Nesse passo, as análises consolidadas no Parecer Egis ratificam as conclusões apontadas pelas Consultorias Tendências (RTE-092) e Dynatest (RTE-100) sobre **a dissonância da elevação extraordinária dos preços dos insumos betuminosos e o reajuste da precificação das obras a serem realizadas pela VIABAHIA.**
123. Isso ocorre, pois, como apontado pelas Consultorias especializadas nas suas mencionadas avaliações técnicas, o índice de reajustamento da tarifa (IRT) adota como base o IPCA³⁸, “cuja composição de preços não tem foco específico na construção civil como outros índices de preços, menos ainda em obras rodoviárias”³⁹.
124. Concretamente, ao se comparar o comportamento do IPCA e da elevação dos preços do insumo CAP 50/70, é patente o **descolamento** e, por consequência, o profundo desequilíbrio da precificação original do Contrato, como apontado graficamente pela Nota Técnica Dynatest (RTE-100). Veja-se:

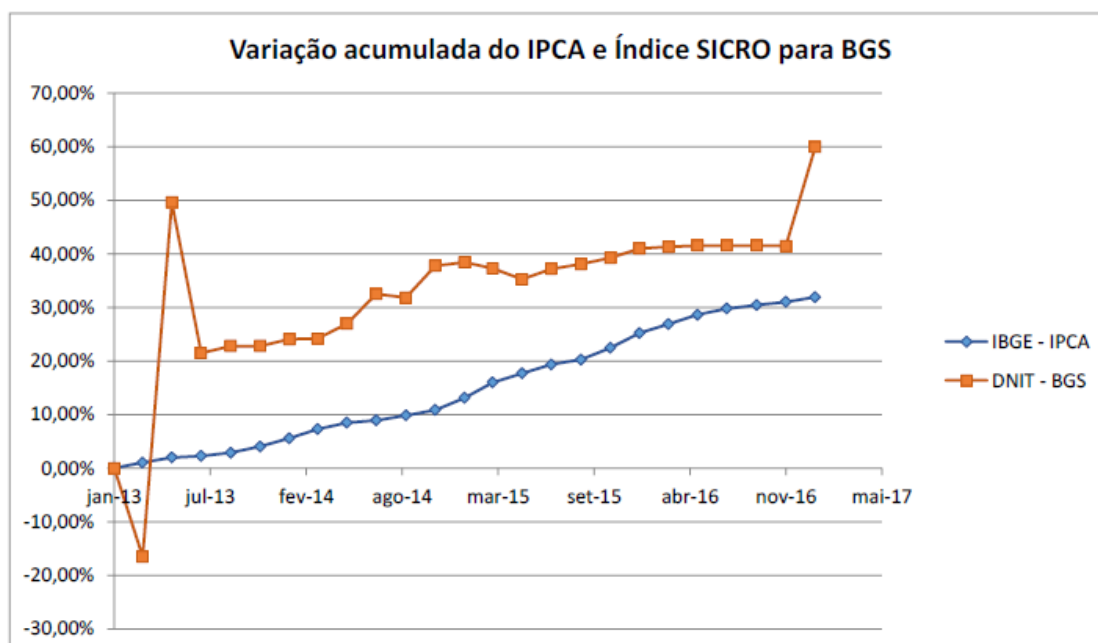
³⁸ Cláusula 1.1.1. [...] (xix) “IRT: índice de reajustamento para atualização monetária do valor da Tarifa de Pedágio e de outras variáveis definidas no Contrato, calculado com base na variação do IPCA-entre outubro de 2005 e dois meses anteriores à data-base de reajuste da Tarifa de Pedágio, conforme a seguinte fórmula: $IRT = IPCA_i / IPCA_o$ (onde: $IPCA_o$ significa o número-Índice do IPCA do mês de outubro de 2005, e $IPCA_i$ significa o número-índice do IPCA de dois meses anteriores à data-base de reajuste da Tarifa de Pedágio).”

³⁹ Página 23 da Nota Técnica Dynatest (RTE-100)



125. Esse mesmo descolamento, como identificado pela mencionada Nota Técnica Dynatest (**RTE-100**), ocorreu com outros insumos essenciais à execução das obras em comento, tais como a Brita 1 e a Brita Graduada Simples (BGS) com base em seu preço pelo SICRO. É o que se observa com clareza nas representações gráficas extraídas da citada Nota Técnica:

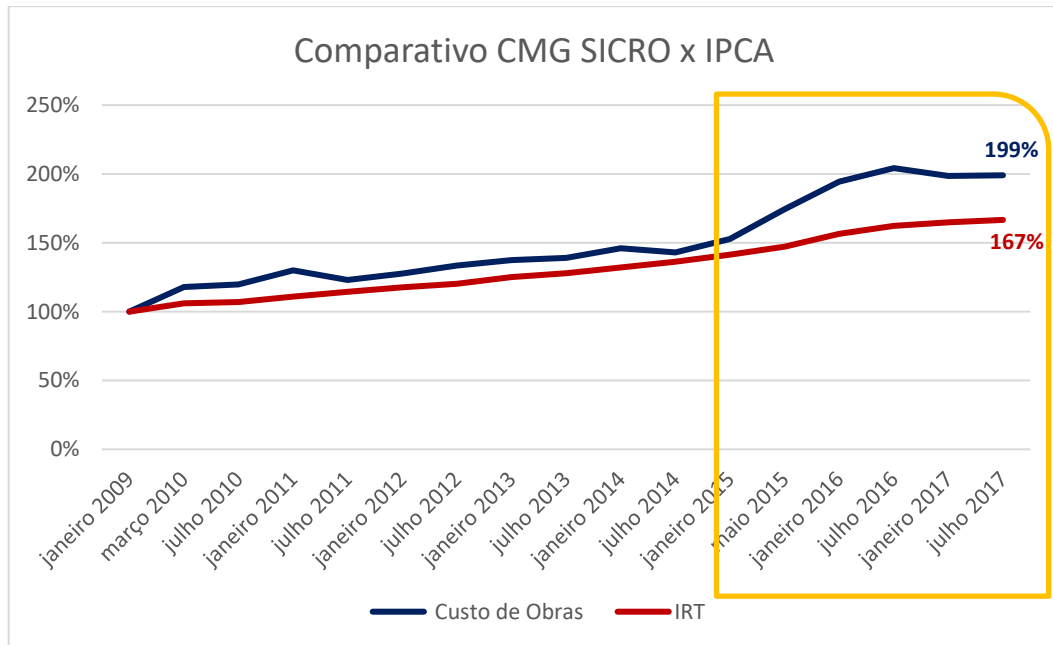




126. De fato, tanto a Nota Técnica Dynatest como Relatório A&M (**RTE-087**) demonstram minudentemente que os insumos que compõe o pavimento rodoviário (insumos betuminosos) sofreram variações devido a alterações em políticas de preços por entes governamentais, que não são capturadas pelo IRT previsto pelo Contrato, permanecendo o reajuste contratual deveras abaixo, por exemplo, do preço SICRO – referência geral para a precificação de obras públicas⁴⁰.

127. Aprofundando ainda mais a análise do descolamento do IPCA da realidade dos preços dos insumos essenciais à execução das obras, o Relatório A&M traça comparativo entre os valores médios por quilômetro para as obras de duplicação segundo o Custo Médio Gerencial (CMG) do DNIT, com o objetivo de avaliar a variação histórica destes preços. Essa comparação confirmou a grande dissiparidade entre a evolução do IPCA e dos custos incorridos para a execução das obras, especialmente a partir do ano de 2015 – quando se acentuam os efeitos da crise econômica -, como se verifica com clareza da seguinte representação gráfica extraída do citado Relatório:

⁴⁰ Nesse sentido, como explicitado pelo TCU em suas Orientações para Elaboração de Planilhas Orçamentárias de Obras Públicas: “Sugere-se inicialmente apropriar os coeficientes de consumo dos materiais, equipamentos e mão de obra necessários para execução de cada serviço, estruturando todas as composições de custo unitário. Logo em seguida, executa-se a coleta de preços de mercado dos insumos. O uso de sistemas referenciais de custos, a exemplo do Sicro e do Sinapi, racionaliza o processo, na medida em que tais sistemas já apresentam composições de custo padronizadas e fazem a coleta do preço dos insumos junto a fornecedores. Sempre que necessário, devem ser realizados ajustes nas composições referenciais de custos para adequá-las ao projeto e às especificações da obra a ser orçada.” (grifamos)



128. A partir dessa avaliação, o Relatório A&M conclui que:

“Deste modo, é possível afirmar que os preços das obras propostas sofreram, desde 2009, variação histórica superior ao índice de reajuste do Contrato, que segue a variação do IPCA. Além desta constatação, nota-se um claro descolamento entre a curva de preços reais da curva de reajustes a partir do ano de 2014/2015, período no qual se verificam os efeitos da Crise Econômica, alteração de política de preços para insumos betuminosos e demais alterações de cenário econômico.

Considerando o já abordado impacto da Crise sobre o cronograma de execução das Obras Condicionadas associado aos prazos impraticáveis de execução das duplicações previstos no Contrato, é possível afirmar que a Concessionária sofreu com o aumento de preços para a execução de suas obras devido aos impactos de fatos extraordinários ou impossibilidade técnica gerada pelo Contrato.” (grifamos)

129. Como se observa, é indiscutível que, não obstante a previsão constante da Cláusula 19.1.2.(v) do Contrato, a variação dos preços dos insumos alcançou patamares totalmente **imprevisíveis**, que justificam a readequação dos preços contratuais, conforme previsto no artigo 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93.

130. Ademais, como reconhecido judicialmente e amplamente noticiado, a variação dos preços dos insumos betuminosos decorreu **diretamente das políticas governamentais de intervenção dos preços praticados pela Petrobras**⁴¹, que detém monopólio sobre a venda de tais insumos, de modo que resta claramente verificada da hipótese de **Fato do Príncipe**,

⁴¹Vide decisão mencionada no parágrafo 26 acima e nas notícias veiculadas na mídia: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2015/07/07/aumento-do-preco-do-asfalto-leva-tcu-a-autorizar-reequilibrio.ghtml> Acesso em: 29/05/2020. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/preco-do-asfalto-pode-elevar-pedagios-federais.shtml>. Acesso em: 29/05/2020.

situação expressamente **excluída da matriz de risco da VIABAHIA**, conforme Cláusula 19.1.3.(v) e artigo 65, II, d, da Lei nº 8.666/93.

131. Alexandre Santos de Aragão traz em seu Parecer (**RTE-098**) importante lição de Flávio Amaral Garcia, no sentido de que quando houver uma mudança drástica de cenário, absolutamente imprevisível e que gere uma **elevação extremada e extraordinária dos custos**, onerando excessivamente uma das partes, deve-se adotar a interpretação que privilegia o equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

“Em estudo específico sobre a crise econômica brasileira atual, FLÁVIO AMARAL GARCIA assevera que ‘quando as ocorrências fáticas – contratualmente partilhadas – se desenvolvem em cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis e que geram uma elevação extremada e extraordinária dos custos, onerando excessivamente uma das partes, a interpretação que privilegie o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto é a que melhor se coaduna com a concretização do interesse público e com a justiça contratual’”. (grifamos)

132. Trazendo também o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto, Alexandre Santos de Aragão (**RTE-098**) reforça que mesmo em casos cujo risco seja alocado ao particular, em razão de circunstâncias cujos efeitos imprevisíveis são exacerbados, cabe discutir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, como no presente caso:

“Contudo, o autor ressalva que mesmo nas hipóteses em que o desequilíbrio do contrato decorre de riscos atribuídos ao contratado, podemos estar diante de situações que ensejam a recomposição, sobretudo em razão de circunstâncias cujos efeitos imprevisíveis são exacerbados, como as crises financeiras.

[...]O professor exemplifica que, no caso de aumento de custos da concessionária, ‘se a explosão do inicialmente orçado decorrer de uma deterioração macroeconômica significativa e imperscrutável, resta recolocada a discussão (dentro dos procedimentos pre vistos no contrato) sobre formas e parâmetros para e ssa recomposição’” (grifamos)

133. Para além dessas considerações que se aplicam à **generalidade das concessões**, vale rememorar que o **Contrato da Requerente tem uma previsão singular** (sem igual) e **específica** no sentido de a Concessão ser periodicamente (a cada quinquênio) **“compatibilizada com as reais necessidades do sistema rodoviário e do cenário econômico”** (conforme Cláusula 16.5.1 do Contrato).

134. Como mencionado anteriormente, tal instrumento contratual (**revisão periódica obrigatória**) teria o condão de **equalizar as obrigações às alterações econômicas e reequilibrar a relação contratual – incluindo a compatibilização da sistemática de execução das Obras Condicionadas às condições econômicas atualmente vivenciadas pela Concessão**, nos termos de expressa previsão da Cláusula 16.5.1 do Contrato.

135. Deve-se pontuar, ademais, que a readequação econômico-financeira da obrigação de execução das Obras Condicionadas, em razão da **inexequibilidade econômica**

superveniente, é assegurada pelo disposto na **Cláusula 34.3.1 do Contrato**⁴², assim redigida:

“34.3.1. Se qualquer disposição do Contrato for considerada ou declarada nula, inválida, ilegal ou inexecutável em qualquer aspecto, a validade, a legalidade e a executabilidade das demais disposições contidas no Contrato não serão, de qualquer forma, afetadas ou restringidas por tal fato. As Partes negociarão, de boa-fé, a substituição das disposições inválidas, ilegais ou inexecutáveis por disposições válidas, legais e executáveis, cujo efeito econômico seja o mais próximo possível ao efeito econômico das disposições consideradas inválidas, ilegais ou inexecutáveis.”

136. É, portanto, irredarguível que a **inexecutabilidade econômica** superveniente da execução das Obras Condicionadas deveria ter sido seriamente discutida no âmbito da **1ª Revisão Quinquenal**, como a Requerente se propôs a fazer embasando suas razões em estudos técnicos aprofundados e pareceres econômicos e jurídicos de profissionais altamente gabaritados, sem que tenha encontrado a mesma boa-fé e seriedade por parte do regulador, que deveria ter resolvido o problema com a revisão, à qual pôs fim por motivos injustificáveis.
137. Nesse sentido, o Professor Alexandre Santos de Aragão, em minucioso Parecer que analisa o vertente Contrato (**RTE-098**), ao abordar esse cenário de inexecutabilidade técnica e econômica do modelo atual das obrigações impostas à VIABAHIA, traz esclarecedor entendimento no seguinte sentido:

*“Ora, em primeiro lugar, as obrigações dispostas nos contratos de concessão são estipuladas unilateralmente pelo Poder Concedente, de modo que ao contrata do resta apenas aderir a essas previsões. **Assim, se uma obrigação é prevista no contrato e se demonstra, na prática, inexecutável pelo particular, não há como o ente público obriga-lo a cumpri-la, por tratar-se de obrigação impossível ou cuja execução levaria a concessionária à ruína, sendo a solução recomendável a substituição consensual e negociada dessas obrigações inexecutáveis por outras mais consentâneas com a realidade da concessão.** Com ainda mais razão impõe-se a substituição quando tratamos de obrigações condicionadas, sujeitas a evento futuro e incerto que sequer se tinha certeza, no momento da elaboração do instrumento convocatório, se seria concretizado.”⁴³ (grifamos)*

138. Assim, considerando os **eventos supervenientes e reconhecidamente extraordinários**, cujos efeitos são extremamente onerosos, **transcendendo os limites inerentes à matriz de risco assumida pela VIABAHIA** (conforme detalhado na Parte Geral), os quais têm o condão de inviabilizar a continuidade da Concessão, torna-se indispensável que seja promovida também a recalibração econômico-financeira da obrigação relativa às Obras Condicionadas, a partir da **compatibilização dos investimentos exigidos para sua conclusão com o cenário econômico atual**, em cumprimento ao disposto nas cláusulas 34.1.3. e 16.5.1. e em consonância com a metodologia prevista nas cláusulas 20.4.2.(i) e 20.5.3 do Contrato⁴⁴, que

⁴² Pela redação original do Contrato, esta previsão era indicada na Cláusula 33.3.1, porém ela foi renumerada após a formalização do 3º Termo Aditivo ao Contrato.

⁴³ Vide página 61.

⁴⁴ “20.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio: (i) na hipótese de inclusão no escopo do Contrato de Concessão de novos investimentos, entendidos como quaisquer obras ou serviços não constantes do PER previsto no Anexo li deste Contrato, bem como na hipótese de sua inexecução, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da

dispõem sobre a utilização de critérios de mercado para o fluxo financeiro dos investimentos objeto da Concessão.

139. Quanto a esse ponto, é pertinente destacar que, ao analisar a viabilidade e adequação dessa pretensão aos termos contratuais, o Professor Alexandre Santos de Aragão, em seu Parecer sobre as particularidades deste Contrato (**RTE-098**), assim concluiu:

*“2. A alteração de cenário econômico e excessiva onerosidade do cumprimento das obrigações contratuais, notadamente da execução de investimentos, **justificaria que os investimentos a serem doravante realizados sejam precificados de acordo com parâmetros atuais de mercado**, tais como valores que constem de tabelas oficiais de preços e as taxas de crescimento do tráfego real, ao invés dos parâmetros que constam da proposta apresentada na licitação?*

Sim, face inclusive à alusão expressa pela Cláusula nº. 16.5.1 do contrato da VIABAHIA das mudanças no cenário econômico como desencadeadoras de reequilíbrios econômico-financeiros⁴⁵”. (grifamos).”

140. Assim, é inequívoco que a VIABAHIA faz jus à compatibilização dos preços previstos originalmente no Contrato para a execução das Obras Condicionadas à realidade econômica e técnica em que a Concessão está inserida, nos termos da cláusula 16.5.1. do Contrato, o que, conforme previsto em sua Cláusula 20.4.2., pode ser obtido a partir da adequação dos preços originalmente pactuados aos valores praticados atualmente pelo mercado, como minudentemente demonstrado no Relatório A&M (**RTE-087**).

2.3. Readequação econômica em razão do impacto da Lei dos Caminhoneiros e da desatualização dos parâmetros técnicos previstos para o dimensionamento do pavimento

141. **Como se não fosse suficiente**, somado à modificação do cenário econômico em razão da depressão econômica, agravada pelos efeitos da elevação exorbitante dos insumos betuminosos, é inconteste que também corrobora para a inexequibilidade econômica que afeta a obrigação de realizar as Obras Condicionadas, **a superveniência das alterações introduzidas pela Lei do Caminhoneiros** que majorou a margem de tolerância do peso bruto permitido por eixo dos veículos de 5% para 10%⁴⁶.
142. Essa mudança legislativa, conforme detidamente apontado na Nota Técnica Dynatest (**RTE-100**) e no Relatório A&M (**RTE-087**), acarretou a necessidade de **reforço da estrutura da pavimentação das novas faixas a serem implantadas**, com a **elevação** correspondente do consumo de insumos e, por consequência, dos **custos**.
143. Isso porque, a alteração legislativa em referência importou na mudança substancial do escopo considerado no Plano de Negócio devido ao aumento no perfil de carga (peso por eixo de veículos) das rodovias. Esta alteração gera a necessidade de redimensionamento da

elaboração de Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da subcláusula 20.5; 20.5.3 Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, **serão utilizados critérios de mercado para estimar o valor dos investimentos**, custos e despesas resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio.” (grifamos)

⁴⁵ Vide página 80.

⁴⁶ Nos termos do artigo 16 da Lei dos Caminhoneiros que alterou a redação do artigo 1º da Lei nº 7.408/1985.

estrutura do pavimento das novas faixas a serem implantadas, com a elevação dos insumos, que, apenas pelas razões acima expostas, já foram extraordinariamente onerados.

144. Tais custos adicionais, nos termos §3º do artigo 9º, da Lei Geral de Concessões⁴⁷ e cláusulas 19.1.3.(iv) e (v)⁴⁸, e 20.1.2 do Contrato, foram **excluídos** da plêiade de responsabilidade da VIABAHIA, na medida em que estão diretamente relacionados à **mudança legislativa posterior à formalização do Contrato**, que impactou diretamente no projeto de execução das Obras Condicionadas – que evidentemente devem observar os novos parâmetros legais⁴⁹.
145. É relevante destacar que, conforme detalhado no **Caderno II** a seguir, os efeitos dessa alteração legislativa ao pavimento foram **reconhecidos tanto pela ANTT, como pelo TCU**, no tocante às obrigações de conservação do pavimento. Evidenciando a ausência de controvérsia quanto aos impactos dos custos adicionais a serem incorridos em razão do aumento da permissão do peso por eixo de veículos.
146. Portanto, é inequívoca a elevação dos custos a serem incorridos pela VIABAHIA com estas obras por razões **alheias ao seu risco**, motivo pelo qual a readequação ora pretendida se mostra imprescindível.
147. Além disso, como diagnosticado pela Nota Técnica Dynatest (**RTE-100**) e avalizado pelo Relatório A&M (**RTE-087**), os parâmetros constantes do Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (“EVTEA”) elaborado pela ANTT (**RTE-105**), e adotados como referencial para o Plano de Negócios da Concessão (**RTE-090**), para o dimensionamento do pavimento a ser executado em função das Obras Condicionadas **não se mostraram compatíveis com a realidade atual**.
148. Especialmente a Nota Técnica Dynatest (**RTE-100**) evidencia que:
- (i) as soluções de engenharia elaboradas para aquela ocasião e com os dados coletados à época já não se mostram compatíveis com a realidade atual das rodovias;
 - (ii) os levantamentos constantes do EVTEA para a parametrização do pavimento, haja vista que a avaliação do Número de Operações do Eixo Padrão Rodoviário (“Número N”), um dos principais indicadores usados no dimensionamento de pavimentos, constante do EVTEA e, por consequência, do Plano de Negócios da Concessão, se mostra **incompatível com a realidade da rodovia**; e

⁴⁷ 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. (grifamos)

⁴⁸ 19.1.3. A Concessionária **não é responsável** pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...] (v) **alteração, pelo Poder Concedente, dos encargos atribuídos à Concessionária no Contrato, incluindo as obras ou serviços descritos no PER;** (vi) **criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da Proposta, exceto os impostos sobre a renda;** (grifamos).

⁴⁹ É oportuno esclarecer que, o impacto causado pela Lei dos Caminhoneiros nos custos para a execução das Obras Condicionadas **não se confunde** com a discussão relativa ao reequilíbrio contratual devido em função do aumento dos custos com **a manutenção das faixas já existentes** (que será tratado no **Caderno II**)

- (iii) as projeções para a parametrização do pavimento compreendiam apenas o período de 10 (dez) anos, período este já ultrapassado, visto que esses estudos contam com mais de 14 (quatorze) anos.

149. Nesse passo, como apontado na análise constante do Relatório A&M (**RTE-087**), os levantamentos atualizados do mencionado “Número N”, que nortearam a Nota Técnica Dynatest, revelam um **aumento de 125%** em relação ao valor estimado no EVTEA/Plano de Negócios:

“104. Em sua Nota Técnica, a Dynatest apresentou a estimativa de Número “N” estimado com base nos dados da Praça de Pedágio nº 3 para o ano de 2016, chegando a um valor de $4,51 \times 10^7$, ou seja, um aumento de 125% em relação ao valor estimado inicialmente, impactando diretamente no dimensionamento do pavimento, como se verifica na página 143 do Manual de Pavimentação DNIT (2006).”

150. Em função dessa exponencial elevação diagnosticada a partir da adoção do tráfego real das rodovias, aferido na movimentação das praças de pedágio destas, a Nota Técnica Dynatest explicita a **inexequibilidade** do modelo atual de precificação das obras condicionadas:

Assim sendo é correto afirmar que a estrutura de pavimento hora prevista e orçada na época do processo licitatório não condiz com a condição atual, devendo, dessa forma, ser atualizado. Esse fato por si só indica a caducidade da solução proposta no estudo e ora orçada e utilizada nos estudos econômico-financeiros que embasaram a proposta da concessão.

Partindo do pressuposto que não houve tempo viável para o aprofundamento dos estudos de engenharia para verificação das informações contidas nos estudos realizados pelo MPOG, que houve uma dependência fática das informações advindas dos documentos técnicos ora disponibilizados para a elaboração dos custos das obras que embasou o valor de tarifa ofertado, que ocorreram atrasos no início das obras de duplicação em relação ao prazo previsto no Edital em função de fatos alheios a vontade da concessionária, não é correto que a concessionária suporte os impactos causados por essa variação temporal.

151. Considerando a evidente dissimilaridade existente entre o modelo atual de dimensionamento do pavimento (especialmente após a alteração da Lei dos Caminhoneiros) e a correspondente exponencial excessividade dos investimentos necessários para a conclusão das obras, faz-se indispensável que haja a **readequação** ora pretendida a fim de viabilizar a execução dessa obrigação.

152. Por derradeiro, convém esclarecer que mesmos os valores detalhados no Relatório A&M (**RTE-087**) correspondem a estimativas apuradas com base em estudos técnicos pautados em premissas que nortearão, tecnicamente, a futura execução das obras de ampliação. Contudo, somente será possível fixar em definitivo tais valores a partir do reconhecimento da procedência desta pretensão de readequação econômico-financeira por este Tribunal Arbitral, quando então será possível que a VIABAHIA apresente os projetos e valores atualizados à ANTT para aprovação.

2.4. Direito da Viabahia à readequação dos preços das obras condicionadas ao volume de tráfego e proposta de recomposição

153. Conforme exposto acima, a **imprevisibilidade** da depressão econômica e de seus efeitos colocaram em xeque a sustentabilidade econômica das concessionárias, sendo que a VIABAHIA não passou incólume. Situação agravada sobremaneira pela superveniência das alterações promovidas pela Lei dos Caminhoneiros e da desatualização dos parâmetros de dimensionamento do pavimento.
154. De fato, como demonstrado no Relatório A&M (RTE-087) e no Parecer Tendências (RTE-092), houve severa redução da curva de tráfego projetada no Plano de Negócios da Concessão e, até mesmo, no Estudo de Tráfego da ANTT. Esse declínio do tráfego, para uma Concessão que tem como fonte ordinária apenas a receita advinda da tarifa de pedágio, evidentemente compromete a sustentabilidade do modelo contratado.
155. Assim, no *Diagnóstico e alternativas frente à queda de desempenho das concessões rodoviárias federais (RTE-011)* uma das providências para a adequação das concessões ao cenário atual, consistiu exatamente na revisão da curva de tráfego, visando o adequado tratamento às questões envolvendo o fluxo de caixa das concessionárias sob o prisma de sua receita, uma vez considerado o tráfego real em detrimento do tráfego projetado. Porém, para se suplantar os efeitos da crise, é necessária também a compatibilização dos preços à nova realidade.
156. Considerando a metodologia proposta pela própria ANTT de atualização da curva para contrastar os dados de tráfego do Plano de Negócios com a realidade, entendimento diverso não poderia ser empregado no que diz respeito à precificação dos investimentos, compatibilizando-os ao cenário econômico atual, como permitido expressamente pela Cláusula 16.5.1., cuja redação convém rememorar:
- “16.5.1 Revisão quinquenal é revisão que será realizada **pela ANTT a cada 5 (cinco) anos**, com intuito de **reavaliar a Concessão em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico** preservando-se a alocação de riscos e as regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato.”* (grifamos)
157. Assim, seja pela necessária observância do cenário econômico na Revisão Quinquenal (frustrada pela própria ANTT), nos termos da Cláusula 16.5.1 do Contrato, seja pelo aumento dos custos da Requerente para a execução das obras em referência por motivos totalmente alheios ao seu risco e responsabilidade, configurando situação de onerosidade excessiva, impõe-se a reavaliação e a compatibilização das estimativas de valor dos investimentos do Plano de Negócios com as condições econômicas atuais, que sabidamente em nada se comparam com aquelas que nortearam a **modelagem e formalização** do presente Contrato.
158. Bem por isso, a metodologia estabelecida no pela Cláusula 20.4.2 (i), no sentido de que “a *recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração do Fluxo de Caixa Marginal*”, se afigura como a **mais adequada ao presente caso**, haja vista consistir em modelo contratual hábil a justamente compatibilizar os investimentos a serem realizados pela Requerente à contemporaneidade em que se situam.

159. Dessa forma, verifica-se que o Contrato já prevê metodologia de precificação de investimentos capaz de captar a realidade e atualidade dos preços, porém, reserva a referida metodologia apenas para os novos investimentos. Neste molde, caso os preços sejam eventualmente reduzidos por novas mudanças no cenário econômico no futuro, tal decréscimo será também automaticamente apropriado pela Concessão, esvaziando-se à discussão quanto ao seu cabimento para as Obras Condicionadas.
160. Assim, uma vez que **(i)** há clara **inexequibilidade** econômica da obrigação de execução das Obras Condicionadas, **(ii)** causada por **eventos supervenientes e alheios aos risco da VIABAHIA**, extrai-se do próprio Contrato a forma de recalibração desta obrigação e, por consequência, viabilizando o seu cumprimento pela Requerente (cláusulas 16.5.1 e 34.3.1 combinadas com as cláusulas 20.4.2.(i) e 20.5.3).
161. É relevante ponderar que esse pedido foi submetido à ANTT, por meio da proposta de acordo para conclusão da 1ª Revisão Quinquenal (**RTE-106**). No entanto, **sem que fossem devidamente analisados os argumentos da Concessionária e avaliadas as condições extraordinárias que impactaram severamente o Contrato de Concessão**, a Requerida negou a proposta da Concessionária, invocando riscos atribuídos à Concessionária, conforme Memorando nº 135/2019/GEFIR/SUINF (**RTE-107**).
162. Tal postura da ANTT **ignora a realidade constituída e compromete a continuidade** da prestação dos serviços pela VIABAHIA e, ao fim, a própria subsistência da Concessão, haja vista a relevância econômica da obrigação ora analisada.
163. A arbitrariedade da postura da ANTT neste caso encontra, inclusive, guarida na avaliação detida do Professor Alexandre Santos de Aragão, no mencionado Parecer sobre as particularidades do vertente Contrato (**RTE-098**). A ver:

“A Administração Pública não pode, simplesmente, diante de um fato em relação ao qual o contratado não tem qualquer responsabilidade, deixá-lo ao seu destino, ser-lhe indiferente, até porque, além de não estar se portando de boa-fé com o seu parceiro privado, colocará em ameaça também os interesses coletivos que justificaram aquela parceria.

[...]

Em qualquer situação, o Poder Concedente não pode deliberadamente deixar a concessão ruir por descompasso quando tem a oportunidade de, por meio da adequação de seus termos à realidade econômica, no âmbito da revisão quinquenal, estimular a concessionária de boa-fé a superar os percalços da crise econômica, em prol da continuidade da prestação do serviço público, do interesse coletivo, da boa-fé objetiva e da justiça e solidariedade contratual.”⁵⁰ (grifamos)

164. Referido parecer destaca o papel desempenhado pela Revisão Quinquenal na pretendida readequação, da qual tem se furtado a ANTT:

“[O] escopo dessa cláusula é permitir que as partes, de boa-fé, promovam ampla e negociada revisão contratual, revisitando os parâmetros de desempenho e as obrigações de investimento imputadas à concessionária, assim como os mecanismos de aferição do cumprimento dessas obrigações e os gatilhos relacionados a investimentos condicionados – inclusive aperfeiçoando-os de acordo

⁵⁰ Páginas 71/73 do parecer.

com os parâmetros atuais de mercado – o que não subverte a equação econômica ou o objeto do contrato.” (grifamos)

165. Neste caso, como apontado na Parte Geral, não há dúvidas sobre o inadimplemento, arbitrariedade e ilegalidade da letargia da ANTT em concluir a Revisão Quinquenal no modo previsto contratualmente, assim como os efeitos nefastos dessa demora à Concessão.

166. Isso porque, com a superveniente e extraordinária alteração do cenário econômico nacional somadas às alterações promovidas pela Lei dos Caminhoneiros, todas ocorridas no momento em que as obrigações da VIABAHIA em relação às Obras Condicionadas se tornaram exigíveis pelo Contrato, **a obrigação em referência se tornou economicamente inexecúvel** por fatos supervenientes e alheios ao controle da Requerente.

167. Em razão disso, como apontado pelo Professor Alexandre Santos de Aragão (**RTE-098**) ao analisar a relação ora contida, a VIABAHIA faz jus a readequação econômico-financeira dessa obrigação, a fim de compatibilizá-la a realidade econômica atual da Concessão, conforme previsto na Cláusula 16.5.1. do Contrato, e viabilizar sua execução.

168. Destarte, torna-se indispensável que este Tribunal Arbitral:

- a) **Declare a inexecuibilidade** econômico-financeira da obrigação de realização das Obras Condicionadas como previstas na cláusula 9.5 do Contrato e no Apêndice F do PER, em vista dos fatos supervenientes e alheios ao risco da VIABAHIA; e
- b) **Condene** a ANTT a **promover** com celeridade a adequação econômico-financeira das Obras Condicionadas, por meio da revisão dos preços e quantidades, com base em critérios de mercado, em consonância com a metodologia prevista nas Cláusulas 20.4.2.(i) e 20.5.3 do Contrato, conforme detalhamento constante do Relatório Técnico A&M.
- c) **Subsidiariamente, condene** a ANTT a **promover** com celeridade a adequação econômico-financeira das Obras Condicionadas, com base em critérios de mercado, em consonância com a metodologia a ser definida por este Tribunal Arbitral.

3. A necessária readequação do prazo de execução das Obras Condicionadas

169. Como já abordado no item 2 acima, a Cláusula 9.5 do Contrato impõe à VIABAHIA a obrigação de execução de obras destinadas à ampliação da capacidade das rodovias concedidas, que são as chamadas Obras Condicionadas ao volume de tráfego.

170. O marco inicial da obrigatoriedade de execução dessas obras se dá quando atingidos, em cada subtrecho delimitado no Apêndice F do PER, os gatilhos definidos nas Cláusulas 9.5.1 e 9.5.4 do Contrato (definidos como “volume médio diário móvel” ou “VMD- Móvel”⁵¹):

⁵¹ Conforme definição constante na cláusula 1.1.1 (xl): “para um determinado trecho do Sistema Rodoviário, é a média móvel do volume diário de veículos aferido nos dois sentidos, sem distinção quanto à categoria dos veículos e sem considerar as motocicletas, calculada diariamente para os últimos 365 (trezentos e sessenta e cinco dias).”

“9.5.1. As obras de duplicação de cada um dos subtrechos da rodovia BR 116 descritos no PER como obras condicionadas ao volume de tráfego deverão estar concluídas até 12 (doze) meses - contados da data em que for verificado que o VMD - Móvel do respectivo subtrecho atingiu 6.500 (seis mil e quinhentos) veículos, observado que caso o VMD-Móvel do respectivo subtrecho atinja 6.500 (seis mil e quinhentos) veículos antes do 4º (quarto) ano da Concessão, a Concessionária somente estará obrigada a realizar as obras de duplicação após o 4º (quarto) ano da Concessão, respeitado o prazo de conclusão de 12 (doze) meses acima referido, ressalvado o disposto na subcláusula 9.5.2 a seguir.

9.5.4 As obras de Implantação de faixas adicionais em cada um dos subtrechos da rodovia BR 324 descritos no PER como obras condicionadas ao volume de tráfego deverão estar concluídas até 12 (doze) meses contados da data em que for verificado que o VMD-Móvel do respectivo subtrecho atingiu 70.000 (setenta mil) veículos, para implantação de terceira faixa de rolamento nos dois sentidos, e de 105.000 (cento e cinco mil) veículos, para implantação da quarta faixa de rolamento nos dois sentidos.”

171. A modelagem dessa sistemática foi parcialmente embasada no estudo técnico denominado *Highway Capacity Manual* do ano de 2000 (“HCM 2000”), editado pela Transportation Research Board (“TRB”), que foi utilizado como referencial técnico para a elaboração do EVTEA da ANTT, que lastreou o Edital do leilão que precedeu a contratação da VIABAHIA, assim como, do Apêndice F do PER.
172. O HCM 2000 estabelece as classificações de níveis de serviços das rodovias, assim entendidos como a medida qualitativa da influência de vários fatores exógenos nas condições de funcionamento de uma via, sujeita a diferentes volumes de tráfego⁵². A partir disso, por meio do Software HDM-4 (*Highway Development and Management System*), são definidos os volumes médios diários limites para a transição de um nível de serviço para outro, podendo, essencialmente, a relação de custo e benefício ao usuário.
173. Como indicado no Item 3 do Apêndice F do PER, o nível de serviço das rodovias concedidas à VIABAHIA não deverá ultrapassar o nível D. Porém, o gatilho para a execução das Obras Condicionadas é alcançado em VMD-Móvel inferior ao previsto no modelo HCM 2000 e no resultado da avaliação pelo HDM-4 – pelo qual o volume de tráfego ótimo para a realização da duplicação é de 10.000 veículos, devendo a rodovia estar duplicada antes deste VDM -, a fim de se evitar que haja a extrapolação do nível de serviço definido. A saber:

⁵² Relatório A&M (RTE-087)

3 - Determinação do nível de serviço para a aplicação de gatilho para a definição do momento da duplicação na BR 116

Observando a necessidade de definir parâmetros objetivos para a indicação do momento adequado da execução de obras de ampliação de capacidade da rodovia BR-116 Bahia, foram estabelecidos alguns critérios básicos:

- O sistema não deverá ultrapassar o nível "D" de capacidade segundo o HCM – *Highway Capacity Manual*.
- O "gatilho" deverá considerar parâmetros objetivos claros, de forma a não haver questionamentos e dúvidas quanto ao momento correto de sua aplicação.

Assim, analisando o comportamento dos níveis de serviço derivado da evolução do tráfego levantado no sistema, chega-se as seguintes conclusões e recomendações:

- Em todos os pontos de medição, a transição do nível "C" para o nível "D" do HCM, ocorre no seguinte momento:
 - Quando o volume médio diário situa-se entre 6.500 e 7.000 veículos, que equivale ao V_p - Volume equivalente na hora pico - de 1.000 veículos.

174. Essa previsão torna a modelagem dessa obrigação ainda mais *sui generis*, uma vez que a prática das rodovias brasileiras evidencia a adequação da fixação do nível de serviço D^{53} , tal como previsto no HCM 2000 (ou, ainda, na versão seguinte - HCM 2010), mas **sem** a redução do VMD-Móvel previsto pelo Contrato em tela. Inclusive, o limite em 10.000 VMD-Móvel era a recomendação técnica constante do EVTEA que norteou esta Concessão, conforme se vê abaixo, de modo que a fixação em 6.500, com prazo para a execução de um ano, se mostra deveras rigorosa e desalinhada à realidade das rodovias concedidas:

I.1.3 Conclusão

De acordo com os resultados acima apresentados verifica-se que a política de duplicação ao se atingir um volume de 10.000 veículos apresenta a maior relação Benefício-Custo das políticas analisadas (6,235), além da maior taxa de retorno obtida (61,3%).

O valor de 1.500 veículos-equivalentes (V_p) corresponde a um VMD total de 10.000 veículos, considerando-se as características médias da distribuição da frota e geométricas do trecho em estudo. Na análise do HCM, este limite indica o final do nível de serviço D, antes da transição entre os níveis de serviço D e E.

Pode-se considerar, então, como premissa para o empreendimento que o nível de 1.500 veículos equivalentes na hora pico (V_p) não poderá ser ultrapassado, devendo estar todo o sistema duplicado antes deste nível ser atingido.

⁵³ Cita-se como exemplo o Contrato firmado com a Concessionária Nova Dutra, que assim prevê: "*Seção II - Do Serviço Adequado. Este CONTRATO pressupõe a prestação de serviço adequado, que a CONCESSIONÁRIA deve assegurar durante todo prazo de concessão. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez do tráfego, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas e para os fins previstos nesta seção fica desde logo estabelecido, que a RODOVIA, em todo o seu percurso deverá operar na hora de pico de tráfego, na pior das hipóteses, com nível de serviço 'D' (...)*" (grifamos)

175. Quanto a esse ponto, é importante destacar que, por meio da missiva VB-GEC-0540/2017 (**RTE-048**), a VIABAHIA demonstrou detidamente a desarrazoabilidade do modelo de execução dessas obras, tendo como embasamento o Estudo de Revisão dos Gatilhos de Ampliação de Capacidade do Corredor BR116/BA e BR324/BA ANTT Edital Nº 001/2008 (“Estudo Técnico” – **RTE-108**), elaborado pelo Eng. José Carlos Figueiredo, notório especialista em Engenharia de Tráfego.
176. O Estudo Técnico apresentado pela VIABAHIA confirmou que, ao definir os Trechos Homogêneos e os gatilhos para ampliação das rodovias, **a ANTT não se valeu de critérios objetivos adicionais e se pautou na análise generalista das características das rodovias**, situação que acarreta a exigência de realização de obras que, na realidade, não são necessárias para a manutenção da fluidez e conforto dos usuários⁵⁴.
177. De forma similar, o Estudo Técnico (**RTE-108**) corrobora a conclusão de ineficiência e desarrazoabilidade da exigência de serem executadas as obras de ampliação assim que se alcançar o tráfego previsto, em seu limite inferior, para o nível de serviço D (sendo que o critério adotado no PER seria de não ultrapassar o nível D), na medida em que identifica que o padrão estabelecido neste Contrato se distingue, sem qualquer fundamento, das previsões constantes dos demais contratos de concessões⁵⁵. Esta situação é ilustrada abaixo:

- **Prazo limite com base na definição do nível de serviço:**



⁵⁴ “Verifica-se que houve generalização de premissas básicas de análise com a generalização de toda rodovia para apenas um tipo de terreno, uso de solo, entre outros.

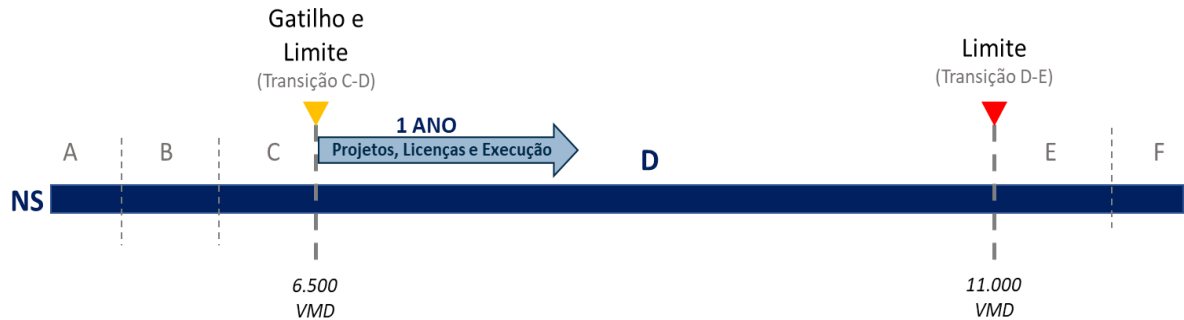
Verifica-se que houve homogeneização dos trechos de tráfego, pois se admitiu que diversos segmentos heterogêneos fossem agrupados, sendo que existem trechos de até 60 km de extensão que possuem diversas características físicas e operacionais heterogêneas.

Ao se adotar um gatilho único para BR116/BA se adotou a premissa que todo o trecho possui condições homogêneas de fluxo de veículos (foco do gatilho), homogêneo de características geométricas (terreno/seção/entre outros) e homogêneo de uso de solo (rural/urbanizado).

A generalização não determina a priorização objetiva e clara de necessidade de localização de ampliação, pois todo segmento é igual. A Concessionária ViaBahia apresentou uma nova divisão macro de trechos no caso da Rodovia BR324, e uma avaliação prévia para divisão dos trechos na Rodovia BR116.”

⁵⁵ “O limite do nível de serviço de capacidade viária admitido para se realizar a obra é mais rigoroso ao praticado usualmente no Brasil para rodovias existentes, um “limite de qualidade” acima do usualmente praticado. Complementa-se que também é mais rigoroso ao praticado nos contratos da 1º fase de concessão rodoviária da ANTT onde não se aceitava a 50º hora de projeto em NS “E.” (RTE-108)

- **Prazo limite reduzido pelo Contrato:**



178. Com base nesse diagnóstico e, especialmente, considerando que em 2010 foi publicada a 5ª versão do HCM, com a atualização dos modelos estabelecidos pelo HCM 2000 (que foi usado como referencial técnico para o Contrato em comento), foi desenvolvida, neste mesmo Estudo Técnico, uma proposta de readequação dos gatilhos e dos Trechos Homogêneos para viabilizar a execução das obras de ampliação.⁵⁶
179. Após a reiteração do pedido administrativo da VIABAHIA⁵⁷, a ANTT encomendou a análise técnica da adequação e pertinência da proposta da VIABAHIA ao Consórcio Minas Bahia, que, por meio do documento denominado “Relatório de Avaliação de Conformidade Técnica de Estudos de Tráfego”, encaminhado à VIABAHIA em 16 de janeiro de 2019 (RTE-049), foi expresso ao reconhecer a necessidade das alterações propostas pela Requerente e, principalmente, atestar a adequação técnica das alterações sugeridas como alternativa para viabilização da execução das obras de ampliação das rodovias⁵⁸.
180. Não obstante a aprovação das propostas da VIABAHIA pela consultoria contratada pela ANTT, esta seguiu com a situação inconclusiva sobre o tema, ensejando a reiteração, pela VIABAHIA, da relevância e urgência da definição da forma como se daria a readequação das obras de ampliação (RTE-109), que permaneceu não sendo definitivamente apreciada em razão da não conclusão da Revisão Quinquenal.
181. Somado a esse aspecto que, por si, tornou desarrazoado e extremamente oneroso o cumprimento dessa obrigação pela Requerente, o prazo estabelecido no Contrato para execução das Obras Condicionadas é reconhecidamente impossível de ser cumprido.

⁵⁶ Em síntese, a proposta de adequação submetida pela VIABAHIA consistia na: (a) **adoção do referencial HCM 2010** para adequação do modelo técnico-operacional de execução das Obras Condicionadas, notadamente a definição dos gatilhos de execução; (b) **reestruturação dos trechos de duplicação da rodovia**, alternando da duplicação por trechos homogêneos, prevista no Contrato, para a duplicação por trechos menores em acordo com o relevo e tipo de ocupação do solo, sugerindo a subdivisão dos 22 trechos homogêneos previstos no PER em função do tipo de terreno (active, declive, ondulados, planos, entre outros).

⁵⁷ É relevante destacar que, não obstante a relevância e indispensabilidade de repactuação da forma de execução das Obras Condicionadas - já reconhecidas como inexecutáveis pela ANTT⁵⁷ -, a Requerida tardou em promover a avaliação técnica da proposta submetida pela VIABAHIA, que, por sua vez, reiterou sua posição por meio da missiva VB-GEC-0617/2018 (RTE-110) e, posteriormente, reapresentada por ocasião da submissão da proposta de acordo para conclusão da 1ª Revisão Quinquenal, em 12 de dezembro de 2012 (VB-GEC-1300/2018 – RTE-106).

⁵⁸ “Com relação a metodologia, é pertinente a adoção da 5ª versão do ‘Highway Capacity Manual – HCM 2010’, pois este possui maior nível de precisão nas análises em relação à 4ª edição, versão lançada no ano 2000. Considera-se ainda válida a intenção de se adicionar a avaliação da capacidade dos segmentos as variações referentes ao relevo e ao tipo de ocupação lindeira (Rural/ Urbano)”. (grifos do original)

182. Como previsto na Cláusula 9.5.2. do Contrato, acionado o gatilho, a VIABAHIA deverá executar a duplicação de **até 90 km**, no **prazo de 12 (doze) meses**:

“9.5.2. Observado o disposto na subcláusula 9.5.1 acima, na hipótese de o VDM-Móvel de diferentes subtrechos do Sistema Rodoviário atingir 6.500 (seis mil e quinhentos) veículos, em intervalo inferior a 12 (doze) meses, a Concessionária não estará obrigada a realizar obras de duplicação cuja soma exceda 90 (noventa) km para cada período de 12 (doze) meses.”

183. Ora, considerada essa previsão, a Requerente se vê obrigada a executar, a partir do atingimento do gatilho, 350m metros de duplicação por dia útil⁵⁹

184. Ocorre que, essa previsão se revela operacionalmente **inexequível** e descompassada com as efetivas necessidades dos usuários atendidos pela Concessão.

185. Isso se dá em razão da ausência de ponderação das efetivas particularidades das rodovias concedidas e do próprio trâmite legal de obrigações precedentes à realização das obras, que afetam a exequibilidade do prazo de 12 (doze) meses, fixado para a conclusão de tais obras. De fato, **como reconhecido pela própria ANTT**, por meio do Memorando nº 487/GEFOR/SUINF (RTE-056), esse prazo é **inexequível**, na medida em que não se aperfeiçoa sequer ao tempo médio necessário para a realização das obras:

*“Considerando as condicionantes imprescindíveis ao início das obras de ampliação de capacidade e a complexidade da execução conciliada com a operação normal da pista antiga da BR-116/BA, **entendemos que o espaço de tempo previsto no Contrato de Concessão é incompatível com o prazo necessário à efetiva execução.**”* (grifamos)

186. Como reconhecido pela ANTT no excerto do documento acima destacado, essas características da modelagem original da obrigação de realização das Obras Condicionadas, acabam por torná-la **tecnicamente inexequível**, além de evidenciar **o descompasso entre essas obras e as reais necessidades dos usuários atendidos pela Concessão**.

187. Isso porque, se consideradas as etapas preparatórias que antecedem a execução efetiva das obras de ampliação, **seriam necessários, ao menos, 44 (quarenta e quatro) meses para a conclusão das obras**, como detalhadamente demonstrado no Relatório A&M (RTE-087).

188. O citado prazo já contempla o médio para a execução, mas, principalmente, a conclusão das etapas preparatórias à execução das Obras Condicionadas, que a duplicação de 350 m de rodovia por dia útil ensejaria grandes **transtornos aos usuários**, especialmente por se tratarem de trechos de pista simples. Em razão desse impacto à fluidez do tráfego, deve-se observar as restrições impostas pela Polícia Rodoviária Federal (“PRF”), que obstam esse volume de obras, como também **reconhecido pela própria ANTT**, no Memorando nº 487/GEFOR/SUINF (RTE-056):

*“19. Atualmente há restrições impostas pela PRF para a execução de obras de manutenção ou conservação na BR 116/BA, provavelmente não seria diferente para as obras de duplicação, **portanto é correto afirmar estas restrições impactariam no andamento da obra.**”* (grifamos)

⁵⁹ Relatório A&M (RTE-087)

189. À luz desse cenário, nos termos da Cláusula 34.3.1 do Contrato⁶⁰, é indispensável que seja concretizada a adequação do prazo para a conclusão das Obras Condicionadas, visto sua reconhecida **inexequibilidade**. Segundo este dispositivo contratual, as Partes têm a obrigação de adequar as condições inexequíveis:

*“34.3.1. Se qualquer disposição do Contrato for considerada ou declarada nula, inválida, ilegal ou inexequível em qualquer aspecto, a validade, a legalidade e a exequibilidade das demais disposições contidas no Contrato não serão, de qualquer forma, afetadas ou restringidas por tal fato. **As Partes negociarão, de boa-fé, a substituição das disposições inválidas, ilegais ou inexequíveis por disposições válidas, legais e exequíveis, cujo efeito econômico seja o mais próximo possível ao efeito econômico das disposições consideradas inválidas, ilegais ou inexequíveis.**”*
(grifamos)

190. Nesse passo, o Relatório A&M (RTE-087) evidencia que tal adequação técnica, com vistas a tão somente tornar exequíveis os prazos para a conclusão dessas obras, **não** impacta de qualquer modo a qualidade dos serviços finais oferecidos aos usuários, preservando, com segurança, o nível de serviço limite definido pelo Contrato. Veja-se:

“Considerando que o PER estabelece em seu apêndice F que o Nível de Serviço não poderá ultrapassar o nível D, entendemos que o aumento de prazo para a execução de obras, desde que não se ultrapasse o limite de qualidade contratual, não apresenta prejuízos ao estabelecido inicialmente, além de aproxima-lo da proposta do EVTEA.

Deste modo, considerando o estudo de tráfego apresentado em 08/03/2017, nota-se que o tempo entre o início do NS D (que ocorre com VMD de 6.500 veículos) até a transição entre o NS D e E (que ocorre próximo ao VMD de 11.000 veículos, como visto no EVTEA) leva mais de 10 anos. Assim, a readequação do prazo de execução para um prazo inferior ao período levado para a o Nível de Serviço alcançar a transição do NS D para o E não viola a disposição inicial do contrato, garantindo que não se ultrapasse o NS D.”

191. Portanto, é **incontroverso** entre as Partes que o prazo estipulado originalmente para a execução das obras é **inexequível**, demandando sua compatibilização às reais condições técnico-operacionais para execução das obras, **sem que com isso haja o desatendimento ao nível de serviço estabelecido pelo Apêndice F do PER.**

192. Diante desse cenário, e com fulcro na previsão expressa da Cláusula 34.3.1 do Contrato que exige a **renegociação de obrigações inexequíveis**⁶¹, a VIABAHIA, por ocasião da submissão da sua proposta para a 1ª Revisão Quinquenal (RTE-015), apresentou essa problemática à ANTT, formulando pedido para adequação do modelo de execução e o prazo

⁶⁰ Numeração alterada após a formalização do 3º Termo Aditivo, originalmente, tratava-se da Cláusula 33.3.1.

⁶¹ Pela redação original do Contrato, esta previsão era indicada na Cláusula 33.3.1, porém ela foi renumerada após a formalização do 3º Termo Aditivo ao Contrato, assim redigida: “34.3.1. Se qualquer disposição do Contrato for considerada ou declarada nula, inválida, ilegal ou inexequível em qualquer aspecto, a validade, a legalidade e a exequibilidade das demais disposições contidas no Contrato não serão, de qualquer forma, afetadas ou restringidas por tal fato. **As Partes negociarão, de boa-fé, a substituição das disposições inválidas, ilegais ou inexequíveis por disposições válidas, legais e exequíveis, cujo efeito econômico seja o mais próximo possível ao efeito econômico das disposições consideradas inválidas, ilegais ou inexequíveis.**” (grifamos)

para conclusão das Obras Condicionadas às realidades técnico-operacional e econômica atuais⁶².

193. Contudo, a despeito dos esforços envidados pela VIABAHIA na esfera administrativa e a confirmação da inexecutabilidade do prazo em comento, a ANTT, como visto na Parte Geral, optou por descaracterizar o procedimento de Revisão Quinquenal e não concluí-lo, subsistindo a impossibilidade de atendimento de tal prazo.
194. Não obstante a postura da Requerida, a readequação técnico-operacional e econômica (**item 2** acima) dessa obrigação é **essencial** ao desenvolvimento da Concessão, tornando indispensável a intervenção deste Tribunal Arbitral, especialmente à luz do disposto na já mencionada Cláusula 34.3.1 do Contrato.
195. Ao não promover a readequação pleiteada pela VIABAHIA, mesmo diante dos mencionados reconhecimentos, a ANTT **descumpre** frontalmente o estabelecido no Contrato.
196. Dado este inadimplemento e a relevante função social que norteia a própria existência da presente relação jurídica e, sem dúvidas, da previsão de execução das Obras Condicionadas, o tratamento coerente da situação de impossibilidade técnica dessas obras no modelo atual impõe a esse Tribunal Arbitral a necessidade inarredável de determinar à ANTT que promova a readequação, ao menos, do prazo para conclusão das obras.
197. Como reconhecido pela própria Requerida, o modelo atual da obrigação de execução das Obras Condicionadas deve ser compatibilizado com às reais necessidades e características da Concessão, permitindo, com isso, o desenvolvimento das obrigações contratuais em consonância com as condições de continuidade, eficiência e, principalmente, atualidade previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 6º da Lei nº 8.987/95⁶³.
198. Afinal, como se extrai da precisa lição do Ministro Luís Roberto Barroso, constitui característica elementar dos contratos de concessão sua mutabilidade para aperfeiçoamento e compatibilização à atualidade:

“A própria Lei nº 8.987/95 prevê que os serviços devem ser adequados, o que inclui a noção de atualidade. E a atualidade do serviço envolve “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”. Por isso mesmo, o próprio contrato deve procurar regular as previsíveis necessidades de alteração e expansão futuras.

[...]

⁶² A pertinência da proposta da VIABAHIA de readequação no bojo da Revisão Quinquenal foi reconhecida pela ANTT, conforme Parecer n. 02529/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (**RTE-070**).

⁶³ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.”

“No âmbito da concessão de rodovias, em particular, por conta do prazo especialmente longo de duração dos contratos e da complexidade inerente ao seu objeto, a mutabilidade torna-se ainda mais típica.”⁶⁴ (grifamos)

199. De forma semelhante, Marçal Justen Filho assevera que a previsão legal de preservação das condições de atualidade das obrigações das concessionárias está atrelada à própria lógica de eficiência da prestação dos serviços públicos concedidos. *In verbis*:

“Atualidade relaciona-se com outro ângulo do conceito de eficiência. Dentro de certos limites, um serviço pode ser eficiente ainda que não seja moderno. Haverá um certo ponto de ruptura entre ausência de modernidade e eficiência. As necessidades dos usuários podem ser atendidas satisfatoriamente por meio de serviços prestados segundo técnicas ultrapassadas pela evolução científica. Mas a manutenção das técnicas anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência. O progresso tecnológico produz redução de custos e de tempo e ampliação de utilidades ofertáveis ao público. Mais ainda, de novas necessidades. Portanto, não adotar novas técnicas significa desatender às necessidades a ela relacionadas.”⁶⁵ (grifamos)

200. Nessa esteira, se mostra **arbitrária** a letargia injustificada da Requerida e seus atos destinados à frustração da Revisão Quinquenal (conforme Parte Geral), que inviabilizaram as tratativas amigáveis para concretização dessa revisão essencial ao bom desenvolvimento da Concessão, subsistindo, assim, a indispensabilidade de implemento das adequações requeridas, como admitido pelas Cláusulas 16.5.1 e 34.3.1 do Contrato.

201. A caracterização do evidente inadimplemento, arbitrariedade e ilegalidade da conduta letárgica da ANTT, que acarreta a perpetuação da exigência de um prazo sabidamente inalcançável para a execução das Obras Condicionadas, torna indispensável a intervenção deste Tribunal Arbitral.

202. Convém ressaltar que a adequação de prazo ora pleiteada, além de **não** afetar a qualidade dos serviços prestados ao usuário (já que o nível de serviço estipulado contratualmente será preservado), **acarretará a consequência econômico-financeira da aplicação do Desconto de Reequilíbrio**, no que tange ao período posterior aos 12 meses para a conclusão originalmente previstos na Cláusula 9.5.4, a fim de preservar a equação contratual, conforme previsto na Cláusula 20.4.2.(ii) do Contrato:

“20.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio:

(ii) na hipótese de atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório, necessárias a atender os Parâmetros de Desempenho, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio, nos termos da subcláusula 20.6.”

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. Revista de Direito Público da Economia _ RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99-129, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=37258>>. Acesso em: 13 maio 2020.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 306.

203. Sendo assim, a adequação de prazo ora pleiteada **não trará qualquer prejuízo ao usuário**, haja vista que suas **repercussões econômico-financeiras serão descontadas da tarifa**, por meio do correspondente Desconto de Reequilíbrio, nos precisos termos contratuais, assegurando-se a exequibilidade do Contrato e dos **investimentos que serão realizados**.
204. É relevante destacar que, mesmo ciente deste elevado impacto que acometerá a tarifa praticada até que as obras sejam efetivamente concluídas, para finalmente compatibilizar a obrigação em comento a uma realidade técnico-operacional exequível, a Requerente não pretende discutir essa forma contratual de promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro⁶⁶, o que reforçará, ademais, a ausência de qualquer dano ao usuário.
205. Destarte, requer-se que esse Tribunal Arbitral **condene** a ANTT a **promover** com celeridade a readequação do prazo previsto na cláusula 9.5.4 do Contrato para a conclusão das Obras Condicionadas, conforme detalhamento constante do Relatório Técnico A&M e com a admissão da conseqüente aplicação do Desconto de Reequilíbrio, nos termos da Cláusula 20.4.2.(ii), como forma de contraposição à readequação ora pleiteada, observado o disposto no **item 1 do Caderno IV** desta manifestação.

Termos em que, pede deferimento.

Letícia Queiroz de Andrade

Fábio Maluf Tognola

Fernando Marcondes

Rafael Francisco Alves

Alberto Sanz Sogayar

Lígia Espolaor Veronese

Robinson Sakiyama Barreirinhas

Mariana de Melo Sanches

Deise da Silva Oliveira

Ana Carolina Chamon

Caiã Lopes Caramori

⁶⁶Sem prejuízo da discussão relativa à necessidade de saneamento dos equívocos cometidos pela ANTT quanto à aplicação do Desconto de Reequilíbrio, conforme detalhado no **item 1 do Caderno IV** destas Alegações Iniciais.