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

ROTA DO OESTE – CONCESSIONÁRIA ROTA DO OESTE S.A.

(Requerente)

vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

(Requerida)

Alegações Iniciais da Requerente

20/01/2020

Alegações iniciais da Requerente

Sumário

| | |
|---|-----|
| Sumário | 2 |
| Lista de figuras..... | 4 |
| Lista de Definições:..... | 6 |
| I. Introdução e contextualização dos pleitos | 15 |
| I.A. O contexto da modelagem da Concessão | 15 |
| I.B. O perfil e a lógica de investimentos da Concessão | 20 |
| I.C. A execução contratual e os Eventos de Desequilíbrio | 29 |
| I.D. Acúmulo de desequilíbrios e inviabilização da Concessão | 45 |
| I.E. Reconhecimento pelo Poder Concedente dos problemas nos contratos da 3 ^a Etapa PROCROFE | 48 |
| I.F. A estrutura destas alegações iniciais..... | 51 |
| II. Do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão..... | 52 |
| III. Eventos de Desequilíbrio econômico-financeiro que deterioraram a Concessão..... | 59 |
| III.A. Alteração unilateral do Contrato de Concessão pela imposição de novo Plano de Ataque..... | 59 |
| III.B. Inadimplemento contratual do Poder Concedente por inobservância da alocação contratual de riscos | 77 |
| ■ Do direito ao reequilíbrio pela materialização de riscos contratualmente alocados ao Poder Concedente | 77 |
| ■ Execução do PBA-I..... | 78 |
| ■ Inexecução dos Contratos CREMA | 94 |
| ■ Remoções de Interferências | 109 |

| | | |
|--------|--|-----|
| ■ | Vícios Ocultos | 122 |
| ■ | Desapropriações | 145 |
| III.C. | Alteração da legislação aplicável à Concessão | 167 |
| ■ | Do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro por alterações normativas supervenientes | 167 |
| ■ | Atraso na arrecadação tarifária | 170 |
| ■ | Aumento do limite de peso bruto por eixo | 185 |
| III.D. | A ocorrência de circunstâncias afetas à álea econômica extraordinária | |
| | 197 | |
| ■ | Do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela ocorrência de caso fortuito e força maior | 197 |
| ■ | Alteração das condições de financiamento | 207 |
| ■ | Aumento no preço dos insumos asfálticos | 233 |
| III.E. | A ocorrência de Fatos da Administração | 246 |
| ■ | Do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela ocorrência de Fatos da Administração | 247 |
| ■ | Aplicação do Fator D sobre o Fluxo de Caixa Marginal | 250 |
| ■ | Incorreção da Aplicação de Fator D de Área Trincada | 260 |
| ■ | Não aceite de obras de duplicação | 272 |
| IV. | Considerações finais e Pedido | 286 |
| | Lista de documentos já juntados | 300 |
| | Lista de documentos anexos a essas Alegações Iniciais | 301 |

Lista de figuras

- Figura 1** Ilustração das camadas do pavimento
- Figura 2** Mapa da Concessão com evolução do Plano de Ataque original
- Figura 3** Mapa com destaque para Trechos CRO e Trecho DNIT
- Figura 4** Planos de Ataque original e realizado considerando período chuvoso
- Figura 5** Mapa com indicação da localização das Terras Indígenas
- Figura 6** Gráfico de avaliação IGG dos trechos dos Contratos CREMA
- Figura 7** Gráfico com média do IGG nos trechos dos Contratos CREMA
- Figura 8** *Timeline* dos Contratos CREMA
- Figura 9** CRO-VPT-T01-DE-DUP-Q-0009- seção transversal
- Figura 10** Exemplo de caixa de empréstimo na Rodovia BR 163-MT
- Figura 11** Exemplo de talude construído às margens de rodovia
- Figura 12** Ponto de Erosão devido à falta de caixa de passagem no talude de alça de retorno do trevo de acesso ao Município de Rondonópolis no km 203+000 da BR-364/MT
- Figura 13** Indicação da localização da ocorrência no trevo de acesso ao município de Rondonópolis no km 203+000 da BR-364/MT
- Figura 14** Ilustração de Drenagem Urbana
- Figura 15** Poço de visita
- Figura 16** Caixa de passagem
- Figura 17** Encontro de duas redes sem elemento de ligação
- Figura 18** Imagem do local do vício oculto em julho de 2015
- Figura 19** Imagem da rede de drenagem do cadastro de monitoração CRO
- Figura 20** Representação esquemática da situação do talude no momento da licitação – março e abril de 2013
- Figura 21** Nível da cota de água do lago em 2013 e 2014
- Figura 22** “Pé do Talude” encoberto pela água na data de 05 de abril de 2013 conforme Relatórios Iniciais (reencaminhado pela CRO por meio do Ofício CRO nº 1.400)

- Figura 23** Mapa com áreas desapropriadas
- Figura 24** Linha do tempo do atendimento aos requisitos para autorização da cobrança tarifária
- Figura 25** Esquema indicando a contagem correta das obras de expansão de capacidade
- Figura 26** Esquema indicando a contagem promovida pela Requerida com suposto fundamento na Portaria 81/2014
- Figura 27** Linha do tempo pleito Atraso na Arrecadação
- Figura 28** Variação dos insumos asfálticos desde a licitação
- Figura 29** Variação no preço internacional do barril de petróleo
- Figura 30** Relação entre o preço do CAP e o custo do barril de petróleo
- Figura 31** Variação extraordinária do CAP em comparação à variação de outros insumos
- Figura 32** Gráfico e planilha retirados do Relatório de Monitoração Padrão de Pavimento – Condições de Superfície
- Figura 33** Esquema exemplo de área trincada na rodovia
- Figura 34** Aplicação do Fator D em relação ao 24º Mês
- Figura 35** Aplicação do Fator D em relação ao 36º Mês
- Figura 36** Adequação da solução da Concessionária ao Diamante 03
- Figura 37** Caracterização do Diamante 03 como um Diamante
- Figura 38** Imagem da cabeceira sul da Ponte do Rio Correntes, no Estado do Mato Grosso do Sul
- Figura 39** Projeção de variação do preço do CAP x IPCA
- Figura 40** Premissas financeiras de cálculo do desequilíbrio pela variação de insumos asfálticos (2015 a 2019)
- Figura 41** Premissas financeiras de cálculo do desequilíbrio pela variação de insumos asfálticos (2019 a 2044)

Lista de Definições:

3ª Etapa PROCROFE – Refere-se à Fase III da 3ª Etapa de Concessões Rodoviárias Federais, realizadas pela ANTT como parte do Programa de Investimentos em Logística – PIL do Governo Federal, na qual foram licitados sete lotes em 2013.

ABGF – Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias, criada pela Lei Federal nº 12.712/2012.

Alteração do Plano de Ataque – O pleito de reequilíbrio econômico-financeiro relativo à alteração do Plano de Ataque, por alteração unilateral do Contrato de Concessão pelo Poder Concedente.

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Atraso na Arrecadação – O pleito de reequilíbrio relativo ao atraso na arrecadação da Tarifa de Pedágio pela Concessionária, devido a atrasos causados pela ANTT na verificação dos requisitos para o início da cobrança e emissão da Resolução Autorizativa.

Aumento do Peso Bruto por Eixo – O pleito de reequilíbrio econômico-financeiro relativo à modificação legislativa, por meio da Lei 13.103/15, que alterou o limite de tolerância do peso bruto transmitido por eixo dos veículos para a superfície das rodovias.

Aumento Extraordinário do CAP – O pleito de reequilíbrio relativo ao aumento extraordinário no preço do CAP e de outros insumos asfálticos a partir do final de 2014.

Bancos Públicos - Banco do Brasil, BNDES e CEF.

BNDES - Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social.

BR-163/MT – Rodovia objeto da Concessão, com extensão total de 850,9 km, sendo 822,9 km na BR-163 e 28,1 km na MT-407. Tem início na divisa com o Estado do Mato Grosso do Sul e término no km 855,0 (MT), no entroncamento com a rodovia MT 220.

Cadastro Inicial - Levantamento feito pela Concessionária, após a Data de Assunção da Concessão, da situação de todos os bens integrantes do Sistema

Rodoviário, entregue ao Poder Concedente em 20/06/2014 por meio do Ofício CRO 048/2014.

CAP - Cimento Asfáltico de Petróleo, subproduto do petróleo e insumo utilizado nas misturas asfálticas para pavimentação rodoviária.

CAPEX - Abreviação de *capital expenditure* (despesas de capital ou investimento em bens de capital), expressão para designar o montante de dinheiro despendido na aquisição (ou introdução de melhorias) de bens de capital pela Concessionária.

Carta de Apoio dos Bancos Públicos - Documento datado de 04 de setembro de 2013 assinado pelos Bancos Públicos, remetido ao Diretor Geral da ANTT e disponibilizado ao mercado e à sociedade, no qual o BNDES, a CEF e o Banco do Brasil informaram ao público as condições de apoio aos investimentos relacionados aos projetos dos futuros concessionários das rodovias concedidas na 3^a Etapa PROCROFE (C - 7).

CBUQ – Concreto betuminoso usinado a quente, revestimento asfáltico utilizado na pavimentação rodoviária.

CEF - Caixa Econômica Federal.

Concessão – Concessão para exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço do Sistema Rodoviário, conforme previsto no Contrato de Concessão e no PER.

Concessionária – Concessionária Rota do Oeste S/A. Também referida como Requerente no presente documento.

CONTRAN – Comitê Nacional de Trânsito, órgão máximo normativo, consultivo e coordenador da política nacional de trânsito, responsável pela regulamentação do Código de Trânsito Brasileiro.

Contrato de Concessão – Contrato originado do Edital de Concessão ANTT nº 003/2013.

Contratos CREMA – Os contratos nº 847/2012, 806/2012 e 807/2012, integrantes do programa do DNIT de conservação, recuperação e manutenção rodoviária – CREMA, firmados no final de 2012, que tinham como objetos trechos do Sistema Rodoviário.

CPEU – Contrato de Permissão Especial de Uso. Documento firmado entre o DNIT e a Permissionária, para ocupação das faixas de domínio de rodovias federais ou outros bens públicos federais.

Data de Assunção da Concessão – a data de assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, marco inicial para as obrigações contratuais, ocorrida em 21/03/2014.

Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais – documento elaborado pela SUINF, veiculado por meio do Memorando 876/2018/SUINF e Ofício-Circular 001/2018/DG/ANTT (C - 32).

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, autarquia que era vinculada ao MT na época dos fatos narrados no presente documento.

ECI – Estudo de Componente Indígena, parte integrante do EIA/RIMA quando há presença indígena.

Edital – Edital de concessão ANTT nº 003/2013, que resultou na assinatura do Contrato de Concessão.

EIA/RIMA – Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental.

EPL - Empresa de Planejamento e Logística S.A.

Eventos de Desequilíbrio – Eventos que impactaram econômica ou financeiramente o concessionário, mas cujo risco de sua ocorrência é atribuído pela legislação aplicável e pelo Contrato de Concessão ao Poder Concedente. No presente pleito, são treze os eventos de desequilíbrio: i) Alteração do Plano de Ataque; ii) Execução pela Concessionária do PBA-I; iii) Execução pela Concessionária dos Contratos CREMA; iv) Remoção de Interferências; v) Vícios Ocultos; vi) Desapropriações; vii) Atraso na expedição da resolução autorizativa de arrecadação pela edição e aplicação da Portaria nº 81/2014; viii) Aumento do limite de Peso Bruto por Eixo; ix) Alteração das condições de financiamento; e x)

Aumento extraordinário e imprevisível do preço de insumos betuminosos; ; xi) Aplicação do Fator D sobre a TBP decorrente dos Fluxos de Caixa Marginais; xii) Incorreção de aplicação do Fator D sobre Área Trincada; xiii) Não aceite injustificado de obras de duplicação.

EVTE - Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica que serviram de base para a estruturação do Edital de Licitação e do Contrato de Concessão.

Fator C – Redutor ou incrementador da Tarifa de Pedágio, utilizado como mecanismo de reequilíbrio do Contrato de Concessão aplicável sobre eventos que gerem impactos exclusivamente na receita e nas verbas indicadas, conforme a metodologia prevista no Anexo 6 do Contrato de Concessão.

FGIE - Fundo Garantidor de Infraestrutura, previsto no art. 32 da Lei nº 12.712/2012.

Fluxo de Caixa Marginal – Metodologia de cálculo do impacto da ocorrência de Eventos de Desequilíbrio, nos termos da subcláusula 22.5 do Contrato de Concessão.

FUNAI – Fundação Nacional do Índio, fundação pública de direito privado, é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro.

GEINV – Gerência de Engenharia e Investimentos de Rodovias, órgão integrante da ANTT e subordinado à SUINF.

Governo Federal – O Poder Executivo no âmbito da União.

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente dos Recursos Naturais.

IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Lei 13.103/15 ou Lei dos Caminhoneiros – a Lei Federal nº 13.103 de 02 de março de 2015, que, entre outras alterações de regras relevantes para concessões de rodovias, aumentou o limite de peso bruto transmitido por eixo dos veículos para a superfície de rodovias.

Lei 13.448/17 – Lei Federal nº 13.448 de 05 de junho que 2017, que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e rellicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

Lei 7.408/85 – Lei Federal nº 7.408 de 25 de novembro de 1985, que permite a tolerância de 5% (cinco por cento) na pesagem de carga em veículos de transporte.

Lei 8.666/93 – Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho 1993, que institui normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública.

Lei 8.987/95 – Lei Federal nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

LI – Licença ambiental de instalação.

LO – Licença ambiental de operação.

LP – Licença ambiental prévia.

MT – Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, que foi extinto em 2019 e teve a maior parte das suas competências transferidas para o Ministério da Infraestrutura.

NT 016/2016 – Nota Técnica nº 016/2016/GEINV/SUINF/ANTT (C - 62).

NT 027/2016 – Nota Técnica nº 027/GEINV/SUINF/ANTT (C - 63).

OAC – Obra de Arte Corrente. Conforme o Caderno de Monitoração disponibilizado pela ANTT, OACs são estruturas de pequeno porte, tal como bueiro, pontilhão, túneis, muros de arrimo e bueiros, necessários à implantação de uma via.

OAE – Obra de Arte Especial. Conforme o Caderno de Monitoração disponibilizado pela ANTT, OAEs são estruturas classificadas como ponte, viaduto ou passarela.

PAC - Programa de Aceleração do Crescimento, programa do Governo Federal, lançado em janeiro de 2007, que estabelece políticas econômicas e de investimentos cujo objetivo declarado era acelerar o crescimento do Brasil. O PAC 2, sua continuação, foi lançado em março de 2010, para investimentos em setores como transportes, energia, cultura, habitação e área social.

PBA-I – O componente indígena do Plano Básico Ambiental.

PER – Programa de Exploração da Rodovia, constante do Anexo 2 ao Contrato de Concessão, que abrange todas as condições, metas, critérios, requisitos, intervenções obrigatórias e especificações mínimas que especificam as obrigações da Concessionária em relação à rodovia.

Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A., Sociedade de economia mista controlada pela União.

PIB – Produto Interno Bruto.

PIL – O Programa de Investimentos em Logística, lançado pelo Governo Federal em agosto de 2013, complementar ao PAC, que contou com duas rodadas de projetos de infraestrutura rodoviária, ferroviária, portuária e aeroportuária, em 2013 e 2015.

Plano de Ataque – Documento contendo o anteprojeto e cronograma das obras de ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço, previstas no item 3.2.1 do PER, cuja apresentação à ANTT era obrigatória segundo as subcláusulas 6.2 e 6.7 do Contrato de Concessão.

Pleito Contratos CREMA – O pleito de reequilíbrio econômico-financeiro relativo aos gastos incorridos pela Concessionária devido à inexecução dos Contratos CREMA, firmados pelo DNIT.

Pleito de Financiamento – O pleito de reequilíbrio econômico-financeiro relativo à alteração das condições do financiamento de longo prazo prometidas pelos Bancos Públicos e ao atraso e ulterior inviabilidade de sua contratação, que perdura até o momento.

Pleito PBA-I – O pleito de reequilíbrio econômico-financeiro relativo aos gastos incorridos pela Concessionária com a execução do PBA-I.

Poder Concedente – A União, por intermédio da ANTT.

Portaria 81/2014 – Portaria 81/2014/SUINF/ANTT (C - 43).

PPP – Parcerias Público-Privadas

PT 125/2016 – Parecer Técnico 125/2015/COINF-URRS/SUINF (C - 88)

PT 198/2015 – Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF (C - 144).

PT 220/2015 – Parecer Técnico 220/2015/GEINV/SUINF (C - 145).

Requerente – A Concessionária Rota do Oeste S.A. O mesmo que Concessionária.

Requerida – A ANTT.

Resolução Autorizativa – a resolução expedida pela ANTT, após a conclusão dos requisitos dispostos na subcláusula 18.1.1 do Contrato de Concessão, autorizando o início de cobrança da tarifa de pedágio, conforme disposto disciplinado na subcláusula 18.1.2 do Contrato de Concessão.

Revisão Extraordinária – É, na forma da subcláusula 18.5, a revisão da Tarifa de Pedágio decorrente da recomposição de equilíbrio econômico-financeiro da Concessão em razão das hipóteses estabelecidas na subcláusula 21.2 do Contrato de Concessão.

Revisão Ordinária – É, na forma da subcláusula 18.4, a revisão anual da Tarifa de Pedágio, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incluir os efeitos de ajustes previstos no Contrato de Concessão, mediante aplicação do Fator C e outros mecanismos previstos contratualmente.

SELIC - Taxa básica de juros da economia brasileira, do sistema especial de liquidação e custódia do Banco Central do Brasil.

SEMA/MT – Secretaria de Estado de Meio Ambiente do Estado do Mato Grosso.

SICRO – Sistema de Custos Referenciais de Obras, ferramenta do DNIT para simular preços para projetos e intervenções rodoviárias. Os preços estabelecidos por meio do SICRO são geralmente usados como preço-teto nas licitações de obras rodoviárias.

Sistema Rodoviário – Área da Concessão, composta pelos trechos da Rodovia BR-163/MT descritos no PER, com extensão de 850,9 quilômetros, incluindo todos os seus elementos integrantes da faixa de domínio, além de acessos e alças, edificações e terrenos, pistas centrais, laterais, marginais ou locais ligados diretamente ou por dispositivos de interconexão com a rodovia, acostamentos, obras de arte especiais e quaisquer outros elementos que se encontrem nos limites da faixa de domínio, bem como pelas áreas ocupadas com instalações operacionais e administrativas ligadas à Concessão.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

SUINF – Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária, órgão da ANTT.

Tarifa de Pedágio – É tarifa básica de pedágio cobrada dos usuários da Concessão por quilômetro, a partir da TBP ofertada pela Concessionária em sua proposta vencedora do Edital, com seu valor ajustado conforme os reajustes, Revisões Ordinárias e Revisões Extraordinária ocorridas.

TBP – Tarifa Básica de Pedágio.

TCU – Tribunal de Contas da União.

Terminal Intermodal de Rondonópolis – Terminal intermodal entre os transportes rodoviário e ferroviário, localizado na rodovia BR-163/MT próximo ao Município de Rondonópolis, no sentido Sul. Foi instalado pela Concessionária ALL Ferrovias em 2013 e atualmente é operado pela Rumo Logística. Sua função é fazer a intermediação entre o transporte rodoviário e o ferroviário de carga, para escoar por meio de trem grande parte da produção agrícola do Estado de Mato Grosso.

Termo de Arrolamento e Transferência de Bens – Documento assinado em 21/03/2014 pela Concessionária, ANTT e DNIT, que transferiu do DNIT para a Concessionária os bens então utilizados para operação e manutenção do Sistema Rodoviário, conforme descrição de bens nele contida.

Termo de Vistoria – Documento pelo qual a ANTT comprova o cumprimento dos seguintes requisitos para expedição da Resolução Autorizativa, previstos na subcláusula 18.1.1 do Contrato de Concessão: conclusão dos Trabalhos Iniciais 18.1.1(i), conclusão de 10% do total das obras de duplicação 18.1.1(ii) e implantação de praças de pedágio 18.1.1(iii).

Terras Indígenas – As terras indígenas Teresa Cristina e Tadarimana em conjunto, ambas localizadas no Estado de Mato Grosso. O termo terra indígena é utilizado para se referir a uma porção do território nacional, de propriedade da União, habitada por um ou mais povos indígenas, por eles utilizada para suas

atividades produtivas, imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar, bem como a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

TJLP - Taxa de Juros de Longo Prazo, com vigência de um trimestre-calendário, fixada pelo Conselho Monetário Nacional, e utilizada pelo BNDES nos contratos de financiamento firmados até 2017 como o custo básico da concessão de seus financiamentos.

Trabalhos Iniciais – As obras e serviços a serem executados primeiramente pela Concessionária após a Data da Assunção para o atingimento de parâmetros de desempenho rodoviários, incluindo qualidade do pavimento, bem como operacionalização de instalações e sistemas, conforme previsto no PER.

Trecho CRO – A extensão da Rodovia BR-163/MT entre os Km 0,0 e 119,9.

Trecho DNIT – A extensão da Rodovia BR-163/MT entre os Km 119,9 ao 507,1.

Trecho Sul de Rondonópolis - Extensão de 25 km da Rodovia BR-163/MT entre os km 94,9 ao 119,9.

União – Pessoa jurídica de direito público interno da República Federativa do Brasil e titular do serviço público concedido.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Concessionária Rota do Oeste S.A. (“Concessionária” ou “Requerente”) sociedade por ações, já qualificada no **procedimento arbitral em epígrafe** instaurado contra a **Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”)**, referida doravante como **“Requerida”**, vem por seus advogados abaixo assinados apresentar suas **ALEGAÇÕES INICIAIS** na arbitragem, apresentando os motivos de fato e de direito pelos quais é devida a condenação da Requerida conforme os fundamentos e pedidos feitos a seguir.

I. Introdução e contextualização dos pleitos

1. A Concessão encontra-se num cenário de iminente **inviabilidade**, devido a **sucessivos episódios de desequilíbrio econômico-financeiro** sofridos pela Concessionária e não sanados administrativamente. Diante dessa situação, agravada pela crise econômica que o Brasil sofreu nos últimos anos, não resta alternativa que não a propositura da presente arbitragem em face da ANTT, conforme as regras previstas contratualmente e na legislação.

2. Para esclarecer ao Tribunal Arbitral os efeitos da desídia da Requerida sob a Concessão, essa introdução expõe de forma sucinta a cumulativa a degradação das condições de viabilidade da Concessão em função dos sucessivos Eventos de Desequilíbrio ocorridos ao longo do tempo, bem como a omissão da Requerida em recompor o equilíbrio contratual de forma integral e tempestiva.

I.A. O contexto da modelagem da Concessão

3. O Contrato de Concessão (C - 1) para exploração da rodovia federal BR-163/MT, decorrente do Edital (C - 2), foi celebrado em 12/03/2014 pela Requerente com a Requerida. Trata-se de contrato integrante da 3^a Etapa PROCROFE, cujos editais foram lançados em 2013, tendo seus EVTEs sido elaborados nos anos anteriores.

4. Os sete lotes contemplados na 3^a Etapa PROCROFE, integrantes da política de infraestrutura adotada pelo governo da então Presidente Dilma Rousseff no



âmbito do PIL, foram modelados com uma clara diretriz de política pública: priorizar a expansão da malha rodoviária de forma a deixar um legado de infraestrutura, ao mesmo tempo que se garantiam tarifas módicas a serem cobradas dos usuários. Um volume bastante elevado de investimentos seria necessário para cumprir a **ambiciosa meta de duplicação integral das rodovias concedidas, nos primeiros 5 dos 30 anos de concessão, de forma desvinculada à demanda rodoviária**. Já as tarifas-teto foram planejadas para serem notoriamente inferiores às praticadas nas demais concessões rodoviárias federais.¹

5. Considerando apenas esses fatores (duplicações integrais concentradas nos anos iniciais da Concessão, desvinculadas de demanda que justificasse tais investimentos, e fixação de tarifas em patamares historicamente baixos), **os projetos da 3ª Etapa PROCROFE não se mostravam inicialmente viáveis**, o que provavelmente levaria a licitações desertas.²

6. A forma de solucionar esse problema seria modelar tais contratos como concessões patrocinadas, modalidade de PPP³ em que para além das receitas tarifárias e acessórias, o concessionário recebe contraprestações públicas. Contudo, em decorrência da limitação de recursos do Erário, e na linha de outras soluções jurídicas não tradicionais que procuravam descharacterizar gastos do governo de então, optou-se por transformar as verbas que seriam pagas ao futuro concessionário na forma de contraprestações públicas em montante de capital

¹ Por exemplo, a tarifa-teto fixada para a Concessão pelo Edital era de R\$ 5,50, muito inferior à média das estradas concedidas da 1ª etapa de R\$ 10,40. Como noticiado pelo Governo Federal, “Os leilões de sete trechos ocorridos entre 2011 e 2014 resultaram num preço médio de R\$ 3,50 a ser cobrado nos pedágios. É um preço muito menor do que a tarifa média de R\$ 10,40 nas seis estradas concedidas no período de 1995 a 2002.”. Fonte: <http://www.brasil.gov.br/noticias/infraestrutura/2015/06/modelo-actual-de-concessao-reduziu-preco-de-tarifas>. Último acesso em 11/12/2018.

² A primeira licitação realizada pelo PIL foi a da BR-262, no trecho entre Belo Horizonte (Minas Gerais) e Vitória (Espírito Santo), em setembro de 2013, que resultou deserta, isto é, não acudiram interessados. Cf. http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8299/1/TD_2378.PDF. Acesso em 29 de outubro de 2018.

³ As PPPs na modalidade concessão patrocinada foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 11.107/2004 justamente como forma de viabilizar empreendimentos concessionais que não seriam viáveis como concessões comuns na forma tradicionalmente utilizada.



financiado a condições extremamente subsidiadas pelos Bancos Públicos. Que fique claro, desde logo, que é opção absolutamente lícita à disposição do Poder Concedente a utilização de entidades por ele controladas para que seja viabilizada a política pública legitimamente definida pelas autoridades competentes do Poder Concedente. Ademais, os Bancos Públicos, como empresas estatais que são, devem servir a um “relevante interesse coletivo” que justifique sua existência⁴, sendo o desenvolvimento da infraestrutura nacional inegavelmente um interesse coletivo de tal relevância. Em especial, a utilização do BNDES para dar concretude à política pública de investimento do Governo Federal em infraestrutura é inegavelmente um dos motivos da própria existência do banco, como está claro em seu próprio Estatuto Social, aprovado pelo Decreto federal nº 4.418/2002: *“Art. 3º O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País”* (grifos nossos).

7. A estratégia então adotada pelo Poder Concedente para viabilizar essas concessões foi **oferecer condições de financiamento fortemente subsidiadas por meio dos Bancos Públicos**. Isso permitiria a realização dos investimentos em expansão de capacidade concentrados nos anos iniciais das concessões porque as verbas empregadas pelos concessionários lhe seriam concedidas a custos reduzidos por meio dos financiamentos. Como será visto, não só as taxas cobradas pelos Bancos Públicos seriam bastante reduzidas, mas a estrutura de capital dos projetos – considerando a alta alavancagem⁵ – permitiria que os concessionários tivessem um custo de capital reduzido o suficiente para realizar os vultosos investimentos exigidos, remunerar-se pela cobrança de tarifas

⁴ Conforme o artigo 173 da Constituição Federal: *“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”*.

⁵ Alavancagem, em finanças, significa a utilização de capital de terceiros por meio de endividamento. No caso em tela, ao se falar em alavancagem, a referência é à utilização pelas sociedades específicas concessionárias de uma maior parcela de capital obtido por meio dos financiamentos (até 70%, como será visto) em comparação a uma menor proporção de capital próprio investido pelo acionista no projeto.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

módicas e manter a viabilidade dos projetos considerando o custo de oportunidade de tais investimentos.

8. Foi assim que, juntamente ao lançamento dos editais da 3^a Etapa PROCROFE, foi ativamente divulgada pelo Poder Concedente a Carta de Apoio dos Bancos Públicos (C - 7), que continha **compromisso de financiamento de longo prazo em termos extremamente subsidiados e sem paralelo no mercado**, ou mesmo considerando as condições anteriormente ofertadas pelo próprio BNDES ao setor rodoviário. Publicada em 04/09/2013 especificamente para tornar as concessões da 3^a Etapa PROCROFE viáveis,⁶ **as condições contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos correspondem à premissa essencial adotada tanto pela Requerida no EVTE que originou o Edital da Concessão (C - 31) quanto pelos licitantes.**

9. Diz-se essenciais porque, caso tais condições não fossem consideradas na licitação, os proponentes teriam que adotar premissas irreais em suas propostas econômicas, o que faria com que a tarifa de pedágio teto estimada pelo Poder Concedente fosse maior que o valor que efetivamente constou do Edital. Dadas as condições de financiamento apresentadas pelo BNDES em projetos similares anteriormente à Carta de Apoio dos Bancos Públicos verifica-se que a tarifa-teto resultante seria 19,3% superior àquela efetivamente estabelecida no EVTE. A diferença é ainda maior ao se adotar outras condições de captação no mercado disponíveis à época da licitação. Utilizando-se, por exemplo, a remuneração de debêntures relacionadas à infraestrutura, é constatado que a tarifa-teto necessitaria ser 36,9% superior, como visto na seção III.D.2. e detalhado no relatório elaborado pela Consultoria Tendências (C - 32).

10. Em outros termos, os licitantes confiaram de boa-fé que o conjunto de condições de financiamento ali apresentado seriam honrados.

⁶ A finalidade de atrair interessados às concessões fica bem clara pela leitura da própria Carta de Apoio dos Bancos Públicos, que dispõe expressamente: “*Tendo em vista as licitações anunciadas para a concessão de rodovias federais integrantes do Programa de Investimentos em Logísticas (PIL), o BNDES, a Caixa e o Banco do Brasil vem a público informar as condições de apoio aos investimentos relacionados aos projetos dos futuros concessionários*”.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

11. Outro fator determinante na modelagem da Concessão foi o período de crescimento econômico vivenciado pelo Brasil. À época, havia expressivo otimismo sobre a economia brasileira. O PIB crescia de forma constante desde o ano 2000, e mesmo a crise econômica global de 2008 não afetou muito o Brasil: após uma pequena estagnação de - 0,2% do PIB em 2009, no ano seguinte houve a retomada com um crescimento de 7,6%. Isso foi seguido de crescimento estável, de 3,9% em 2011, 1,8% em 2012 e 2,7% em 2013,⁷ quando o restante do mundo ainda buscava se recuperar da recessão internacional.⁸ Isso implicou a adoção pela Requerida no EVTE de projeções otimistas de tráfego e, consequentemente, da arrecadação tarifária, dada a correlação direta entre atividade econômica e o transporte rodoviário, sobretudo em estradas com maior tráfego de veículos de carga, como a BR-163/MT.

12. Foi nesse contexto que foram apresentadas, em 24/11/2013, as propostas econômicas ao Edital, publicado em 18/10/2013, que deu origem à Concessão. A tarifa vencedora da acionista da Requerente ofereceu deságio de 52% na tarifa máxima de pedágio prevista no Edital, estabelecendo uma tarifa base de R\$ 2,638 por 100 km de rodovia,⁹ em trecho de fundamental importância logística para o país, visto que representa importante corredor de escoamento da produção agrícola e agropecuária nacional. Deságios semelhantes foram oferecidos

⁷ Série histórica disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9300-contas-nacionais-trimestrais.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=pib#evolucao-taxa

⁸ Isso é reconhecido expressamente pela ANTT no Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais (C - 32): “*Quanto à conjuntura dos leilões realizados, percebe-se um cenário de euforia quanto ao crescimento nacional. Nos quatro anos que antecederam os leilões, as médias de crescimento do país bateram 4,1% ao ano (2008-2011 e 2010-2013). Os indicadores econômicos mostravam-se resilientes no país, mesmo após a crise internacional de 2008, que afetou fortemente os países desenvolvidos.*”

⁹ Fonte: notícia do Governo Federal de 27/11/2013 sobre o resultado da licitação, disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/infraestrutura/2013/11/trecho-da-br-163-em-mato-grosso-e-concedido-com-desagio-de-52-na-tarifa-de-pedagio>. Último acesso em 08/10/2018



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

também nos leilões das outras concessões da 3^a Etapa PROCROFE e foram comemorados pelo Governo Federal.¹⁰

13. Ou seja, graças à confiança dos licitantes no cumprimento das condições essenciais prometidas, foi possível ao Governo Federal obter os ganhos de capital político almejados com essa política pública específica para o setor rodoviário.

I.B. O perfil e a lógica de investimentos da Concessão

14. Para melhor compreensão dos conceitos afetos às atividades de exploração da rodovia, é preciso expor de forma simplificada a estrutura do pavimento e os tipos de intervenção possíveis. O pavimento de uma rodovia consiste de uma superestrutura formada por um sistema de camadas de espessura finita, construída após a terraplenagem de determinado terreno, destinada a: resistir e distribuir os esforços verticais oriundos dos veículos; melhorar as condições de rolamento (ou seja, de trafegabilidade) em relação ao conforto e segurança dos veículos; e a resistir aos esforços horizontais, tornando mais durável a superfície de rolamento. Essas camadas são divididas em revestimento, base, sub-base, reforço de subleito e subleito, conforme gráfico abaixo:

¹⁰ Confira-se a fala do então Ministro de Transportes, Cesar Borges: “*O governo federal considera que essa etapa de 2013 foi de sucesso pela confiança das empresas no processo desenvolvido pelo governo, pelo modelo inovador de concessões - que prevê a imposição no contrato da duplicação em cinco anos - e pela modicidade tarifária, que nós atingimos graças à concorrência. (...) Quero agradecer por esse processo em que nós encerramos com cinco rodovias concedidas - uma extensão de 4.248 quilômetros. Desse total, 2.840 serão duplicados, com deságio médio de 53% e uma média tarifária de R\$ 3,63. Quero agradecer nossos colegas de trabalho, a ANTT, o Ministério dos Transportes, a Empresa de Planejamento e Logística (EPL) e o próprio governo federal. Esse é um processo que contou com a participação da Casa Civil, do Ministério da Fazenda, do Ibama, do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Ministério do Planejamento. Mas quero destacar a participação da presidente Dilma, que mergulhou, que participou ativamente desse processo. Todo o esforço do governo federal felizmente deu resultado. Agradeço muito o setor privado. Se não fosse toda essa colaboração e todo esse entendimento, o Brasil não teria hoje essa quantidade de rodovias concedidas que aumenta em 80% o total dessas estradas. É um novo momento de investimento em infraestrutura*”. <http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/1885-leilo-de-concessao-da-rodovia-br-040-dfgomg-alcana-desgio-recorde-de-61-.html>. Acesso em 22 de outubro de 2018.



ESTRUTURA DO PAVIMENTO

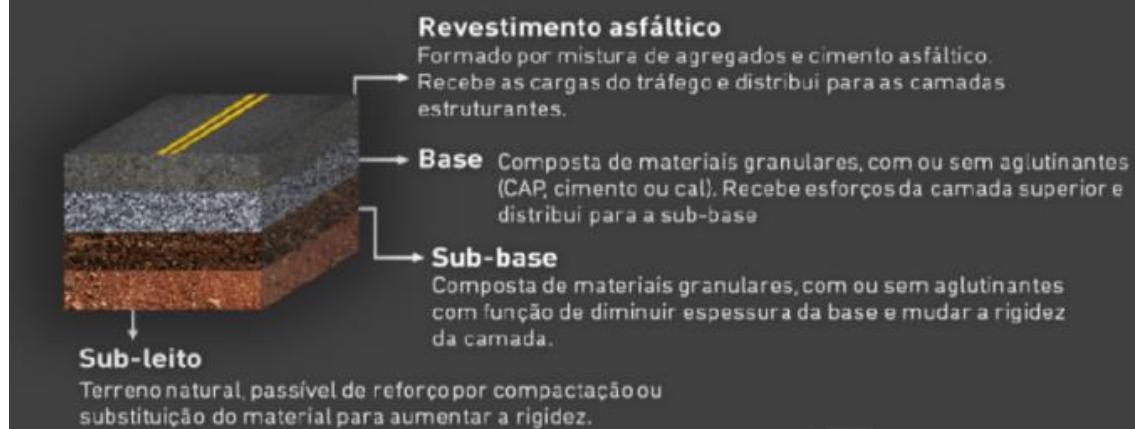


Figura 1 - Ilustração das camadas do pavimento

15. O Programa de Exploração da Rodovia - PER (C - 33) é o documento anexo ao Contrato de Concessão que prevê mais detalhadamente o escopo dos serviços delegados. O PER indica quais os serviços que serão prestados e quais as obras que devem ser realizadas, apresentando em linhas gerais os cronogramas e os parâmetros de desempenho a serem atingidos pela Concessionária. O PER divide as atividades da Concessionária em “frentes de serviço”, indicando a natureza e o objetivo de cada atividade a ser realizada:

- a Frente de *Ampliação* de capacidade e manutenção do nível de serviço;
 - Envolve o conjunto de melhoramentos introduzidos em uma rodovia existente, tais como: alterações de características geométricas do traçado em planta e/ou perfil e em seção transversal, ou alargamento de plataforma e de acostamentos; construção e/ou ampliação de vias laterais; implantação de faixas adicionais; construção, modificação ou remanejamento de interseções e acessos; incorporação, modificação ou reforço de obras de arte especiais e até passarelas para travessia de pedestres e melhorias de drenagem; e ainda, a construção de obras de duplicação¹¹. Tais intervenções têm por objetivo garantir os níveis de serviço, suprimindo pontos críticos, melhorando a funcionalidade operacional, aumentando a fluidez e a segurança de

¹¹ Construção de uma pista lateral à existente.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

tráfego de veículos e de pedestres. As obras de ampliação da BR-163 são projetadas para atender a um ciclo de vida útil de 10 anos.

• a Frente de *Recuperação e Manutenção*

- As intervenções de recuperação têm como objetivo elevar os parâmetros do pavimento de acordo com as disposições contratuais. Por tratarem de tipo de solução de cunho estrutural, as intervenções de recuperação são realizadas tanto no revestimento do pavimento como nas camadas de base e sub-base nos pontos mais críticos. A recuperação é realizada na pista existente da rodovia, no início de seu ciclo de vida. No Contrato de Concessão, as intervenções de recuperação ocorrem no pavimento existente concomitantemente à duplicação das pistas.
- A manutenção é executada ao fim do ciclo de vida útil do pavimento. Nesta etapa, são realizados novos estudos de tráfego a fim de dimensionar as intervenções necessárias a garantir os níveis de serviço por um novo ciclo de vida útil de 10 anos. Na manutenção, todo pavimento é reconstruído. O ciclo de manutenção se repete por períodos semelhantes ao longo da Concessão, devendo a Concessionária executar as obras de modo a garantir, ainda, uma vida útil de 5 anos após o fim da vigência contratual

• a Frente de *Conservação*

- A conservação tem por objetivo manter os parâmetros de desempenho do pavimento. Trata-se de uma solução menos custosa quando comparada com as demais intervenções mencionadas, já que não possui cunho estrutural. As atividades de conserva prévia se dão logo após os Trabalhos Iniciais, e permanecem até a duplicação e restauração dos pavimentos existentes. Posteriormente à duplicação de pavimentos novos e recuperação dos existentes, são iniciados os trabalhos de conserva de rotina, que tem como função garantir o atendimento dos parâmetros do pavimento até o novo ciclo de manutenção.

• a Frente de Serviços Operacionais



- Os serviços operacionais correspondem à implantação e operacionalização das seguintes infraestruturas e serviços: (i) Centro de Controle Operacional; (ii) Equipamentos e Veículos da Administração; (iii) Sistemas de Controle de Tráfego; (iv) Sistemas de Atendimento ao Usuário; (v) Sistemas de Pedágio e controle de arrecadação; (vi) Sistema de Comunicação; (vii) Sistema de Pesagem; (viii) Sistema de Guarda e Vigilância Patrimonial, bem como execução da reforma dos postos da PRF. Deverão ser implantados e operacionalizados os quantitativos mínimos previstos no Apêndice F. As obrigações a serem atendidas em até 12 (doze) meses consideram-se integrantes dos Trabalhos Iniciais, para os efeitos do Contrato e inicia-se a partir da data de assunção da Concessão e estende-se até o final do prazo da Concessão

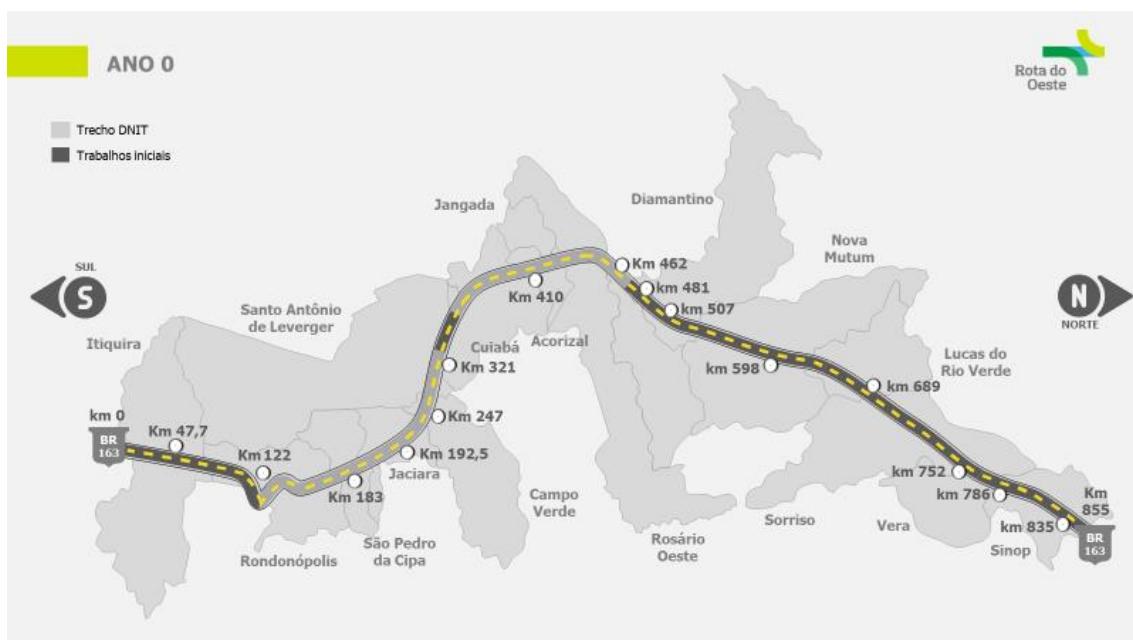
16. A Concessão começa com os chamados “Trabalhos Iniciais” - obras e serviços a serem prestados imediatamente após a assunção da Concessão e em um prazo de até 12 meses, envolvendo atividades de implantação e operacionalização de instalações e sistemas, bem como de *recuperação* do pavimento.¹² Nessa fase, as obras consistem na recuperação da rodovia de forma superficial, com soluções básicas e de baixa durabilidade, tratando apenas o revestimento asfáltico e, em pontos específicos, a remoção pontual do pavimento e sua recomposição (“tapa buraco”).

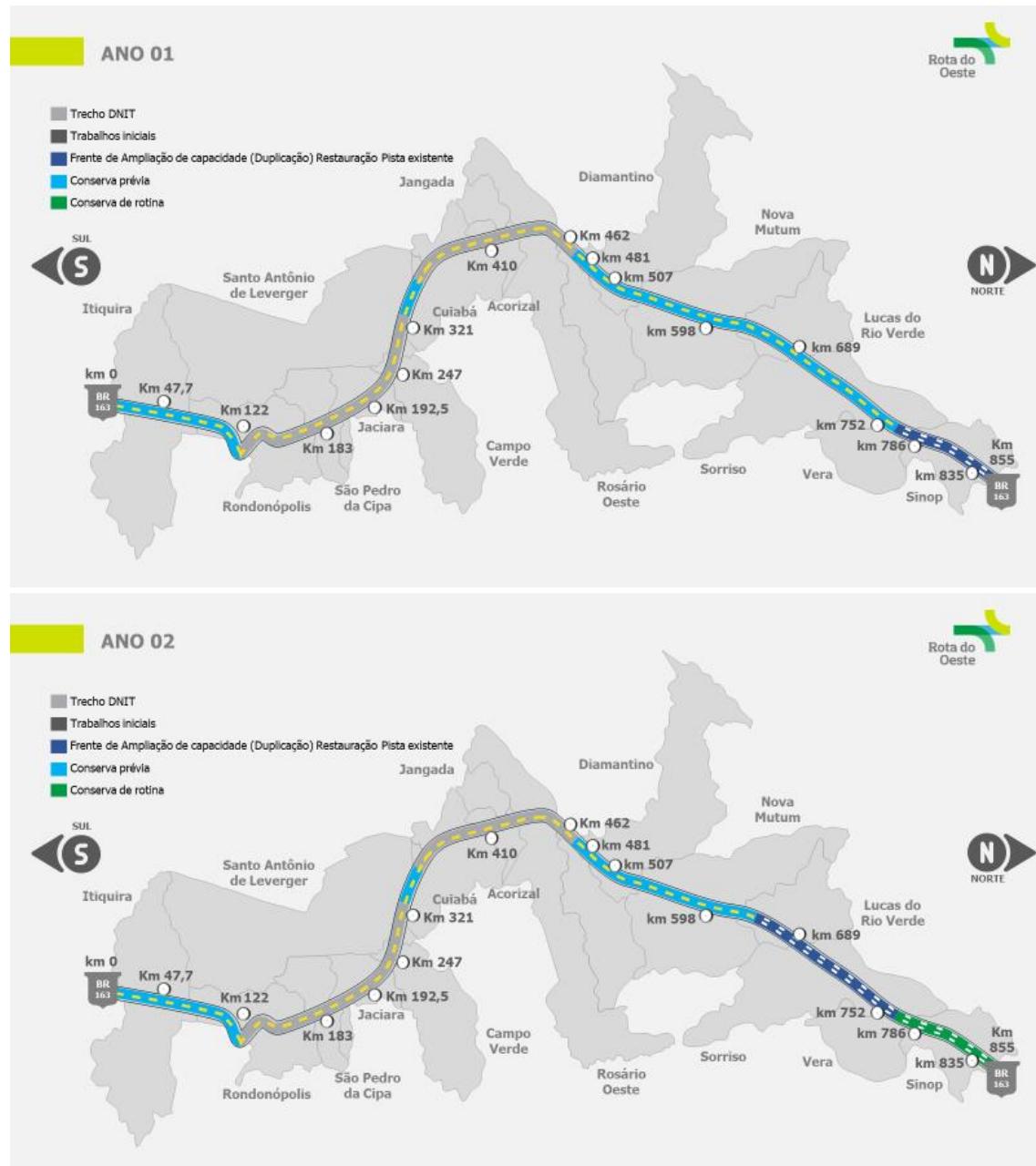
17. Passa-se então às frentes de ampliação de capacidade e restauração da pista existente. Enquanto parte da rodovia era duplicada, os demais trechos ainda não duplicados deveriam ser objeto de uma *Conserva Prévia* à duplicação. Por sua vez, após serem duplicados, são mantidos com conservas rotineiras, intervenções corretivas de menor intensidade e menos custosas, de modo que ao findar-se a vida útil do pavimento é necessária uma intervenção mais robusta, que, obviamente, é mais custosa. O conjunto destas atividades garante o atendimento aos parâmetros de desempenho, que devem então ser mantidos por todo o resto da vigência do Contrato de Concessão.

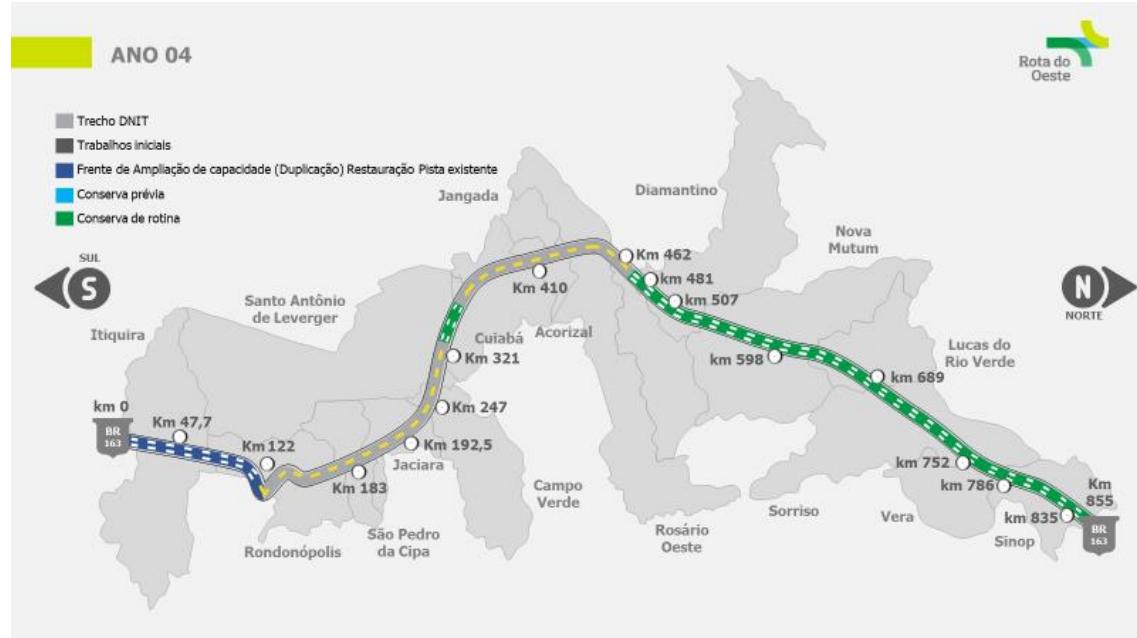
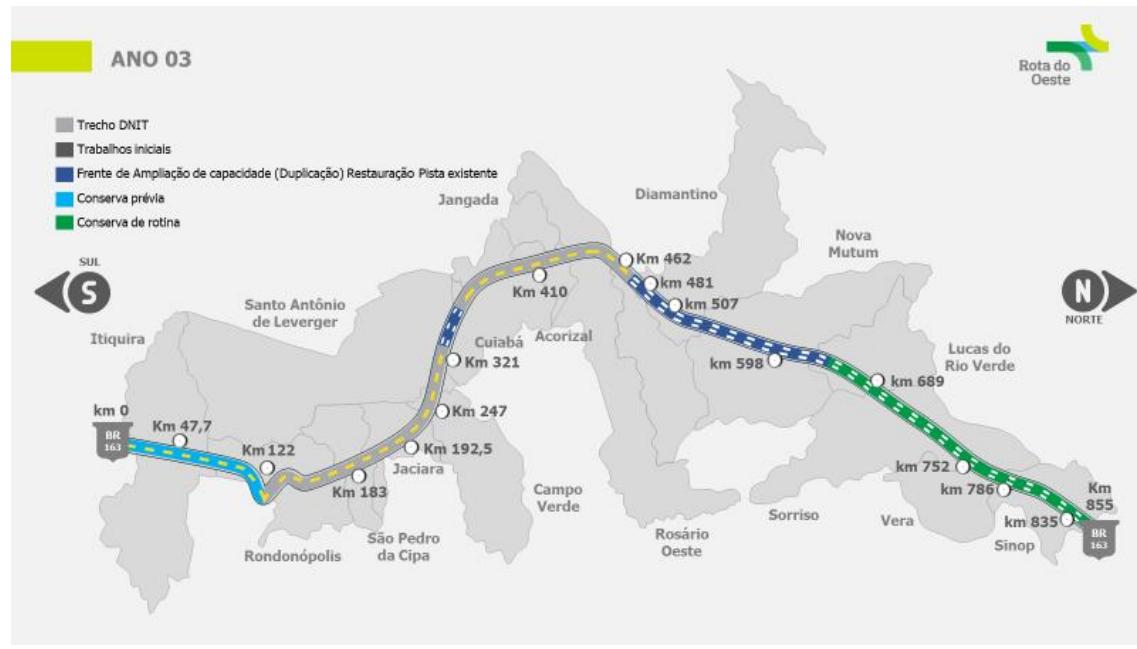
¹² Cf. subcláusula 1.1.1 (xlvii) do Contrato de Concessão



18. Confira-se o desenvolvimento das atividades segundo o Plano de Ataque original apresentado pela Concessionária à ANTT. Note-se como as obras deveriam originalmente começar pelo trecho mais ao norte do Sistema Rodoviário, primeiro de Sinop até Diamantino e, em uma segunda etapa, no Trecho Sul de Rondonópolis (Trechos CRO). O trecho central da rodovia, de Nobres até Rondonópolis (excetuando-se o contorno viário de Cuiabá) era de responsabilidade do DNIT (Trecho DNIT), como será melhor explicado ao longo destas Alegações Iniciais:







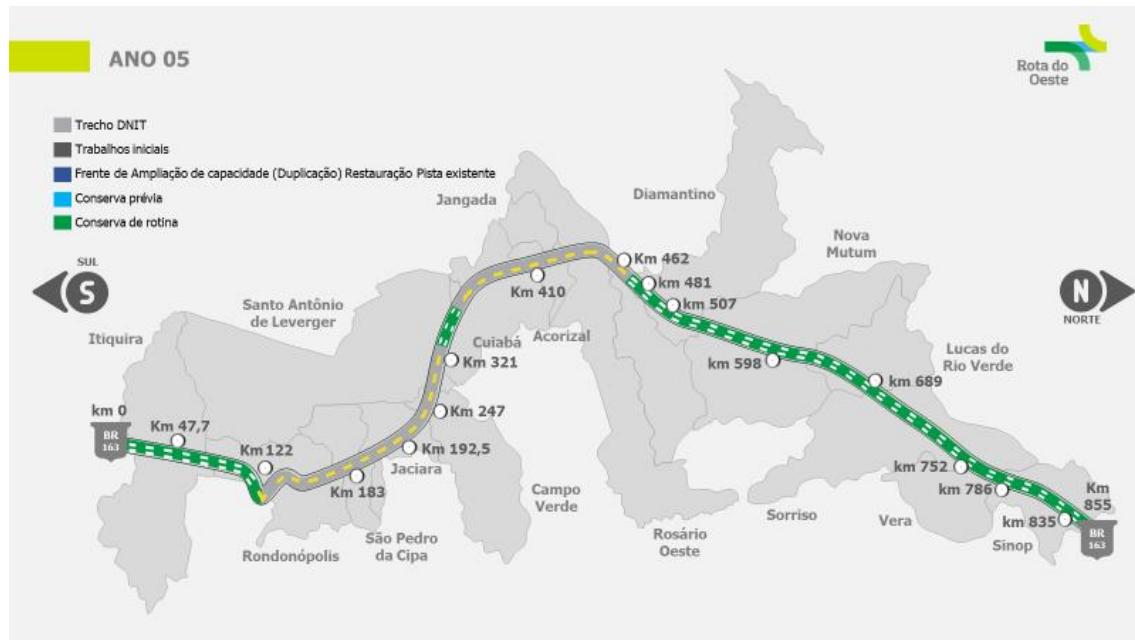


Figura 1 – Mapa da Concessão com evolução do Plano de Ataque original

19. Assim, resta claro que o volume de investimentos se concentra maciçamente nos primeiros anos de vigência do contrato. Como visto na seção anterior, diante da modelagem eleita pelo Poder Concedente tornou-se absolutamente imprescindível a efetivação de uma estrutura de capital altamente alavancada e com juros subsidiados, o que demonstra a necessidade de obtenção tempestiva do empréstimo de longo prazo e a razão pela qual se afirma que, sem tal estrutura de capital, inviável a celebração do Contrato de Concessão nos moldes pretendidos pelo Poder Concedente. Ao falar-se em viabilidade de uma concessão é preciso considerar a atratividade do projeto tendo em conta o custo de oportunidade dos investidores no momento da licitação. Isso quer dizer que, no momento de uma licitação, os investidores avaliam alternativas de investimento então existentes e as comparam com a remuneração estimada para determinado projeto de concessão, a partir das premissas de custos e receitas delineadas no Edital e ponderada com os riscos assumidos contratualmente.¹³

20. Nesse sentido, é preciso notar que a remuneração de uma concessão é diluída ao longo dos 30 anos de exploração da Concessão, como é comum a esse

¹³ Conforme indicado em mais detalhes no parecer da consultoria Tendências (C - 32).



tipo de contrato.¹⁴ Nos termos do item 9.3, VI do Edital, todos os investimentos previstos no Contrato de Concessão devem ser integralmente amortizados durante o prazo de concessão. Isso significa que a tarifa paga pelo usuário do ano 10 ou do ano 15 está em parte amortizando o investimento feito pela Concessionária que gerou um conforto ao usuário dos anos iniciais da Concessão. Do mesmo modo, a tarifa paga pelo usuário que trafega pela rodovia no último ano da Concessão está amortizando e remunerando o capital empregado pela Concessionária desde o início do Contrato de Concessão com a expectativa de retorno. Essa premissa está descrita no Tomo Único do Quarto Volume do Estudo para Estruturação de Concessão – EVTEA.

21. Isso tem como consequência o fato de que os desequilíbrios (seja pelo aumento de custos ou pela perda de receitas da Concessionária) devem ser considerados sob um ponto de vista **financeiro** e também **econômico**. Ou seja: que os desequilíbrios repercutem não apenas pontualmente, impactando a disponibilidade de caixa da Concessionária e a sua liquidez (sob um ponto de vista financeiro, portanto). É preciso também considerar que os eventos gravosos possuem efeitos da perspectiva econômica, afetando a taxa de referência de retorno do projeto, e que esse retorno, como visto, é construído ao longo da Concessão.

22. É sob essa perspectiva que devem ser considerados os Eventos de Desequilíbrio tratados nessas alegações iniciais, narrados em resumo abaixo. A próxima seção pretende contar resumidamente o histórico contratual por meio da contextualização dos Eventos de Desequilíbrio.

¹⁴ Não por outro motivo, costuma-se dizer que tais contratos possuem a natureza de um financiamento da Concessionária ao Poder Concedente, visto que a Concessionária é remunerado (taxa interna de retorno) por uma renúncia de liquidez (investimento em obras, equipamentos etc.) que realiza em favor do Poder Concedente. Ao fazer o investimento em obras e outros bens reversíveis a concessionário está, na prática, emprestando dinheiro ao Poder Concedente. Ao invés do Poder Concedente receber em numerário da concessionária, ele recebe em obras e equipamentos, que permitem a prestação de serviços aos usuários e/ou ao Poder Concedente com a qualidade pactuada no contrato de concessão. O pagamento à concessionária por esse “empréstimo” é realizado pela percepção de tarifas dos usuários e/ou de pagamentos públicos e/ou receitas acessórias. A percepção de todas essas receitas, em regra, está condicionada ao cumprimento adequado do contrato de concessão ou PPP.



I.C. A execução contratual e os Eventos de Desequilíbrio

1) *Alteração unilateral do Plano de Ataque*

23. Neste cenário, o Contrato de Concessão foi assinado em 12/03/2014. No entanto, os primeiros problemas começaram a aparecer ainda naquele ano, mesmo antes da assinatura do Contrato de Concessão. Uma das obrigações iniciais da Concessionária era entregar à ANTT o Plano de Ataque das obras de duplicação, que foi originalmente apresentado em 07/03/2014 por meio do Ofício CRO 004/2014 (C - 34), veiculando o planejamento mais eficiente, em termos de logística e cronograma, para as obras de expansão de capacidade segundo o entendimento da Concessionária. No Plano de Ataque original, a Concessionária iria iniciar as obras de duplicação em março de 2015 pelo norte da rodovia, no trecho do km 855,00 ao km 839,8 da BR-163/MT, avançando em direção ao sul do Estado. Esta escolha se deve ao fato de que, passado um período chuvoso (que reduz sensivelmente o ritmo das obras) e com uma vasta frente livre de trabalho, a Concessionária poderia se organizar de modo mais eficiente para mobilização de equipes e equipamentos, concentrando recursos, estruturas de canteiro e centrais industriais, além de poder planejar a obtenção de insumos de maneira menos onerosa, seja por meio da obtenção de material (como brita) na própria faixa de domínio (de mais fácil acesso no trecho norte), ou por meio da sua aquisição junto a fornecedores. **Dessa forma, o trecho entre os km 119,6 a 0,00, entre o Município de Rondonópolis e a fronteira com o Estado do Mato Grosso do Sul, seria o último a ter sua duplicação iniciada, no 5º ano da Concessão.**

24. No entanto, em um movimento contraditório com o que foi estabelecido na modelagem contratual,¹⁵ o **Poder Concedente atuou decisivamente para que a duplicação fosse iniciada antecipadamente, ainda no primeiro semestre de 2014, pelo sul do Sistema Rodoviário**, especificamente pelo Trecho Sul de

¹⁵ O Edital e o Contrato de Concessão não estabeleciam a ordem dos trechos a serem duplicados, dando liberdade à Concessionária para escolher a programação que lhe parecesse mais conveniente, respeitado o cumprimento das metas anuais de duplicação.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Rondonópolis. Isso porque a área apresentava o maior tráfego da rodovia, decorrente do fato de nela estar localizado o Terminal Intermodal de Rondonópolis, que faz a conexão entre os transportes rodoviário e ferroviário no escoamento da produção agrícola.

25. Além disso, como se sabe, a realização de obras depende do seu licenciamento ambiental, e no Contrato de Concessão é responsabilidade do Poder Concedente disponibilizar a LP e LI referentes às obras de duplicação para a Concessionária.¹⁶ Contudo, o Poder Concedente não dispunha em tempo hábil das licenças necessárias para cumprimento do Plano de Ataque apresentado pela Concessionária, pelo norte da rodovia, mas, como será visto nas seções III.A e III.B.2. a Requerida trabalhava junto a diversas entidades da Administração Pública federal para que fosse viabilizado o quanto antes o licenciamento ambiental referente ao Trecho Sul de Rondonópolis. Assim é que a **ANTT atuou de forma determinante junto ao MT, o DNIT e outros órgãos e entidades dos governos federal e estadual, para obrigar a Concessionária a iniciar, antecipadamente ao seu Plano de Ataque original, as obras de duplicação pelo Trecho Sul de Rondonópolis ainda no primeiro semestre de 2014**. Em reuniões presenciais com representantes da Concessionária e de órgãos e entidades federais, a ANTT deixou claro que era a vontade do Poder Concedente que a duplicação se iniciasse imediatamente pelo Trecho Sul de Rondonópolis, para que fosse urgentemente atendido o Terminal Intermodal de Rondonópolis a fim de cumprir os objetivos de sua política pública de infraestrutura e logística.

26. Com isso, a Concessionária incorreu em aumentos consideráveis nos custos de obras e em atrasos no planejamento de execução contratual.¹⁷ Por conta da imposição unilateral de alteração do seu cronograma de Plano de Ataque, a Concessionária se viu forçada a realizar aquisições de materiais e contratações de serviços terceirizados em custos e condições diferentes das inicialmente previstas. Sofreu, com isso, custos adicionais para garantir estes prazos

¹⁶ 5.2 O Poder Concedente deverá:

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

¹⁷ Conforme explicado em seu Ofício CRO 018/2014 de 30/04/2014 (C - 35) e detalhado adiante.



antecipados, mesmo que em momento avesso ao melhor uso das boas práticas da engenharia, como a inserção de nova janela de período chuvoso. Houve nesse sentido a aquisição e mobilização de equipamentos especiais específicos para atividades de obras de terraplenagem, como: (i) duas centrais de asfalto de última geração, que conferem elevada qualidade ao serviço a baixo custo; (ii) central de britagem própria para melhor exploração das jazidas e produção de insumos minerais com agilidade, na fração ideal e na qualidade específica para atendimento à especificação do projeto; (iii) central de concreto, que imprime maior agilidade ao processo e, consequentemente, ganhos de produtividade; além de (iv) uma série de equipamentos de uso corrente em obras rodoviárias de grande porte, como *Shuttle Buggy*, recicadoras, acabadoras de asfalto e demais frota própria, que também oferecem ganhos de produtividades e consequentemente menores custos de implantação.

27. A determinação de alteração do Plano de Ataque para **antecipação das obras do Trecho Sul de Rondonópolis**, de modo que fossem iniciadas **ainda em 2014**, foi **cumprida de boa-fé pela Concessionária**, com a confiança de que haveria o oportuno reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, **o que nunca ocorreu**. Quando instada a manifestar-se sobre o direito da Concessionária ao reequilíbrio, a ANTT cinicamente alegou que nunca realizou solicitações formais nesse sentido, ignorando que agiu de todas as formas possíveis – direta e indiretamente – para viabilizar a alteração pretendida pelo Poder Concedente.

28. Desse modo, logo no início da Concessão, a Concessionária se viu obrigada a suportar prejuízos que **totalizaram um desequilíbrio no valor de R\$ 20.681.592,36** em valores de maio de 2012,¹⁸ conforme memorial constante do C - 65.

¹⁸ A data base do contrato é maio de 2012 por ser essa a data do EVTE. O EVTE é, na falta de um Plano de Negócios contratualizado, o documento referencial da Concessão.



2) Execução do PBA-I

29. Enquanto a Concessionária enfrentava os desafios e sobrecustos da mudança unilateral do Plano de Ataque, o desequilíbrio contratual agravou-se mais quando a Concessionária teve frustrado o Pleito de PBA-I, relativo à execução das condicionantes indígenas do Plano Básico Ambiental para obtenção do licenciamento ambiental necessário à imediata execução das obras de duplicação no Trecho Sul de Rondonópolis. **A situação nesse caso é tão absurda que a ANTT reconheceu formalmente o direito da Concessionária ao reequilíbrio, mas, inexplicavelmente, mudou de ideia e deixou de recompor o equilíbrio da Concessão.**

30. Para o início das obras de duplicação no Trecho Sul de Rondonópolis era necessária a obtenção da LI referente ao trecho, de responsabilidade do Poder Concedente, conforme dispõe a subcláusula 5.2.1 do Contrato de Concessão.¹⁹

31. Conforme exposto no Ofício 042/DECON/SFAT/MT de 06/05/2014 (C - 36) e comunicado à Concessionária pela ANTT na sequência, foi decidido pelos órgãos e entidades federais responsáveis que **a execução do PBA-I seria uma pré-condição para a obtenção da LI do Trecho Sul de Rondonópolis**. Diante disso, para viabilizar com maior rapidez a duplicação no trecho, foi acordado entre o MT, o DNIT, a FUNAI e SEMA/MT que Concessionária deveria executar as condicionantes do PBA-I.

32. Ocorre que o Contrato de Concessão **alocou ao Poder Concedente**, em sua subcláusula 21.2.16, **todos os riscos relacionados aos gastos incorridos com o atendimento de condicionantes indígenas**.²⁰ Por isso, a Concessionária

¹⁹ Contrato de Concessão: “5.2 O Poder Concedente deverá:

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

²⁰ Contrato de Concessão: “21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...)”

21.2.16 *atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais a cargo da Concessionária por força da exigência de pesquisas arqueológicas, ou condicionantes relacionadas a áreas indígenas ou comunidades quilombolas, bem como os custos relacionados ao atendimento destas exigências e condicionantes nas licenças a cargo da Concessionária ou do Poder Concedente;*”



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

aquiesceu com a transferência dessa obrigação, **mas expressamente ressalvou a condição de que deveria ser realizado o reequilíbrio econômico-financeiro** pelo valor despendido.²¹ Em seguida, a ANTT manifestou-se reconhecendo o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, tranquilizando a Concessionária de que seu direito seria resguardado.²² Novamente, a Concessionária, de boa-fé, confiou na conduta da Requerida. E, novamente, teve a sua confiança legítima injustamente traída por condutas contraditórias da Requerida.

33. Ocorre que, posteriormente, a ANTT, de modo injustificado, alterou o seu entendimento e recusou a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelo valor gasto pela Concessionária com a execução do PBA-I, resultando num prejuízo de R\$ 7.749.763,36, em valores de maio de 2012.

3) Inexecução dos Contratos CREMA

34. Ainda no primeiro ano de Concessão, outro ônus teve de ser suportado pela Concessionária com a **constatação da inexecução dos três Contratos CREMA, firmados pelo DNIT com particulares no final de 2012**, para a conservação, recuperação e manutenção de trechos BR-163/MT. Esses três contratos compreendiam 329,9 km²³ dos 453,6 km de responsabilidade de conservação e duplicação da Requerente. Os Contratos CREMA deveriam ter recuperado o pavimento de todo esse trecho e o entregado em perfeito estado no início de 2014.²⁴

35. Por esta lógica, quando da publicação do Edital em 18/08/2013, estando os Contratos CREMA em pleno vigor, a **legítima expectativa dos licitantes era de que, quando da assunção da Concessão, os trechos objeto desses contratos estariam em boas condições**. Corrobora essa premissa o fato de o EVTEA, ao

²¹ Conforme comunicado no Ofício CRO 022/2014 de 09/05/2014 (C - 37).

²² Conforme Ofício 064/DNM/ANTT de 24/07/2014 (C - 38).

²³ Contrato CREMA 847/12 era referente ao trecho do km 507,1 ao km 600,7/ o Contrato CREMA 807/12 era referente ao trecho do km 600,7 ao km 716,00 e o Contrato CREMA 806/12 era referente ao trecho do km 716,0 ao km 836,0.

²⁴ Como será visto na seção III.B.3. segundo o cronograma dos Contratos CREMA, as obras de recuperação do pavimento deveriam já ter sido encerradas entre setembro de 2013 (Contrato CREMA 847/12 e Contrato CREMA 806/12) e outubro de 2013 (Contrato CREMA 807/12).



tratar dos parâmetros do pavimento, mencionar a manutenção que vinha sendo executada. Essa **expectativa foi ainda reforçada quando o DNIT prorrogou os Contratos CREMA, seja após a publicação do Edital ou mesmo após a assinatura do Contrato de Concessão.**²⁵ Da perspectiva da Concessionária, esse foi inequívoco sinal de que os trechos em comento estariam perfeitamente adequados ao escopo dos respectivos Contratos CREMA no momento de celebração do Contrato de Concessão.

36. **Surpreendentemente, não foi isso que ocorreu.** Os Contratos CREMA foram cumpridos em menos de 30% de seu valor, restando um saldo inexecutado de mais de noventa milhões de reais. Assim, quando da elaboração pela Concessionária do Cadastro Inicial da rodovia, que analisou o estado dos bens da Concessão conforme transferidos pelo Poder Concedente,²⁶ **verificou-se que os trechos objeto dos Contratos CREMA estavam em péssimas condições**, ao contrário do adotado como premissa na licitação.

37. Com isso, a Concessionária se viu forçada a realizar intervenções superiores às não executadas pelos terceiros contratados pelo DNIT, pois, obviamente, sem ter recebido as correções necessárias, as patologias do pavimento vieram a aumentar ao longo do tempo. Assim, a Requerente suportou **custos superiores aos saldos dos contratos CREMA, de R\$ 100.665.567,31**, não previstos na sua proposta econômica. Mais uma vez, a Concessionária fez isso **crendo que, de boa-fé, a ANTT recomporia o equilíbrio econômico-financeiro por ter realizado uma atividade que era de responsabilidade do DNIT e sobre a qual a Concessionária não tinha qualquer tipo de controle**. Afinal, a adequada execução dos Contratos CREMA é risco atribuído ao Poder Concedente na subcláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão, que trata das obras de responsabilidade do DNIT.²⁷ E, como será demonstrado, interpretação contrária

²⁵ Houve a prorrogação de um dos Contratos CREMA em setembro de 2019, e dos demais em abril e maio de 2014, como será visto oportunamente

²⁶ A transferência dos bens da concessão ocorreu no dia 21/03/2014 com a assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens (C - 39) pela ANTT e Concessionária.

²⁷ Contrato de Concessão: “21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...)



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

levaria necessariamente à conclusão de que a Requerida teria modelado o **Contrato de Concessão de forma a onerar duplamente o Erário** pela recuperação de tais trechos: a primeira quando da contratação dos Contratos CREMA, a segunda incluindo tais serviços no escopo da Concessão a ser precificado pelos licitantes e remunerado pela cobrança tarifária. Isso significaria **um inaceitável desperdício de recursos públicos.**

38. Não obstante ter informado a ANTT da situação²⁸ e recuperado os trechos não executados pelo DNIT, a Concessionária teve seu pleito de reequilíbrio contratual indevidamente rejeitado pela ANTT.

39. Como se vê, logo no primeiro ano de execução contratual a Concessionária sofreu três grandes Eventos de Desequilíbrio, cujo recomposição foi negada indevidamente, o que onerou sobremaneira o Contrato de Concessão. Como se não bastasse, as circunstâncias apenas se agravaram dali em diante.

40. O ano de 2015 trouxe novas dificuldades, ainda mais graves, que, somadas aos eventos explicados no tópico anterior, **tornaram a sustentabilidade da Concessão muito difícil**, especialmente quando considerado que, até o final de 2015, **nenhum deles havia sido reequilibrado.**²⁹

41. O mais notório foi a grave crise econômica brasileira, com uma **inédita e imprevisível** queda no PIB de -3,8% em 2015, seguida em 2016 por nova queda de -3,6%, considerada a **pior recessão já registada pela história recente do Brasil**, desde que os índices começaram a ser medidos em 1947 pela Fundação Getúlio Vargas.³⁰ Não se alega aqui genericamente que a crise, em si, representou evento

21.2.8 atraso nas obrigações conferidas ao DNIT pelo Contrato ou pelo Edital, inclusive quanto: i) à entrega do Termo de Arrolamento e transferência de bens entre a Concessionária e o DNIT; e ii) quanto à não realização ou atraso das obras que estão sob responsabilidade do DNIT, identificadas no Apêndice D do PER ou no Termo de Arrolamento na ocasião da transferência dos bens;"

²⁸ Conforme Ofício CRO 046/2014 (C - 40).

²⁹ Como será visto oportunamente, os três eventos mencionados no item anterior já haviam sido oportunamente apresentados à Requerida, que já tinha se manifestado pelo indeferimento dos pleitos da Requerente.

³⁰ PIB do Brasil cai 3,6% em 2016 e país tem pior recessão da história recente', reportagem de 07/03/2017. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1864275-pib-do-brasil-cai-36-em-2016-e-amarga-segundo-ano-de-queda.shtml>. (C - 41).



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

de caso fortuito ou força maior, mas que sua manifestação direta e específica no Contrato de Concessão é evento afeto à álea econômica extraordinária. Foi a materialização do cenário de crise que precipitou o fechamento extraordinário do crédito para infraestrutura, a ensejar a **aplicação dos institutos jurídicos legal e contratualmente existentes para justamente lidar com esse tipo de situação**, inseridos no âmbito da chamada **álea econômica extraordinária**. Neste cenário, a **Requerida falhou com seu dever de cooperação contratual de boa-fé** ao negar proteção à Concessionária pela ocorrência de **eventos de caso fortuito e força maior**, que fugiam completamente ao seu controle, e cujo risco foi assumido pelo Poder Concedente no Contrato de Concessão.

4) Alteração das condições de financiamento

42. A Concessionária celebrou o empréstimo-ponte junto ao BNDES em 11/09/2014,³¹ nas condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. No entanto, **não obteve o empréstimo de longo prazo junto ao BNDES ou outros Bancos Públicos, mesmo quando cumpridos os requisitos que originalmente a habilitariam para tanto**. Esse empréstimo deveria ter sido liberado em até 18 meses da aprovação do empréstimo ponte. No entanto, decorridos mais de 60 meses da contratação do empréstimo ponte, o financiamento de longo prazo ainda não foi disponibilizado.

43. Isso ocorreu por **alterações na política de financiamento do BNDES em decorrência da crise econômica que o Brasil sofreu**, prejudicando significativamente a Concessionária. Quando instada a se pronunciar, a ANTT outra vez respondeu que tais riscos teriam sido assumidos pela Concessionária no âmbito da alocação de riscos de financiamento. Ao fazê-lo, a **ANTT ignora que tal alocação se refere a riscos ordinários**, aplicáveis em condições de normalidade do mercado de crédito, e que por lógica elementar não podem se sobrepor à alocação extraordinária de riscos, relativa à álea econômica extraordinária, ao Poder Concedente. Esta deve justamente ser aplicada nos casos extremos, imprevisíveis e incalculáveis e para os quais não há sentido jurídico ou econômico considerar que teriam sido precificados pela Concessionária. É certo:

³¹ No valor de R\$ 762 milhões, com taxas de juros de TJLP + 2,0% a.a. e prazo de 18 meses.



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

não há nada mais extraordinário e imprevisível que a materialização, no mercado de crédito do setor de infraestrutura, da maior crise econômica da história brasileira, como foi expressamente reconhecido pela própria ANTT.³²

44. Além deste fundamento (por si só já bastante para o reconhecimento do direito da Requerente), é preciso considerar também a quebra de uma premissa essencial da Concessão. Como se afirmou anteriormente – e será mais detalhado na seção III.D.2. – a adoção de uma estrutura de capital considerando uma alta alavancagem e em condições subsidiadas era premissa fundamental da viabilidade do projeto, em especial considerando a módica tarifa-teto delimitada pela Requerida no Edital. Tais premissas contratuais representam, para os fins do artigo 10 da Lei 8.987/1995, condições do Contrato de Concessão. A não efetivação de tais condições essenciais representa também violação à confiança legítima desenvolvida pela Requerente durante o processo licitatório, causada pelas condutas da Requerida, como entidade do Governo Federal responsável por operacionalizar a política da União para o setor rodoviário, ao não garantir, como havia sido prometido, o financiamento indispensável para a viabilidade da Concessão, nem o reequilíbrio econômico-financeiro que sanasse tal desequilíbrio.

45. Fato é que, independentemente da classificação conceitual dada aos eventos que causaram a não concessão do financiamento (seja como eventos afetos à álea extraordinária econômica, como caso fortuito e força maior, ou álea extraordinária administrativa, como fato do princípio ou fato da administração), a consequência jurídica garantida pela legislação e pelo Contrato de Concessão é a mesma: a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro, que no caso é calculado, considerando os impactos diretos financeiros e os efeitos colaterais à Concessão, no valor atualizado de **R\$ 396.895.000,00**, em moeda de maio de 2012.

³² No documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais (C - 32).



5) *Aumento no preço dos insumos asfálticos*

46. Ainda, logo no início de 2015, a Concessionária passou a sentir o impacto do aumento imprevisível e extraordinário no preço do CAP e outros insumos asfálticos. Esses materiais são extensivamente utilizados nas obras rodoviárias e representam **impacto correspondente a 30% a 40% de aumento nos custos da Concessionária**.³³ A situação é agravada pelo fato de a Petrobrás, sociedade de economia mista controlada pela União, ser a **fornecedor monopolista**³⁴ deste insumo no Brasil, controlando o seu preço no mercado nacional, **obrigando a Concessionária a sujeitar-se aos valores por ela fixados**.

47. A Petrobrás sempre havia mantido o preço dos insumos asfálticos controlado, mesmo quando havia variação expressiva do preço do principal insumo para sua produção, o petróleo. Fazia parte da política pública do então governo o uso da Petrobrás como instrumento de controle da inflação,³⁵ de modo que os insumos asfálticos permaneceram com preços relativamente estáveis durante todo o período anterior e durante a licitação e do início da execução contratual. Mas a partir do fim de 2014 a Petrobrás alterou a forma de determinação desses preços, interrompendo o seu represamento e passando a seguir as condições de mercado, realizando aumentos extraordinários e imprevisíveis. Note-se que tais aumentos ocorreram em períodos de **baixas históricas nos preços do barril de petróleo**, principal insumo do CAP. Em termos claros: a **Concessionária viu-se refém de uma entidade da Administração Pública Federal** e que é historicamente utilizada pela União como instrumento

³³ Como informado à Requerida no Ofício CRO 249/2015, de 12.02.2015.

³⁴ Como será visto na seção III.D.3. Para mais detalhes sobre a estrutura do mercado de asfalto, cf. RIBEIRO, Mauricio Portugal. “Concessões de aeroportos e de rodovias federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo Poder Concedente e as suas consequências”. Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/riscos-controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte.pdf>

³⁵ Confira-se o noticiário do segundo semestre de 2014, quando as discussões a respeito da alteração da forma de determinação de preços pela Petrobrás ganhou força: <https://exame.abril.com.br/economia/moodys-critica-uso-da-petrobras-contra-a-inflacao/>; <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/08/08/prejuizo-com-precos-controlados-sobe-55-e-petrobras-busca-alta-da-gasolina.htm>; <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/dilma-rejeita-equiparar-preco-da-gasolina-ao-mercado-internacional,1555548>.



de consecução de suas políticas públicas, mas que havia unilateral e imprevisivelmente optado por alterar a sua forma de fixação de preço dos insumos asfálticos, além de majorá-lo em níveis sem precedentes numa época em que o custo de produção de tal insumo vinha sendo relevantemente reduzido.

48. Conforme informado à ANTT,³⁶ houve aumentos sucessivos no valor do CAP em média de 35%³⁷ nos dois últimos meses de 2014 - com graves impactos sobre os custos totais das obras rodoviárias executadas pela Concessionária em 2015. Além disso, nos períodos subsequentes, o valor do CAP continuou a subir, Tome-se, como exemplo, o CAP 30-45, insumo utilizado intensamente nas obras de ampliação de capacidade, que sofreu uma variação extraordinária de 76% desde novembro de 2014 até dezembro de 2016, momento em que foram interrompidas as obras de duplicação. Diversos aumentos no preço desse insumo continuaram a ocorrer ao longo da Concessão, de modo que, desde novembro de 2014 até o final de 2019, já acumulavam um total de 189% em termos nominais, elevando enormemente e de forma extraordinária e imprevisível os custos da Concessionária. Como será demonstrado oportunamente no item III.D.3. a seguir, a variação extraordinária do preço do CAP levou a Concessionária a sofrer um desequilíbrio econômico-financeiro de R\$ 293.197.706,44 em valores de maio de 2012.

6) *Atraso na arrecadação tarifária*

49. Apesar da alteração unilateral do Plano de Ataque pela ANTT e do aumento extraordinário nos custos associados aos insumos asfálticos, a Concessionária esforçou-se para completar 10% de toda a duplicação da rodovia, exigência contratual para início da cobrança da tarifa de pedágio. Evidentemente, a Concessionária precisava gerar caixa para fazer frente não só às suas obrigações contratuais, mas também a todos os desequilíbrios ignorados pela ANTT.

50. Contudo, mesmo atendendo a todos os requisitos contratuais autorizativos da cobrança de pedágio, a Concessionária teve ainda o início de sua arrecadação

³⁶ Em 12/02/2015 no Ofício CRO 249/2015 (C - 42).

³⁷ As variações são indicadas nesta seção sempre em termos nominais.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

tarifária prejudicada pelo atraso da ANTT em expedir a Resolução Autorizativa, documento necessário para cobrança de pedágio.

51. Isso ocorreu **especificamente por conta da demora pela ANTT** na verificação do requisito de execução dos 10% iniciais das obras de duplicação, o que corresponde a 45,36 km de rodovia. Esse atraso ocorreu porque no ano anterior a ANTT havia editado Portaria nº 81/14 (C - 43) e, **em interpretação contrária à literalidade, ao escopo e ao objetivo declarado da portaria editada**, a ANTT entendeu que um de seus artigos teria criado requisitos adicionais para o aceite das obras de expansão de capacidade, a exigir uma dupla análise por parte de seus órgãos, o que fez com que a Resolução Autorizativa não fosse expedida no prazo contratual.

52. Com o consequente atraso de 17 (dezessete) dias na expedição da Resolução Autorizativa, a Concessionária pleiteou administrativamente o correspondente reequilíbrio econômico-financeiro pela perda da arrecadação da tarifa de pedágio no período. No entanto, **a ANTT deixou de reconhecer 11 (onze) dias de atraso**, o que trouxe à Concessionária uma **perda de receita de R\$ 7.649.866,38** em valores de maio de 2012, ainda não reequilibrada.

7) Alteração do limite de peso bruto por eixo

53. Para agravar ainda mais a situação, em 2015 foi editada a Lei dos Caminhoneiros (Lei Federal 13.103/2015), que aumentou o limite aplicável de tolerância do peso bruto por eixo do veículo que trafega na rodovia. Tal incremento de peso aplicável ao pavimento diminuiu a sua vida útil e passou a gerar maiores gastos com manutenção rodoviária. Ressalta-se que tal aumento **afetou de forma especial a Concessão, se comparada às demais concessões federais, pelo fato de a maior parte do fluxo de veículos da BR-163/MT ser composto de veículos de carga, em torno de 90% (C - 44)**.

54. Apesar de o **direito ao reequilíbrio econômico-financeiro ter sido expressamente reconhecido pela ANTT**,³⁸ em razão da alteração legislativa

³⁸ Em sede administrativa na 4^a Revisão Ordinária, em 2016.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

superveniente, o reequilíbrio ainda não foi efetivado pelo fato de a ANTT adotar um método de cálculo inadequado, que **não contempla os reais efeitos do aumento de peso bruto por eixo sobre a Concessionária**. Isso porque, **ao invés de considerar as características reais da rodovia**, a ANTT calculou o valor do desequilíbrio por metodologia proveniente de estudo anterior, feito em contexto completamente diverso, e sem considerar as características específicas do Sistema Rodoviário. A racionalidade do argumento da Requerida ora questionado já foi inclusive considerado como superado pela própria ANTT, que atualmente trabalha na revisão do método de cálculo a ser empregado. Assim, **haveria um impacto de R\$ 392.915.158,79** na base de maio de 2012, conforme detalhado no tópico III.E.

8) Remoção de interferências

55. Durante a realização de obras em cumprimento ao objeto do Contrato de Concessão, a Concessionária por diversas vezes precisou lidar com objetos que se encontravam fisicamente nos limites do Sistema Rodoviário e que, se ali mantidas, dificultariam ou inviabilizariam a realização das intervenções necessárias. Essas infraestruturas existentes – que podem estar localizadas tanto sob (como tubulações de drenagem ou redes de cabos) quanto sobre a terra (como postes e torres que sustentam a rede elétrica, como no caso em questão) – são chamadas de interferências.

56. O Contrato de Concessão aloca ao Poder Concedente, em sua cláusula 21.2.20, os custos decorrentes da necessidade de remoção e/ou recolocação de interferências existentes no Sistema Rodoviário, que sejam necessárias à execução das obras e serviços previstos no Contrato de Concessão, junto aos demais concessionários de serviços públicos e outras empresas atuantes no setor de infraestrutura. Dentre outras, a Concessionária apresentou à agência, entre os meses de junho e julho de 2015, os custos incorridos com a remoção de rede elétrica localizada entre os km 9+000 a 12+300 e entre o km 59+900 ao 60+500. Estas interferências estavam situadas em áreas da faixa de domínio e impediam a boa execução das obras de duplicação, uma vez que a utilização do local era necessária para obter o material empregado no aterro necessário às obras de duplicação.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

57. A ANTT indeferiu o reequilíbrio econômico-financeiro referente a essas remoções alegando que (i) não tinha sido seguido o procedimento do Ofício Circular 023/2015/SUINF, de 09 de novembro de 2015, sendo que as remoções foram todas realizadas anteriormente à expedição de tal ato normativo pela ANTT; (ii) que a utilização da caixa de empréstimo para obtenção de material para tais obras não era “imprescindível”. Sendo assim, a agência deixou de sanear um desequilíbrio de R\$ 102.442,95, em valores de maio de 2012.

9) Vícios Ocultos

58. Também após a assunção do Sistema Rodoviário e durante a plena operação do serviço, a Concessionária sofreu com o surgimento de problemas em dispositivos do Sistema Rodoviário que não foram (e nem poderiam ter sido) identificados quando do momento da licitação ou da assunção dos serviços, seja por visitas técnicas ou vistorias preliminares. Trata-se de vícios ocultos, cujo risco é alocado ao Poder Concedente na Cláusula 21.2.12 do Contrato de Concessão.

59. Dos vícios ocultos trazidos à ANTT, a agência indevidamente deixou de indenizar a Concessionária pelos custos adicionais com os reparos necessários (i) à solução da erosão na cabeceira da ponte do Rio Correntes, identificada em maio de 2014 pelo IBAMA em vistoria, com utilização de embarcação, à Usina Hidrelétrica Ponte de Pedra, e comunicada à Concessionária pela própria ANTT em novembro de 2014; e (ii) à solução da erosão de talude nas alças de retorno do trevo de acesso ao município de Rondonópolis, surgido em julho de 2018, decorrente de falha construtiva em rede de drenagem não integrante do Sistema Rodoviário. Em ambos os casos, a ANTT alegou, entre outros argumentos, que os passivos deveriam ter sido cadastrados pela Concessionária e que as intervenções corretivas necessárias já estariam incluídas no escopo das obrigações da Concessionária. Sendo assim, a Requerida deixou de reequilibrar o Contrato de Concessão no montante de R\$ 1.901.534,01 em valores de maio de 2012.



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

10) Desapropriações

60. O Contrato de Concessão alocou ao Poder Concedente na subcláusula 9.1. o risco relativo aos custos incorridos pela Requerente com as desapropriações, em áreas urbanas (considerando que o Apêndice C do PER indica que não haveria áreas urbanas a serem desapropriadas) e rurais. O texto do Contrato de Concessão não apresenta limitação de qualquer espécie aos valores a serem reequilibrados, seja em relação ao tipo de custo passível de reequilíbrio, seja em relação ao método de cálculo do valor indenizável. Contudo, ao longo dos anos, verificou-se a indevida limitação pela ANTT do risco por ela assumido quando da celebração do Contrato de Concessão relativamente aos custos da Concessionária com desapropriações. Na prática, a Requerida tentou alterar a matriz de riscos do Contrato de Concessão, com a redução do risco por ela assumido originalmente.

61. Por meio de uma interpretação contratual inadequada e da edição de ofícios circulares (sob o pretexto de apresentar instruções ou padronizar o envio de informações a respeito dos gastos da Requerente com as desapropriações) a Requerida procurou (i) criar limitações aos tipos de despesas reequilibráveis (com a exclusão de certos tipos de custos referentes a ações necessárias para que se desaproprie um imóvel como, por exemplo, custos de elaboração de laudos de avaliação do imóvel ou custos cartorários e judiciais), e (ii) adotar método de cálculo indevido, mais restritivo, para obtenção dos valores a serem reequilibrados referente ao pagamento de indenizações, pela Requerente, aos particulares expropriados. Ao adotar tais posturas e não compensar integralmente a Requerente pelos custos incorridos com desapropriações, a Requerida vem perpetuando um desequilíbrio no montante de R\$ 3.085.201,68 em valores de maio de 2012.

11) Aplicação de Fator D sobre o Fluxo de Caixa Marginal

62. Equivocadamente, a ANTT aplicou, durante a 1^a, a 2^a e a 3^a Revisões Ordinárias do Contrato, o Desconto de Reequilíbrio sobre a somatória da TBP com os Fluxos de Caixa Marginais decorrentes dos reequilíbrios econômico-financeiros da Concessão. Isso ocorreu em desobediência à expressa previsão da



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

cláusula 22.5, de que os processo de recomposição do equilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão que façam uso de Fluxo de Caixa Marginal não estão sujeitos à aplicação do Fator D. A aplicação de Fator D sobre a somatória da TBP revisada (segundo a Cláusula 18.4) com as parcelas tarifárias decorrentes dos reequilíbrios por Fluxo de Caixa Marginal causa diretamente um desequilíbrio econômico-financeiro, pois incide em parcela da tarifa que tem justamente como função o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, o que foi inclusive reconhecido posteriormente pela ANTT com a edição da Resolução 5.850/2019. Cabe portanto a recomposição de **R\$ 2.361.297,60** em valores de maio de 2012 pelas perdas tarifárias decorrentes da aplicação indevida do Fator D.

12) Incorreção da aplicação de Fator D de Área Trincada

63. A Área Trincada (TR) é um dos parâmetros de desempenho da Concessão, cujo descumprimento pode acarretar a aplicação do Fator D. Durante as Revisões Ordinárias do Contrato de Concessão, a ANTT calculou incorretamente o parâmetro de desempenho de Área Trincada. Isso se deu em função da utilização, pela agência, de uma metodologia de cálculo reconhecidamente indevida, que utiliza uma unidade errada para o cálculo do respectivo parâmetro. O PER define, em seu item 3.1.1, o parâmetro de trincamento como uma proporção da *área trincada* e a *área total da Rodovia*. Contudo, a ANTT avaliou o atendimento ao parâmetro de desempenho em questão não como uma função da *área*, mas da quantidade de segmentos homogêneos (trechos de 1km) nos quais havia um trincamento maior que o limite percentual para cada período. Ao utilizar como unidade de cálculo do parâmetro a quantidade de segmentos homogêneos e não a área (km^2) da rodovia, a Requerida calculou incorretamente o parâmetro, chegando a um valor de trincamento maior que o efetivamente incorrido pela Concessionária. A ANTT aplicou portanto indevidamente o Fator D e tem reduzido sem fundamento contratual as receitas da Requerente desde da 1^a Revisão Ordinária, resultando num desequilíbrio de R\$ 1.267.753,37, em valores de maio de 2012.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

13) Não aceite de obras de duplicação

64. Durante a execução das obras de duplicação do primeiro ano da Concessão – entre 21 de março de 2015 e 20 de março de 2016 – a Concessionária executou 117,4 km de obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias. Essa extensão superou a meta estabelecida pelo item 3.2.1 do PER para aquele ano, que consistia em 72,6 km. Era devida, portanto, a aplicação pela Requerida de Acréscimo de Reequilíbrio à tarifa a ser cobrada pela Requerente, correspondente à superação em 44,8 km da meta de duplicação.

65. Contudo, a ANTT desconsiderou injustificadamente certos trechos implantados pela Concessionária para os fins de contabilização da meta de ampliação. Em especial, três obras foram desconsideradas pela Requerida: o Diamante 03 (trecho de 0,5km), a duplicação da Ponte sobre o Rio Correntes (trecho de 0,7km) e 1,8km do trecho duplicado entre os km 94,9 e 96,4 da BR-163/MT. Foram glosados, portanto, 3km, entendendo a Requerida que somente haviam sido duplicados, naquele ano, 114,4 km. Como será demonstrado, essas glosas vêm impactando a aplicação do Acréscimo de Reequilíbrio desde a 1^a Revisão Ordinária da Concessão, em que foi concedido um acréscimo inferior ao devido. Posteriormente, as glosas causaram aplicação pela Requerida de um Desconto de Reequilíbrio superior ao que deveria ser realizado, pela não compensação da extensão integral duplicada além da meta contratual no primeiro ano com a extensão duplicada aquém da meta contratual nos anos seguintes. Houve, portanto, uma redução infundada das receitas contratuais da Requerente no montante de R\$ 2.045.045,38 em valores de maio de 2012.

I.D. Acúmulo de desequilíbrios e inviabilização da Concessão

66. A Concessão ingressou então na **fase crítica** atualmente vivida, em que, diante de tantas adversidades, **exauriu seu fôlego financeiro** para cumprir as ambiciosas metas de investimento contratuais. Além dos Eventos de Desequilíbrio já narrados, **os malefícios da não obtenção do financiamento de longo prazo nas condições tomadas como premissa na modelagem da**



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Concessão, expostas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, se agravaram enormemente em 2016 devido ao esgotamento dos recursos obtidos com o empréstimo-ponte e dos recursos aportados pelos acionistas (*equity*).

67. Embora tenham sido objeto de pleitos no âmbito administrativo na forma contratualmente prevista (revisões ordinárias ou extraordinárias do Contrato de Concessão), os eventos de desequilíbrio acima delineados não foram reconhecidos pela ANTT na forma devida à Requerente. Isso onerou sobremaneira a Concessão, ao ponto de se vislumbrar a sua inviabilização, na medida em que a Concessionária já não pode arcar com os imprevistos ônus que está sendo obrigada a suportar. Tendo seus esforços financeiros chegado ao limite em decorrência do acúmulo de desequilíbrios, tornou-se impraticável a execução até mesmo de investimentos que originalmente lhe competiam em abril de 2016, conforme informado no Ofício 962/2016 (C - 45). A interrupção ocasionou um efeito colateral de sobrecusto na execução das obras, já que as atividades de conserva prévia do pavimento nos trechos não duplicados foram mantidas até a presente data como solução paliativa. Isso porque as intervenções de conserva, como visto na seção I.B, são indicadas para pavimentos que já apresentam condição estrutural adequada, visto que a conserva, em si, não é capaz de elevar os parâmetros do pavimento. Como, pela indisponibilidade de recursos decorrente do acúmulo de desequilíbrios, a Requerente não pôde realizar as intervenções de duplicação e recuperação (que atuam na estrutura do pavimento) conforme cronograma de obras, o resultado foi a diminuição da eficácia das soluções de conserva adotadas.

68. Além do mais, os parâmetros de desempenho do pavimento estabelecidos em contrato se elevam no decorrer dos anos, de modo que, sem recursos para maiores investimentos, não foi possível atender aos parâmetros cada vez mais exigentes. Como consequência imediata de tal situação, o Poder Concedente passou a autuar a Concessionária pelos supostos descumprimentos contratuais, penalizando-a com a imputação de multas e com a possível deliberação pela aplicação dos chamados “Fator D” e “Fator “C”, conhecidos mecanismos contratuais para compensação financeira por descumprimento de obrigações.



69. Além do desequilíbrio pela não obtenção do financiamento de longo prazo por caso fortuito/força maior, **o ano de 2016 foi um marco na derrocada da Concessão** por nele ter ocorrido a 4^a Revisão Extraordinária e 1^a Revisão Ordinária, que indeferiu pela primeira vez a maioria dos pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão pleiteados pela Concessionária.³⁹

70. A situação da Concessão se deteriorou ainda mais com **as sucessivas aplicações de penalidades pela ANTT**, oriundas da impossibilidade de executar as metas contratuais de duplicação e manter os parâmetros de qualidade rodoviária em face dos sucessivos Eventos de Desequilíbrio. Com a sua capacidade financeira comprometida pela impossibilidade de obter o financiamento de longo prazo e com recursos próprios exauridos, por exemplo, com a execução das obras de expansão de capacidade, bem como com os sobrecustos decorrentes da execução dos Contratos CREMA, do PBA-I, e da variação extraordinária do preço do CAP, a **Concessionária passou a sofrer uma série de autuações e a responder a diversos processos administrativos indevidamente abertos, como se os descumprimentos resultassem de culpa sua, e não do acúmulo de Eventos de Desequilíbrio que sufocaram sua capacidade de investimento até inviabilizar a continuidade da Concessão**. Assim, a derrocada de sua saúde financeira decorrente do acúmulo de desequilíbrios não saneados criou novos ônus por conta tanto (i) de efeitos colaterais resultantes da paralisação dos investimentos⁴⁰ quanto (ii) da instauração de processos administrativos para aplicação de sanções à Concessionária, descritos em relatório anexo (C - 46).

³⁹ A Resolução ANTT nº 5.177/2016 de 31/08/2016 (C - 47), falhou em reconhecer o direito ao reequilíbrio pelos seguintes Eventos de Desequilíbrio: alteração unilateral do Plano de Ataque; execução das condicionantes previstas no PBA-I; gastos adicionais incorridos pela inexecução dos Contratos CREMA; atraso no início da arrecadação da tarifa de pedágio; aumento extraordinário do CAP e demais insumos asfálticos; aumento do limite de peso bruto por eixo com uma metodologia adequada de cálculo; desapropriações.

⁴⁰ Aí incluindo despesas com o consórcio construtor e também com a necessidade de soluções mais custosas de conserva em decorrência do desgaste do pavimento como resultado da não realização das intervenções estruturais programadas contratualmente.



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

71. Por fim, é importante destacar que as obrigações contratuais de duplicação permanecem e, quando houver a retomada dos investimentos na Concessão, a Requerente será forçada a realizar investimentos mais vultosos que o que seriam necessários caso a Requerida houvesse reequilibrado tempestiva e adequadamente o Contrato de Concessão. Isso se deve ao fato de que as condições do pavimento são, hoje, muito inferiores às condições verificadas caso o perfil e cronograma de investimentos tivesse sido seguido. Portanto, os investimentos necessários para retomar os parâmetros de desempenho aplicáveis nos dias de hoje serão ainda maiores do que os projetados caso as atividades de duplicação, recuperação e manutenção houvessem sido seguidas de acordo com o cronograma contratual.

I.E. Reconhecimento pelo Poder Concedente dos problemas nos contratos da 3^a Etapa PROCROFE

72. **A gravidade das questões tratadas neste processo, que afetam não só a Concessão, mas também os demais contratos da 3^a Etapa PROCROFE, já foi reconhecida pela própria Administração Pública Federal.** Isso ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 752/2016, que trouxe o instituto da rellicitação, convertida na Lei 13.448/17, e a Medida Provisória nº 800/2017, que tentou conferir maior segurança jurídica à reprogramação de investimentos. **Ficou claro ao próprio Poder Concedente a inviabilidade de cumprimento contratual** e a necessidade de intervenção nos contratos de concessão para garantir, nos termos da exposição de motivos da MP 800/2017,⁴¹ a própria continuidade da prestação dos serviços.

⁴¹ “A proposta tem o objetivo de conferir condições para a continuidade da prestação de serviços em concessões rodoviárias que preveem a execução de investimentos no início do contrato, como as concessões da 3^a etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE), licitadas entre 2012 e 2014. Tais modelagens, formuladas sob a perspectiva de crescimento econômico acelerado, guardaram objetivo político de adiantar investimentos, em face de um cenário de abundância de recursos financeiros. Os contratos preveem a obrigação de duplicação integral dos trechos das rodovias concedidas no curto espaço de tempo de 5 anos a contar do início da concessão. Com o início dos contratos, ao contrário do que se



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

73. No mesmo sentido, no ano de 2018, a ANTT produziu, por meio da SUINF, o documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais (C - 32), em que **reconhece expressamente a inviabilidade de execução dos contratos da 3ª Etapa PROCROFE e defende sua renegociação**. Esse documento, elaborado após audiência pública realizada na Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados no dia 14/08/2018, **defende a ocorrência de uma revisão contratual para resgatar a exequibilidade das concessões**. Confira-se suas conclusões:

"Os efeitos dessa conjuntura traduziram-se na redução no ritmo de execução das obras de grande vulto previstas nas concessões rodoviárias. Com recursos insuficientes, foram priorizados serviços básicos, como a operação e manutenção da rodovia, relegando a um segundo plano os investimentos em ampliação de capacidade e melhorias. Um forte agravante sobre a capacidade de execução das concessionárias foi o efeito da crise econômica sobre as condições de financiamento ofertadas pelos bancos públicos. O enrijecimento das políticas operacionais desses bancos tornou a obtenção de crédito mais restrita e dispendiosa, inviabilizando o planejamento de execução previamente traçado. (...)"

Assim resta evidente que a revisão contratual no seu serviço amplo, que combine os conceitos de revisão extraordinária e de revisão quinquenal, permitindo, assim, reequilibrar os contratos e ajustar a concessão às reais necessidades da rodovia em termos de investimentos, é inegavelmente a única

projetava para a economia brasileira, o que se constatou foi uma grave deterioração das variáveis macroeconômicas no cenário nacional nos últimos anos, com dois anos sucessivos de quedas expressivas no Produto Interno Bruto (PIB), de 3,8% em 2015 e 3,6% em 2016. Esse cenário trouxe restrições à liquidez financeira de outrora, inviabilizando a tomada de empréstimos de longo prazo nas condições veiculadas quando da elaboração do Programa de Investimentos em Logística – PIL. (...) Nesse sentido, além de todas as dificuldades operacionais e técnicas que tal exigência pudesse ocasionar, quando um grande volume de investimentos concentrados em um curto espaço de tempo, no caso as duplicações, é contextualizado com a grave crise econômica, com os problemas enfrentados pelas concessionárias em relação aos financiamentos e à variação da demanda, percebe-se que o projeto fica, de fato, sujeito a uma vulnerabilidade considerável".



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

alternativa que, de fato, soluciona o problema, trazendo da melhor forma o interesse público envolvido.” (grifos nossos)

74. Ou seja, a própria ANTT reconhece que os contratos de concessão da 3ª Etapa do PROCROFE estão desequilibrados, sendo necessária uma “revisão contratual ampla” para a preservação da equação econômico-financeira e para a retomada da viabilidade contratual. Não por outro motivo: **todas as concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE com projetos de dimensões similares enfrentam sérias dificuldades** (sendo que uma das concessões, a da BR-153/GO/TO já teve inclusive a caducidade de seu contrato decretada após enfrentar problemas similares) e diversas buscam soluções para seus contratos por meio de ações judiciais, procedimentos ou a devolução da respectiva concessão. Além dos problemas comuns às demais concessionárias (como por exemplo alteração das condições de financiamento, aumento do peso bruto por eixo, aumento extraordinário e imprevisível do preço dos insumos betuminosos, aplicação do Fator D sobre a TBP decorrente de Fluxos de Caixa Marginais), a situação é ainda mais grave no caso da Requerente em decorrência de eventos específicos ao Contrato de Concessão, como os relacionados ao PBA-I, aos Contratos CREMA e à Alteração do Plano de Ataque.

75. Diante da recusa da ANTT em fazer a necessária revisão contratual para o reequilíbrio econômico-financeiro, tornou-se necessário recorrer à arbitragem para o saneamento dos Eventos de Desequilíbrio. Somados, eles totalizam o valor de R\$ 1.088.097.043,88 em moeda de maio de 2012, de acordo com a tabela abaixo:

| EVENTO DE DESEQUILÍBRIO | VALOR (maio/2012) |
|--|--------------------|
| IPCA | 3479,94 |
| Alteração unilateral do Plano de Ataque Original | R\$ 20.681.592,36 |
| Execução do PBA-I | R\$ 7.749.763,36 |
| Inexecução dos Contratos CREMA | R\$ 100.665.567,31 |
| Alteração das condições de financiamento | R\$ 396.895.000,00 |
| Aumento do preço dos insumos asfálticos | R\$ 293.197.706,44 |
| Atraso na arrecadação tarifária | R\$ 7.649.866,38 |
| Aumento do limite de peso bruto transmitido por eixo | R\$ 392.915.158,79 |



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

| | |
|--|-----------------------------|
| Remoção de Interferências | R\$ 102.442,95 |
| Vícios Ocultos | R\$ 1.901.534,01 |
| Desapropriações | R\$ 3.085.201,68 |
| Aplicação do Fator D sobre o Fluxo de Caixa Marginal | R\$ 2.361.297,60 |
| Incorreção da Aplicação de Fator D de Área Trincada | R\$ 1.267.753,37 |
| Não aceite de obras de duplicação | R\$ 2.045.045,38 |
| Total | R\$ 1.088.097.043,88 |

76. Assim, pleiteia-se ao E. Tribunal Arbitral a realização da devida recomposição da equação econômico-financeira, conforme explicado nos tópicos a seguir.

I.F. A estrutura destas alegações iniciais

77. Para explicar ao E. Tribunal Arbitral a necessidade e o direito da Concessionária à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, este documento está organizado da seguinte forma: o tópico II explica no que consiste o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e quais são suas bases legais e contratuais. O tópico III passa a tratar dos 13 eventos de desequilíbrio econômico-financeiro acima expostos, dividindo-os em quatro categorias, de acordo com os fundamentos jurídicos para sua recomposição:

- A. Alteração unilateral do Contrato de Concessão**, que é o caso da Alteração do Plano de Ataque pela ANTT (item III.A.);
- B. Inadimplementos contratuais do Poder Concedente por inobservância da alocação contratual de riscos**, que é o caso tanto dos custos com a execução do PBA-I, quanto da execução das obras correspondentes aos Contratos CREMA sem o devido reequilíbrio e da materialização de riscos



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

relativos à remoção de interferências; vícios ocultos no Sistema Rodoviário e custos com desapropriações (item III.B);

- C. Alteração superveniente do arcabouço normativo aplicável à Concessão**, por exemplo o aumento no limite de peso bruto por eixo em decorrência da Lei dos Caminhoneiros e o atraso na expedição da resolução autorizativa de cobrança tarifária, causado pela edição de uma portaria pela ANTT (item III.C); e
- D. Ocorrência de fatos afetos à álea econômica extraordinária**, que é o caso do aumento extraordinário e imprevisível dos insumos asfálticos, e da não obtenção do financiamento nas condições subsidiadas que eram verdadeiro pressuposto para a exequibilidade do Contrato de Concessão. (item III.D).
- E. Ocorrência de Fatos da Administração**, pela aplicação indevida do Fator D sobre a parcela da Tarifa de Pedágio composta referente aos reequilíbrios-econômico-financeiros implementados por Fluxo de Caixa Marginal; pela aplicação indevida do Fator D em relação ao parâmetro de desempenho de área trincada (TR) máxima; pela aplicação indevida do Fator D decorrente do não aceite injustificado de obras de duplicação devidamente executadas pela Requerente.

78. Por fim, o tópico IV conclui e apresenta os pedidos da Concessionária ao Tribunal Arbitral.

II. Do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão

79. Antes de detalhar os Eventos de Desequilíbrio, cabe expor ao Tribunal Arbitral como o direito ao equilíbrio econômico-financeiro é garantido no âmbito das concessões de serviços públicos, e, de forma mais específica, no Contrato de Concessão. Para tanto, será abordado a seguir como tal direito é reconhecido pela



doutrina, jurisprudência, legislação e contratualmente, veiculando tais considerações o amparo jurídico que sustenta cada um dos pleitos apresentados detalhadamente na seção III.

80. Inicialmente, ressalta-se que a doutrina mais tradicional de Direito Administrativo define o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos como a relação inicialmente estabelecida entre os encargos do parceiro privado e sua remuneração pela Administração Pública.⁴² O momento de formação deste equilíbrio é aquele da contratação, devendo ser mantidas as condições e parâmetros pactuados inicialmente entre as partes, principalmente a reciprocidade entre obrigações, encargos e receitas do contratado.

81. Nos casos de concessões, a doutrina especializada destaca a importância de se **considerar como parte da equação econômico-financeira do contrato a alocação de riscos nele prevista**.⁴³ Por riscos, entendem-se eventos futuros e incertos que impactam nas prestações das partes, tornando a execução contratual mais ou menos onerosa. O princípio basilar da alocação de riscos é conferir o risco à parte contratual que tenha mais capacidade para controlá-lo (seja evitando sua ocorrência ou mitigando o seu impacto).⁴⁴

⁴² Nesse sentido, Cf. Hely Lopes Meirelles: qual coloca que equilíbrio econômico financeiro é a “*relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste*” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18^a edição. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 199). Na mesma linha, sustenta Celso Antonio Bandeira de Mello que o “[e]quilíbrio econômico financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compreensão econômica que lhe corresponderá”. MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 17^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 593-59.

⁴³ RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 101-103.

⁴⁴. Isso porque, se o concessionário não tem controle nenhum sobre um risco que lhe é alocado pelo contrato, provavelmente, por ocasião da sua participação na licitação, ele vai provisionar, na sua proposta, um valor para lidar com o risco não controlável que lhe foi transferido. Se o evento gravoso relativo a esse risco se materializa, o concessionário usará o valor provisionado para lidar com ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializa, então o valor provisionado vira margem, lucro, do concessionário.



82. Isso é de especial relevância em relações de longo prazo, como o presente Contrato de Concessão, que têm como características a **incompletude** e a **mutabilidade**.⁴⁵ Assim, há **disciplina legal e contratual que estabelece qual parte irá se responsabilizar pelos diversos riscos** aos quais o ajuste está sujeito.⁴⁶

83. De forma mais precisa, pode-se afirmar que a chamada “equação econômico-financeira” de um contrato de concessão significa a **função que relaciona a remuneração** a ser percebida pela concessionária, resultante de sua proposta na licitação, **aos encargos e riscos assumidos** para a execução do objeto contratual.⁴⁷

Nesse contexto, faz mais sentido alocar o risco do evento não controlável ao Poder Concedente, de maneira que, caso ocorra o evento gravoso, o Poder Concedente (ou o usuário, caso o reequilíbrio seja feito por majoração tarifária) pague por ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializar, nem o Poder Concedente, nem o usuário, pagará por ele. O cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao Poder Concedente é muito mais vantajosa para o Poder Concedente e para o usuário do que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao concessionário, pois no cenário em que esse risco é alocado ao concessionário, o Poder Concedente paga pelo evento gravoso em qualquer circunstância (mesmo que ele não ocorra), considerando que a verba provisionada para lidar com o possível evento está incluída na proposta econômica do concessionário, enquanto que, no cenário em que o risco não controlável é alocado ao Poder Concedente, o Poder Concedente e os usuários só pagam por esse risco quando e se o evento gravoso se materializar. Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011

⁴⁵ GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de contratos públicos*, v. 3, nº 5, p. 53-83, mar./ago., 2014.

⁴⁶ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público, inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 354-355: “É de todo adequado que o regime estatutário preveja e o contrato dê concreção a mecanismos de reajuste e de revisão a serem periodicamente implementados pelo concedente (ou agência reguladora). Projetos duradouros como os das concessões exigem essa cautela a fim de que, com o passar do tempo, as tarifas não se descoleem da realidade. A natural incompletude de contratos que combinam longo prazo e complexas prestações torna necessários os mecanismos de manutenção do pacto.”

⁴⁷ Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal, *idem*, p. 103: “Essa equação representará sempre a conexão entre o compromisso de prestação de um serviço e os riscos assumidos pelo parceiro privado e a remuneração que ele receberá por isso. Daí dizermos que, na verdade, o que define a equação econômico-financeira do contrato é a relação entre o serviço a ser prestado, a sua matriz de riscos e a remuneração prevista no contrato. É esta relação que é estabilizado no momento da formulação da proposta.”



84. Duas consequências decorrem do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões: (i) as condições econômico-financeiras originalmente pactuadas – **incluindo a alocação dos riscos entre as partes** – devem ser respeitadas ao longo da execução do contrato; e (ii) **toda e qualquer alteração a tais condições deve ser neutralizada**, de modo a se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

85. Assim, a **necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro surge quando ocorre um evento que materializa risco legal ou contratualmente alocado a uma parte cujos efeitos, no entanto, impactam a outra parte** da perspectiva econômico-financeira.

86. Essa necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é ponto pacífico na doutrina jurídica^{48,49} e na jurisprudência dos tribunais superiores.⁵⁰ Destacam-se as considerações feitas em decisão do STJ de que a

⁴⁸ Além dos entendimentos expostos nas notas anteriores de Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Maurício Portugal Ribeiro e Egon Bockman Moreira, cf. também SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 (Coleção Pareceres, v.2), p. 69; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp.190 e ss.; JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p.92; DI PIETRO, Mari Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 30^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 320-330; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de Serviço Público. 2^a Ed. São Paulo: Saraiva, pp. 325 e ss.; GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas) 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 303; ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 636-637; e AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de Serviços Públicos – Novas Tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 18-19.

⁴⁹ Segundo a doutrina majoritária, ela é uma concretização do mandamento constitucional de manutenção das condições efetivas na proposta nas contratações com a administração pública, previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Confira-se: “Art. 37 (...): XXI - *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. (grifos nossos)

⁵⁰ Por exemplo no STF, cf. RE 571969/DF, Rel. Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 18/09/2014; e RE 183180/DF, Rel. Min. Octavio Galotti, 1^a Turma, DJ 01.08.1997.

Já no STJ, cf. RESP 1248237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1^a Turma, DJe 01/10/2014; REsp 976.836/RS, Primeira Seção Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05/10/2010; AgRg na SL 76/PR, STJ, Rel.



garantia do equilíbrio econômico-financeiro é corolário da segurança jurídica, sendo **necessária para a própria continuidade da prestação dos serviços públicos.**⁵¹

87. Na legislação, o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro é garantido pelas Leis Federais 8.666/1993 e 8.987/1995. Na Lei 8.666/93, sobre os contratos administrativos em geral, ele está presente no art. 58, §§ 1º e 2º, que respectivamente impedem a alteração das “*cláusulas econômico-financeiras (...) sem prévia concordância do contratado*” e estabelecem a necessidade de sua revisão quando das alterações unilaterais para manutenção do equilíbrio contratual.⁵² O tema também é abordado no art. 65 desta lei, especificamente em seu inciso II, alínea “d”, ao mencionar expressamente a necessidade de “*manutenção do*

Min. Edson Vidgal, j. 01/07/2004, DJ 20.09.2004; e REsp 961.376/RS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 02/09/2008, DJe 22/09/2009.

⁵¹ STJ, RESP 1248237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 01/10/2014. Cf. trechos do Acórdão: “3. Os contratos de concessão têm garantida a manutenção do seu equilíbrio econômico financeiro, de modo a viabilizar que as obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste encontre correspondência na compensação econômica adequada; é assegurada durante todo o período de execução do contrato a real e efetiva correlação entre a execução do contrato e a sua remuneração, conforme preconizam, de forma uníssona, doutrinadores excelentes como os Professores HELY LOPES MEIRELLES, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO e CAIO TÁCITO. (...)”

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

⁵² Arts. 58, §§ 1º e 2º da Lei Federal nº 8.666/1993: “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (...)”

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”.



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato” caso ocorram desequilíbrios na equação econômico-financeira.⁵³

88. Já a Lei 8.987/1995, específica sobre concessões, traz esta garantia em seus arts. 9º e 10. O art. 9º, §2º, por exemplo, deixa claro que os contratos devem prever “mecanismos de revisão de tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico financeiro”, enquanto seus §§ 3º e 4º trazem a necessidade de seu reestabelecimento respectivamente nos casos de modificação de encargos legais e de alteração unilateral do contrato.⁵⁴ Já o art. 10, ao dispor que considera mantido o equilíbrio econômico-financeiro “sempre que forem atendidas as condições do contrato”, estabelece que **as condições essenciais que viabilizam e identificam aquela concessão em particular devem ser sempre observadas ao longo de toda execução contratual.**

89. Por sua vez, o Contrato de Concessão trata do tema pormenorizadamente em suas Cláusulas 21 e 22. **A Cláusula 21 traz a matriz de riscos contratual**, identificando os riscos assumidos por cada parte. Já a Cláusula 22 trata dos procedimentos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro toda vez

⁵³ Lei 8.666/93, art. 65: “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração: (...)

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

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

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

⁵⁴ Lei 8.987/1995, “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...)

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

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

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



que a ocorrência de eventos cujo risco estiver alocado a uma parte cause impactos negativos ou positivos sobre a outra. Desse modo, **quando for concretizado um risco alocado ao Poder Concedente que gere ônus adicionais à Concessionária, deverá ocorrer o reequilíbrio econômico-financeiro em favor desta.** Ainda, a Cláusula 22 prevê exemplificativamente os meios possíveis de recomposição, incluindo a alteração do valor da tarifa, o pagamento à Concessionária pelo Poder Concedente, a modificação de obrigações contratuais e a prorrogação contratual.⁵⁵

90. Já a metodologia para calcular o valor a ser reequilibrado é tratada na subcláusula 22.4, havendo as alterativas possíveis de aplicação dos mecanismos de reequilíbrio automático previstos contratualmente, como os fatores C e D, ou pelo Fluxo de Caixa Marginal, dependendo do evento de desequilíbrio.⁵⁶

⁵⁵ Contrato de Concessão, subcláusula 22.3: “22.3 Meios para a Recomposição 22.3.1 *Ao final do procedimento indicado na subcláusula anterior, caso a recomposição tenha sido julgada cabível, a ANTT deverá adotar, a seu exclusivo critério, uma ou mais formas de recomposição que julgar adequadas, incluindo, mas não se limitando a:*

(i) aumento ou redução do valor da Tarifa Básica de Pedágio; (ii) pagamento à Concessionária, pelo Poder Concedente, de valor correspondente aos investimentos, custos ou despesas adicionais com os quais tenham ocorrido ou de valor equivalente à perda de receita efetivamente advinda, levando-se em consideração os efeitos calculados dentro do próprio Fluxo de Caixa Marginal; (iii) modificação de obrigações contratuais da Concessionária; ou (iv) estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio, bem como alteração da localização de praças de pedágio.

22.3.2 A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ocorrer, também, mediante prorrogação deste Contrato, em conformidade com a subcláusula 3.2 (iii) e com a subcláusula 22.8.”

⁵⁶ Contrato de Concessão, subcláusula 22.4: “22.4 Critérios e Princípios para a Recomposição

22.4.1 Os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não poderão alterar a alocação de riscos originalmente prevista no Contrato.

22.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio: (i) na hipótese de atraso ou inexecução dos serviços e obras, dos Escopos, Parâmetros de Desempenho e Parâmetros Técnicos da Frente de Recuperação e Manutenção e da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio, nos termos da subcláusula 22.6, sendo que a hipótese de antecipação da entrega das Obras de Ampliação de Capacidade poderá ensejar o Acréscimo de Reequilíbrio, tudo conforme a metodologia de aplicação do Fator D; (ii) o reequilíbrio se dará pela aplicação do Fator C, na hipótese de evento que ensejar impacto exclusivamente na receita ou verba da Concessionária, conforme hipóteses previstas nos termos do item 1.2 do Anexo 6, bem como aquelas assim consideradas pela ANTT ou em regulamentação própria; (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 da elaboração de Fluxo de Caixa Marginal, nos termos de regulamentação específica.”



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

91. Como será demonstrado na seção a seguir, **todos os pleitos de reequilíbrio apresentados na presente arbitragem tratam da ocorrência de Eventos de Desequilíbrio; ou seja, eventos que tiveram impacto econômico-financeiro negativo sobre a Concessionária e que correspondem a uma alocação legal ou contratual de risco ao Poder Concedente**. Esses pleitos foram submetidos à apreciação da ANTT na esfera administrativa e indevidamente rejeitados.

III. Eventos de Desequilíbrio econômico-financeiro que deterioraram a Concessão

92. Nos tópicos a seguir, são expostos detalhadamente os fatos e o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro em cada um dos 13 Eventos de Desequilíbrio, agrupados conforme seu fundamento jurídico. Assim, o Tribunal Arbitral verificará como em cada caso a Concessionária sofreu o efeito de riscos alocados ao Poder Concedente, sem o devido reconhecimento de seus direitos em sede administrativa pela ANTT, que negou injustamente à Concessionária a realização de reequilíbrios completos e tempestivos

III.A. Alteração unilateral do Contrato de Concessão pela imposição de novo Plano de Ataque

93. Nos termos do Edital, do Contrato de Concessão e do PER, o Plano de Ataque, que determina a ordem dos trechos objeto das obras de ampliação de capacidade, poderia ser livremente elaborado pela Concessionária, desde que observadas as metas anuais de duplicação, conforme item 3.2.1.1. do PER.⁵⁷

⁵⁷ Neste item, denominado “Obras de Ampliação”, consta um quadro que expõe a extensão total de duplicação sob responsabilidade da Concessionária de 453,6 km, com os quantitativos a serem duplicados nos primeiros anos da Concessão. Confira-se:

| Quantitativos e prazos para implantação de pista dupla Ano | Extensão (km) | % do Total a ser duplicado |
|---|----------------------|-----------------------------------|
| 1 | 72,6 | 16% |
| 2 | 108,9 | 24% |



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Contudo, o Poder Concedente, utilizando-se de diversos órgãos e entidades sob seu controle (MT, ANTT, DNIT e FUNAI), atuou decisivamente para compelir a Concessionária a seguir cronograma de obras que melhor atendia aos interesses do Governo Federal, e que era diverso da ordem prevista no Plano de Ataque original concebido pela Concessionária.

94. Por conta da importância que o Terminal Intermodal de Rondonópolis (integrante de programa de destaque do Governo Federal, o PAC) e, consequentemente, do Trecho Sul de Rondonópolis onde esse terminal se localiza tinham no contexto da política pública de logística do Poder Concedente as medidas que viriam a ocasionar a modificação do Plano de Ataque tiveram início ainda mesmo em 04/02/2014, antes da assinatura do Contrato de Concessão, que se deu em 12 de março de 2014. Na ocasião, por meio do Ofício 003/2014/DNM/ANTT (C - 48), a **Diretoria da ANTT solicitou ao DNIT que, urgentemente, viabilizasse junto à SEMA/MT a transferência da titularidade da Licença Prévia nº 300553/2011 (C - 49), referente ao Trecho Sul de Rondonópolis:**

“Solicito a especial gentileza de, com urgência, viabilizar e anuir junto à Secretaria de Estado do Meio Ambiente – SEMA-MT do Mato Grosso a transferência da titularidade da Licença Prévia nº 300553/2011, válida até 09/06/2014, que trata de Duplicação, Pavimentação e Drenagem de Águas Pluviais da Rodovia BR-163/MT – Trecho do Km 94,9 ao Km 119,9 – Rondonópolis – MT, cópia anexa, atualmente em nome do DNIT, para a Concessionária Rota do Oeste S.A. (...) Esta providência é urgente e necessária (grifos nossos)”

| | | |
|--|--------------|---------------|
| 3 | 154,2 | 34% |
| 4 | 117,9 | 26% |
| Total para implantação | 453,6 | 100% |
| Trecho duplicado | | 113,9 |
| Extensão em duplicação pelo DNIT | | 281,1* |
| Trecho de travessia urbana em pista simples a ser contornado* | | 2,3* |
| Extensão do lote | | 850,9 |



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

95. Vê-se, portanto, que mesmo antes da apresentação do Plano de Ataque original pela Concessionária (que ocorreu apenas em 07/03/2014), a ANTT já considerava como urgente a necessidade de transferência da LP à Concessionária para que as obras de duplicação no Trecho Sul de Rondonópolis pudessem ser rapidamente iniciadas. Ou seja, mesmo sem saber em qual período as obras de duplicação do Trecho Sul de Rondonópolis seriam realizadas – considerando o prazo de cinco anos que o Contrato de Concessão confere à Concessionária para realização das duplicações, e a inexistência de previsão contratual determinando por onde as obras deveriam ser iniciadas – a ANTT já se movimentava junto aos demais órgãos e entidades do Poder Concedente para viabilizar prontamente aquelas obras.

96. Atendendo à solicitação da ANTT, em 11/02/2014, o DNIT enviou o Ofício 113/2014/DG à SEMA-MT (C - 50), órgão estadual responsável pelo licenciamento ambiental das obras no Sistema Rodoviário,⁵⁸ requerendo que fosse realizada a transferência da LP à Concessionária. Nele, afirma que “*nada obsta a transferência pleiteada pela ANTT* (da Licença Prévia do Trecho Sul de Rondonópolis, do DNIT à Concessionária Rota do Oeste) *e se coloca à disposição dessa Secretaria para qualquer tipo de apoio que se faça necessário ao atendimento da solicitação*”.

97. O Plano de Ataque original foi apresentado pela Concessionária à ANTT em 07/03/2014, por meio do Ofício CRO 004/2014 (C - 34) prevendo o início das obras de duplicação em março de 2015, chegando à duplicação do segmento rodoviário no qual está contido o Trecho Sul de Rondonópolis somente a partir do mês 4 do Ano 4; ou seja, a partir de junho de 2017.⁵⁹ Isso foi planejado porque existiam obras de duplicação de responsabilidade do DNIT no segmento central da rodovia - o Trecho DNIT, localizado nos km 119,9 a 507,1 da BR-163/MT - sendo obrigação da Concessionária a execução das obras nos segmentos ao norte (entre o km 501,1 e km 850,9) e ao sul (entre o km 0,0 e o km 117,6).

⁵⁸ O licenciamento ambiental do Sistema Rodoviário foi delgado à SEMA/MT pelo IBAMA, que originalmente era o responsável por essa atividade por tratar-se de rodovia federal.

⁵⁹ Considerando que a data de aniversário da concessão é em março, consequência da assinatura do Contrato de Concessão em 12/03/2014. O quarto ano se iniciaria em março de 2017, sendo julho o quarto mês nesta contagem.

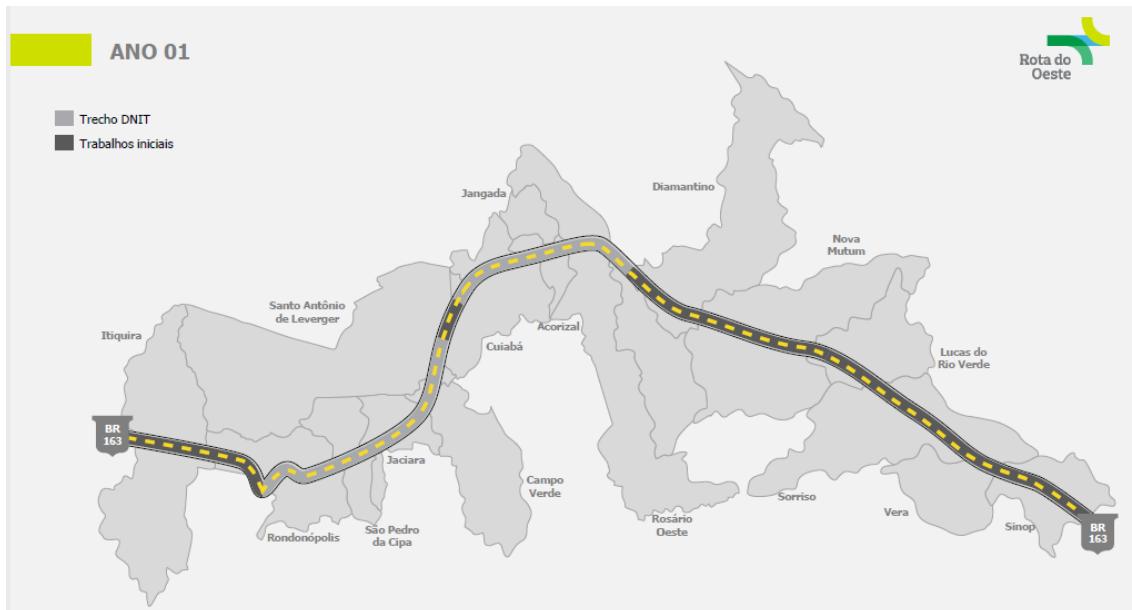


Figura 3 – Mapa com indicação de Trecho DNIT e Trechos CRO

98. Atacar os segmentos norte e sul sucessivamente foi a forma adotada pela Concessionária **para concentrar recursos, estrutura de canteiro e de centrais industriais**, inicialmente no trecho norte, nos 2º, 3º e 4º anos da Concessão, sendo transferidas ao segmento sul apenas no 4º ano. Isso permitiria **maior eficiência na frente de execução das obras, com melhor exequibilidade e significativa economia de recursos**. Ainda, o início da execução das obras pelo trecho norte da BR-163/MT, a partir do Município de SINOP ocorreria **em março de 2015**, logo após a obtenção da LI para todo Sistema Rodoviário,⁶⁰ o que proporcionaria à Concessionária a possibilidade **de executar as obras imediatamente após o período de chuvas** na região norte, propiciando ganho de produtividade considerável. Ao longo dos quatro anos de execução das obras, a Concessionária atravessaria três períodos de chuvas, improdutivos para a conclusão da implantação das estruturas.

⁶⁰ Conforme disposição do PER, as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço relativas à duplicação de rodovias deveriam se iniciar imediatamente após a expedição da LI, e ser concluídas em até 48 (quarenta e oito) meses. Por sua vez, a obtenção LI era obrigação do Poder Concedente (Cláusula 5.2 do Contrato de Concessão) a ser cumprida em até 12 meses após a Data de Assunção (cláusula 10.3.2 (i) do Contrato de Concessão).



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

99. **Essa dinâmica de obras, contudo, não atendia às necessidades do Poder Concedente.** Assim, ainda ao longo do mês de abril de 2014, foram realizadas diversas reuniões específicas entre integrantes das **várias esferas do Governo Federal, e delas com a Concessionária**, com a finalidade de que fosse **priorizado com urgência o Trecho Sul de Rondonópolis** para o início das obras de duplicação.⁶¹

100. O Plano de Ataque original foi analisado pela ANTT no Ofício 546/2014/GEINV/SUINF de 29/04/2014 (C - 51), tendo recebido uma não objeção parcial. Como decorrência, foi autorizado à Concessionária que iniciasse as obras aprovadas.⁶²

101. Contudo, paralela e contraditoriamente à aprovação do Plano de Ataque, a ANTT agia diversamente nas reuniões já anteriormente mencionadas, realizadas com a Concessionária, o MT, a FUNAI e a EPL (responsável pelo EVTE e modelagem da Concessão). Foi por esse motivo que, no dia seguinte à aprovação do novo Plano de Ataque, a Concessionária enviou à ANTT o Ofício CRO 018/2014 de 30/04/2014 (C - 35), informando a respeito do **início imediato das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis**, como expressamente solicitado pelo Poder Concedente nas citadas reuniões:

“a CRO tem sido instada por autoridades, stakeholders e sociedade de um modo geral quanto a possibilidade de iniciar suas obras de duplicação pelo trecho ao sul de Rondonópolis da BR-163/MT, entre os Km 94,9 e 117,6 modificando o seu plano de ataque original. Deste modo, foram realizadas reuniões específicas

⁶¹ A exemplo da reunião ocorrida em 02 de abril de 2014, referenciada no Ofício CRO 039/2014 (C - 52).

⁶² Nos termos do Ofício ANTT/CRO 546/2014 (C - 51): “Informamos que, embora a Concessionária tenha cumprido com os prazos contratuais para a entrega desses documentos, será dada a NÃO OBJEÇÃO PARCIAL ao Anteprojeto com base no conteúdo da apreciação descrita no Relatório de Análise de Projeto – RAP nº 0631/2014, de 25/04/2014. Para as obras cuja análise indica APROVADO COM RESSALVAS e APROVADO, a Concessionária tem AUTORIZAÇÃO para iniciar, resguardada a emissão do devido licenciamento ambiental e a efetivação das desapropriações necessárias. As ressalvas indicadas deverão ser entregues nos projetos executivos antes do início das obras”.



com a CRO, com a participação da ANTT e DNIT, a exemplo do dia 02 de abril de 2014, para tratar do assunto;

*Por meio de um estudo detalhado a respeito, a CRO concluiu que esta alteração no seu plano de ataque original, com **início ainda em 2014 das obras do Trecho Sul de Rondonópolis**, levaria a um sobrecusto da ordem de R\$ 40 milhões, em virtude da: (i) antecipação e implantação dos canteiros de obras e mobilização de equipamentos; (ii) aumento da permanência do efetivo indireto; (iii) retrabalhos proporcionados pela postergação do revestimento da camada de CBUQ para depois do período chuvoso; (iv) custos adicionais decorrentes da necessidade de compra de insumos com terceiros, originalmente concebidos para serem fabricados nos canteiros de obra, e; (v) antecipação da mobilização dos equipamentos, ocasionando o acréscimo de custos não previstos em função da permanência dos mesmos em um período adicional de chuva (novembro a março) (...)*

*Diante do exposto, para o **início das obras em 2014 pelo Trecho Sul de Rondonópolis**, tornam-se necessárias: (i) a tempestiva manifestação de não objeção da FUNAI à emissão da LI pela SEMA-MT; (ii) a observância de um período mínimo de 30 dias para a mobilização das obras, e; (iii) o prazo limite de 12 de junho para o **início das obras**" (grifos nossos)*

102. O teor do Ofício CRO 018/2014 já evidencia indiscutivelmente que partiu do Poder Concedente, por meio de solicitações em reunião com seus órgãos e entidades, a iniciativa de fazer com que as obras de ampliação de capacidade **se iniciassem o mais rápido possível pelo Trecho Sul de Rondonópolis**.

103. Isso é corroborado pelo fato de apenas seis dias após a aprovação do Plano de Ataque original, em 05/05/2014, ter sido discutida a **necessidade de priorização de início o quanto antes das obras naquele trecho** no curso de uma reunião interna coordenada pela Casa Civil e realizada no Palácio do Planalto, **em que participaram a FUNAI, o MT e a ANTT**. A memória desta reunião foi enviada por e-mail a seus participantes e é patente nela a **determinação de "duplicar imediatamente" o Trecho Sul de Rondonópolis**. Confira-se:



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

“TRECHO DNIT possui pendências nos programas ambientais (PBA-I) sob a responsabilidade do DNIT.

Para o aproveitamento da janela hídrica (período de chuva recomeça em setembro), há necessidade que a licença de instalação seja emitida pela SEMA/MT até 30/05/2014.

Em função do gargalo logístico enfrentado no SUBTRECHO RONDONÓPOLIS, da consequente necessidade de duplicar imediatamente o subtrecho e para dar segurança à FUNAI na sua manifestação quanto à LI para o respectivo subtrecho, MT e ANTT propuseram inserir como condicionante de validade da LI do subtrecho a execução do PBA-I do TRECHO DNIT.”⁶³ (grifos nossos)

104. Em decorrência desta reunião, foi emitido o Ofício 042/2014/DECON/SFAT de 06/05/2014 (C - 36), originário do MT e endereçado à FUNAI. Em tal correspondência, o Diretor do Departamento de Concessões da Secretaria de Fomento para Ações de Transportes do MT, **considerando “a importância logística do subtrecho de 25km localizado entre a cidade de Rondonópolis e o terminal ferroviário ALL”** informava à FUNAI a necessidade de que fosse concedida a LI à Concessionária ainda no mês de maio de 2014, **para que a Concessionária pudesse “iniciar as obras de duplicação ainda este ano [de 2014]”**. Considerando que a Concessionária havia apresentado em seu Plano de Ataque original cronograma no qual o trecho somente seria duplicado em 2017, **a extrema urgência declarada do Poder Concedente em viabilizar que as obras de duplicação daquele trecho se iniciassem ainda em 2014** evidencia novamente que a Requerida estava agindo para forçar a Concessionária a seguir um Plano de Ataque que melhor se adequasse aos seus interesses.

105. Ainda, no mesmo dia 06/05/2014, foi remetido à Concessionária o Ofício 026/2014/DNM/ANTT (C - 53), em que a ANTT a informava a respeito de **reunião ocorrida no dia anterior, contando com representantes da FUNAI, do MT e da**

⁶³ Trecho do email enviado em 06/05/2014 por dermeval.junior@presidencia.gov.br a representantes do MT, FUNAI e ANTT que participaram da reunião, contendo a memória da reunião realizada entre essas entidades em 05/05/2014, às 11:30, no Palácio do Planalto. Email disponível em anexo ao Ofício 026/2014/DNM/ANTT de 06/05/2014 (C - 53).



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

ANTT e ainda encaminhava o citado Ofício 042/2014/DECON/SFAT/MT. Para além das tratativas em reuniões presenciais, **por meio de tal correspondência a ANTT deu ciência à Concessionária por escrito, expressa e inequivocamente, a respeito da prioridade e urgência a ser dada à duplicação do Trecho Sul de Rondonópolis.**

106. Em resposta, no dia 14/05/2014, a Presidência da FUNAI remeteu a questão à sua Superintendência de Infraestrutura, Mineração, Indústria e Serviços por meio do Ofício 290/2014/PRES/FUNAI-MJ (C - 54), se posicionando favoravelmente ao prosseguimento do licenciamento ambiental conforme as solicitações da ANTT e DNIT.⁶⁴ Como resultado, no dia 20/05/2014, a LI nº 63830/2014 (C - 55), referente ao Trecho Sul de Rondonópolis, foi expedida.

107. Ao longo do mês de maio daquele ano, ainda, diversos entes da Administração Pública interpelaram a ANTT corroborando a **urgência da alteração do cronograma originalmente proposto para adaptá-lo às suas expectativas demandas**, que convergiam com a orientação do Governo Federal. Estas manifestações, cujas datas de envio e recebimento se estendem entre 19/05/2014 e 21/05/2014, foram explícitas quanto à **necessidade de iniciar prontamente as obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis**. Dentre as manifestações recebidas estão as remetidas pela Prefeitura de Rondonópolis, pela Superintendência Regional do DNIT no Estado do Mato Grosso (Ofício 292/14-

⁶⁴ Como narrado pela FUNAI: “Com relação a este trecho de 25 km, em fevereiro de 2014, a ANTT solicitou ao DNIT a transferência de titularidade da LP para a concessionária Rota do Oeste S.A.(Odebrecht). Para fins de nivelamento de informação, conforme Ofício enviado pela SEMA/MT, restou estabelecido que todo o processo de licenciamento ambiental do subtrecho do Km 0,00 ao Km 119,9 da BR 163-MT seria vinculado e de responsabilidade da EPL/Rota do Oeste S.A. Considerando o exposto acima, em abril de 2014, esta Fundação foi questionada pelo Ministério dos Transportes sobre a possibilidade de emitir anuência à Licença de Instalação do trecho de extensão de 25 km (km 94,9 ao km 119,9), tendo em vista, ainda, o início do processo de licenciamento ambiental para obtenção de Licença Prévia do trecho (Km 0,00 a Km 94,9). (...) Nesta perspectiva, a ANTT, juntamente com o Ministério dos Transportes, encaminhou para esta Fundação a proposta de o PBA-I do trecho do km 119,9 ao km 507,10, de responsabilidade do DNIT, ser iniciado ainda no mês de maio/2014, pela EPL/Rota do Oeste S.A., condicionando esta execução à não objeção da LI do trecho que vai do km 94,9 ao km 119,9. De forma complementar, ressalta-se o dever de continuidade do processo de licenciamento, no que diz respeito à execução do ECI do trecho todo (BR 1 63/MT: Km 0,00 ao Km 119,9), de responsabilidade da EPL/Concessionária Rota do Oeste S.A.(CRO)” (grifos nossos).



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

SR/DNIT/MT), pelo Governo do Estado de Mato Grosso, a partir do Gabinete do Governador (Ofício 036/2014 – GG) e pela Câmara dos Deputados, a partir do Gabinete do Deputado Wellington Fagundes (Ofício 150/14-GAB/WF) (todos no C - 56).

108. Em 09/06/2014, como resposta ao Ofício CRO-ANTT 018/2014, a ANTT remeteu à Concessionária o Ofício 1633/2014/SUINF (C - 57), em que **afirmou categoricamente que a alteração da ordem e cronograma dos segmentos de duplicação, pelo Poder Concedente, enseja o reequilíbrio do Contrato de Concessão:**

“Sobre o assunto, servimo-nos do presente para informar que o Contrato de Concessão do Edital nº 003/2013 não define os segmentos correspondentes às metas anuais de duplicação, de modo que ficam a cargo da Concessionária as definições respectivas.

Outrossim, informamos que qualquer definição por parte do Poder Concedente sobre os segmentos para atendimento às metas de duplicação corresponde à alteração contratual, podendo levar ao desequilíbrio econômico-financeiro.” (grifos nossos)

109. Em razão das sucessivas reuniões realizadas e providências adotadas, a **Concessionária viu-se obrigada a alterar o cronograma das obras de duplicação**. Por isto, remeteu à ANTT diversas comunicações em que, de boa-fé, se manifestava a respeito das repercussões financeiras de tal imposição. Tratam-se dos seguintes documentos: o Ofício CRO 039/2014 (C - 52), que explicou a ANTT os custos adicionais incorridos e pediu a abertura do processo para o reequilíbrio econômico-financeiro, ainda sem cálculo de valores, visto que as obras de duplicação estavam em andamento; o Ofício CRO 989/2016 de 06/05/2016 (C - 58), que pleiteou o no âmbito da 4^a Revisão Extraordinária a devida recomposição econômico-financeira; e o Ofício 1087/2016 de 03/08/2016 (C - 59), que na sequência, ainda na 4^a Revisão Extraordinária, complementou o pleito.

110. Por meio dessas comunicações, a Concessionária apresentou os impactos acarretados pela alteração da ordem e cronograma de obras, relativos ao



enfrentamento de um maior número de períodos chuvosos para a realização das obras pelo Trecho Sul, à necessidade de mobilização de pessoal e de canteiro de obras, ao retrabalho relativo à postergação da implantação da camada de CBUQ, à aquisição de insumos (ao contrário da produção própria, que era possível originalmente no Plano de Ataque da Concessionária), à ruptura do planejamento contratual de obras e à permanência de equipamentos ociosos durante o período chuvoso. Em especial, em razão da imposição unilateral de alteração do seu cronograma de obras de duplicação, a Concessionária se viu forçada a realizar aquisições de materiais e contratações de serviços terceirizados em custos e condições diferentes das inicialmente previstas. Incorreu, para tanto, em custos adicionais em detrimento ao seu resultado econômico, para garantir estes prazos antecipados exigidos pelo Poder Público, mesmo que em momento avesso ao melhor uso das boas práticas da engenharia, como a inserção de nova janela de período chuvoso de dezembro de 2014 a abril de 2015, conforme gráfico abaixo.

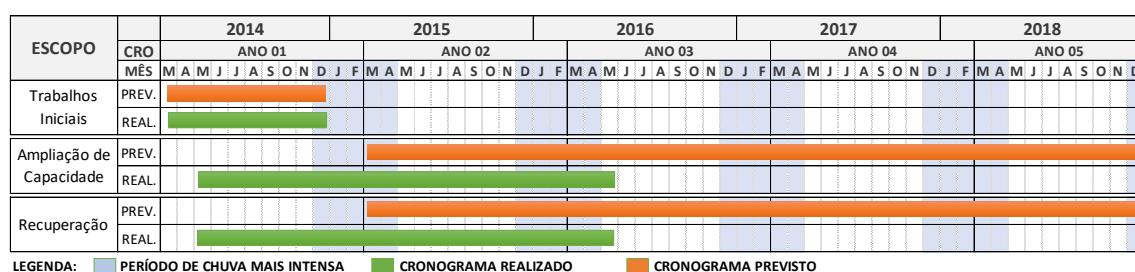


Figura 4– Planos de Ataque original e realizado considerando período chuvoso

111. Houve nesse sentido a aquisição e mobilização de equipamentos especiais específicos para atividades de obras de terraplenagem, como: (i) duas centrais de asfalto de última geração, que permite a realização em elevada qualidade do serviço à baixo custo; (ii) central de britagem própria para melhor exploração das jazidas e produção de insumos minerais no tempo, fração ideal e qualidade específica para atendimento à especificação de seu projeto, (iii) central de concreto, que permite maior agilidade e consequente ganhos de produtividade, além de (iv) serie de equipamentos de uso corrente em obras rodoviárias de grande porte, como *Shuttle Buggy*, Recicladoras, acabadoras de asfalto e demais



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

frota própria, que também oferecem em ganhos de produtividade e consequentemente menores custos de implantação.

112. Tendo efetivamente incorrido nos custos indicados em virtude das alterações no cronograma e ordem das obras de duplicação tal qual exigido pelo Poder Concedente, não teve opção a Concessionária a não ser apelar para o procedimento contratualmente previsto para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Assim, as supramencionadas manifestações endereçadas à ANTT pleitearam o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.⁶⁵

113. Comunicações também foram endereçadas ao MT, que, a respeito dos pleitos da Concessionária, enviou à ANTT o Ofício 181/2014/DECON/SFAT/MT (C - 60). Em resposta, a ANTT encaminhou ao MT o Ofício 062/2014/DNM (C - 61) com o seguinte teor, **negando o direito ao reequilíbrio com base no raso argumento de inexistência de solicitação formal**:

“O item 3.2.1 do Programa de Exploração da Rodovia – Obras de Ampliação da Capacidade e Melhorias dispõe sobre os prazos e quantitativos estabelecidos contratualmente para a duplicação dos subtrechos da rodovia, deixando ao livre arbítrio da concessionária a escolha da localização das obras a serem realizadas dentro das metas estabelecidas.

Assim, as regras estabelecidas pelo Edital permitem ao proponente definir o cronograma de obras a ser seguido para a duplicação, mesmo com algumas contribuições, apresentadas durante a fase de Consulta Pública do Edital e Contrato da 3^a Etapa – Fase III, no sentido de que fosse estabelecido pela ANTT o trecho obrigatório para a execução dos 10%

Sobre o assunto, oportuno informar que, não houve solicitação formal da ANTT à Concessionária no sentido de alteração do plano de ataque original e início das obras da frente de ampliação de capacidade e manutenção do Nível de Serviço no

⁶⁵ Quais sejam os Ofícios CRO 039/2018, 989/2016 e 1097/2016.



trecho da BR-163/MT ao sul de Rondonópolis (km 94,9 ao 117,6)." (grifos nossos)

114. Negar que ocorreu uma alteração material do Contrato de Concessão por força de ação unilateral do Poder Concedente sob o pretexto de não ter havido uma solicitação formal representa **mais do que uma postura contraditória** da Requerida. Ao negar de forma maliciosa o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro com fundamento em argumento formalista e **desconectado com toda a realidade demonstrada**, a Requerida demonstrou **ausência de boa-fé** na condução contratual com a Concessionária.

115. Infelizmente foi essa a tônica da conduta da Requerida na seara administrativa: os pleitos da Concessionária foram expressamente rejeitados no âmbito da 4^a Revisão Extraordinária pelas Notas Técnicas 016/2016 (C - 62)⁶⁶ e 027/2016 (C - 63).⁶⁷ O Voto DSL 179/2016 (C - 64), do Diretor Relator Sérgio Lobo, referendou ambas as notas técnicas. Esse voto originou a Resolução ANTT nº 5.177/2016, correspondente à 1^a Revisão Ordinária e 4^a Revisão Extraordinária.

116. Enquanto a **Concessionária atuou a todo momento imbuída de boa-fé e seus deveres anexos**,⁶⁸ objetivando a cooperação contratual para melhor servir

⁶⁶ Confira-se trecho da NT 016/2016: "211. O fato da Concessionária ter alterado seu plano de ataque original sem a anuência expressa da ANTT implica na assunção dos riscos e dos possíveis impactos negativos desta alteração nos custos e no cronograma inicialmente previsto pela Concessionária. (...)

214. (...) sugere-se que o pleito seja indeferido, não cabendo, neste caso, qualquer reequilíbrio econômico-financeiro por alteração do Contrato de Concessão".

⁶⁷ Confira-se trecho da NT 027/2016: "f. Pedido de Alteração do Plano de Ataque Original 194. A Concessionária, por meio do Ofício CRO 1.087/2016, apresentação contestação referente à alteração do plano de ataque original das obras da rodovia BR-163/MT. (...)

195. Da documentação apresentada pela CRO, não foram verificados elementos e fatos novos que alterassem o entendimento desta GEINV, onde mantemos o posicionamento disposto na Nota Técnica nº 016/2016/GEINV/SUINF.

196. Portanto, recomenda-se que esse pleito seja indeferido, não cabendo, neste caso, qualquer reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.".

⁶⁸ Cf. TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Método, 2016, 6^a Ed., p. 625: "(...) a boa-fé objetiva, conceituada como sendo exigência da conduta legal dos contratantes, está relacionada com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial. São considerados deveres anexos, entre outros: dever de cuidado com relação à outra parte negocial; dever de respeito; dever de informar a outra



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

ao interesse público expressamente manifestado pelo Poder Concedente, há patente inconsistência entre as posturas da Requerida narradas nesta seção e a decisão de indeferimento do pleito da ANTT, sob a frágil alegação que os custos adicionais incorridos pela Concessionária teriam sido contratualmente a ela alocados, e não ao Poder Concedente, bem como de que não teria havido alteração unilateral do Plano de Ataque – e consequentemente do Contrato de Concessão – por não ter sido feita solicitação formal à Concessionária para alteração do Plano de Ataque.

117. A ANTT está duplamente equivocada. Em relação à caracterização do Evento de Desequilíbrio, note-se que a Concessionária jamais pretendeu caracterizar a incidência dos custos adicionais com mobilização de pessoal e canteiro, enfrentamento de períodos chuvosos adicionais, etc. como riscos em si do Poder Concedente. Não se verifica o desequilíbrio porque a Concessionária incorreu por si só em tais sobrecustos, como se tivessem decorrido de fatores sob seu controle. Ao contrário, pleiteia-se o reequilíbrio porque tais sobrecustos **foram causados por uma alteração unilateral do PER, constante na determinação do início urgente da duplicação pelo Trecho Sul de Rondonópolis, ainda em 2014, quando o Plano de Ataque escolhido pela Concessionária previa o início das atividades somente em março de 2015.** Ora, caso tivesse seguido seu Plano de Ataque original e em sua execução tivesse incorrido em sobrecustos, é evidente que não seria cabível o reequilíbrio. **Contudo, como exaustivamente demonstrado nesta seção, não foi esse o caso,** visto que a Requerente foi impossibilitada de cumprir sua ordem e cronograma de atividades de duplicação pela Requerida.

118. Ademais, em relação à caracterização da alteração unilateral, **houve diversas solicitações formais – escritas e em reuniões presenciais, ou mediante solicitações que operacionalizariam o início das obras pelos trechos indicados**

parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; e dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão". Sobre tema, cf. a obra de referência no direito brasileiro, MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999, e sua atualização da mesma autora, A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

(como com a transferência das licenças ambientais, por exemplo). Por diversos meios e em suas diversas esferas – MT, ANTT, DNIT, FUNAI - o Poder Concedente deixou bem clara a necessidade de que a duplicação fosse iniciada o quanto antes, ainda em 2014, pelo Trecho Sul de Rondonópolis, e não deixando de agir para que sua demanda fosse atendida mesmo quando o Plano de Ataque previu inicialmente uma ordem e cronograma de obras diversa da desejada pelo Poder Concedente.

119. Assim, verifica-se uma série de ações encadeadas pelo Poder Concedente para determinar a modificação do Plano de Ataque originalmente proposto pela Concessionária, de modo a atender ao juízo feito pela Administração Pública sobre qual o trecho prioritário do Sistema Rodoviário para sua imediata duplicação. Ou seja, uma alteração do Contrato de Concessão.

120. De fato, nos contratos administrativos, “a modificação contratual é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis”.⁶⁹ Trata-se, na verdade, de um poder-dever da Administração Pública para buscar o arranjo contratual que melhor atenda ao interesse público.⁷⁰

121. Contudo, não há poderes absolutos conferidos à Administração Pública, de modo que, dentre os limites impostos às alterações contratuais unilaterais, há o direito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro.⁷¹ Nos contratos de concessão, trata-se de previsão legislativa expressa nos termos do art. 9º, §4º da

⁶⁹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14^a ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 770.

⁷⁰ Nesse sentido, afirma Carlos Ari Sundfeld: “a alteração do contrato de concessão, assim, não pode ser examinada como evento excepcional ou anormal, mas como um dos instrumentos viáveis – por vezes o único viável – para a realização do interesse público.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Contratual – Coleção Pareceres, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 141). No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14^a ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 735-736

⁷¹ Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 5886; e RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Alterações de Contratos de Concessão e PPP por Interesse da Administração Pública – Problemas Econômicos, Limites Teóricos e Dificuldades Reais. In: Revista de Contratos Públicos – RCP, n. 2 – set/fev, 2012.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Lei 8.987/95, destacando-se a necessidade de que o reequilíbrio econômico-financeiro seja concomitante à ocorrência da alteração:

“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. (...)

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

122. Este direito é amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário⁷² e na doutrina, a qual ressalta a necessidade de o reequilíbrio ser concomitante à alteração unilateral.⁷³

123. Alinhado à legislação, doutrina e jurisprudência, o Contrato de Concessão, nos termos da subcláusula 21.2.13, prevê que as alterações unilaterais do PER e do Contrato de Concessão por iniciativa do Poder Concedente se caracterizam como evento cujo risco é alocado ao Poder Concedente, ensejando reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária:

⁷² Nesse sentido, STJ - AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA AgRg na SLS 79 SP 2005/0010544-9. Relator Min. Edson Vidigal. Data de Julgamento 29/07/2005, CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 29/08/2005.: “Mesmo nos contratos administrativos, ao poder de alteração unilateral do Poder Público contrapõe-se o direito que tem o particular de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando-se o encargo assumido e a contraprestação pecuniária garantida pela administração”.

⁷³ Confira-se a lição de Marçal Justen Filho: “O poder concedente tem o dever-poder de promover unilateralmente a modificação das condições originais da concessão. Mas essa competência envolve inúmeros limites jurídicos, entre os quais se encontra a recomposição da equação econômico-financeira da concessão. Essa ressalva consta, aliás, do §4º do art. 9º da Lei nº 8.987, que consagrou explicitamente a regra de que a alteração unilateral, que importe alteração da equação econômico-financeira, exige recomposição dos valores das tarifas.

Ressalte-se que a parte final do dispositivo introduz a novidade. Condiciona-se o exercício da competência de alteração unilateral à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. É que se estabelece o dever de tal recomposição ser efetivada concomitantemente à alteração. (...) Se a Administração omitir providências para promover a recomposição no espaço de tempo o mais breve possível, caracterizar-se-á omissão abusiva, autorizando inclusive mandado de segurança. Afinal, o art. 9º, §4º, torna, torna inquestionável que o poder de promover alteração unilateral das condições da concessão está indissociavelmente vinculado ao dever de efetivar a recomposição da equação econômico-financeira. Não é possível dissociar os dois aspectos dessa competência.” JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo/SP: Dialética, 2003. p. 409.



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

21.2.13 alteração unilateral no PER e no Contrato, por iniciativa do Poder Concedente, por inclusão e modificação de obras e serviços que afete o equilíbrio econômico-financeiro.”

124. A redação desta subcláusula é categórica em afirmar que o reequilíbrio se origina da ocorrência de alteração unilateral **decorrente de iniciativa do Poder Concedente**. Os contratos de concessão são **contratos incompletos** e, por esta razão, relacionais, construídos ao longo de sua execução de acordo com as interações quotidianas e as práticas desenvolvidas por ambas as partes.⁷⁴ Por isso, há um espaço para que o Poder Concedente, utilizando de suas prerrogativas, atue para que a Concessionária corresponda às expectativas de materialização do interesse público que justificaram a contratação da Concessão, especialmente por meio de alterações unilaterais.

125. Foi exatamente isso que ocorreu no caso: para atender prontamente a trecho de maior demanda rodoviária, o Poder Concedente alterou a disciplina contratual original que dava liberdade à Concessionária para determinar a ordem e cronograma das obras de duplicação ao impor a modificação do Plano de Ataque. **A Concessionária não poderia deixar de atender a essa demanda**, em virtude justamente de tal **prerrogativa da Administração Pública de alterar**

⁷⁴ Os contratos relacionais, dentre os quais encontram-se os contratos de concessão de serviços públicos, são aqueles que envolvem uma relação de serviços continuados estável de longa duração entre as partes, possuindo grau relevante de indeterminação e necessitando de cooperação para lidar com a complexidade de seu objeto. Nesse sentido, cf. Ruy Rosado de Aguiar: “No contrato relacional, a lógica cooperativa substitui a lógica egoísta. O relacionamento continuado exige das partes comportamento adequado a cada nova situação, e com isso abre a oportunidade para que tais condutas sejam analisadas à luz da boa-fé, do fim social e da equidade. A incompletude contratual aumenta o risco e amplia o espaço para a exigência da ação cooperativa. (...)

O contrato relacional é aquele que melhor se ajusta à ideia da obrigação como um processo (...), um negócio em constante refazer-se, a exigir a aproximação das partes para a renegociação e, por isso mesmo denominado pelos princípios da boa-fé, uma vez que por sua natureza não tem e não pode ter todas as cláusulas substantivas predeterminadas, sendo-lhe adequada a cláusula de hardship”. AGUIAR JR., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. In Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, jan./mar. 2011, pp. 98 e 100.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

unilateralmente o Contrato de Concessão, reconhecida como uma cláusula exorbitante.⁷⁵

126. Representa nítida manifestação de vontade sobre o sentido das obras, e quais deveriam ser as primeiras a serem executadas, **dar ciência à Concessionária a respeito do 042/2014/DECON/SFAT/MT** no qual o Poder Concedente, em suas várias esferas, adota providências para operacionalizar a alteração do Plano de Ataque com o início urgente, ainda em 2014, das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis.

127. Adicionalmente, tem-se que a Concessionária agiu imbuída de boa-fé, **protegida que estava pela confiança e legítima expectativa de que a Requerida adotaria a mesma postura colaborativa.** Qual não foi a surpresa da Concessionária ao ver negado seu pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, após todas as manifestações presenciais e formais, e **todo o esforço do Poder Concedente, em diversas esferas, para viabilizar o início das obras de duplicação do Trecho Sul de Rondonópolis com urgência.**

128. A ANTT ignora todos esses fatos ao simplesmente afirmar de forma lacônica que não foi feita qualquer solicitação, sustentando que a Concessionária teria alterado seu Plano de Ataque de livre e espontânea vontade, mesmo que isso significasse incorrer em custos muito mais elevados. Não é necessária muita reflexão para se perceber a completa irracionalidade desse cenário construído pela ANTT, o que corrobora as alegações da Concessionária.

129. O ordenamento pátrio veda que os contratantes adotem esse tipo de comportamento dúplice, que afete negativamente a contraparte. Para tanto, torna

⁷⁵ “Dentre as características dos contratos administrativos, a que mais chama a atenção é a competência detida pela Administração de alterar unilateralmente algumas de suas cláusulas – reflexo da posição de autoridade pública por ela ocupada no seio do contrato. Se isto é extraordinário em negócios de direito privado, é natural ao contrato administrativo.” MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 Parte Geral. São Paulo: Malheiros. 2010. P. 974.



imperativa a observância dos princípios de probidade e de boa-fé⁷⁶ no curso de toda e qualquer contratação, e nos processos administrativos.⁷⁷ É vedado que a Administração Pública emita comportamentos contraditórios, como o presente de **determinar a alteração do Plano de Ataque, por diversos meios, diretos e indiretos, modificando a disciplina contratual na sequência**. Isso afronta a segurança jurídica na execução contratual, intimamente ligada à proteção da boa-fé e confiança dos administrados.⁷⁸ Conforme já afirmou o STJ, em voto da lavra Min. Ruy Rosado de Aguiar:⁷⁹

"Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram"

130. Assim, sob pena de tolerar a ilícita prática da Requerida de violação à boa-fé e seus corolários, é imperativo o reconhecimento de que **foram realizados atos pelo Poder Concedente, por meio de seus órgãos e entidades, que impuseram a alteração do Plano de Ataque da Concessão para que as obras de expansão de capacidade fossem iniciadas pelo Trecho Sul de Rondonópolis com urgência, ainda em 2014.**

⁷⁶ Com previsão no artigo 422 do Código Civil, na parte geral das obrigações, igualmente aplicável a contratos administrativos como o presente: "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

⁷⁷ Por força do artigo 2º, Parágrafo único, IV da Lei de processos administrativos federais, a lei 9.874/99: "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;".

Sobre o tema, Cf. PINTO JR., Mario Engler. A confiança legítima no relacionamento entre poder público e iniciativa privada. In Cumprimento de Contratos e Razão de Estado - Col. Direito Em Contexto - CORRÊA, André Rodrigues e ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. Revista de Direito do Estado, n. 4, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2006. p. 231-244.

⁷⁸ Nesse sentido, MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima, *in* Cad. da Esc. de Direito, Centro Universitário Autônomo do Brasil., vol. Jan-Jul 2008. Paraná: 2008, pp. 227-231.

⁷⁹ REsp 141.879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJ 22/02/1998.



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

131. Portanto, pede-se ao E. Tribunal Arbitral o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro pela Alteração do Plano de Ataque pelo Poder Concedente no montante de R\$ 20.681.592,36 em valores de maio de 2012, de acordo com o memorial constante do C - 65.

III.B. Inadimplemento contratual do Poder Concedente por inobservância da alocação contratual de riscos

132. O presente item trata de Eventos de Desequilíbrio que decorrem principalmente da inobservância da alocação contratual de riscos pela ANTT. Ao utilizar **subterfúgios argumentativos** dos mais variados para tentar anular o direito da Concessionária quando da materialização de Eventos de Desequilíbrio, a ANTT **descumpriu frontalmente disposições expressas do Contrato de Concessão**, como se passa a demonstrar.

■ Do direito ao reequilíbrio pela materialização de riscos contratualmente alocados ao Poder Concedente

133. Como explicado na seção II, é **condição necessária para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro a observância das alocações legal e contratual de riscos**. As questões aqui tratadas são particulares ao Contrato de Concessão, no sentido em que não possuem alocação específica de riscos na legislação.

134. Tanto o custo com a inexecução das obras sob responsabilidade do Dnit quanto o custo com o atendimento às condicionantes ambientais indígenas, além dos custos com remoção de interferências, saneamento de vícios ocultos no Sistema Rodoviário e a execução dos atos necessários à desapropriação estão previstos em itens da subcláusula 21.2, pela qual *"a Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente"*; respectivamente nos itens 21.2.8, 21.2.16, 21.2.20, 21.2.12 e 21.2.18 desse dispositivo. Logo, configurada a ocorrência



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

desses Eventos, a **Concessionária possui direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, conforme disposto na subcláusula 22.1.2.**⁸⁰

135. A alocação desses riscos ao Poder Concedente está em consonância com as melhores práticas de modelagem dos contratos de concessão. **Os riscos devem ser alocados à parte que tem melhor condições gerenciá-los**, o que inclui em eventos gravosos como esses (i) prevenir sua ocorrência e (ii) minimizar os prejuízos resultantes de eventual ocorrência.⁸¹ Assim, a parte responsável pelos riscos terá os incentivos para tomar as ações possíveis para evitar sua ocorrência, e caso ele ocorra, poderá remediá-lo a menor custo. Isso traz uma diminuição dos custos de contratação e maior eficiência na gestão contratual e é por essa razão que o Contrato de Concessão aloca esses riscos ao Poder Concedente.

■ Execução do PBA-I

136. As questões relacionadas às condicionantes ambientais indígenas incidem sobre o Sistema Rodoviário porque, próximo à rodovia BR-163/MT, mais especificamente na altura do Município de Rondonópolis, estão localizadas as terras indígenas Tadarimana e Tereza Cristina (em conjunto, Terras Indígenas), conforme o mapa abaixo:

⁸⁰ Contrato de Concessão, Cláusula 22: “22.1.2 A Concessionária somente poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses previstas na subcláusula 21.2 acima.”

⁸¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 80-82.

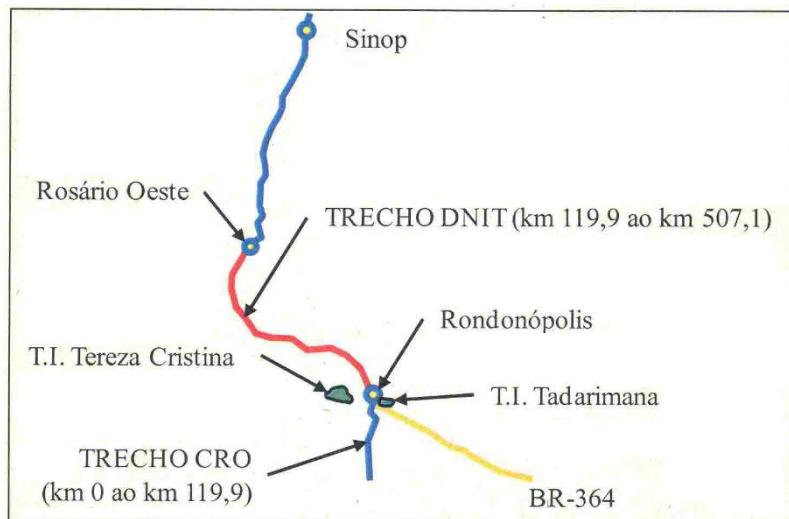


Figura 5 – Mapa BR-163/MT e localização das Terras Indígenas⁸²

137. O mapa também ilustra a divisão feita pelo Contrato de Concessão da responsabilidade pela duplicação da rodovia entre o DNIT (nos km 119,9 a 507,1) e a Concessionária (nos Km 0 a 119,9 e 507,1 a 855,0), conforme previsão do PER em seu item 3.2.1.1 e no Apêndice D.⁸³ Como é possível perceber no mapa, as Terras Indígenas ficam próximas tanto à parte sul do Trecho DNIT (km 119,9 ao km 507,1) quanto ao norte da parte sul do Trecho CRO (km 0 ao km 119,9).

138. Por isso, o **licenciamento ambiental para a realização das obras rodoviárias**, tanto no Trecho DNIT quanto no Trecho CRO, **precisa observar as condicionantes indígenas**. Trata-se de incluir e executar estudos indígenas específicos, nas três etapas do licenciamento ambiental, relativas à obtenção das licenças – LP, LI e LO.⁸⁴ Para tanto, a FUNAI⁸⁵ manifesta-se em cada etapa sobre o atendimento aos respectivos componentes indígenas, que nada mais são que os

⁸² Fonte: Ofício nº 042/2014/DECON/SFAT/MT.

⁸³ O item 3.2.1 do PER lista as obrigações de ampliação rodoviária (duplicação) da Concessionária e do DNIT, e o Apêndice D lista os subtrechos com duplicação de responsabilidade do DNIT.

⁸⁴ Conforme previsto no art. 19 do Decreto Federal 99.274/1990, que regulamenta a Lei Federal 6.902/1981, que disciplina a política nacional do meio ambiente.

⁸⁵ A competência da FUNAI para atuar no licenciamento ambiental indígena advém de sua Lei de criação (Lei Federal 5.371/1977), bem como de atos infralegais que tratam do tema. A proteção especial aos povos indígenas está incorporada ao direito brasileiro no art. 231 da Constituição Federal e na Convenção 169 da OIT de 1989, ratificada no Brasil pelo Decreto Federal nº 5.501/2004.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

elementos adicionais ao licenciamento decorrentes da existência de comunidades indígenas afetadas.

139. Isso funciona da seguinte forma:⁸⁶ (i) para a obtenção de **LP**, deve ser elaborado, no âmbito do EIA/RIMA, um estudo sobre o componente indígena, o ECI, descrevendo os possíveis impactos das obras sobre terras indígenas; (ii) **para a obtenção de LI, deve ser elaborado o PBA-I**, que é o componente indígena do Plano Básico Ambiental, prevendo medidas e programas para mitigação do impacto do empreendimento sobre as comunidades indígenas afetadas; e (iii) **para a obtenção da LO, deve ser iniciada a execução dos programas previstos no PBA-I elaborado na fase anterior**. Ressalta-se que as obras de ampliação de capacidade rodoviária, como as obras de duplicação, só podem ser iniciadas após a obtenção da **LI**.

140. O Contrato de Concessão dispõe em suas subcláusulas 5.2.1, 5.2.2 e 10.3.2 que é **responsabilidade do Poder Concedente a disponibilização das LPs e LIs à Concessionária para o início das obras de duplicação**.⁸⁷ Por isso, anteriormente à assinatura do Contrato de Concessão, a Administração Pública, por meio do DNIT, procurava obter as licenças ambientais correspondentes tanto para o trecho de sua responsabilidade quanto para os trechos que a Requerente haveria de duplicar. Assim, o DNIT havia obtido a **LI** em relação ao Trecho DNIT, estando com o PBA-I já elaborado e em fase de ajustes finais.⁸⁸ Contudo, o Poder Concedente não teve a mesma diligência para a obtenção da **LI** em relação ao Trecho CRO.

⁸⁶ Conforme disciplinados pelas normas aplicáveis à época dos fatos, a Portaria Interministerial Federal nº 419 de 29 de outubro de 2011 e a Instrução Normativa FUNAI nº 1 de 09 de Janeiro de 2012. Atualmente, essas normas foram substituídas, respectivamente, pela Portaria Interministerial Federal nº 60/2015 e pela Instrução Normativa FUNAI nº 02/2015.

⁸⁷ Contrato de Concessão, Cláusula 5^a: "5.2 O Poder Concedente deverá:

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

5.2.2 *Elaborar o inventário florestal e os Planos Básicos Ambientais.*"

Cláusula 10^a: "10.3.2 *A licença de instalação prevista na subcláusula 5.2.1 será disponibilizada a Concessionária em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1.1. do PER, de acordo com as seguintes condições*".

⁸⁸ Conforme informações prestadas pelo MT no Ofício 042/2014/DECON/SFAT/MT (C - 36).



141. Como explicado no item relativo à Alteração do Plano de Ataque (III.A), o Poder Concedente, por meio de uma alteração unilateral do Contrato de Concessão, determinou o início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis. Para a Concessionária atender a essa demanda, contudo, era necessária a disponibilização da respectiva LI.

142. No entanto, o **DNIT apenas obteve a LP para a duplicação do Trecho Sul de Rondonópolis**. Não foi disponibilizada, portanto, a LI correspondente, necessária para o início das obras no Trecho CRO. Infelizmente, esse foi apenas o primeiro de uma série de posturas contrárias da Requerida ao dever anexo à boa-fé objetiva de cooperação contratual.

143. Além de não haver disponibilizado a respectiva LI à Requerente, **a LP disponibilizada à Requerente fora obtida sem a elaboração do ECI e sem a aprovação pela FUNAI**, em desconformidade à legislação. Este fato representa outro descumprimento obrigacional pelo Poder Concedente, e que prejudicou a obtenção da LI pela Concessionária.

144. Uma vez que não foram realizadas todas as etapas para a correta emissão da LP, foi preciso que a Requerente empregasse esforços para suprir a omissão praticada pelo Poder Concedente de oitiva da FUNAI, cuja manifestação é necessária para a determinação das condicionantes indígenas.⁸⁹ Isso significou uma maior demora para a elaboração do ECI e do PBA-I referentes ao Trecho Sul de Rondonópolis, necessários para a obtenção da LI. Por essas razões, foi inviabilizado o início das obras de duplicação ainda em 2014.⁹⁰

⁸⁹ Conforme explicado no Ofício 042/2014/DECON/SFAT/MT em suas pp. 2-3: “O parecer técnico da SEMA/MT que fundamentou a emissão da referida licença para o subtrecho de 25 km de extensão não incorporou manifestação prévia da FUNAI. Na ocisão o órgão licenciador entendeu oportuno que o Estudo do Componente Indígena (ECI) fosse realizado para todo o Trecho CRO. A emissão da LI par o subtrecho de 25 km e a emissão de LP e LI para o trecho do Km 0 ao Km 94,9 está, assim, atrelada à avaliação os impactos no componente indígena e a proposição do respectivo PBA-I”.

⁹⁰ Inclusive, isso configuraria atraso no início das obras por atraso na obtenção da licença ambiental, risco imputado ao Poder Concedente pela subcláusula 21.2.10 do Contrato de Concessão: “21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão,



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

145. Para solucionar essa questão, foi acordado **entre a ANTT, a SEMA-MT, o MT e a FUNAI** que a Concessionária deveria executar o PBA-I já elaborado pelo DNIT para o licenciamento ambiental do Trecho DNIT. A execução do PBA-I elaborado pelo DNIT para o Trecho DNIT foi imposta à Requerente como **pré-condição para a obtenção da LI (e não da LO, como seria o costumeiro) referente ao Trecho Sul de Rondonópolis**. Segundo o MT, o **PBA-I elaborado pelo DNIT para o Trecho DNIT também aproveitaria ao licenciamento ambiental do Trecho Sul de Rondonópolis** porque ambos os trechos (e, consequentemente, os respectivos licenciamentos) se refere às mesmas Terras Indígenas. O objetivo das entidades do Poder Público que impuseram tal requisito à Requerente foi iniciar mais rapidamente as obras naquele local, como demonstrado na seção III.A, conforme consta do Ofício 042/2014/DECON/SFAT/MT.⁹¹

146. Em síntese: em relação à obrigação de prover as licenças necessárias ao início das obras de duplicação do Trecho CRO, o Poder Concedente não proveu a LI à Concessionária e obteve uma LP em procedimento inadequado, sem a elaboração do ECI e sem a observância da FUNAI. Como forma de mitigar as falhas do Poder Concedente, decidiu-se (em processo sem a participação da Requerente) que o PBA-I elaborado inicialmente apenas para o Trecho DNIT (elaborado pelo próprio DNIT) seria aproveitado para o licenciamento das obras do Trecho Sul de Rondonópolis para que à Requerente fosse transferida **tão somente a sua execução**. Que fique claro que a execução do PBA-I do Trecho DNIT aproveitou somente ao licenciamento do Trecho Sul de Rondonópolis, e não ao restante da parte sul do Trecho CRO (km 0,00 ao km 94,5).

147. Em resposta à manifestação do Poder Concedente indicando a necessidade de execução do PBA-I do Trecho DNIT, a Concessionária no Ofício CRO 22/2014 09/05/2014 (C - 37) **condicionou a sua aceitação de transferência da responsabilidade pela execução do PBA-I à não alteração da matriz de riscos**

cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...) 21.2.10. Atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais a cargo do Poder Concedente; “.

⁹¹ Isso foi comunicado à Concessionária pela ANTT no ofício no Ofício 026/2014/FNM/ANTT de 06/05/2014.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

contratuais e à necessária realização do reequilíbrio econômico-financeiro pelos custos incorridos com a execução do PBA-I.⁹² Afinal, trata-se de alocação específica da subcláusula 21.2.16:

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

21.2.16. atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais a cargo da Concessionária por força da exigência de pesquisas arqueológicas, ou condicionantes relacionadas a áreas indígenas ou comunidades quilombolas, bem como os custos relacionados ao atendimento destas exigências e condicionantes nas licenças a cargo da Concessionária ou do Poder Concedente.” (grifos nossos)

148. Esta subcláusula atribui ao Poder Concedente os riscos tanto pela ocorrência de (i) atrasos nas obras por demora na obtenção de licenças ambientais ou (ii) custos com licenças ambientais relacionados ao atendimento de exigências ou condicionantes, que sejam causados por qualquer um desses três fatores: (a) pesquisas arqueológicas, (b) áreas indígenas, e (c) comunidades quilombolas.

149. E não alegue a Requerida desconhecer tal alocação: a subcláusula 21.2.16 foi inclusive mencionada pela ANTT na ata de respostas aos pedidos de esclarecimento ao Edital (C - 66). Em pergunta sobre o cabimento de reequilíbrio pelos custos incorridos no cumprimento das condicionantes ambientais presentes e futuras exigidas pelos órgãos ambientais, a ANTT respondeu que a Concessionária não seria responsável pelo custo com atendimento a condicionantes relacionadas a áreas indígenas, independentemente de a licença respectiva estar a cargo do Poder Concedente ou da Concessionária.⁹³

⁹² Ofício CRO nº 022/2014, enviado à ANTT pela Concessionária.

⁹³ Confira-se a ata de resposta aos pedidos de esclarecimentos do Lote 7 – BR-163/MT, Edital 003/2013, protocolo nº 1599179, pergunta nº 01:

Pergunta nº1: Dada a inexistência de definição de custos pela ANTT ou a fixação contratual do limite do risco da Concessionária, cumulada com a impossibilidade fática de ser realizada a especificação das



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

150. Assim, a própria ANTT deixou claro desde a licitação que, **em todos os casos**, os custos e atrasos ocasionados pela presença de condicionantes relacionadas a áreas indígenas gerariam direito ao reequilíbrio econômico-financeiro.

151. Esse entendimento foi mantido após a resposta da Concessionária, visto que a ANTT reconheceu expressamente o direito ao reequilíbrio pelos custos com a execução do PBA-I no Ofício 064/DNM/ANTT (C - 38), advindo de Diretora da agência. Confira-se:

“Acuso o recebimento do Ofício 022/2014 [enviado pela CRO], que trata da transferência de responsabilidade de execução do plano ambiental indígena relativo à duplicação da BR-163 no Mato Grosso.

Em resposta ao Ofício supracitado, em consonância com o Ofício nº 042/2014/DECON/SFAT/NT e em complementação ao Ofício nº 026/2014/DNM, informo que a assunção da obrigação do cumprimento do PBA-I do Trecho DNIT pela Concessionária não configura alteração na matriz de riscos e

condicionantes ambientais já existentes e futuras, entende-se que a ANTT assumirá o custo financeiro da obrigação descrita na Cláusula 5.1.3 do Contrato, visto ser a Parte apta a gerenciá-lo. Noutras palavras, sob pena de tornar inviável o modelo de concessão proposto, entende-se passível de reequilíbrio contratual os custos incorridos no cumprimento das condicionantes ambientais existentes e que vierem a ser exigidas pelos órgãos ambientais. Confirma este entendimento?

Resposta: Parcialmente. Conforme a cláusula 5.1.3 do Contrato, a Concessionária é obrigada a cumprir as condicionantes ambientais existentes ou que vierem a ser exigidas pelos órgãos ambientais, exceto o inventário florestal e os planos básicos ambientais, bem como, de acordo com a cláusula 21.2.16, a concessionária não é responsável pelos custos relacionados ao atendimento das exigências de pesquisas arqueológicas, ou condicionantes relacionadas a áreas indígenas ou comunidades quilombolas nas licenças a cargo da Concessionária ou do Poder Concedente.”(grifos nossos).

Outras respostas no mesmo sentido encontram-se: nesta ata, no Protocolo nº 1599093, pergunta nº 4; Protocolo nº 1599435, pergunta nº 06, no qual foi mencionada a subcláusula 21.2.6 para responder que a Concessionária seria resarcida dos custos relacionados a comunidades quilombolas e indígenas; na ata referente aos Lotes 2 e 4, BR-040 GO/MG e BR-262 ES/MG, no Protocolo nº 1540514, pergunta 19 e no Protocolo nº 1540546, pergunta 31; na ata referente ao Lote 5, BR-050/153/262 DF/GO/MG no Protocolo nº 1599101, pergunta 4 e Protocolo nº 1602707, pergunta 15.



responsabilidades do Contrato de Concessão e gera direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em função dos custos acarretados pela transferência da obrigação.” (grifos nossos)

152. Esse reconhecimento ocorreu também no Ofício 3490/2014/SUINF (C - 67), que comunicou à Concessionária a **aprovação pela Diretoria da ANTT** do valor a ser gasto com a execução das condicionantes do PBA-I, consignando também a inclusão dos valores respectivos no cálculo do reequilíbrio a ser realizado quando da Revisão Ordinária seguinte.⁹⁴

153. O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro está igualmente presente na Nota Técnica 039/2015/GEINV/SUINF (C - 68), que reconheceu a prestação de contas da Concessionária do valor gasto até aquele momento de R\$ 1.069.22,19 com a execução do PBA-I (elaborado por contratada do DNIT),⁹⁵ e **incluiu esse valor no cronograma físico-financeiro da Concessão, a fim de promover o devido reequilíbrio à Requerente**. Confira-se trecho da referida Nota Técnica, que relata os outros documentos supracitados:

“Com base no referido dispositivo contratual [subcláusula 21.2.16], foi encaminhado à Concessionária o Ofício 064/2014/DNM/ANTT, de 24/09/2014, no qual a Diretora Natália Marcassa de Souza informou que a assunção de obrigação do cumprimento do PBA-I do trecho do DNIT pela Concessionária não configura alteração na matriz de riscos e responsabilidades do Contrato de Concessão e gera direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em função dos custos acarretados pela transferência da obrigação.

Posteriormente, a Diretoria desta Agência, em sua 606^a reunião de diretoria, conforme memorando 118/2014/GAB/ANTT, de

⁹⁴ Confira-se trecho do Ofício 3490/2014/SUINF: “Sobre o assunto, servimo-nos do presente para informar que a Diretoria da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT aprovou a proposta de menor custo para execução do PBA-I, no valor de R\$ 7.900.202,03 (sete milhões, novecentos mil, duzentos e dois reais e três centavos), que será incluído no Programa de Exploração da Rodovia – PER por ocasião da próxima Revisão da Tarifa Básica de Pedágio – TBP.”

⁹⁵ O DNIT contratou a empresa ECOPLAN Engenharia para a elaboração do PBA-I. Frise-se que a Concessionária não teve nenhuma ingerência nessa contratação nem no PBA-I elaborado.



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

06/11/2014, autorizou a inclusão no PER da Concessionária Rota do Oeste o valor da proposta de menor custo para a execução do PBA-I, no valor de R\$ 7.900.202,03 (sete milhões, novecentos mil, duzentos e dois reais e três centavos), na próxima Revisão da TBP, bem como que está autorizado o início da execução dos programas indígenas correspondentes.” (grifos nossos)

154. Assim foi que os valores respectivos do reequilíbrio foram incluídos na 3^a Revisão Extraordinária aprovada na Resolução nº 4.811, de 26 de agosto de 2015 (C - 69).

155. No entanto, em **desrespeito frontal à posição adotada inclusive pela Diretoria Colegiada da ANTT**, a GEINV passou posteriormente a negar injustificadamente o direito da Requerente, incluindo-o no montante de verbas utilizadas para estudos ambientais e licenciamento ambiental. É o que se vê da Nota Técnicas NT 016/2016 de 21/06/2016 (C - 62) e NT 027/2016 de 11/08/2016 (C - 63).

156. Verificam-se os seguintes equívocos e confusões conceituais da ANTT:

- i. considerar que o valor de ressarcimento previsto na Cláusula 7 ainda era devido, **ignorando a transferência de responsabilidade e o fato de que foi a Concessionária quem contratou a elaboração dos estudos ambientais**
- ii. enquadrar a execução do PBA-I como sendo parte da elaboração de estudos ambientais;
- iii. confundir a **elaboração do PBA-I** com a **execução do PBA-I**.

157. Lembre-se que a lógica inicial do Contrato de Concessão era a de que o Poder Concedente disponibilizaria à Concessionária as licenças ambientais. Nessa dinâmica, era responsabilidade do Poder Concedente contratar a elaboração dos estudos ambientais necessários às respectivas fases do licenciamento. Contudo, ainda que a responsabilidade pela contratação ficasse com o Poder Concedente, o Contrato de Concessão partilhou com a Concessionária os custos incorridos pelo poder público com tais estudos. É por



isso que a subcláusula 7.1.⁹⁶ prevê um limite até o qual a Requerente pode ser obrigada ressarcir o Poder Concedente, desde que recebida pela Requerente a respectiva LI, na forma da subcláusula 7.1.3.⁹⁷ Eventuais valores gastos pelo Poder Concedente acima deste limite não seriam resarcidos pela Requerente, na forma da subcláusula 7.1.2.

158. Ocorre que, por pedido do MT, referendado pela própria ANTT, a obrigação de contratação da elaboração dos estudos ambientais foi transferida à Concessionária, conforme provam os Ofícios 012/2014/DECON/SFAT/MT e 006/2014/DMN/ANTT (respectivamente C - 70 e C - 71).⁹⁸ Ao assumir essa obrigação, a Concessionária, por meio do Ofício CRO 007/2014 de 13/03/2014 (C - 72), asseverou expressamente que a assunção da contratação dos estudos ambientais fazia deixar de existir a obrigação de ressarcimento prevista na Cláusula 7^a. Confira-se trecho do Ofício CRO 007/2014:

“A Concessionária Rota do Oeste S.A. (...) vem manifestar sua concordância quanto a proposta de transferência da obrigação de contratação dos estudos ambientais para a CRO, nos termos expostos do referido Ofício, notadamente:

A obrigação de contratação dos estudos ambientais, aludida na Cláusula 7.1 do Contrato de Concessão, transfere-se à CRO, a qual

⁹⁶ Contrato de Concessão, “7. Estudos Ambientais: 7.1 A Concessionária considerou na Proposta apresentada o montante para ressarcimento de estudos ambientais de até R\$ 11.805.582,31 (onze milhões, oitocentos e cinco mil, quinhentos e oitenta e dois reais e trinta e um centavos), a ser reajustada anualmente pelo mesmo índice de reajusta da Tarifa de Pedágio.”

⁹⁷ 7.1.3. A Concessionária deverá pagar o valor correspondente ao ressarcimento de estudos ambientais, ao Poder Concedente ou a entidade por ele indicada, no prazo de até 30 (trinta) dias a contar do recebimento da Licença Ambiental de Instalação das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias do item 3.2.1 do PER”

⁹⁸ Ofício 012/2014/DECON/SFAT/MT, do MT à ANTT: “Nesse contexto, proponho que seja transferida a contratação dos estudos ambientais para a Concessionária, com a posterior cessão desses estudos para a EPL, de modo que a mesma mantenha a responsabilidade pela obtenção das licenças ambientais perante os licenciadores”.

Ofício 006/DMN/ANTT, da ANTT à Concessionária: “Solicito manifestação quanto a proposta de transferência de obrigação de contratação dos estudos ambientais para a concessionária, com a posterior cessão desses estudo para a EPL (...) Ressalto que a concessionária, aceitando a proposta, deverá abrir mão do direito de reequilíbrio caso o custo com os estudos ultrapasse a verba prevista na cláusula 7.1 (...) Saliento que a concessionária se tornaria responsável pelos prazos de elaboração dos estudos, em conformidade com especificações determinadas pela EPL”.



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

fará jus à verba considerada em sua proposta econômica para tanto, de R\$ 11.806.682,31 (onze milhões, oitocentos e cinco mil, quinhentos e oitenta e dois reais e trinta e um centavos), deixando de existir a necessidade de ressarcimento desta verba pela Concessionária, conforme mencionada no item 7.1.3 do Contrato de Concessão”.

159. Ora, sendo a própria Concessionária a responsável pela contratação dos estudos ambientais e por seus custos, o ressarcimento mencionado na Cláusula 7^a do Contrato de Concessão **perde seu sentido. Esse valor antes devido a título de ressarcimento passou a ser empregado diretamente pela Requerente na contratação dos estudos. Por óbvio, somente há lógica no ressarcimento caso o Poder Concedente efetivamente incorresse nos custos de contratação dos estudos ambientais.** Quando a Requerente assumiu a responsabilidade pela contratação de tais estudos a pedido do Poder Concedente, a aplicação da Cláusula 7^a foi superada. **A ANTT simplesmente ignorou esse fato.**

160. Isso porque a NT 016/2016, que marcou a alteração de interpretação da Requerida, entendeu que o custo com a **execução** do PBA-I estaria inserido no escopo da Cláusula 7^a do Contrato de Concessão, como se a Administração Pública tivesse contratado a **elaboração dos estudos ambientais** para obtenção das **LP e LI**, e subsistisse o dever de ressarcimento pela Concessionária previsto na subcláusula 7.1. Confira-se:

119. *Destaca-se ainda que o Ministério dos Transportes (MT), através do Ofício nº 122/2012/SFAT/MT, de 06/12/2012, designou a EPL como sendo a responsável ela elaboração dos estudos para emissão das licenças ambientais na referida concessão rodoviária federal.*

120. *Nota-se que foi expedido a LI nº 65034/2015 em nome da EPL, contudo, a ANTT ainda não recebeu a Guia de Recolhimento da União (GRU), com o valor a ser ressarcido dos custos relativos aos estudos ambientais*

121. *Entretanto, verifica-se que foi incluída na 3^a Revisão Extraordinária da CRO o custo para a elaboração e execução do Plano Básico Ambiental Indígena (PBA-I) no valor de R\$*



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

7.900.202,03 (*sete milhões, novecentos mil, duzentos e dois reais e vinte e três centavos*), a preços de setembro de 2014, o qual foi aprovado pela GEINV através da Nota Técnica nº 039I2015IGEINVISUINF, de 1010812015.

122. *Constata-se também que o montante aprovado para o PBA-I enquadra-se como condicionante ambiental, conforme exposto na LI nº 6503412015, ou seja, faz parte do Licenciamento Ambiental*
123. *Assim, será apresentado abaixo a verificação das verbas utilizadas para os estudos ambientais e licenciamento ambiental, a preços iniciais: (...)*

124. *Com isso, em virtude do Contrato não prever o período previsto para a realização do desembolso (não tem fluxo de caixa) e restar o saldo contratual de R\$ 3.905.380,28 (três milhões, novecentos e cinco mil, trezentos e oitenta reais e vinte e oito centavos) a preços iniciais (data de assunção) para a cláusula 7 – Estudos ambientais, não será necessário reequilibrar o Contrato de Concessão e reverter o valor restante para a modicidade tarifária (não entra no Fator C), haja vista que será mantido o saldo da verba no Contrato para despesas futuras com licenciamentos e estudos ambientais.*

161. Ou seja: a ANTT descontou o valor que a Requerente teria direito ao reequilíbrio pela execução do PBA-I da verba indicada pela subcláusula 7.1, que havia sido originalmente destinada a ressarcir o Poder Concedente pela contratação de estudos ambientais, mas que estava sendo empregada pela própria Requerente com a contratação de tais estudos. Assim, ao invés de ser reequilibrada pelos custos incorridos com a execução do PBA-I elaborado pelo DNIT originalmente para o Trecho DNIT, a Requerida entendeu que a Concessionária ainda devia um saldo de R\$ 3.905.380,28 a ser gasto em favor do Poder Concedente com estudos ambientais que ele não mais contratava.

162. Somente por este motivo já se mostra totalmente infundada a postura da Requerida. No entanto, há ainda uma confusão conceitual da ANTT. A transferência da responsabilidade pela elaboração dos estudos ambientais à



Concessionária é completamente diversa da transferência da responsabilidade pela **execução do PBA-I**.

163. Há, em síntese, as seguintes diferenças: (a) a natureza distinta do objeto, visto que a Cláusula 7^a trata da contratação para elaboração dos **estudos ambientais**, incluindo a **elaboração** EIA/RIMA e PBA, enquanto que de outro lado tem-se apenas a transferência da **execução PBA-I já elaborado** pela Administração Pública; (b) a Concessionária era originalmente responsável pelo resarcimento de valor relativo aos estudos ambientais, mas **nunca teve responsabilidade** contratual pelos gastos relacionados a áreas indígenas, risco este alocado ao Poder Concedente na subcláusula 21.2.16 no Contrato de Concessão; (c) a Concessionária **sempre ressaltou seu direito ao reequilíbrio ao assumir a execução do PBA-I**; e (d) a própria postura da ANTT que, enquanto de um lado deixou claro que a elaboração dos estudos ambientais implicaria a perda do direito ao reequilíbrio por um dispêndio maior que o previsto contratualmente, por outro lado **reconheceu desde o início o direito da Concessionária ao reequilíbrio pela execução do PBA-I**.

164. Também houve confusão entre as atividades de **elaboração** e de **execução** do PBA-I, que são claramente distintas. Na NT 016/2016, a ANTT afirmou que a Concessionária teria sido responsável tanto pela elaboração quanto pela execução.⁹⁹ Em verdade, a **elaboração do PBA-I referente ao licenciamento do Trecho DNIT** (e que foi posteriormente aproveitado ao licenciamento do Trecho Sul de Rondonópolis por decisão de entidades da administração federal) **foi custeada pelo DNIT, que contratou a empresa ECOPLAN** para esta finalidade, conforme exposto no Ofício 042/2014/DECON/SFAT/MT. Já a **execução do PBA-I** foi feita em campo por equipe multiprofissional qualificada, da empresa MRS Engenharia, esta sim contratada pela Concessionária após a imposição do Poder Concedente.

165. Note-se ainda que da falha na interpretação contratual há uma insubordinação à hierarquia decisória na ANTT. A GEINV, na NT 016/2016

⁹⁹ Cf. trecho da NT 016/2016, em sua p. 43: “verifica-se que foi incluída na 3^a Revisão Extraordinária da CRO o custo para elaboração e execução do Plano Básico Ambiental indígena (...”).



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

sugere a alteração de matéria já aprovada pela Diretoria Colegiada, órgão máximo da Requerida. Confira-se:

125. No entanto, sugere-se que o Fluxo de Caixa Marginal considerado na 3^a Revisão Extraordinária seja revisto, onde o valor deve ser retirado, conforme exposto abaixo.

| CRONOGRAMA FISICO-FINANCEIRO PLANO BÁSICO AMBIENTAL ÍNDIGENA | | | | | | | |
|---|------|-------|------------------|----------------------------|--------------|-------|--------------|
| DESCRIPÇÃO | TIPO | FLUXO | TOTAL | PERÍODO - ANO DE CONCESSÃO | | | |
| | | | | 2ºANO | | 3ºANO | |
| | | | | % | R\$ | % | R\$ |
| Vigente | COP | FM | R\$ 7.900.202,03 | 13,53 | 1.069.222,19 | 86,47 | 6.830.979,84 |
| Proposta | COP | FM | R\$ 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |

166. Por fim, é preciso considerar que a **mudança de entendimento consolidado promovida pela GEINV violou a legítima expectativa da Concessionária**. Essa confiança, como visto, vinha sendo construída desde a licitação, com as respostas da Requerida ANTT aos questionamentos, e passou pela manifestação da Requerente ressalvando e condicionando a transferência de responsabilidade pela execução do PBA-I à recomposição do desequilíbrio por tais custos até a aprovação pela Diretoria Colegiada, tal qual narrado pela própria GEINV na Nota Técnica 039/2015/GEINV/SUINF.

167. Trata-se de **conduta antijurídica**, pela proibição de agir em desacordo com seus atos anteriores. Essa teoria, originária do direito civil, é também aplicável à seara administrativa.¹⁰⁰ Conforme expõe Alexandre Aragão, a “Administração

¹⁰⁰ Sobre a aplicação da teoria no Direito Civil, cf. SCHREIBER, Anderson. A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. No direito administrativo, ela é explicada em trabalhos como PINTO JR., Mario Engler. A confiança legítima no relacionamento entre poder público e iniciativa privada. In Cumprimento de Contratos e Razão de Estado - Col. Direito Em Contexto - CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JUNIOR, Mario Engler- São Paulo: Saraiva, 2013; FACCI, Lucio Picanço. A proibição de comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas. Revista da AGU, vol. 10, nº 30, out/dez. 2011. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/141>>. Acesso em: 06 set. 2018; e SOUZA, Márcio Luís Dutra de. O princípio da boa-fé na administração pública e sua repercussão na invalidação administrativa. Revista da AGU vol. 11, nº 32, p. 199-



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Pública, ao apreciar a existência ou inexistência de fatos relevantes para o exercício de suas diversas competências setoriais", não deve emitir "juízos contraditórios, sob pena de comprometimento da própria realidade do seu sistema".¹⁰¹

168. A vedação **ao comportamento contraditório decorre também da proteção à boa-fé**, que é reconhecida em âmbito publicístico pela jurisprudência do STJ, conforme voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar no REsp n. 141.879/SP, 4^a Turma, DJ 22/02/1998, já citado na seção III.A,¹⁰² e outros julgados no mesmo sentido.¹⁰³

169. Apesar de a Concessionária ter questionado esse entendimento equivocado da ANTT no relatório técnico anexo ao Ofício CRO 1.087/2016 (C - 59), a NT 027/2016 manteve a negativa do reequilíbrio feita pela NT 016/2016, conforme já explicado. Na sequência, o Voto DSL 179/2016 (C - 64) referendou ambas as notas técnicas, ao mencioná-las e determinar a sua aplicação.¹⁰⁴ Assim, o valor referente

244, abr/jun 2012. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/119>>. Acesso em: 06 set. 2018.

¹⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. Revista de Direito do Estado, n. 4, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2006. p. 231-244.

¹⁰² Confira-se novamente a ementa e trecho do voto do relator: "LOTEAMENTO. MUNICÍPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ. ATOS PRÓPRIOS. (...) A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RETORNE SOBRE OS PRÓPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO. (...)

Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram.".

¹⁰³ Esse entendimento foi aplicado pelo STJ também, p. ex., nos seguintes julgados: RMS 20572/DF, 5^a Turma, Rel. Min. Laurita Taz, DJe 15/12/2009; REsp 1143216/RS, 1^a Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09/04/2010. Recurso Repetitivo: Tema 401; STJ, AgRg no REsp 396489/PR, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, Fonte: DJe 26/03/2008; STJ, EDcl no MS 14649 / DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3^a Seção, DJe 06/03/2014.

¹⁰⁴ Voto DSL 179/2016, p. 2: "A Gerência de Regulação e Outorga – GEROR, vinculada à SUINF, mediante a Nota Técnica nº 166/2016/GEROR/SUINF, de 24/08/2016, às fls. 352-374 do processo nº 50500.101415/2015-21, apresentou a análise da 4^a Revisão Extraordinária, do Reajuste e do concomitante restabelecimento do equilíbrio tarifário inicial por meio da 1^a Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio – TBP da CRO – Concessionária Rota do Oeste S.A., consubstanciada nas informações constantes dos seguintes documentos: (...)



ao PBA-I, que já tinha sido reequilibrado na 3^a Revisão Extraordinária, foi excluído na 1^a Revisão Ordinária e 4^a Revisão Extraordinária, diminuindo o valor da Tarifa de Pedágio. Confira-se:

“Eventos Inseridos no Fluxos de Caixa Marginal:

Em continuidade, mediante a Nota Técnica nº 166/2016/GEROR/SUINF, a SUINF analisou os itens a serem revistos, em caráter extraordinário, inseridos nos Fluxos de Caixa Marginais FCM1 (TIR de 8,01%) e FCM2 (TIR de 6,57%), que resultaram impactos eventuais sobre a TBP. Tais eventos estão descritos no quadro a seguir.

| Item | Eventos | Fluxo de Caixa Marginal | Variação (TBP/km) |
|-------|--|-------------------------|------------------------|
| (...) | | | |
| | <i>Alterações do Programa de Exploração da Rodovia (PER)</i> | | |
| (...) | | | |
| | <i>- PBA-I – Programa Básico Ambiental Indígena</i> | FCM1 | <i>- R\$ 0,0001034</i> |
| | (...) | | |

“Fonte: versão parcial da tabela disponível às fls. 7-8 do voto DSL 179/2016

170. Esse voto resultou na edição da Resolução ANTT nº 5.177/2016 (C - 47), que efetuou o reequilíbrio econômico-financeiro correspondente à 1^a Revisão Ordinária e 4^a Revisão Extraordinária, **sem efetuar a recomposição do valor despendido com a execução do PBA-I naquele ano, além de excluir da tarifa o reequilíbrio anteriormente concedido na 3^a Revisão Extraordinária**. Dessa forma, houve decisão definitiva da ANTT de rejeitar o pleito administrativo pela execução do PBA-I, possibilitando a apresentação da matéria em sede arbitral.

11) *Notas Técnicas nº 16/2016/GEINV/SUINF, de 22/06/2016, e nº 27/2016/GEINV/SUINF, de 11/08/2016 (fls. 343-421 e fls. 426-502, respectivamente, do processo nº 50500.153228/2016-12): análise da GEINV referente à proposta de revisão da Concessionária;*”



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

171. Portanto, pelas razões de fato e de direito acima expostas, resta demonstrado que a Concessionária possui o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pelos custos incorridos com a execução do PBA-I. **É notória a antijuridicidade da conduta do Poder Concedente** no descumprimento ao Contrato de Concessão por pretender ignorar as disposições da subcláusula 21.2.16, que trata da alocação contratual de riscos aplicável ao caso em análise. Além disso, **destaca-se a sua conduta contraditória, recusando-se sem fundamento contratual a efetuar o reequilíbrio econômico-financeiro mesmo após seu reconhecimento, violando a boa-fé e expectativa legítima da Concessionária**. Assim, a Requerente pleiteia o reequilíbrio econômico-financeiro no montante de R\$ 7.749.763,36 em valores de maio de 2012, conforme memorial descritivo constante do C - 73.

Inexecução dos Contratos CREMA

172. Desde a publicação do Edital o seu EVTE (C - 31) já indicava que certos trechos do Sistema Rodoviário estavam recebendo intervenções de recuperação, restauração e/ou manutenção por força de contratos celebrados pelo Poder Concedente, por meio do DNIT. Dentre tais trechos, destacam-se os objeto de Contratos CREMA,¹⁰⁵ que foram firmados pelo DNIT com particulares sob a regência da Lei Federal 8.666/1993 e da Instrução de Serviço/DG nº 14 de 13 de julho de 2011 (C - 74). Eles possuíam duração de dois anos, sendo que os serviços de recuperação funcional do pavimento deviam ser executados no primeiro ano, com o atendimento dos parâmetros de qualidade fixados,¹⁰⁶ enquanto no

¹⁰⁵ O termo CREMA é a sigla para Programa de Contratos de Recuperação e Manutenção Rodoviária.

¹⁰⁶ Cf. trecho da Instrução de Serviços/DG nº 14/11: “2. Execução dos Serviços. Os serviços de recuperação dos pavimentos das pistas e acostamentos deverão ser concluídos até o final do 1º ano do contrato.”, p. 8. A instrução de serviço traz também uma série de especificações e instruções gerais que devem ser atendidas pelas obras, bem como responsabilidades da contratada em relação à qualidade da obra.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

segundo ano subsistiam apenas os serviços de manutenção e conservação.¹⁰⁷ Assim, pela lógica contratual, **ao final do primeiro ano o pavimento dos trechos objeto do contrato já estaria completamente reparado.**

173. No final de 2012, o DNIT firmou os três Contratos CREMA objeto deste pleito, que tinham como objeto extensos trechos da BR-163/MT. **Juntos, eles totalizavam 328,9 km de extensão dos 453,6 km do Trecho CRO, o que corresponde a mais de 70% do trecho em questão.** São eles:

| Características | Contrato CREMA 847/2012 | Contrato CREMA 806/2012 | Contrato CREMA 807/2012 |
|----------------------------------|---|---|---------------------------------------|
| Data assinatura | 30/10/2012 | 20/11/2012 | 20/11/2012 |
| Trecho objeto (BR-163/MT) | kms 507,1 ao km 600,7 – extensão de 93,6 km | km 600,7 ao km 716,0 – extensão de 115,3 km | km 716,0 a 836,0 – extensão de 120 km |
| Data início execução | 28/11/2012 | 05/12/2012 | 04/12/2012 |
| Fim da vigência em (24 meses) | 27/11/2014 | 04/12/2014 | 03/12/2014 |
| Fim dos trabalhos de recuperação | 10º mês de vigência (9/2013) | 10º mês de vigência (8/2013) | 11º mês de vigência (9/2013) |
| Valor atividades de recuperação | 94,72% do valor do contrato | 86,92% do valor do contrato | 92,0% do valor do contrato |

Fonte: Extrato resumido dos Contratos e Cronograma de Atividades (C - 75.).

¹⁰⁷ Cf. trechos da Instrução de Serviços/DG nº 14/11: “A Manutenção do Pavimento será iniciada no início do contrato e desenvolvida de forma contínua até o seu final (24º mês) (...) A Conservação da faixa de domínio será desenvolvida de forma contínua a partir do início do contrato até o seu final (24º mês) (...)", pp. 13-14.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

174. Assim, foi premissa assumida pelo Poder Concedente e pelos licitantes que, **na data esperada de início da Concessão, no início de 2014, as atividades de recuperação rodoviária já deveriam estar concluídas**, conforme previsto nos cronogramas dos respectivos Contratos CREMA. Lembre-se que a sistemática geral dos Contratos CREMA previa encerrar a recuperação rodoviária no primeiro ano. Tanto é assim que, **em todos eles**, o seu cronograma de atividades previa **a conclusão das atividades de recuperação, que correspondem a cerca de 90% de seu valor, antes do 1º ano de sua vigência**.

175. Na sequência, o Contrato de Concessão foi assinado em 12/03/2014.

176. Destaca-se que **todos os Contratos CREMA foram objeto de termos aditivos**, que aumentaram os seus respectivos quantitativos e preços, **corroborando a expectativa de sua regular execução**. Ora, uma entidade do Governo Federal da magnitude e expertise na condução de contratos públicos como o DNIT jamais assinaria termo aditivo a contratos sobre cuja fiel execução pairassem dúvidas. Pensar o contrário implicaria supor uma conduta indolente do DNIT para com os recursos públicos empregados em tais contratações.

177. Assim, conforme extratos publicados no Diário Oficial da União (C - 76), tem-se que: (a) ao Contrato CREMA 847/12, foi firmado em **11/09/2013** um termo aditivo que aumentou seu valor de R\$ 36.632.999,88 para R\$ 44.753.378,62, um acréscimo de R\$ 8.120.378,74; (b) ao Contrato CREMA 807/12 foi firmado em **04/04/2014** termo aditivo com aumento de valor de R\$ 41.349.999,00 para R\$ 50.093.726,23 em acréscimo de R\$ 8.743.727,23; e (c) ao Contrato CREMA foi 806/12, foi firmado em **12/05/2014** um aditivo que aumentou seu valor de R\$ 20.440.000,00 para R\$ 25.095.858,04, em acréscimo de R\$ 4.655.858,04. Ou seja, não somente o Poder Concedente, por meio do DNIT, manteve os Contratos CREMA em vigor após a assinatura do Contrato de Concessão, mas também seu escopo e valores foram aumentados nos respectivos aditivos, o que **evidencia inquestionavelmente a expectativa de que os Contratos CREMA seriam adequadamente executados**, ainda que a destempo.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

178. A transferência dos bens do Sistema Rodoviário ocorreu em 21/03/2014 com a assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens (C - 39). **Como seu Anexo A - ou seja como parte integrante e indissociável - consta o Inventário de Bens do DNIT** (C - 77), que possui o cadastro e a descrição de todos os bens da rodovia e dos contratos vigentes, **incluindo os Contratos CREMA**. À época, tais contratos permaneciam vigentes - o que representava inadimplemento do Contrato de Concessão pelo Poder Concedente.

179. Isso porque, segundo o previsto na **subcláusula 10.1.4 do Contrato de Concessão, o Poder Concedente deveria rescindir, até a transferência dos bens da Concessão, todos os contratos nela vigentes**, com exceção das obras de duplicação do Trecho DNIT, constantes do Apêndice D do PER, e de responsabilidade daquela autarquia, como visto anteriormente:

10.1.4 O Poder Concedente obriga-se a rescindir, até a Data da Assunção, todos os contratos referentes a obras e serviços no Sistema Rodoviário que estejam em vigor na data de assinatura do Contrato, que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos, com exceção das obras em andamento pelo DNIT indicadas no Apêndice D do PER. (grifos nossos)

180. No entanto, essa **obrigação não foi cumprida**. Os Contratos CREMA estavam em vigor à época da assunção da rodovia, prejudicavam a Concessionária no atendimento aos parâmetros de qualidade do Sistema Rodoviário (pois, como será visto adiante, não foram propriamente executados e deixaram o pavimento dos respectivos trechos em péssimo estado), mas a **rescisão dos Contratos CREMA ocorreu apenas no fim de 2014¹⁰⁸ após a data de assunção**. Pelo cronograma aplicável aos Contratos CREMA, as ações de recuperação rodoviária já deveriam estar concluídas há pelo menos nove meses.

¹⁰⁸ A vigência do Contrato CREMA 847/12 se encerrou em 28/11/2014; a vigência do Contratos CREMA 806/12 se encerrou em 04/12/2014 e a do Contrato Crema 807/12 se encerrou em 03/12/2014.



Figura 8- Timeline dos Contratos CREMA

181. Após a transferência dos bens, a Concessionária procedeu à elaboração do Cadastro Inicial da situação rodoviária. Trata-se de relatório, feito com parâmetros técnicos e objetivos, que descreve todos os bens e trechos do Sistema Rodoviário nas condições em que foram recebidos pela Concessionária, incluindo os trechos objeto dos Contratos CREMA, entre os km 507,1 e 836,0 da BR-163/MT, nos volumes 3, 4 e 5 do Cadastro Inicial (C - 78).

182. O Cadastro Inicial demonstrou que **esses trechos estavam em péssimas condições, não atendendo a padrões básicos de qualidade**. Ou seja, ficou claro que, apesar de que, naquela data, as obras de recuperação de pavimento já deveriam estar concluídas, conforme disciplinado na Instrução de Serviço DG/DNIT nº 14/2011 e disposto nos cronogramas contratuais, os Contratos CREMA firmados pelo DNIT não foram cumpridos, sendo que **sequer as intervenções de recuperação rodoviária, previstas para o primeiro ano de vigência dos Contratos CREMA, foram devidamente realizadas**.

183. Isso é demonstrado objetivamente de duas formas: a primeira considerando os reduzidos percentuais de execução dos próprios Contratos CREMA, **todos inferiores a 30% do escopo contratado**, conforme a tabela abaixo (valores na base de janeiro de 2012):

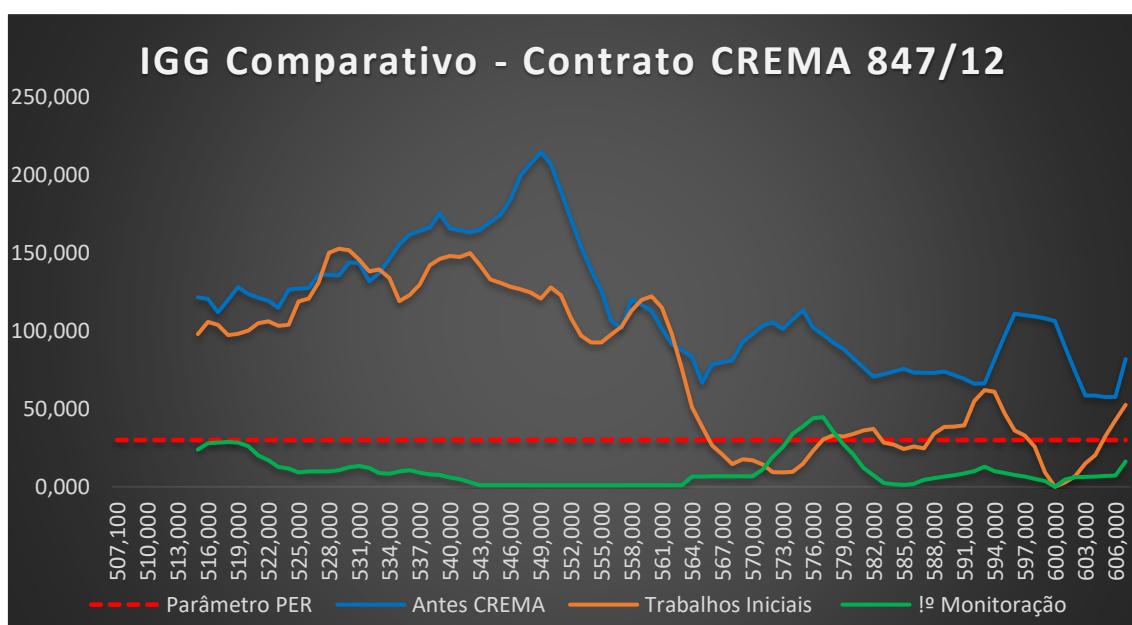
| Contrato | Valor (R\$) | Aditivos (R\$) | Valor total (R\$) | Executado (R\$) | Executado (%) | Saldo restante (R\$) |
|----------|---------------|----------------|-------------------|-----------------|---------------|----------------------|
| 847/12 | 36.632.999,88 | 8.120.378,74 | 44.753.378,62 | 12.870.582,81 | 29% | 31.882.795,10 |



| | | | | | | |
|--------------|----------------------|----------------------|-----------------------|----------------------|------------|----------------------|
| 807/12 | 41.349.999,00 | 8.743.727,23 | 50.093.726,23 | 8.014.280,88 | 16% | 42.079.444,97 |
| 806/12 | 20.440.000,00 | 4.655.858,04 | 25.095.858,04 | 5.861.216,08 | 23% | 19.234.641,72 |
| TOTAL | 98.422.998,88 | 21.519.964,01 | 119.942.962,89 | 26.746.079,77 | 22% | 93.196.881,79 |

184. A segunda forma de comprovação da inexecução dos Contratos CREMA se dá pela aferição, realizada por uma empresa especializada, do Índice de Gravidade Global (IGG) do trecho. O IGG é um parâmetro qualitativo numérico que serve para identificar as condições da superfície do pavimento, mensurando a sua degradação. Assim, quanto **maior** o IGG, **pior** é a qualidade rodoviária: conforme é disposto na norma DNIT 006/003-PRO, um IGG menor que 20 denota qualidade ótima; menor do 40 uma qualidade boa; menor do que 80 uma qualidade regular; menor que 160 uma qualidade ruim e maior que 160 uma qualidade péssima.

185. Como exemplo, veja-se, abaixo, gráfico do IGG do trecho objeto do Contrato CREMA 847/2012 (km 507,11 ao km 600,70), comparando sua aferição antes do início dos Contrato CREMA (linha azul) em junho de 2012, quando da execução do Cadastro Inicial (linha laranja) em maio de 2014, e quando do primeiro monitoramento da Concessão (linha verde) em março de 2015, após a recuperação dos trechos pela Concessionária.



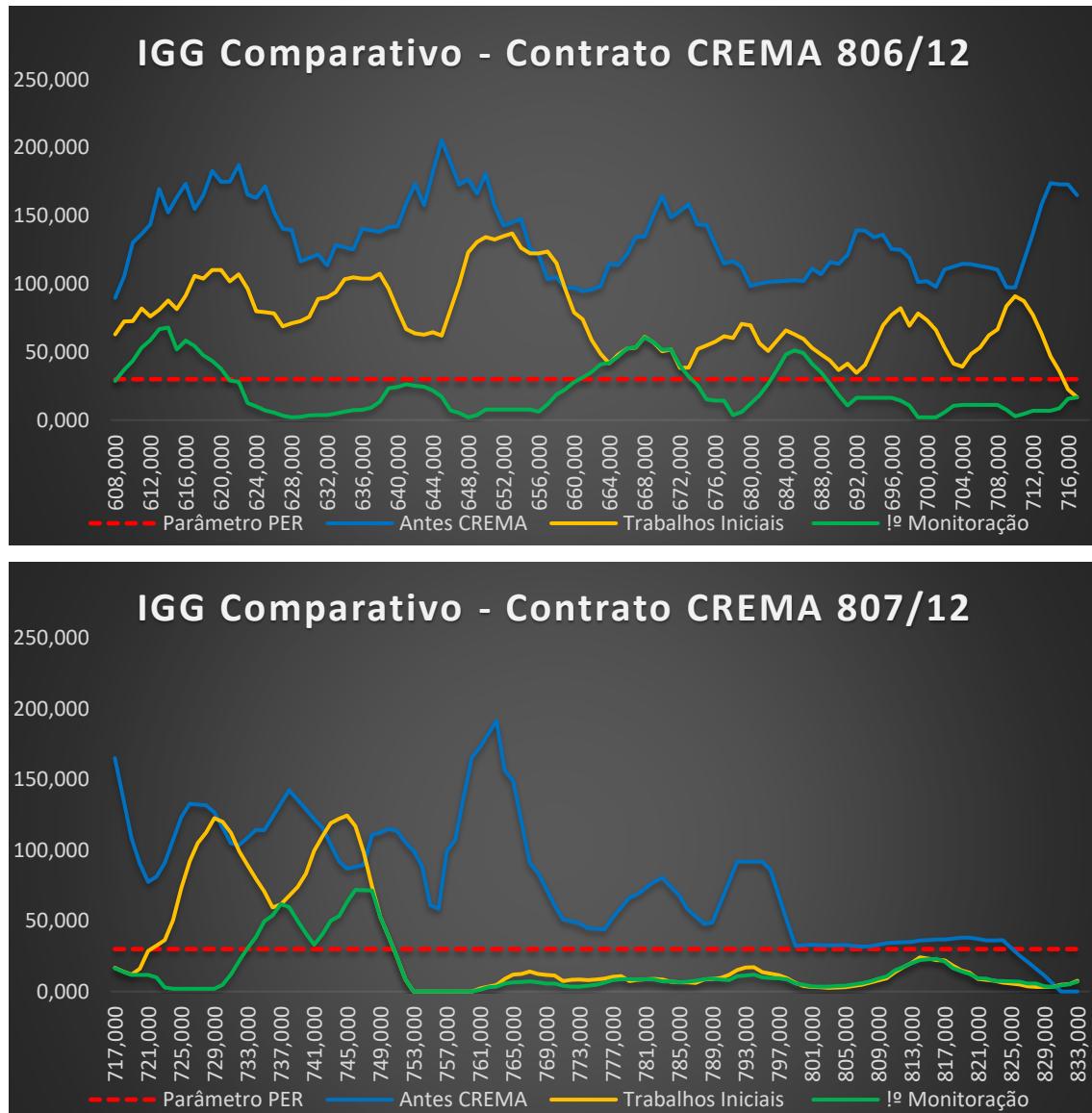
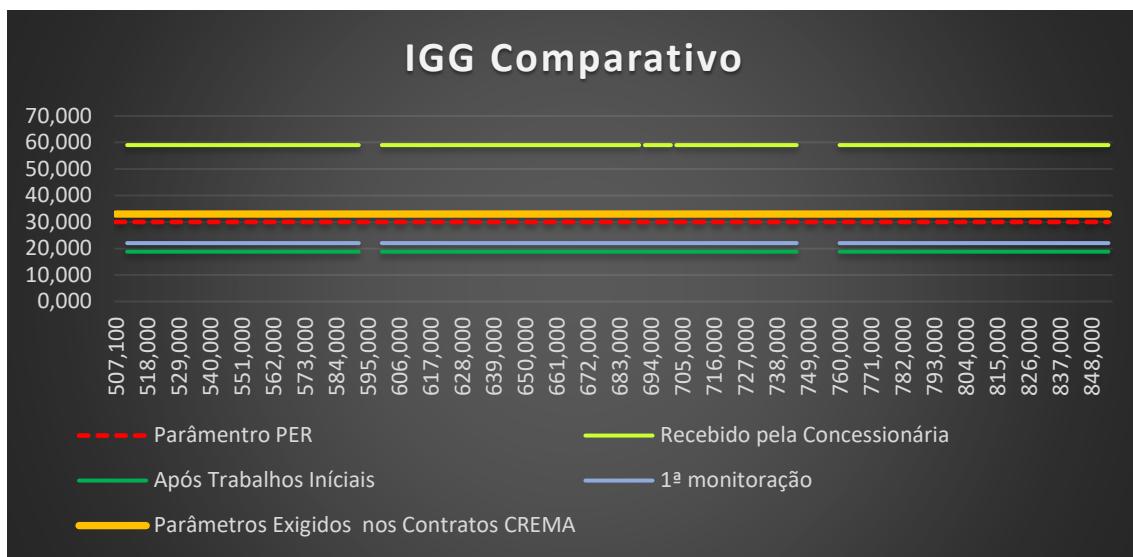


Figura 6 – Gráficos de Avaliação IGG dos Contratos CREMA

186. Assim, percebe-se que na maior parte do trecho, o IGG estava péssimo ou ruim, acima de 100, tanto antes quando após os Contratos CREMA, denotando sua inexecução. De fato, em diversos segmentos o IGG chegou a aumentar durante o período de execução dos Contratos CREMA. Ele só veio a baixar, colocando a maior parte do trecho monitorado em condições ótimas ou boas, após a execução dos Trabalhos Iniciais pela Concessionária, demonstrando que foi a Requerente quem efetivamente realizou a reparação dos trechos. Isso foi de extrema surpresa para a Concessionária, visto que, dadas as condições de entrega das obras dos Contratos CREMA, o IGG poderia variar entre o pior cenário com



IGG de 33 a 15. Tal análise pode ser comprovada na memória constante do C - 79. Para melhor visualização, confira-se uma média do IGG ao longo do trecho:



187. Logo, a Requerente teve que intervir para reduzir a média do IGG de 60, quando recebido o trecho, para o atendimento o parâmetro de 30 exigido pelo PER, sendo que o esperado era receber, nos trechos em que houve execução de Contratos CREMA, um IGG de 33. Note-se que, após o período de um ano dos trabalhos iniciais, quando realizada a primeira monitoração, a média do IGG permanecia adequada, na casa de 22.

188. Assim que tomou conhecimento da situação precária dos trechos objeto dos Contratos CREMA, a Concessionária comunicou à ANTT sobre a sua inexecução em 10/06/2014, por meio do Ofício CRO 046/2014 (C - 40). Confira-se trecho do ofício:

"Verificamos, entretanto, em conversas informais com o DNIT e com as empresas contratadas, que parcelas substanciais destes contratos não foram executadas, refletindo diretamente na condição de recebimento destes trechos, por ocasião da assunção da rodovia. O trecho ao sul de Nova Mutum, por exemplo, integralmente compreendido no Contrato nº 847/12, encontra-se com o pavimento bastante deteriorado.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

De acordo com as disposições do referido Contrato e premissas técnicas inerentes a própria natureza dos contratos CREMA 1ª etapa, entendemos que todas as obrigações contratuais relacionadas à execução dos serviços de recuperação dos pavimentos e acostamentos deveriam ter sido concluídas até o final do 1º (primeiro) ano do contrato, ficando para o ano subsequente apenas a execução dos serviços de manutenção e conservação do respectivo trecho rodoviário.” (grifos nossos)

189. A Concessionária se viu então forçada a realizar as obras de recuperação dos trechos em questão para o cumprimento dos Trabalhos Iniciais da Concessão, sob pena de não poder iniciar a arrecadação tarifária. Que fique claro que **não havia procedimento específico para a Concessionária rejeitar ou mesmo apresentar objeções ao recebimento dos trechos**, por conta da insuficiência da disciplina contratual.¹⁰⁹ Por outro lado, a Concessionária não podia se escusar de cumprir os parâmetros aplicáveis aos Trabalhos Iniciais, o que impunha a realização das intervenções não realizadas pelos contratados do DNIT.¹¹⁰ Em outros termos, a Requerente ficou refém do Poder Concedente diante da não execução dos Contratos CREMA.

190. O direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro por executar os serviços que já deveriam estar concluídos nos Contratos CREMA é garantido de forma clara na subcláusula 21.2.8, que trata da não realização das obras de responsabilidade do DNIT:

¹⁰⁹ O Contrato de Concessão não possui qualquer procedimento para apresentar objeção em relação à transferência inicial de bens da Concessão, ao contrário das obras de duplicação efetuadas pelo DNIT durante a Concessão, listadas no Apêndice D do PER, para as quais, o Contrato de Concessão prevê, em sua subcláusula 10.5, uma dinâmica própria para seu recebimento. Ou seja, a Concessionária não teve oportunidade de protestar **inconformidades entre a situação do Sistema Rodoviário e o descrito no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens e em seu anexo A, o Inventário de Bens do DNIT**.

¹¹⁰ Conforme previsto na subcláusula 18.1 do Contrato de Concessão, a execução dos Trabalhos Iniciais era condição necessária para o início de cobrança da tarifa do pedágio. E Trabalhos Iniciais envolvem a recuperação de todo o asfalto da rodovia nas condições de qualidade estabelecidas pelo PER, conforme previsto em seu item 3.1.1.



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

*21.2.8 atraso nas obrigações conferidas ao DNIT pelo Contrato ou pelo Edital, inclusive quanto: i) à entrega do Termo de Arrolamento e Transferência de bens entre a Concessionária e o DNIT; e ii) quanto à **não realização ou atraso das obras que estão sob responsabilidade do DNIT**, identificadas no Apêndice D do PER ou no Termo de Arrolamento na ocasião da transferência dos bens.* (grifos nossos)

191. Como os Contratos CREMA são obras realizadas por contratação e sob a supervisão do DNIT, eles inegavelmente se encaixam na categoria de “obrigações conferidas ao DNIT” mencionada nesta subcláusula.

192. Ademais, a menção ao “Apêndice D do PER” e ao “Termo de Arrolamento” é apenas meramente exemplificativa,¹¹¹ de modo a frisar que **todo e qualquer** descumprimento ou atraso nas obrigações do DNIT está inserido no âmbito da subcláusula 21.2.8 não se limitando ao atraso na entrega do Termo de Arrolamento de Bens, e nem à realização das obras do DNIT previstas no Apêndice D ou no Termo de Arrolamento de Bens, mas sem excluir outras possibilidades, até porque o DNIT é autarquia federal. Vale dizer, o atraso de quaisquer obras sob responsabilidade do DNIT, previstas ou não nesses documentos, ensejaria o reequilíbrio. Assim, sendo a execução dos Contratos CREMA uma obrigação do DNIT, que não só sofreu atraso mas sequer chegou a se concretizar, se está no âmbito de aplicação da subcláusula 21.2.8, pela natureza exemplificativa das hipóteses nele mencionadas.

193. Mesmo assim, destaca-se que **os Contratos CREMA estavam previstos no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens**. Isso porque esse documento tem, em seu **Anexo A, o Inventário de Bens do DNIT**, que, conforme disposto no próprio documento “faz parte do presente Termo de Arrolamento o Inventário do

¹¹¹ Isso porque, analisando com cautela a subcláusula 21.2.8, tem-se que a menção ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens e ao Apêndice D do PER é precedida da expressão “*inclusive quanto*”. Tal expressão tem inequivocamente uma finalidade exemplificativa.



DNIT a seguir reproduzido, o qual traz o detalhamento dos bens constantes nos trechos mencionados neste Anexo".¹¹²

194. Por sua vez, o **Inventário de Bens do DNIT** lista expressamente os três **Contratos CREMA** dentre os contratos vigentes no Sistema Rodoviário. Ou seja, os Contratos CREMA são apresentados como obrigações do DNIT em curso. A seguir é reproduzida a referência aos Contratos CREMA, conforme consta no Inventário de Bens do DNIT em sua página 4:

| Contratos Vigentes | | | | | | | |
|--------------------|----------------|------------|----------|---------------------------------------|---------------------------------|------------|------------|
| Área | Nº do Contrato | Km inicial | Km final | Objeto | Contratada | Vigência | |
| | | | | | | Início | Fim |
| CREMA 1ª Etapa | 847/12 | 507,11 | 600,70 | Recuperação, Restauração e Manutenção | ENPA Engenharia e Parceria LTDA | 15/01/2013 | 15/01/2015 |
| | 807/12 | 600,70 | 716,00 | Recuperação, Restauração e Manutenção | Três irmãos Engenharia LTDA | 15/04/2013 | 15/04/2015 |
| | 806/12 | 716,6 | 836,00 | Recuperação, Restauração e Manutenção | Três irmãos Engenharia LTDA | 15/04/2013 | 15/04/2015 |

195. Logo, os Contratos CREMA são inequivocamente parte integrante do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, em seu Anexo A.¹¹³ Portanto, **não**

¹¹² Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, p. 04.

¹¹³ No mais, cumpre ressaltar que os Contratos CREMA não poderiam integrar o Apêndice D do PER, que também é mencionado na subcláusula 21.2.8. Isso porque tal apêndice se refere apenas aos trechos com obras de duplicação a serem executados pelo DNIT – que correspondem ao ora denominado Trecho DNIT, do km 119 - e os Contratos CREMA não possuem obras de duplicação em seu escopo. Da mesma forma, eles não poderiam estar presentes no Anexo B do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, pois este também se refere apenas aos trechos do Sistema Rodoviário em obras de duplicação do DNIT, o Trecho DNIT. Dessa forma, os Contratos CREMA só poderiam ser previstos no Inventário de Bens do DNIT, como efetivamente estão.



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

há dúvidas de que a subcláusula 21.2.8 é plenamente aplicável aos Contratos CREMA.

196. Destaca-se que tanto a Requerente quanto a Requerida possuíam a **legítima expectativa** de que os Contratos CREMA seriam adequadamente executados. Primeiro, **porque simplesmente não se pode partir da premissa de que um contrato administrativo será descumprido pelo particular contratado**. Isso é ainda mais evidente nesses casos pelo fato de terem sido celebrados **termos aditivos em todos os Contratos CREMA**, aumentando o seu valor.

197. Segundo, pela compatibilidade temporal da execução das atividades de recuperação rodoviária dos Contratos CREMA com o início da Concessão. Considerando o cronograma dos Contratos CREMA, quando da assinatura do Contrato de Concessão todo o trecho objeto desses contratos já deveria estar recuperado. Assim, esperava-se que tais intervenções já teriam sido realizadas quando da assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.

198. Terceiro, pela relevância que os Contratos CREMA possuem para a Concessão, visto que esses **três contratos atendem a mais de um terço da extensão de rodovia concedida e mais de dois terços do Trecho CRO**. Sua relevância é tal para a Concessão que fazem parte indissociável das condições do Sistema Rodoviário, a ser considerada pelas licitantes em suas propostas na licitação. Por óbvio, de todo o contexto, os licitantes legitimamente consideraram que os trechos estariam recuperados. Caso fosse o entendimento de que na hipótese de concretização desse risco, os licitantes tivessem de executar as adequações necessária sem direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, **os valores de deságio sobre o valor da tarifa na licitação certamente seriam menores**, visto que tal risco seria precificado nas propostas.

199. Cumpre nesse sentido explicitar a **lógica econômica da alocação de riscos** presente nessa subcláusula. Conforme exposto na seção IV.B.1. acima, caso sejam alocados ao particular riscos sobre os quais ele não possui controle, a consequência é que eles são precificados pelo particular, encarecendo a contratação. Tendo em vista que os Contratos CREMA tratam de obrigações do



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

DNIT, autarquia federal, a única alocação dos riscos a eles relacionados que faz sentido é ao Poder Concedente, que pode mais facilmente os prevenir e remediar. Interpretação em sentido oposto contraria também a lógica e propósito econômico da subcláusula 21.2.8.

200. Ou seja: ao obter tarifas mais módicas na licitação, a Requerida se beneficiou da interpretação de que os Contratos CREMA seriam plenamente executados, e caso não o fossem, haveria o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão ao futuro contratado.

201. Portanto, reconhecer a alocação de tal risco ao Poder Concedente, é em verdade, um verdadeiro dever da Requerida, pois caso contrário, a Administração Pública federal e os usuários/contribuintes estariam pagando duas vezes – primeiramente por meio do DNIT nos Contratos CREMA, e em duplicidade no âmbito da Concessão – pela recuperação dos trechos e realização das mesmas intervenções.

202. Tal modelagem, se apenas por hipótese adotada, é evidentemente contrária ao interesse público e fere princípios administrativos básicos como o da eficiência e economicidade, não podendo ser admitida. Essa situação poderia inclusive ser caracterizada como má gestão de recursos públicos, tornando os agentes públicos envolvidos sujeitos à responsabilização cabível. Assim, tem-se que a interpretação que a ANTT defende para a subcláusula 21.2.8 implica a admissão de uma estruturação da Concessão completamente antieconômica, o que deveria resultar em apuração de responsabilidade pelo dispêndio inadequado de recursos públicos.

203. E não alegue a Requerida ANTT desconhecer tal alocação de riscos: a própria ANTT já havia reconhecido em sede de esclarecimentos ao Edital que, quando fosse necessária a adequação dos bens recebidos pelo DNIT – como os trechos objeto dos Contratos CREMA – aos parâmetros de desempenho da



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

rodovia, como no caso, seria devido o reequilíbrio econômico-financeiro à Concessionária.¹¹⁴

204. Assim, com base em seu direito contratual, em sua legítima expectativa, e na lógica econômica de tais contratações explicitados acima, a Concessionária passou pleitear administrativamente o reequilíbrio econômico-financeiro pelos custos adicionais decorrentes da execução das atividades de recuperação rodoviária integrantes dos Contratos CREMA, que **fazem parte das condições essenciais e elementares do Contrato de Concessão, conforme previsto no artigo 10 da Lei 8.987/95.**¹¹⁵

205. Isso foi feito pelos seguintes documentos: (a) no Ofício CRO nº 272/2015, de 17/03/2015 (C - 80) que estava acompanhado de um relatório fotográfico, **demonstrando a precária situação de conservação** na qual se encontravam esses trechos; e (b) no Ofício CRO 350/2015, de 08/05/2015 (C - 81), apresentando os cálculos iniciais do valor para o reequilíbrio econômico-financeiro, que veio acompanhado de uma petição solicitando à ANTT a realização do reequilíbrio. Neste último ofício, foi explicado que o reequilíbrio é necessário: i) pela

¹¹⁴ Confira-se a ata de resposta aos pedidos de esclarecimentos do Lote 7 – BR-163/MT, Edital 003/2013, protocolo nº 1599079, pergunta nº 20: A Subcláusula 10.5.6 prevê como obrigação da Concessionária a adequação dos bens recebidos em definitivo do DNIT aos Parâmetros de Desempenho. Entendemos que essa adequação ensejará o reequilíbrio econômico-financeiro, caso cause impacto na equação original do Contrato, através do Fluxo de Caixa Marginal previsto na Subcláusula 22.5. Está correto esse entendimento? Caso contrário, favor esclarecer como será resarcido à Concessionária o valor despendido na adequação de tais parâmetros não atendidos nas obras executadas pelo DNIT.

Resposta: De acordo com a cláusula 10.5.6 do Contrato de Concessão, será obrigação da Concessionária a adequação dos demais Parâmetros de Desempenho dos bens recebidos em definitivo do DNIT, que não os previstos em 10.5.4, sendo que os itens dos Parâmetros de Desempenho a serem adequados, assim como seu valor serão aprovados pela ANTT em até 60 (sessenta) dias contados da data de recebimento do documento previsto na subcláusula 10.5.4, sendo assistido à Concessionária prazo compatível para sua execução. Em referida hipótese o reequilíbrio econômico-financeiro será realizada pelo Fluxo de Caixa Marginal.

¹¹⁵ As condições do contrato para os fins do artigo 10 da Lei 8.987/95 envolvem não só as questões econômico-financeiras endógenas ao Contrato de Concessão, mas também o ambiente conjuntural existente quando da realização da licitação. Este ambiente inclui a situação de conservação rodoviária (ainda mais considerando a relevância do trecho em questão proporcionalmente ao Sistema Rodoviário) e todos os instrumentos jurídicos que a afetam de alguma maneira.



impossibilidade da Concessionária, ao receber os trechos, agir de outra forma que não recuperando as rodovias e sanando as falhas dos Contratos CREMA; ii) pela sistemática de riscos do Contrato de Concessão, que **alocou ao Poder Concedente os riscos de inexecução dos contratos de responsabilidade do DNIT**; e iii) pela **legítima expectativa da Concessionária** de que os Contratos CREMA seriam executados, especialmente considerando que não houve qualquer sinalização pelo Poder Concedente de que as obrigações referentes a tais contratos seriam repassadas à Concessionária.

206. A primeira análise do pleito de reequilíbrio contratual pela ANTT foi realizada no Parecer Técnico 129/2015/GEINV/SUINF (C - 82), que recomendou seu indeferimento. Segundo este parecer, a subcláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão não abrangeia as obras recuperação e manutenção previstas nos Contratos CREMA. Para a GEINV, as únicas obras sob responsabilidade do DNIT, pelas quais o Poder Concedente teria assumido o risco segundo a subcláusula 21.2.8, teriam sido as elencadas no Apêndice D do PER e no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.¹¹⁶ Como os Contratos CREMA, na superficial interpretação da Requerida, supostamente não se encontravam nessas listagens, a recuperação de seus trechos seria responsabilidade contratual da Concessionária. Com base neste parecer, a Nota Técnica 271/2015/SUINF de 25/05/2015 (C - 84) opinou pelo indeferimento do pedido de reequilíbrio pelos mesmos fundamentos.

207. Esse raciocínio não procede por conter diversos equívocos, conforme acima explicado: (i) **os Contratos CREMA estão previstos no Termo de Arrolamento e**

¹¹⁶ Vide trecho do Parecer Técnico nº 129/2015/GEINV/SUINF, que traz esse entendimento: “No entanto, as obras que ensejaram o pleito de reequilíbrio da Concessionária, obras de recuperação e manutenção previstas nos contratos de CREMA do DNIT, não estava elencadas entre as obrigações conferidas ao DNIT pelo Contrato de Concessão. As obras definidas como de responsabilidade do DNIT são aquelas apresentadas no Apêndice D do PER “Subtrechos com obras de duplicação a serem executadas pelo DNIT”, bem como aquelas classificadas como “EOD” no Apêndice A do PER que não foram incluídas no Termo de Arrolamento na ocasião a transferência dos bens”.

Desta maneira é importante destacar que os valores despendidos pela CRO para execução de obras de recuperação funcional de pavimento das pistas e acostamentos, bem como a prestação de serviços de manutenção do pavimento e conservação da faixa de domínio fazem parte do escopo do Contrato de Concessão, inclusive nos trechos onde haviam sido realizados contratos de CREMA pelo DNIT”.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Transferência de Bens, em seu Apêndice A, ao contrário do sustentado pela ANTT; (ii) não era possível que tais contratos fossem listados no Anexo D do PER, porque este menciona apenas obras de duplicação; (iii) ele desconsidera toda lógica da alocação de riscos prevista nesta subcláusula, e leva a uma interpretação absurda e contrária ao interesse público; e (iv) ele se baseia em interpretação inadequada da subcláusula 21.2.8 pela desconsideração do caráter exemplificativo de seus itens, decorrente da expressão “*inclusive quanto*”, como visto anteriormente nesta seção.

208. Apresentado pela Concessionária por meio do Ofício CRO 989/2016 e seu relatório anexo (C - 58), a NT 016/2016 de 21/06/2016 (C - 62), manteve a resposta da ANTT indeferindo o pleito no âmbito da 4^a Revisão Extraordinária, violando a expectativa legítima da Concessionária e toda lógica da modelagem contratual e alocação desse risco. O pedido foi novamente apresentado na sequência pela Concessionária por meio do Ofício CRO 1.087/2016 e seu relatório anexo (C - 59), tampouco obteve sucesso, com a ANTT mantendo o indeferimento na NT 027/2016 de 11/08/2016 (C - 63), referendadas no Voto DSL 179/2016, do Diretor Relator Sérgio Lobo (C - 64). Esse voto originou a Resolução ANTT nº 5.177/2016 de 31/08/2016 (C - 47), que efetuou o reequilíbrio econômico-financeiro correspondente à 1^a Revisão Ordinária e 4^a Revisão Extraordinária, sem incluir nela o valor despedido por conta da execução inadequada dos Contratos CREMA.

209. Assim, com a decisão administrativa de indeferimento, a Concessionária recorre a esse Tribunal Arbitral para o reconhecimento do direito ao reequilíbrio pela execução das obras e serviços dos Contratos, no montante de R\$ 100.665.567,31 em valores de maio de 2012, conforme memorial constante do C - 83.

■ Remoções de Interferências

210. Durante a realização de obras em cumprimento ao objeto do Contrato de Concessão, a Concessionária por diversas vezes precisou lidar com objetos que



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

se encontravam fisicamente nos limites do Sistema Rodoviário e que, se ali mantidas, dificultariam ou inviabilizariam a realização das intervenções necessárias. Essas infraestruturas existentes – que podem estar localizadas tanto sob (como tubulações de drenagem ou redes de cabos) quanto sobre a terra (como postes e torres que sustentam a rede elétrica, como no caso em questão) – são chamadas de interferências.

211. Nos contratos de concessão, exige-se o desenvolvimento de regras mais detalhadas sobre o remanejamento de interferências. É comum que o Poder Concedente realize estudos de engenharia em nível de detalhamento de anteprojeto. Nesse nível de detalhamento, normalmente não há informação sobre a existência de interferências a serem remanejadas. A falta de informação sobre a existência de interferências torna indispensável a alocação contratual desse risco. Note-se que, se houvesse cadastro exaustivo de todas as interferências – com informações detalhadas que permitissem avaliar os custos e riscos envolvidos no remanejamento – seria em tese viável a mera transferência dos riscos e custos do remanejamento de interferências para a iniciativa privada, por meio de cláusulas contratuais relativamente simples.

212. Em tese, o poder concedente, como detentor dos bens públicos objeto do serviço concedido, deveria possuir o cadastramento de todas as informações relativas às interferências. No caso específico da Concessão, por ser rodovia federal, o DNIT possui Manual de procedimentos para a permissão especial de uso das faixas de domínio de rodovias federais (C - 84), que disciplina a obtenção, por particulares, de *Contrato de Permissão Especial de Uso – CPEU*. CPEUs permitem o uso por prazo determinado e a título precário da faixa de domínio de rodovia federal por particulares. Assim, todas as interferências deveriam ser de conhecimento do próprio DNIT, que não poderia autorizar o uso da faixa de domínio sem o respectivo CPEU. Nos casos em que há a formalização de CPEU, o particular permissionário está obrigado a remanejar as respectivas interferências às suas expensas, conforme indica o Manual. Entretanto, devido à falta de fiscalização pelo Poder Concedente, não é incomum que particulares invadam a faixa de domínio.



213. Em ambos os casos, em cumprimento da responsabilidade atribuída pela subcláusula 10.6,¹¹⁷ a Concessionária deve notificar o detentor da interferência para que ele a remaneje; ou, no caso de impraticabilidade do remanejamento pelo detentor da interferência, a própria Concessionária deve realizar o remanejamento.

214. A responsabilidade pela execução do remanejamento (diretamente ou lidando com os seus detentores), não se confunde com a alocação do risco ao Poder Concedente relativo aos custos incorridos pela Concessionária com toda e qualquer remoção ou realocação de interferências, desde que atendidos dois critérios: **(i) que as interferências existentes estejam inseridas nos limites do Sistema Rodoviário; e (ii) que sejam necessárias à execução de obras e serviços previstos contratualmente.** É o que se depreende da leitura da cláusula 21.2.20

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

21.2.20 os custos decorrentes da necessidade de remoção e/ou recolocação de interferências existentes no Sistema Rodoviário, necessárias à execução das obras e serviços previstos no Contrato, junto aos demais concessionários de serviços públicos e outras empresas atuantes no setor de infraestrutura.

215. Este entendimento foi corroborado pela Requerida nos esclarecimentos ao Edital. Confira-se a Pergunta nº 27 do Protocolo nº1599441 e a sua respectiva resposta:

Pergunta nº27: Custos decorrentes da necessidade de remoção e/ou recolocação de interferências existentes no sistema rodoviário, necessárias à execução das obras e serviços previstos no contrato, junto aos demais concessionários de serviços públicos e outras empresas atuantes no setor de infra-estrutura. Entende-se que todas as interferências indicadas para remoção e / ou

¹¹⁷ A Concessionária é integralmente responsável pela remoção de todas as interferências existentes no Sistema Rodoviário.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

recolocação serão levadas a reequilíbrio, é correto esse entendimento?

Resposta:

De acordo com a cláusula 21.2.20 do Contrato de Concessão, não consiste em risco da Concessionária os custos decorrentes da necessidade de remoção e/ou recolocação de interferências existentes no Sistema Rodoviário, necessárias à execução das obras e serviços previstos no Contrato de Concessão, junto aos demais concessionários de serviços públicos e outras empresas atuantes no setor de infra-estrutura.

216. Durante a execução do Contrato de Concessão, a Concessionária precisou remover diversas interferências para a realização das obras, principalmente as da frente de expansão de capacidade. Desde o primeiro ano da concessão, quando enfrentava tal questão, seguindo o contrato e a normativa regulamentar então vigente, o Ofício Circular nº 11/2014/SUINF (C - 86), a CRO lidava com o detentor da interferência e quando necessário em decorrência do prazo para realização das obras procedia às remoções ou realocações, mantendo a COINF informada das negociações e a respeito das remoções, bem como dos custos respectivo por ela incorridos.

217. Mais especificamente quanto às interferências identificadas e removidas no segundo ano da concessão, a Concessionária apresentou à ANTT a prestação de contas em relação às remoções por meio do **Ofício CRO nº 946/2016** (C - 87). Para verificar a realização de tais intervenções, a ANTT solicitou à COINF que realizasse vistoria *in loco* atestando as obras, o que foi relatado no **Parecer Técnico 125/2015/COINF-URRS/SUINF – PT 125/2016** (C - 88). Em conclusão, tal parecer afirmou que:

12. No entanto, as realocações das redes existentes entre o km 9+900 e km 12+ 300 e entre o km 59+000 e 60+500 foram realizadas para uso do local como caixa de empréstimo, obtenção de material para o aterro da pista nova da rodovia, ou seja, as redes não ocupavam área necessária para execução da pista nova, e o material para aterro poderia ser obtido em outros lugares.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

218. Em resposta ao pleito da Concessionária, por intermédio do **Parecer Técnico 144/2016/GEINV/SUINF – PT 144/2016**, encaminhado pelo **Ofício nº 748/2016/GEINV/SUINF** (C - 89) reconheceu-se o direito de reequilíbrio da CRO referente os custos referentes à remoção de diversas interferências, mas ressalvaram-se as interferências destacadas no PT 125/2016, relativas à remoção de redes elétricas entre o km 9+900 e km 12+ 300 e entre o km 59+000 e 60+500.

219. Além do afirmado no PT 125/2016, o PT 144/2016 alegou que “*não foi atendida por completo as exigências (sic) do parágrafo 3º, do Ofício Circular nº 023/2015/GEINV/SUINF, de 09/11/2015*”.

220. Assim, quando da 1^a Revisão Ordinária e 4^a Revisão Extraordinária da Tarifa de Pedágio, a CRO apresentou o pleito por meio do Ofício CRO 989/2016 e seu relatório anexo (C - 58), considerando o valor total das interferências removidas, incluindo as entre o km 9+900 e km 12+ 300 e entre o km 59+000 e 60+500 e o reapresentou por meio da correspondência CRO nº 1.087/2016 (C - 59), já enfrentando as considerações do PT 125/2016 e do PT144/2016.

221. Em nova análise, o Parecer Técnico 181/2016/GEINV/SUINF (C - 90) reconheceu que a Concessionária apresentou documentação adequada para todas as interferências (exceto, como indicado pelo próprio documento a documentação relativa à interferência do km 111). Contudo, alegou que “*esta agência não foi informada, por parte da Concessionária, sobre intensão (sic) de utilizar as áreas em questão, onde havia redes de energia, para uso de empréstimo de materiais*”.¹¹⁸

222. Através da NT 027/2016 de 11/08/2016 (C - 63), a ANTT reconheceu o direito da CRO ao reequilíbrio pelos custos com as remoções de interferências exceto, na

¹¹⁸ “*Através deste Ofício acima citado, a Concessionária apresentou, para os trechos em que solicitou a remoção/realocação de interferências, com exceção do trecho da Interconexão do km 111, em que não apresentado o projeto chancelado pela Concessionária de Serviço Público local (CSP), a seguinte documentação complementar, abaixo descrita (...) Com isso, em análise à documentação apresentada pela CRO, no que diz respeito as remoções/realocações de interferências na rodovia BR-163/MT, identificamos que a maior parte das solicitações da ANTT, com vistas à comprovação dos serviços pleiteados, foram atendidos, em especial às exigências do parágrafo 3º, do Ofício Circular nº 023/2015/GEINV/SUINF, de 09/11/2015, abaixo descritos*”.



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

esteira das manifestações anteriores, em relação aos custos referentes à realocação de redes de energia elétrica localizadas entre o Km 9+900m e 12+300m e entre o km 59+000m e 60+500m, entendendo a agência que “*foi escolha, única e exclusiva, da Concessionária, não cabendo neste caso, qualquer possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro*”.

223. A Concessionária reapresentou o pleito, por meio do Ofício 1399/2017 (C - 91) no âmbito da 2^a Revisão Ordinária e 5^a Revisão Extraordinária. **No entanto, o pleito foi negado pela ANTT** nas Notas Técnicas 028/2017/GEINV/SUINF de 01/06/2017 (C - 92) e 041/2017/GEINV/SUINF de 26/07/2017 (C - 93), sob a justificativa de que a autarquia não havia sido informada a pretensão da CRO de utilizar a área da faixa de domínio para empréstimo de materiais a serem utilizados no aterro necessário à realização das obras de expansão de capacidade da rodovia. Tais Notas Técnicas foram referendadas pelo Voto DMV 092/2017 (C - 94) do Diretor Relator Marcelo Vinaud, que resultou na Resolução ANTT nº 5.411/2017 (C - 95).

224. Dessa forma, houve decisão definitiva da ANTT de equivocadamente rejeitar o pleito administrativo pelos custos com a remoção de interferências dos Km 9+900m e 12+300m e entre o km 59+000m e 60+500m, possibilitando a apresentação da matéria em sede arbitral.

225. Os frágeis fundamentos da ANTT para indeferir o pleito da CRO podem ser assim descritos:

1. A ANTT pretende (como visto no PT 144/2016¹¹⁹) fazer aplicar retroativamente as orientações por ela dispostas no Ofício Circular 023/2015, de novembro de 2015, a remoções executadas pela Concessionária anteriormente à expedição desse ato normativo pela agência, o que viola a legalidade administrativa e a segurança jurídica;
2. A ANTT, a partir do PT 125/2016, procura impor uma exigência de “imprescindibilidade” para a remoção das interferências que

¹¹⁹ “Com isso, em análise documentação apresentada pela CRO, no que diz respeito as remoções de interferências na rodovia BR-163/MT, identificamos que não foi atendida por completo as exigências do parágrafo 3º, do Ofício Circular nº 023/2015/GEINV/SUINF”.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

simplesmente não existe na lei, no contrato ou até mesmo no ato administrativo normativo emanado pela agência;

3. A opção pela utilização de caixa de empréstimo pela CRO representa a medida mais razoável no caso, sendo prática absolutamente usual no setor e a mais eficiente e proporcional sob qualquer ponto de vista, técnico, econômico e também ambiental;
 4. A agência reclama (como indicado no Parecer Técnico 181/2016/GEINV/SUINF e na NT 027/2016/GEINV/SUINF¹²⁰) de não ter sido informada previamente, pela Concessionária, a respeito da intenção de utilizar as caixas de empréstimo, olvidando que não há qualquer fundamento legal, contratual ou regulamentar para tal exigência de comunicação ou, muito menos, de anuênciam prévia da agência em relação às áreas utilizadas para remoção de interferências, e que a agência estava ciente da utilização de caixas de empréstimo em questão por ter analisado e aprovado projetos de terraplenagem e projetos de drenagem no local, que apresentavam expressamente a utilização de tal recurso.
226. Entrando em detalhes sobre os argumentos acima expendidos a respeito dos equívocos da ANTT em relação a esse tema, primeiramente, é preciso destacar que a norma que a ANTT pretende aplicar à prestação de contas das remoções, como condicionante ao exercício de direito contratual da CRO, é posterior aos próprios fatos que ela pretende regular. As interferências em questão foram removidas anteriormente à promulgação, pela agência, do Ofício Circular 023, de **novembro de 2015**. Como indicado na tabela anexa ao Ofício CRO nº 946/2016, as remoções em questão foram realizadas em **maio (km 59+000) e julho de 2015 (km 9+900)**. Por óbvio, não há que se falar em aplicar retroativamente o Ofício Circular 023/2015/GEINV/SUINF, o que corresponderia a uma grave violação à segurança jurídica no atuar administrativo. Como se sabe, a Constituição Federal proíbe a retroatividade até mesmo de leis. Não pode a ANTT pretender que seus Ofícios-Circulares tenham aplicação retroativa.

¹²⁰ *esta Agência não foi informada, por parte da Concessionária, sobre a intensão (sic) de utilizar as áreas em questão, onde havia redes de energia, para uso de empréstimo de materiais.*



227. Note-se ainda que o próprio ofício circular deixa claro o seu caráter prospectivo, e mesmo caso fosse considerado que tal ato administrativo normativo teria caráter meramente procedural, incidindo imediatamente apenas para estabelecer a higidez da documentação necessária à comprovação do desequilíbrio pela remoção de interferências, a própria ANTT reconheceu, no Parecer Técnico 181/2016/GEINV/SUINF, como dito anteriormente, que a Concessionária apresentou documentação adequada para todas as interferências. E isso se deu, como indicado, já na vigência do Ofício Circular 023/2015/GEINV/SUINF, sendo o Parecer Técnico 181/2016/GEINV/SUINF posterior mesmo ao Parecer Técnico 144/2016/GEINV/SUINF, e que analisa documentação enviada pela CRO por solicitação da ANTT.

228. Deste modo, seja ao se considerar como inaplicável em absoluto - relativamente às interferências ocorridas anteriormente à sua entrada em vigor - ou mesmo caso se considere aplicável o Ofício Circular 023/2015/GEINV/SUINF somente no que diz respeito à listagem de documentos comprobatórios das interferências removidas anteriormente à sua edição, fica clara a inaplicabilidade do ofício para obstar o direito da CRO ao reequilíbrio do Contrato de Concessão, como pretende a ANTT.

229. Prosseguindo, agora em relação ao segundo fundamento da ANTT para indeferimento, a fim de deixar claro que não há que se falar em “imprescindibilidade” da remoção da interferência para a obra, basta apenas revisitar a letra do próprio Contrato de Concessão, que afirma, como visto anteriormente, dois critérios necessários e suficientes para que deva ser concedido o reequilíbrio econômico-financeiro: **(i) que as interferências existentes estejam inseridas nos limites do Sistema Rodoviário; e (ii) que sejam necessárias à execução de obras e serviços previstos contratualmente.**

230. Não há questionamento sobre o fato das interferências, no caso, estarem inseridas nos limites do Sistema Rodoviário. Em relação à localidade, a agência questiona – como no PT 125/2106¹²¹ - que a rede elétrica não se encontrava

¹²¹ “as redes não ocupavam área necessária para execução da pista nova, e o material para aterro poderia ser obtido em outros lugares”.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

exatamente na localização por onde passaria a pista duplicada, mas ao lado da rodovia na faixa de domínio. É nesse contexto que a ANTT simplesmente pretende impor um requisito inexistente na lei, no contrato ou mesmo em suas normas regulamentares.

231. Não há exigência de que a interferência esteja no exato local da obra a ser executada pela Concessionária, bastando, segundo a própria linguagem contratual, que a utilização da área em que se encontra a interferência se mostre necessária para a realização de uma obra para cumprimento do escopo contratual.

232. Nesse sentido, é importante contextualizar a utilização das caixas de empréstimo em faixa de domínio, sendo necessário tecer comentários a respeito do projeto de terraplenagem. Terraplenagem é a operação destinada a conformar o terreno existente aos gabaritos definidos em projeto. De maneira geral, ela engloba os serviços de corte (escavação de materiais) e de aterro (deposição e compactação de materiais escavados). A conjugação desses dois serviços tem por finalidade proporcionar condições geométricas compatíveis com o volume e tipo dos veículos que irão utilizar a rodovia. Ou seja, rebaixa-se o terreno onde ele deve ser rebaixado e levanta-se a plataforma onde passará a pista de acordo com o projeto geométrico da rodovia, considerando os níveis de serviço desejados, entre outros fatores.

233. Assim, o projeto de terraplenagem foi elaborado considerando que os aterros da plataforma de pista utilizariam material de corte primeiramente de empréstimos laterais, conforme imagens abaixo, de projeto apresentado e aprovado pela ANTT (C - 96):

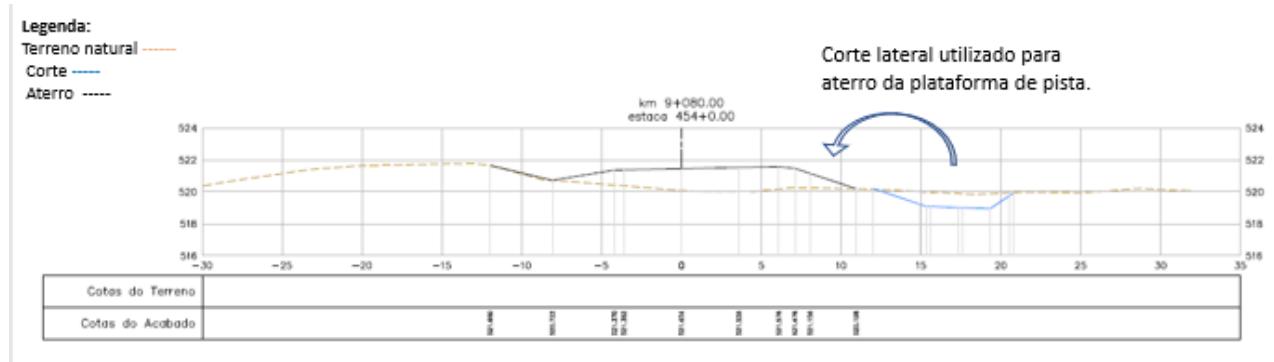


Figura 9 --CRO-VPT-T01-DE-DUP-Q-0009- seção transversal

234. Em outros termos: a necessidade das remoções em questão não se deu pelo conflito entre o traçado da rodovia e a localização da rede elétrica, mas pela necessidade de utilização de material para o aterro da plataforma da rodovia, objeto no local das obras de expansão de capacidade.

235. A **necessidade** de remoção das interferências, desta forma, fica clara: para realização da duplicação da rodovia, **era necessário aterrinar a plataforma onde o novo pavimento seria construído, e para realizar o aterro era necessário obter o material em algum lugar**. A utilização de caixa de empréstimo na faixa de domínio é a solução comum e mais eficiente nesses casos, o que pode inclusive vir a ser provado pericialmente no momento adequado.

236. Assim, ao contrário do que alegado pela ANTT, quando afirma no PT 125/2016 que *“a realocação do posteamento de energia não era imprescindível para a execução das obras, teria ocorrido apenas para obter material para aterro de uma forma mais econômica para concessionária”* a decisão da CRO de utilizar a caixa de empréstimo no local segue práticas absolutamente comuns na engenharia rodoviária. As atividades de corte e aterro são planejadas de modo a realizar o menor movimento de terras possível. Isso porque o custo da movimentação de terras é significativo em relação ao custo total das obras na rodovia e também porque minimiza o impacto ambiental na região.

237. A tentativa da ANTT de caracterizar a utilização das caixas de empréstimo como algo fora do que qualquer outro construtor – seja privado ou mesmo



público, como o DNIT ou DERs – faria naquela situação, apenas para obter algum ganho econômico, não pode prosperar. A solução empregada pela CRO é a mais razoável e que segue as melhores práticas de engenharia, como por exemplo as orientações normativas como a Especificação de Serviços Rodoviários do DER/PR ES-T 03/05 (C - 97)¹²²:

“5.3.3 Sempre que possível, devem ser executados empréstimos contíguos ao corpo estrada (empréstimos laterais), resultando sua escavação em alargamento dos cortes”

238. É preciso ficar claro também que a utilização de material por meio de caixas de empréstimos é absolutamente usual não só pela eficiência em termos de facilidade e economia com transporte das terras, mas também por uma questão preservação ambiental. Eventual solução alternativa – como pretendida pela ANTT – de utilização de material em empréstimos concentrados (jazidas) requer um manejo ambiental, tais como as indicadas pela Especificação de Serviço DER/PR ES-T 03/05:

- a) O solo orgânico decorrente das operações de desmatamento, destocamento e limpeza, executadas dentro dos limites da área, deve ser estocado de forma que, após a exploração do empréstimo, seja espalhado na área escavada, reintegrando-se a aagem (sic).*
- b) O material vegetal deve ser removido ou estocado conforme as indicações de projeto. A remoção ou estocagem depende da eventual utilização, não sendo permitida a permanência de entulhos nas adjacências da plataforma de modo a provocar a obstrução do sistema de drenagem natural da obra ou problemas ambientais.*
- c) Evitar a localização de empréstimos em áreas de boa aptidão agrícola.*
- d) Não devem ser explorados empréstimos em áreas de reservas florestais, ecológicas, de preservação cultural, ou mesmo, nas suas proximidades.*

¹²² Esta é a especificação de serviço que trata, no país, de forma mais específica e detalhada da utilização de empréstimos, o que justifica a sua utilização referencial ainda que se trate de norma emanada do DER do Paraná.



- e) As áreas de empréstimos, após a escavação, devem ser reconformadas com abrandamento dos taludes, de modo a suavizar contornos e reincorporá-las ao relevo natural, operação que é realizada antes do espalhamento do solo orgânico.
- f) O tráfego de equipamento e veículo de serviço deve ser controlado para evitar a implantação de vias desnecessárias.
- g) As áreas de empréstimos devem ser convenientemente drenadas de modo a evitar o acúmulo de águas, bem como, os efeitos da erosão”

239. Ainda, a caixa de empréstimo em faixa de domínio não necessita de recomposição – ou seja, não precisa ser coberta, uma vez aberta - pois exerce também uma função de drenagem consistente na contenção de água pluvial lindeira à pista de rolamento. Na imagem abaixo, utilizada como exemplo do emprego da caixa de empréstimo, marcou-se em vermelho a caixa de empréstimo coletando a drenagem dos bueiros circulados em branco:



Figura 10- Exemplo de caixa de empréstimo na Rodovia BR 163-MT

240. Por fim, em relação à alegação da agência de que não teria sido informada pela CRO a respeito da utilização de caixas de empréstimo no local, não se



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

encontra em qualquer dispositivo legal, contratual ou mesmo nas normas expedidas pela ANTT a exigência de comunicação prévia – quanto menos de anuênciā da ANTT – em relação a que interferências seriam removidas.

241. Vale ressaltar ainda a ANTT incorre em **comportamento contraditório ao exigir a comunicação prévia à ANTT para as remoções de interferências ocorridas no 2º ano da concessão, como as tratadas no caso (ocorridas em maio e julho de 2015, como visto).** Isso porque, ao longo do 1º ano da concessão, apenas na Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, a CRO executou 117,4 km de duplicação da BR-163/MT e **que não foram apresentadas quaisquer orientações da ANTT para que fossem comunicadas as remoções de interferências que não objeto direto da plataforma da rodovia.** Desse modo, sedimentou-se uma prática contratual, já no primeiro ano, de que não havia a necessidade de comunicação prévia específica à ANTT relativa à remoção de interferências.

242. Além disso, apenas para que não reste dúvida a respeito do direito da CRO: mesmo considerado que era necessário comunicar de algum modo à ANTT a utilização de caixas de empréstimo na realização de obras pela CRO, equivoca-se a agência ao afirmar que desconhecia por completo a implantação daquelas caixas de empréstimo e da necessidade de remoção das interferências em questão. Esquece a ANTT que foram apresentados projetos pela CRO, e aprovados pela ANTT, que indicam a utilização da caixa de empréstimo no local. **Os projetos de drenagem em anexo, aprovados pela ANTT (C - 96), certificam que as caixas de empréstimo fazem parte do sistema de drenagem da rodovia, ou seja, de que naqueles locais seriam implantadas caixas de empréstimo.** Deste modo, fica claro que a ANTT tinha plena ciência do uso dessas áreas como caixas de empréstimo.

243. De todo o exposto, fica evidente que o remanejamento das interferências nas citadas caixas de empréstimo foi **necessário** para a realização das obras **no Sistema Rodoviário** objeto do Contrato de Concessão devendo, portanto, serem reequilibrados os custos associados com a remoção de interferências em relação à relocação de redes de energia elétrica localizadas precisamente entre o Km 9+900m e 12+300m e entre o km 59+000m e 60+500m - pela Concessionária, no



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

montante de R\$ 102.442,95 em valores de maio de 2012, conforme memorial constante do C - 98.

Vícios Ocultos

244. Após a assunção do Sistema Rodoviário e já durante a operação do serviço houve a manifestação de vícios ocultos em dispositivos no Sistema Rodoviário, que precisaram de intervenções corretivas. Como se sabe, no âmbito do direito privado, vícios ocultos são defeitos que tornam a coisa inadequada ao uso que se destina ou que a desvalorizam, só se manifestando após certo tempo de uso. No âmbito das concessões de serviço público, a própria ANTT adota como conceito de vício oculto *“aquele imperceptível a tal ponto que sequer poderia ser considerado como risco a ser precificado pela empresa concessionária no momento da elaboração da proposta econômica do leilão”*,¹²³ seja por visitas técnicas ou vistorias preliminares. Os vícios ocultos são revelados com o passar do tempo e corrompem elementos de infraestrutura implantados na rodovia exigindo uma intervenção imediata para que não haja comprometimento da segurança viária e da integridade de algum outro elemento de infraestrutura contíguo ou correlato.

245. No caso da Requerente, foram identificados dois vícios ocultos após o início das operações da rodovia: um ponto de erosão no talude das alças de retorno do trevo de acesso ao município de Rondonópolis, localizado no km 203+000 da BR-364/MT, e um processo erosivo ao longo do talude da cabeceira norte da Ponte sobre o Rio Correntes, localizado no km 0+000 da BR-163/MT. Além destes, a Concessionária enfrenta e certamente enfrentará outros custos adicionais relacionadas a defeitos em obras realizadas pelo Poder Público. Os problemas classificados como vícios ocultos podem decorrer tanto de (i) erros de projeto ou falhas construtivas (por exemplo a ausência de elementos construtivos, tais como de dutos de drenagem, de galerias de águas pluviais e de dissipadores de energia); (ii) passivos ambientais com processo erosivo detectados após o recebido do trecho concedido em razão de falha estrutural não aparente; (iii) e eventos naturais que resultaram em danos ao Sistema Rodoviário.

¹²³ Nota Técnica 03/2018/GEFIR/SUINF e Ofício nº 139/2017/GEINV/SUINF ().



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

246. Nesse cenário, é preciso estabelecer um método adequado à apuração dos presentes e futuros desequilíbrios que tenham como fato gerador vícios ocultos, cujo risco foi atribuído ao Poder Concedente na subcláusula 21.2.12. Confira-se:

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

21.2. 12. vícios ocultos do Sistema Rodoviário e dos Bens da Concessão, vinculados à manutenção e operação, transferidos à Concessionária na Data de Assunção;

247. Essa disposição contratual está em linha com um dos critérios basilares para alocação de risco em contratos de concessão, vistos no item II: não se deve transferir para um concessionário riscos sobre os quais ele não tem qualquer controle e, muito menos, riscos que são controlados pela outra parte do contrato. Se os vícios no sistema recebido pelo concessionário não podem ser por ele conhecidos quando da licitação – seja pela ausência de sua descrição nos documentos que compõem o edital, seja pela impossibilidade de que seja verificado em uma vistoria técnica realizada durante o procedimento licitatório – é evidente que se trata de risco não controlável pelo concessionário.

III.B.5.a. Erosão no talude das alças de retorno do km 203

248. Em 18 de julho de 2018, as equipes de conservação da CRO observaram *in loco* a ocorrência de erosão no talude das alças de retorno do trevo de acesso ao município de Rondonópolis. Talude, em engenharia, é um terreno inclinado que serve para dar sustentação e estabilidade ao solo próximo de um platô, garantindo a estabilidade deste aterro, por exemplo evitando deslizamentos de terras. Os taludes podem ser naturais (chamados de encostas), ou construídos (chamados de cortes ou aterros):



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS



Figura 11 - Exemplo de talude construído às margens de rodovia¹²⁴

249. É de extrema relevância para que cumpra adequadamente sua função que o talude se mantenha íntegro, sem pontos de erosão ou falhas que permitam a movimentação do terreno, causando a sua instabilidade. Contudo, como dito, a Requerente notou, após a assunção do Sistema Rodoviário, que se formava um ponto de erosão (em outros termos, um buraco) no talude que sustenta uma das alças de retorno do trevo de acesso ao Município de Rondonópolis, localizado no km 203+000 da BR-364/MT. Confira-se:

¹²⁴ Fonte: <http://www.terraplenagem.net/dicionario/t/talude/>.



Figura 12- Ponto de Erosão devido à falta de caixa de passagem no talude de alça de retorno do trevo de acesso ao Município de Rondonópolis no km 203+000 da BR-364/MT



Figura 13- Indicação da localização da ocorrência no trevo de acesso ao município de Rondonópolis no km 203+000 da BR-364/MT

250. Este ponto de erosão no terreno comprometia a estabilidade do aterro em que se situa um dos mais movimentados dispositivos do Sistema Rodoviário. A cavidade formada no maciço de terra pela erosão, se não tratada adequadamente e tempestivamente, certamente aumentaria de tamanho progressivamente com o decorrer do processo erosivo de modo a acrescer consideravelmente o risco de



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

desmoronamento, comprometendo toda a estrutura do dispositivo de acesso a Rondonópolis.

251. Assim, em decorrência do iminente deslizamento, a Requerente iniciou prontamente as obras de recomposição da cavidade com o objetivo de garantir a estabilidade e reconstituição imediata do talude, e notificou a unidade da ANTT responsável pela fiscalização do contrato, a COINF-RS, conforme verifica-se do Anexo II do Ofício nº 2.035/2018 (C - 99).

252. Naquele documento, a Requerente apresentou as razões pelas quais a ocorrência supracitada se enquadra como vício oculto, uma vez que se trata de uma situação que não poderia ser considerada como previsível pela Concessionária quando da assunção do Sistema Rodoviário e que não poderia ter sido preficada à época da licitação.

253. Isso porque a erosão decorre de uma **falha construtiva no sistema de drenagem urbana no trecho que passa sob o trevo de acesso à área urbana, mais especificamente da ausência de uma caixa de ligação ou poço de visita para o encontro da tubulação proveniente de dois bueiros**. A falta desta ligação entre os bueiros ocasionou o acúmulo constante de água na base do talude, resultando na instabilidade do maciço de terra e no iminente escorregamento de terra.

254. **Em outros termos, o executor das obras de implantação do sistema de drenagem urbana subterrânea simplesmente não executou parte fundamental da rede de drenagem, deixando um espaço vazio sem rede entre as tubulações**, espaço no qual água acumulou ao longo dos anos, causando a erosão do terreno. Explica-se:

255. Um sistema de drenagem urbana tem como objetivo o gerenciamento das águas da chuva. Assim, para elaborar um projeto de drenagem é necessário avaliar alguns aspectos locais, como topografia do terreno e hidrografia conforme ilustração abaixo:



Figura 14- ilustração de Drenagem Urbana

256. A rede de galeria de águas pluviais é instalada no subsolo, e quando há o encontro de duas redes é necessária a instalação de um poço de visita, que permite a mudança de direção da rede, a mudança de declividade, mudança de diâmetro da rede e até mesmo a inspeção ou limpeza das galerias.



Figura 15- Poço de visita

257. Ou seja, a instalação de um poço de visita é elemento necessário para o funcionamento de uma rede de drenagem não só por permitir a passagem da água mas também como ponto de contato entre as instalações subterrâneas e o



solo, permitindo que o responsável pela gestão da rede tenha acesso aos equipamentos subterrâneos para sua inspeção e manutenção.

258. Também é preciso destacar que, usualmente, sem um poço de visita ou outros elementos que indiquem a existência da passagem de uma rede a qual o poço se conecta, é inviável, para alguém no solo, perceber a passagem da rede subterrânea, sua direção, extensão, profundidade, entre outras características.

259. Em alguns casos, ao invés da utilização do poço de visita no encontro de duas redes pode ser utilizado dispositivo chamado de caixa de passagem, também conhecida como “caixa morta”. Ao contrário do poço de visita, que possui conexão com o solo, uma caixa de passagem não possui a chaminé de acesso e tampão. Deste modo, a caixa de passagem fica totalmente subterrânea, e não permite que se tenha acesso às instalações abaixo do solo e impossibilitando a manutenção e limpeza da rede.



Figura 16- Caixa de passagem

260. Ocorre que, no caso em análise, o vício construtivo que causou o processo erosivo no terreno de suporte à alça de acesso ao município de Rondonópolis consistia no fato de que a rede foi implantada sem qualquer dispositivo de ligação entre as tubulações – sem poço de visita ou sem caixa de passagem, como



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

observado na foto a seguir, tirada quando do início das intervenções corretivas da Requerente no ponto de erosão:



Figura 17 Encontro de duas redes sem elemento de ligação

261. Na imagem acima percebe-se claramente que não há qualquer tipo de conexão entre as duas pontas da rede de tubulação, destacadas com círculos vermelhos para melhor visualização. O resultado dessa grave falha construtiva foi, como dito, o acúmulo de parte da água que passava na rede ao redor da tubulação, dentro da área isolada por meio da construção em tijolos observada em cinza na foto, que foi absolutamente deteriorada pelo processo erosivo que ali se desenvolveu.

262. Foi assim que a Requerente se viu obrigada a corrigir urgentemente a falha para evitar o comprometimento de toda estrutura do trevo ali localizado. A Requerente teve que instalar as caixas de ligação e de passagem, compactar e reaterrar a área que sofreu o processo erosivo e cobrir a superfície com placas de grama para que se evite nova erosão, conforme o relatório fotográfico constante do anexo III do Ofício 2035/2018 (C - 99).



263. Contudo, em resposta à manifestação apresentada pelo Ofício 2035/2018 da CRO, a ANTT, por intermédio do Ofício nº 724/2018/GEFIR/SUINF, encaminhando o Parecer Técnico nº 139/2018/COINF-URRS/SUINF (C - 100), afirmou que o caso não se enquadraria como vício oculto utilizando-se de dois argumentos:

- i. que a Obra de Arte Corrente - OAC¹²⁵ cuja falha construtiva causou o sinistro deveria ter sido cadastrada e monitorada pela CRO em seus Relatórios de Monitoração, seja no de OACs ou OAEs; e
- ii. que as intervenções realizadas constariam entre as obrigações contratuais da Concessionária no PER.

264. A resposta da CRO às considerações da COINF foram encaminhadas por meio do Ofício CRO nº 2.371/2019 (C - 101), reafirmando que a falha construtiva causadora do vício oculto encontrava-se sob aterro de dispositivo rodoviário em desnível (em outros termos, que se encontrava debaixo da terra em um local em que não se deveria presumir a passagem ou existência de tal dispositivo de drenagem), sendo impossível seu diagnóstico.

265. Em resposta ao argumento da ANTT de que o vício deveria ter sido monitorado em Relatório de Monitoração de OAC, respondeu a Concessionária que o próprio caderno de monitoração padrão, fornecido pela agência, determina a monitoração apenas nas áreas sob responsabilidade da Concessionária. Como se viu, a tubulação na qual se verificou o vício não faz parte do Sistema Rodoviário, advindo de fora da faixa de domínio e pertencendo ao Município de Rondonópolis. Assim, afirmou a Requerente que o vício em questão não poderia fazer parte da sua obrigação monitoração de OACs.

266. E não deveria alegar a ANTT que, mesmo pertencendo ao município, tais dispositivos de drenagem deveriam ter sido monitorados pela CRO porque a rede de drenagem em questão atravessaria as alças de OAE integrante do Sistema

¹²⁵ Obras de Arte Correntes são dispositivos de drenagem como drenos e bueiros, ou, no caso, a caixa de ligação.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Rodoviário. Ponderou a CRO em resposta que o Relatório de Monitoração das OAEs deve seguir também a norma DNIT-010/2004-PRO, e que tal norma apenas demanda a avaliação dos elementos estruturais, visualmente perceptíveis, das OAEs. Neste sentido, não seria exigível a catalogação de todos os elementos de drenagem que eventualmente atravessem as OAEs, quanto menos exigiria a norma do DNIT que se buscassem elementos ocultos, imperceptíveis à inspeção visual.

267. Já em relação ao segundo argumento da ANTT, de que a resolução do mencionado vício oculto faria parte do rol de serviços descritos no item 3.1.4 do PER, afirmou a Concessionária que o PER não abrange a execução de elementos faltantes que não podiam ser presumidos, e que, portanto, não foram precificados.

268. A ANTT manifestou-se então novamente pelo indeferimento do pleito com fundamento no Parecer Técnico nº 75/2019/COINFRS/URRS, encaminhado pelo OFÍCIO SEI Nº 10285/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (C - 102). Nele, a ANTT passa a alegar que *“os problemas construtivos poderiam ter sido identificados durante o cadastro inicial dos elementos físicos, conforme prevê o item 4.1.2 do PER”*.

269. A questão foi reapresentada pela Requerente em sede da 4^a Revisão Ordinária e 7^a Revisão Extraordinária por meio dos Ofícios 2.404/2019 (C - 103), e 2.422/2019 (C - 104), tendo sido a negativa enviada à Concessionária por meio do Ofício SEI nº 8934/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, de 29/07/2019 (C - 105). A revisão foi efetuada pela Deliberação 1.051/2019 (C - 106), desconsiderando-se esse pleito da Requerente, fundamentada a referida deliberação no Voto DEB 367/2019 (C - 29).

270. Vê-se, portanto, que os argumentos da ANTT podem ser resumidos a dois pontos: (i) que a falha construtiva (ausência de caixa de ligação na rede de drenagem municipal) deveria ter sido cadastrada e monitorada pela Requerente; (ii) que as intervenções necessárias à solução do problema já fariam parte das obrigações da Requerente no PER.



271. Em relação ao primeiro fundamento da ANTT para negar o pleito da Requerente, percebe-se uma falha na aplicação do conceito de vício oculto tal qual definido pela própria agência. Como visto, vício oculto é aquele impossível de ser identificado (e, portanto, especificado) **no momento da licitação**. E, **no momento da licitação**, não havia qualquer possibilidade de identificar, seja por meio das vistorias técnicas, seja por meio de análise documental, a existência do erro construtivo na rede de drenagem municipal, fora inclusive da faixa de domínio da rodovia.

272. A imagem de 2015 fornecida por meio do aplicativo *Google Earth Pro* retrata bem esta realidade. Abaixo é possível verificar que não havia nenhum indício do processo erosivo, ou mesmo a existência de poço de visita que merecesse a atenção da então licitante para procurar por um eventual vício construtivo na rede de drenagem municipal.



Figura 18- Imagem do local do vício oculto em julho de 2015

273. Em relação à análise documental, não havia qualquer indicação na documentação disponibilizada quando da licitação deste problema na rede de drenagem. Em especial, o Anexo 3.1.I do Volume 3 do EVTE, que apresenta o Cadastro de Drenagem Profunda, contendo relação dos dispositivos de drenagem do Sistema Rodoviário, não menciona o dispositivo em questão, até



mesmo pelo fato de que a rede em comento pertence ao Município de Rondonópolis.

274. Em outros termos: ainda que fosse possível identificar o vício após a assinatura do Contrato de Concessão, quando da assunção do Sistema Rodoviário pela CRO e cadastramento e monitoração de suas características, mesmo assim a falha construtiva oculta durante a **licitação** se enquadra como **vício oculto, sendo tal risco alocado ao Poder Concedente**.

275. Não faz sentido, portanto, tentar afastar a responsabilidade do Poder Concedente alegando, como faz o Parecer Técnico nº 75/2019/COINFRS/URRS, que a Requerente deveria ter identificado o vício no cadastro inicial da rodovia, conforme obrigação do item 4.1.2. Para a caracterização como vício **oculto**, avalia-se a impossibilidade de sua identificação **antes** da assinatura do Contrato de Concessão e assunção do Sistema Rodoviário, não após. Trata-se, portanto, de erro conceitual da Requerida.

276. Na verdade, a própria COINF reconhece, no Parecer Técnico 075/2019/COINFRS/URRS, que *“não haveria como, pela complexidade de um sistema rodoviário como este concedido a CRO, que os concorrentes tivessem todas as informações sobre todos os elementos físicos da rodovia de forma pormenorizada para ter conhecimento de todos os defeitos existentes”*. Como demonstrado na parte introdutória desta seção, é justamente por razões como esta – a **impossibilidade de acesso, pelos licitantes, a todas as informações relevantes para precisar os custos associados a defeitos no Sistema Rodoviário que necessitariam de reparo** – que a lógica adequada de alocação do risco dos vícios ocultos determina a sua imputação ao Poder Concedente.

277. Continua o integrante da COINF demonstrando um total desconhecimento do conceito de vícios ocultos e da lógica de alocação dos riscos a eles relativos:

8. Finalmente, quanto à definição de vício oculto, evidentemente que não haveria meios de avaliar de forma pormenorizada todos os elementos físicos antes da elaboração da proposta econômica do leilão, mas seria prudente por parte da concessionária prever



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

que poderiam haver problemas construtivos em alguns elementos que poderiam ser identificados na fase de recuperação, e que haveriam custos para as ações corretivas.

278. Veja-se que a manifestação da COINF ignora completamente que o risco relativo a vícios ocultos fora alocado ao Poder Concedente. O argumento da COINF, na verdade, é completamente falho: O caso não trataria de vício oculto (e, portanto, não seria risco do Poder Concedente) porque a Concessionária deveria ter provisionado recursos para dar conta da eventual existência de problemas ocultos na rodovia (ou seja, de vícios ocultos), **sendo que a Concessionária só tem obrigação de se preparar econômica e financeiramente para lidar com eventos (nesse caso provisionando recursos) se o risco tiver sido a ela alocado.**

279. De todo modo, apenas para que seja exaustivamente demonstrado o direito da Requerente, explica-se como não procedem as demais alegações da ANTT de que haveria uma falha na conduta da Requerente de cadastrar e monitorar a rede de drenagem alheia.

280. Afirma ainda que a CRO deveria ter cadastrado e monitorado a ausência de caixa de ligação em seus Relatórios de Monitoração de Obras de Arte Corrente. Contudo, como já exposto acima, o próprio Caderno de Monitoração padrão, fornecido pela ANTT,¹²⁶ dispõe em seu item 3 que:

A Metodologia apresentada a seguir se refere aos serviços de monitoração do Sistema de Drenagem Superficial e Obras de Arte Correntes existentes, bem como à identificação visual de situações que requeiram avaliação mais detalhada (...)."

281. Ou seja: tanto o vício construtivo se situava na rede de drenagem municipal, que não fora transferida à Requerente pelo DNIT, quanto a "situação que requeria avaliação mais detalhada" (a ausência de uma caixa de ligação em rede subterrânea) não era passível de ser identificada visualmente. A imagem abaixo

¹²⁶ Encaminhado pela ANTT por meio do Ofício Circular nº 009/2016/GEFOR/SUINF.

representa a rede de drenagem que compõe o sistema rodoviário, identificada visualmente e devidamente cadastrada e monitorada.



Figura 19- Imagem da rede de drenagem do cadastro de monitoração CRO

282. Tendo sido rebatido o argumento da COINF no Ofício CRO 2.371/2019, insistiu a agência agora afirmando que a monitoração deveria ter ocorrido por meio dos Relatórios de Monitoração de Obras de Arte Especial:

Identificou-se ter ocorrido um equívoco por parte da CRO ao não realizar o cadastro e monitoração desses bueiros, pois, mesmo se fosse considerá-lo como parte do sistema de drenagem do município, o mesmo atravessa as alças do dispositivo que é integrante do sistema rodoviário concedido, monitorado pela CRO por ocasião das monitorações de obras de arte especiais - OAE. A imagem anexada ao e-mail com croqui do caminho dessas tubulações pluviais evidencia que as mesmas atravessam o dispositivo, e assim entende-se que deveriam ter sido monitoradas.

283. Contudo, em primeiro lugar, o trecho rodoviário em que se encontra a Obra de Arte Especial em questão (o trevo de acesso a Rondonópolis) foi transferido à CRO na data de assunção do Contrato de Concessão, por meio do seu Anexo I - Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, sob código PNV 163BMT0582, sem que houvesse identificação alguma do processo erosivo em tela. Mais ainda, o Manual de procedimentos para a permissão especial de uso das faixas de



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

domínio de rodovias federais e outros bens públicos sob jurisdição do DNIT (C - 84), apresenta dentre as condições de uso o *Contrato de Permissão Especial de Uso – CPEU* a ser firmado entre o DNIT e a permissionária. Na transferência do Sistema Rodoviário à Requerente diversos foram os contratos celebrados com inúmeros permissionários, que permitem a identificação e monitoração pela CRO. Contudo, no caso, não foi entregue qualquer registro ou contrato de utilização com o Município de Rondonópolis ou eventual delegatário do serviço de saneamento que opere a rede de drenagem municipal, conforme preconiza o Manual de Ocupações de Faixa de Domínio do DNIT, que transmitiu à Requerente o trecho sem qualquer indicativo da existência da rede de drenagem para que esta pudesse ser monitorada.

284. Ademais, a monitoração das Obras de Arte Especial se dá em relação aos seus aspectos estruturais, conforme a norma DNIT-010/2004-PRO (C - 107), que indica nos procedimentos gerais (item 6.1) a inspeção **visual** em **elementos estruturais** de pontes, viadutos e passagens superiores, como no caso.¹²⁷ Assim, não há previsão para catalogação de todos os elementos de drenagem que atravessarem as OAEs, conforme pretende a ANTT. Ainda, conforme metodologia estabelecida no item 3 do Relatório de Monitoração Padrão de OAEs, encaminhado pela própria agência:

A inspeção periódica realizada no presente relatório se trata da inspeção rotineira de Obras de Arte Especiais, a qual tem por objetivo coletar informações sobre qualquer anomalia em desenvolvimento ou qualquer alteração em relação às inspeções anteriores, efetuando inspeção visual, a partir do estrado, do terreno, do nível d'água ou de plataformas e caminhos permanentes

285. Ou seja: a pretensão da COINF de que fosse realizado cadastro e inspeção subterrânea na rede de drenagem municipal, fora da faixa de domínio, apenas por atravessar dispositivo rodoviário no trecho da Requerente não encontra respaldo nem nos procedimentos de monitoração determinados pela ANTT.

¹²⁷ Conforme definição do item 3.1.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

286. Já quanto à segunda linha argumentativa da ANTT, de que o reparo ao vício construtivo faria parte do conjunto de obrigações da Requerente indicado no PER e que por isso não seria cabível o reequilíbrio econômico-financeiro, novamente percebe-se uma deficiência no entendimento do que significa uma alocação de riscos contratual.

287. Ainda que fosse parte do conjunto de obrigações definido no PER (no item 3.1.4 ou 3.1.5), a atribuição de tal responsabilidade à Concessionária por **realizar o reparo** não impede a aplicação ou se sobrepõe à alocação do risco ao Poder Concedente, que é responsável por **custear eventuais custos adicionais da Concessionária ao realizar o reparo**. A lógica de um evento de desequilíbrio como o relativo aos riscos de vícios ocultos é justamente que ele impacte a execução de atividades que estejam no âmbito do cumprimento regular das obrigações contratuais, tornando-as mais gravosas para a parte. O reequilíbrio econômico-financeiro, como sempre, opera de forma a proteger a equivalência vista entre as obrigações e riscos assumidos pela Concessionária e o seu retorno financeiro, que no caso seria reduzido caso os custos adicionais com o evento de desequilíbrio não fossem compensados.

288. Alguns exemplos podem ilustrar a fragilidade do raciocínio da Requerida: suponha que um meteoro atinja a rodovia (o que por óbvio representa evento extraordinário, cujo risco fora alocado ao Poder Concedente, como será visto melhor adiante). A Requerente tem por obrigação realizar os reparos necessários, mas os custos adicionais por ela incorridos deverão ser suportados pelo Poder Concedente, a quem o risco foi alocado. Do mesmo modo, não se questiona que a Requerente teria por obrigação continuar a prestar os serviços de operação da rodovia mesmo que hipotética decisão judicial a impedissem de cobrar tarifas nas praças de pedágio. Não poderia a Requerente simplesmente suspender a prestação do serviço nos moldes definidos no PER, mas, neste caso, inquestionável que a Requerida deveria compensar a Concessionária por toda a



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

perda de receita incorrida, visto que a Cláusula 21.2.2 aloca tal risco ao Poder Concedente.¹²⁸

289. Em resumo: a previsão de uma atividade no PER não torna a Concessionária responsável por todos os seus custos independentemente do que aconteça, não exime o Poder Concedente de assumir os riscos a ele alocados no Contrato de Concessão. É justamente para proteger as partes contra os eventos gravosos que podem ocorrer ao longo da regular execução contratual (ou seja, da regular execução do escopo de atividades previsto no PER) que o Contrato de Concessão partilha riscos entre as partes, devendo tal alocação ser respeitada a todo momento.

III.B.5.b. Talude da cabeceira da Ponte sobre o Rio Correntes

290. Esse vício oculto diz respeito à erosão ocorrida na parte inferior do talude que dá suporte à cabeceira norte da Ponte sobre o Rio Correntes, localizado no km 0+000 da BR-163/MT, divisa entre os Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Como será visto em maior detalhe, a erosão na área correspondente ao talude era impossível de ser identificada no momento das vistorias realizadas para a licitação, em março e abril de 2013, ao nível da cota de água do rio Correntes, e também em virtude da não realização pelo DNIT de roçada no talude em questão. Por isso, a aludida erosão caracteriza vício oculto passível de reequilíbrio econômico-financeiro.

¹²⁸ 21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados a Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão;



Figura 20– Representação esquemática da situação do talude no momento da licitação – março e abril de 2013

291. A Requerente só tomou ciência da ocorrência do processo erosivo em virtude de ação do IBAMA, realizada em **maio de 2014**, (mais de um ano após a vistoria e seis meses após a entrega das propostas na licitação) em fiscalização da Usina Hidroelétrica Ponte de Pedra. Utilizando-se de embarcação, ao navegar pelas proximidades da ponte, a equipe do IBAMA identificou processos erosivos no local, decorrentes do fluxo hídrico do reservatório da hidrelétrica. Ou seja, por conta da atividade da usina, os níveis da água do rio eram tais que se iniciou um processo erosivo que não tinha sido vislumbrado quando da vistoria técnica da Requerente na licitação e que era impossível de ser percebido na vistoria da CRO, tendo apenas sido identificado em 2014 porque a vistoria realizada pelo IBAMA ocorreu em um momento em que o nível da cota d'água estava inferior e com o uso de uma embarcação, ao nível do rio, e não ao nível da rodovia.

292. O IBAMA notificou então o DNIT, que notificou a ANTT e esta notificou a Requerente em novembro de 2014 por meio do Ofício 1797/2014/GEINV/SUINF (C - 108) da erosão no pé do talude, solicitando ainda que a CRO apresentasse projeto executivo emergencial de recuperação do talude. Na comunicação do IBAMA, enviada à CRO anexa ao Ofício 1797/2014/GEINV/SUINF, destacou-se a “*precária situação de conservação do aterro da ponte*” em virtude de “*erosão provocada pelo fluxo de água do reservatório da UHE Ponte de Pedra*”.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

293. A CRO então, por meio do Ofício 214/2015 (C - 109), encaminhou laudo técnico atestando que não haveria urgência na realização das obras emergenciais, que poderiam ocorrer no período de redução do nível de água do rio. Em resposta, no Ofício ANTT nº 182/2015/GEINV/SUINF (C - 110), a agência alegou que *“é obrigação da Concessionária a realização das intervenções necessárias à recuperação de todas as pontes situadas no sistema rodoviário concedido, conforme transcrito abaixo do item 3.1.3 do PER, Frente de Recuperação e Manutenção - Obras de arte especiais”*.

294. Posteriormente, CRO apresentou seu pleito por meio da carta 1220/2016 (C - 111). Nele, a Requerente demonstrou que a avaliação da deficiência funcional do revestimento do talude só pôde ser confirmada por meio da análise do nível de altura da água no lago e com o diagnóstico de instabilidade produzido por empresa especializada (enviado anexo a tal carta), o que reforçaria a impossibilidade de sua identificação no momento licitatório e caracterizaria o evento como materialização do risco relativo a vícios ocultos, atribuído contratualmente ao Poder Concedente.

295. Em resposta, o Ofício 136/2017/GEINV/SUINF (C - 112) reiterou o entendimento esposado inicialmente no Ofício 182/2016/GEINV/SUINF de que as intervenções necessárias à recuperação da ponte estariam inseridas no escopo das obrigações da Requerente de acordo com o item 3.1.3 do PER. Assim, afirmou que *“resta clara a obrigação contratual da Concessionária de executar as obras de recuperação e manutenção das Obras de arte especiais, incluindo reparos de erosão e de proteção de terreno de talude, e execução de proteção de terreno de talude”*, não sendo cabível reequilíbrio no caso. Adicionou o referido ofício que *“não é possível caracterizar a erosão do talude da ponte como vício oculto, pois era plenamente possível a detecção desse problema no talude no momento da vistoria do trecho e elaboração da proposta comercial. Frisa-se também que erosões em taludes de pontes são problemas comuns, bem como a Frente de Recuperação do PER comprehende este tipo de serviço”*.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

296. Em resposta, a Requerente, no Ofício 1400/2017 (C - 113), apresentou elementos, sob um ponto de vista técnico, que contribuem para a caracterização de um defeito como vínculo oculto, sendo todos eles cumpridos no caso em tela:

- *Impossibilidade de verificação visual da patologia;*
- *Impossibilidade de atribuição do risco ou de caracterização da patologia;*
- *Impossibilidade de avaliação à época da proposta, e;*
- *Impossibilidade de caracterização ou avaliação sem instrumentação de medição ou para controle.*

297. Destacou-se que o vínculo somente foi constatado por meio de sondagens, levantamentos topográficos e avaliações aprofundadas, de forma explicada no relatório técnico anexo ao Ofício 1400/2017, sendo inviável realizar tal tipo de análise no curso da licitação, na ausência de indícios de que haveria problema no talude em referência.

298. A Concessionária reapresentou o pleito por meio do Ofício 1399/2017 (C - 91) no âmbito da 2^a Revisão Ordinária e 5^a Revisão Extraordinária. **No entanto, o pleito foi negado pela ANTT** nas Notas Técnicas 028/2017/GEINV/SUINF e 041/2017/GEINV/SUINF. Tais Notas Técnicas foram referendadas pelo Voto DMV 092/2017 do Diretor Relator Marcelo Vinaud, que resultou na Resolução ANTT nº 5.411/2017.

299. Afirmou a ANTT, na ocasião, que (i) o nível da cota, quando da vistoria do IBAMA, seria superior a todos os níveis mensais registrados nos anos anteriores, de modo que teria sido possível à CRO identificar a erosão no talude, não configurando assim vínculo oculto; (ii) na linha defendida anteriormente nos pareceres técnicos, que a atividade de restauração do referido talude estaria inserida no PER pelo fato de a ponte em questão estar contida no Sistema Rodoviário, de forma que a obra já faria parte do conjunto de obrigações da CRO, não sendo por esses motivos cabível o reequilíbrio.

300. A questão foi novamente apresentada em sede de 3^a Revisão Ordinária e 6^a Revisão Extraordinária por meio do Ofício 1879/2018 (C - 114) e do Ofício 1981/2018 (C - 115), tendo sido respondido pela Nota Técnica



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

003/2018/GEFIR/SUINF (C - 116), que deu origem ao Voto DEB 296/2018 (C - 117) e à Deliberação 828/2018 (C - 120). A ANTT não trouxe fundamentos novos para o indeferimento do pleito neste caso, de forma que serão enfrentados os dois fundamentos resumidos no parágrafo acima.

301. Em relação à caracterização do evento como vício efetivamente oculto, é preciso lembrar que o parâmetro referencial para se determinar se o defeito deveria ou não ter sido percebido e especificado pelos licitantes é o momento do procedimento licitatório, como reconhecido pela ANTT no Parecer Técnico 136/2017. Nesse sentido, como indicado anteriormente, tal identificação era inviável tanto em função do nível de água quanto do estado de abandono que o DNIT conferiu à ponte, de modo que a ausência de roçadas no local permitiu que o crescimento de vegetação encobrisse o local erodido. Em relação ao nível da cota de água, alega a Nota Técnica 028/2017/GEINV/SUINF que:

O nível desse lago, quando da observação feita pelo IBAMA sobre este acidente geotécnico, em 28.05.2014, era de 395,92, valor superior a qualquer outro nível que tenha ocorrido entre jan/2012 e abr/2014. Como o Edital de Concessão da CRO é de 2013, podemos afirmar que nesta época o nível do lago era mais baixo que o de mai/2014 e, portanto, não se pode dizer que as erosões em questão estavam "ocultas" pela água e que as mesmas tratam-se (sic) de vício oculto".

302. Trata-se, contudo, **de informação incorreta veiculada pela ANTT**. O período de maior nível da água no lago não foi no período em que o IBAMA realizava a sua vistoria, mas entre março e abril de 2013, momento em que se realizavam as vistorias no contexto do processo licitatório do Contrato de Concessão. Confira-se o gráfico abaixo, que utiliza dados da empresa gerenciadora da usina hidrelétrica e que deixa claro que, entre março e abril de 2013, data em que se realizou a mencionada inspeção na licitação, foi registrada a maior média mensal dos últimos anos:

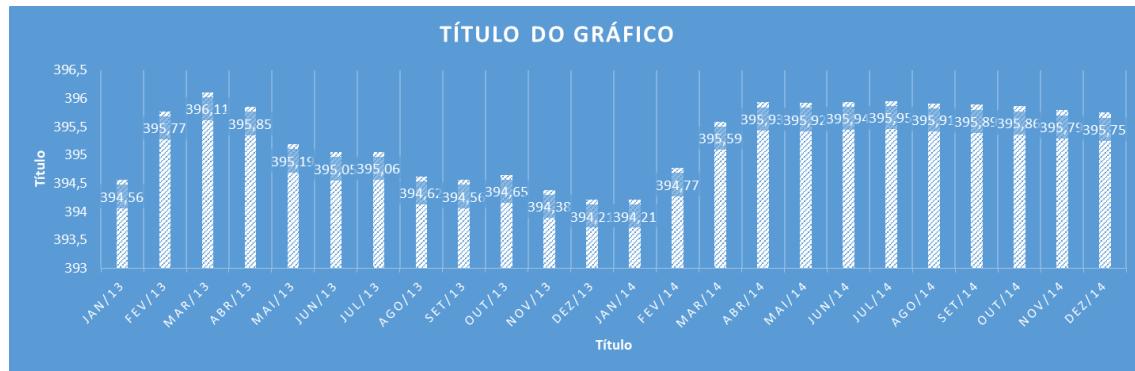


Figura 21– Nível da cota de água do lago em 2013 e 2014

303. Além do fato de que **as maiores cotas do lago foram verificadas entre os meses de março e abril de 2013**, superando o valor verificado em maio de 2014, é preciso ter em conta que o IBAMA somente foi capaz de identificar a erosão a partir de vistoria realizada com embarcação – ou seja, ao nível do próprio lago, e não acima, ao nível da ponte.

304. Ademais, o processo erosivo somente foi analisado adequadamente utilizando-se de processos mais complexos do que aqueles que são feitos para uma vistoria de licitação, como demonstrado no anexo ao Ofício 1400/2017 da CRO que conta com o relatório da CEG Engenharia.¹²⁹

305. Em uma vistoria como a de licitação ou mesmo a de elaboração do cadastro inicial da rodovia, em conformidade com as especificações da norma técnica DNIT-010/2014-PRO (já citada no pleito anterior), avaliam-se todos os itens visíveis das pontes, tais quais: geometria, condições viárias, apoios intermediários, aparelhos de apoio, superestrutura, juntas de dilatação, encontros e fundações. Contudo, os níveis elevados dos cursos hídricos no período tornaram visualmente imperceptíveis, no bojo da norma técnica DNIT 010/2014 PRO, quaisquer evidências de erosão na parte inferior do talude (“pé do talude”), conforme registro fotográfico enviado no cadastro inicial da rodovia, reproduzido abaixo:

¹²⁹ Em que se citam, como fatores, “(a) o ângulo de atrito entre as sacarias de solo cimento e a superfície do aterro está tecnicamente incorreto; (b) a baixa compactação do bordo do talude que quando submetidos a ação das ondas sofrem degradação e perdem a função estrutural com o tempo contribuindo significativamente para a deterioração acelerada da estrutura” (Ofício CEG-20160714 da CEG Engenharia).



Figura 22 - "Pé do Talude" encoberto pela água na data de 05 de abril de 2013 conforme Relatórios Iniciais (reencaminhado pela CRO por meio do Ofício CRO nº 1.400)

306. Por esta razão, o vício oculto em tela refere-se a uma patologia que não podia ser verificada na ocasião das vistorias iniciais, não sendo perceptível a olho nu e de impossível verificação sem a realização de estudos instrumentais específicos. Consequentemente, a Concessionária não tinha como considerar na sua proposta econômica o custo para remediar a aludida patologia.

307. No que diz respeito à alegação da Requerida de que as atividades de recuperação do talude se encontrava no escopo das obrigações da Requerente para com a Obra de Arte Especial da Ponte do Rio Correntes, remete-se ao que foi explicado e aos exemplos apontados nos parágrafos 287 e 288 na seção imediatamente anterior dessas Alegações Iniciais, para mostrar que, a atribuição contratual de tal responsabilidade à Concessionária por **realizar o reparo** não se confunde ou se sobrepõe à alocação de riscos pelo próprio contrato – no caso dos vícios ocultos, sua alocação ao Poder Concedente, que é responsável por **custear eventuais custos adicionais da Concessionária ao realizar o reparo quando da materialização de um evento de desequilíbrio** que impacte a execução regular das obrigações da Concessionária.

308. Diante do exposto, tendo em vista a impossibilidade da identificação dos vícios ocultos pela CRO quando da realização da visita técnica, requer-se a



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

decisão deste Tribunal Arbitral de compensação à Concessionária dos custos incorridos em razão da materialização de risco alocado ao Poder Concedente, na forma definida pelo Contrato de Concessão, no montante de R\$ 1.901.534,01 em valores de maio de 2012, conforme cálculo indicado no C - 118.

██████████ Desapropriações

309. Esta seção se refere à indevida limitação pela ANTT do risco por ela assumido quando da celebração do Contrato de Concessão relativamente aos custos da Concessionária com desapropriações, seja: (i) pela tentativa de limitação sem fundamento contratual do tipo de gastos que seriam reequilibráveis para apenas os valores pagos a título de indenizações pelos imóveis expropriados; (ii) pela tentativa de adoção de uma metodologia de avaliação dos imóveis indevidamente restritiva.

310. Para que se chegue a uma desapropriação é preciso um conjunto de atos que identifiquem e avaliem o imóvel a ser desapropriado, o que implica uma série de custos com tais atividades, além da definição de um método de avaliação dos imóveis a serem expropriados. Além disso, há a indenização a ser paga ao particular expropriado e uma série de custos cartoriais e processuais, quando não há acordo a respeito do valor da indenização e é necessário promover ação judicial para determinar o valor a ser pago. O Contrato de Concessão possui linguagem bastante clara e ampla, não delimitando as verbas reequilibráveis a um tipo específico de gasto dentre as diversas despesas que a Requerente incorre em um processo de desapropriação, mencionadas acima, nem delimitando a metodologia de avaliação do imóvel a ser utilizada quando da desapropriação amigável (não litigiosa).

311. Contudo, por meio de uma interpretação contratual inadequada e da edição de ofícios circulares (sob o pretexto de apresentar instruções ou padronizar o envio de informações a respeito dos gastos da Requerente com as desapropriações) a Requerida procurou criar limitações aos tipos de despesas reequilibráveis e ao cálculo das indenizações em si. Por um lado, a ANTT



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

defendeu entendimento de que certas despesas com a identificação das áreas a serem desapropriadas já estariam inseridas no escopo de um projeto executivo, e por isso já deveriam ter sido consideradas pela Concessionária. Ainda, os citados ofícios circulares simplesmente definiam que seriam reequilibráveis determinados tipos de despesas, em exclusão a todas as demais. Ao final, a Requerida buscou limitar o reequilíbrio tão somente os gastos incorridos pela Requerente com as indenizações pagas aos particulares expropriados, seja por acordo ou judicialmente, nos casos litigiosos. E mesmo a análise para pagamento do reequilíbrio pelas indenizações ficou mais restritiva mesmo a Concessionária seguindo rigorosamente o Manual de Diretrizes Básicas para Desapropriação do DNIT, veiculado pela Norma IPR 746/2016 do DNIT (C - 119). Na prática, a Requerida tentou alterar a matriz de riscos do Contrato de Concessão, com a redução do risco por ela assumido originalmente.

312. Com isso, a Requerida deixou indevidamente de reequilibrar uma série de gastos incorridos pela Requerente, tais como: elaboração do laudo de avaliação do imóvel a ser desapropriado; despesas com o registro do imóveis; gastos com averbação do imóvel; obtenção de autorização para levantamento de campo; cadastro dos imóveis atingidos; gastos incorridos durante a negociação com os proprietários; despesas com o ajuizamento de ação e o acompanhamento processual, quando não é possível chegar a um acordo com o proprietário; custas cartoriais; com os serviços do oficial de justiça; custos de escrituração; custos para emissão de carta precatória.

313. As desapropriações por utilidade pública são regidas, como se sabe, pelo Decreto-Lei nº 3.365/41, que foi recebido no ordenamento jurídico como norma disciplinadora do artigo 5º, XXIV da Constituição Federal, que dá à Administração Pública o poder de tomar forçosamente a propriedade particular, mediante prévia indenização em dinheiro.¹³⁰ O decreto reserva ao Poder Público o ato normativo de declarar a utilidade pública da desapropriação; ou seja, de indicar a propriedade particular a ser tomada pela força estatal e justificar a

¹³⁰ “Art. 5º, XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

expropriação em alguma razão de utilidade pública. Já os chamados “atos executórios”, necessários à efetiva transferência da titularidade das áreas objeto de desapropriação, podem ser transferidos para os concessionários de serviço público, segundo o disposto no artigo 3º do decreto, desde que com previsão expressa em lei ou no respectivo contrato.¹³¹ Assim é que, segundo o decreto, uma vez definida e declarada de utilidade a área a ser desapropriada,¹³² poderão ser iniciados os atos da fase executória da desapropriação. Ela pode ocorrer tanto mediante acordo ou, caso este não seja possível (havendo divergências em relação ao valor a ser pago) mediante ação judicial.¹³³

314. Até a década de 1990, os projetos de infraestrutura no Brasil eram implantados geralmente por meio da contratação de obras públicas, de modo que as desapropriações necessárias para a implantação dessas obras eram realizadas diretamente pela Administração Pública contratante da obra. Com o advento das concessões de serviços públicos, ganhou força a utilização da permissão veiculada pelo artigo 3º, e essa dinâmica de divisão com os concessionários de atos no complexo processo de desapropriação dá azo a alguns riscos críticos em concessões rodoviárias, uma vez que, por exemplo: (i) envolvem atos privativos do poder público, havendo providências sob sua exclusiva responsabilidade e que podem acarretar atrasos na consecução do empreendimento; (ii) não contam com custos plenamente definidos e delimitados por ocasião do projeto, pois pressupõem negociações posteriores à celebração do contrato com os proprietários e posseiros dos imóveis em torno de valores a serem despendidos para a implementação das desapropriações e das desocupações; (iii) pressupõem estimativas precárias quanto ao tempo de tramitação dos procedimentos expropriatórios e/ou de processos judiciais demandados para esse fim.

¹³¹ “Art. 3º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato”.

¹³² “Art. 6º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito”.

¹³³ Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.”



315. Nota-se que o Contrato de Concessão seguiu essa lógica de divisão de tarefas, ao definir as responsabilidades de cada parte na subcláusula 9.1.1:

9.1.1 Cabe à Concessionária, como entidade delegada do Poder Concedente, promover desapropriações, servidões administrativas, propor limitações administrativas e ocupar provisoriamente bens imóveis necessários à execução e conservação de obras e serviços vinculados à Concessão. Ao Poder Concedente cabe providenciar a declaração de utilidade pública, mediante solicitação justificada da Concessionária, observado o disposto na subcláusula 9.3.1.

316. Com base nessa cláusula, na prática geralmente são seguidos os seguintes passos para a viabilização de uma desapropriação:

- a) a Concessionária especifica a área a ser desapropriada com base nos projetos de obras a serem executadas;
- b) Concessionária faz estudos cadastrais para o levantamento dos registros, certidões imobiliárias, a fim de verificar se o imóvel está apto a uma desapropriação amigável e ainda realizar o levantamento de campo a fim de avaliar as benfeitorias e demais elementos que sirvam à caracterização do bem
- c) A Concessionária encaminha as informações mencionadas acima ao órgão competente para a emissão da declaração de utilidade pública dos bens a serem desapropriados, que integra decreto emitido por órgão ou entidade do Poder Concedente.

317. Uma vez emitida pelo Poder Concedente a declaração da utilidade pública da expropriação, deve a Concessionária tratar diretamente com os particulares proprietários das áreas a serem desapropriadas para que se inicie a fase executória, o que requer o levantamento e verificação da documentação relativa ao bem, além da própria avaliação dos imóveis em questão.

318. Ou seja, tanto antes quanto após a expedição da declaração de utilidade pública há o dispêndio de recursos da Requerente com uma série de gastos, como custos cartoriais, entre outras despesas que fazem necessariamente parte do processo de desapropriação.



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

319. Não por outro motivo que o Contrato de Concessão expressamente se refere, **a todo tempo em que aloca os riscos relativos aos custos com as desapropriações, a diversos tipos de gastos possíveis, sem restrição ao montante gasto com a indenização em si.**

320. Para os contratos da 3^a Etapa PROCROFE, a Requerida adotou uma sistemática de distinguir trechos urbanos e rurais. O Apêndice C do PER de cada um dos lotes leiloados na 3^a Etapa PROCROFE deveria prever as verbas de desapropriação em trechos urbanos para o respectivo contrato. Essa verba seria reproduzida na subcláusula 9.1.2 como o valor considerado pelas respectivas concessionárias a ser gasto com desapropriações em trechos urbanos e representaria um limite até o qual o risco com custos relativos a desapropriações deveria ser arcado pelos concessionários. Contudo, no caso do Contrato de Concessão, o Apêndice C do PER indica que **não há trechos urbanos a desapropriar. É por esse motivo que o valor indicado na subcláusula 9.1.2 é de R\$ 0,00**. Confira-se tal subcláusula e seu item (ii), que fazem referência aos atos da subcláusula 9.1, citados no parágrafo 315 acima:

“9.1.2. A Concessionária considerou na Proposta apresentada o montante para desapropriação de R\$ 0,00 (zero real) a ser reajustada anualmente pelo mesmo índice de reajuste da Tarifa de Pedágio”. (...)

O montante para desapropriação previsto na subcláusula 9.1.2, deverá ser utilizado para a execução dos atos referidos na subcláusula 9.1 para cada trecho urbano previsto no Apêndice C do PER, observado o montante específico de desapropriação fixado para cada trecho urbano.” (grifou-se)

321. Sendo assim, qualquer verba com desapropriação em trechos urbanos, na eventualidade de a Requerente ser instada a promover uma desapropriação em tais trechos, deveria ser reequilibrado.

322. Por outro lado, em relação aos trechos que não constam do Apêndice C do PER (trechos rurais ou trechos urbanos para os quais não havia desapropriações



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

previstas), o Contrato de Concessão atribuiu todo o risco à Requerida, na forma da subcláusula 9.1.3 (i):

*9.1.3 A Concessionária deverá arcar com os **investimentos, pagamentos, custos e despesas** decorrentes da execução dos atos referidos na subcláusula 9.1, seja por via consensual ou por intermédio de ações judiciais, até o limite da verba disponível para cada trecho urbano previsto no Apêndice C do PER, fazendo jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelos dispêndios excedentes em cada trecho urbano, na forma prevista na subcláusula 22.5.*

*(i) Os **investimentos, pagamentos, custos e despesas** decorrentes da execução dos atos referidos na subcláusula 9.1 nos trechos não previstos no Apêndice C do PER serão objeto de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, na forma prevista na subcláusula 22.5.*

323. Note-se como, ao partilhar os riscos relativos a desapropriações (seja para trechos urbanos ou rurais), o Contrato de Concessão menciona, repetidamente nas subcláusulas que fazem a alocação de riscos nesse ponto – tanto nas acima expostas quanto nas abaixo citadas - a necessidade de reequilíbrio por “*investimentos, pagamentos, custos e despesas*”, ou, ainda, a “*custos*” ou “*dispêndios*” de forma genérica:

*21.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados a Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (...) 21.1.5. valor dos **investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes das desapropriações, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas ou ocupação provisória de bens imóveis, até o limite da verba destinada para desapropriações;**”*



21.2. A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados a Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...) 21.2.18. custos com desapropriação nos valores que excederem o montante indicado na subcláusula 9.1.2;

324. É importante notar, portanto, que o Contrato de Concessão, **em momento algum**, restringiu o valor dos custos com desapropriações ao montante despendido pela Concessionária com a indenização em si aos expropriados, ou a qualquer outra rubrica específica. Esse entendimento foi corroborado nos esclarecimentos ao Edital. Confira-se:

Pergunta nº5: O subitem 9.1.1 não restringe a ocorrência de desapropriações somente às áreas urbanas, no entanto, os subitens 9.1.2 a 9.1.3 dispõem somente sobre desapropriações em trechos urbanos, assim, pergunta-se: qual o tratamento aplicável para recomposição do equilíbrio econômico e financeiro em face de desapropriações em trechos não urbanos?

*Resposta: A cláusula 9.1.3, item (i) prevê que os **investimentos, pagamentos, custos e despesas** decorrentes da execução dos atos referidos na subcláusula 9.1 nos trechos não previstos no Apêndice C do PER¹³⁴ serão objeto de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, na forma prevista na subcláusula 22.5.¹³⁵*

325. Também não se condicionou o reequilíbrio à chancela ou qualquer tipo de manifestação, pela ANTT, em relação aos valores a serem gastos pela Requerente com cada desapropriação. Apenas exigiu o Contrato de Concessão que, no caso de solução amigável, o valor a ser pago pela Requerente fosse obtido por meio

¹³⁴ O Apêndice C do PER, como visto acima, indica as verbas de desapropriação por trecho urbano. No caso da Requerente, como visto, o Apêndice C do PER indicou que não há trechos urbanos a serem desapropriados, motivo pelo qual a verba respectiva considerada foi R\$ 0,00.

¹³⁵ Protocolo nº1599432. No mesmo sentido, a Pergunta nº 14 do Protocolo nº1599421 indaga sobre “dispêndios” com desapropriações e é respondida confirmado que “os investimentos, pagamentos, custos e despesas” dos atos da fase executiva da desapropriação serão reequilibrados. Ainda, citem-se como uso da mesma linguagem a Pergunta nº 1 do Protocolo nº1599226; Pergunta nº15 do Protocolo nº1599441; Pergunta nº 18 do Protocolo nº1599441.



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

de avaliação de perito especializado, a ser apresentado à Requerida apenas quando solicitado, o que foi igualmente corroborado em sede de esclarecimentos ao Edital.¹³⁶

Pergunta nº24: Dado que a Concessionária deverá apresentar laudo de avaliação do imóvel à ANTT previamente à instauração da desapropriação na via consensual, questiona-se: o início do procedimento da desapropriação amigável, e efetivo pagamento pela Concessionária ao terceiro desapropriado, conforme cláusula 9.1.7, dependerá de concordância formal da ANTT aos documentos encaminhados, indicados na cláusula 9.1.4? Em caso positivo, qual será o rito e o prazo para a obtenção dessa resposta, sabendo-se que o atraso provocado pela ANTT não poderá gerar punição ou desconto de qualquer natureza à Concessionária.

*Resposta: A cláusula 9.1.7 do Contrato de Concessão prevê que o pagamento, pela Concessionária, ao terceiro desapropriado ou sobre cuja propriedade foi instituída servidão administrativa ou provisoriamente ocupada para os fins previstos no presente Contrato, quando realizado pela via privada, ou seja, por acordo entre a Concessionária e terceiro indicado, deverá estar baseado em laudo de avaliação subscrito por perito especializado, a ser apresentado à ANTT, quando solicitado. Não há previsão de aprovação do referido laudo.*¹³⁷

326. Ou seja: não havia dúvida para as licitantes e – mais especificamente a Requerente, vencedora do leilão – de que, em relação às desapropriações, o risco relativo a **todos os custos e dispêndios** com os atos necessários à promoção das expropriações na concessão foram assumidos pelo Poder Concedente.

¹³⁶ “9.1.7. O pagamento, pela Concessionária, ao terceiro desapropriado ou sobre cuja propriedade foi instituída servidão administrativa ou provisoriamente ocupada para os fins previstos no presente Contrato, quando realizado pela via privada, ou seja, por acordo entre a Concessionária e terceiro indicado, deverá estar baseado em laudo de avaliação subscrito por perito especializado, a ser apresentado a ANTT, quando solicitado”.

¹³⁷ Protocolo nº1599105. No mesmo sentido, Pergunta nº 1 do Protocolo nº1599236.



327. Assim foi que, considerando o perfil de investimentos do Contrato de Concessão, em que há, como já explicado, a concentração de obras de expansão de capacidade nos primeiros anos de vigência contratual e desde o seu início, a Requerente realizou diversas desapropriações desde a assunção da rodovia, apresentando a prestação de contas de desapropriação à ANTT do primeiro ano contratual por intermédio do ofício CRO nº 246/2015 (C - 122) e do segundo ano contratual pelo Ofício CRO nº 945/2016 (C - 123).

328. Neste meio tempo, a ANTT divulgou os Ofícios Circulares nº 022/2015/GEINV/SUINF, de 24/11/2015 (C - 124), estabelecendo supostos “procedimentos para a apresentação da documentação comprobatória dos gastos com desapropriação”, e nº 024/2015/GEINV/SUINF, de 21/12/2015 (C - 125), esta última encaminhando o Manual de Diretrizes Básicas para Desapropriação do DNIT.

329. O Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF, em especial, pretendeu veicular limitação ao risco assumido pela Requerida por meio da definição das despesas passíveis de reequilíbrio a quatro tipos, assim conceituados:

“Esclarece ainda que, de modo a evitar indenização em duplicidade, serão aceitas para comprovar a aplicação dos recursos utilizados referentes às desapropriações e desocupações as seguintes despesas:

- *Indenização*: é o dispêndio com o pagamento pela Concessionária ao terceiro desapropriado, sendo que, quando realizado por acordo entre ela e o terceiro indicado, deverá estar baseado em laudo de avaliação subscrito por perito especializado, a ser apresentado à ANTT, sendo esta avaliação o valor máximo a ser pago de indenização;
- *Indenização via ação judicial e a despesa de registro de imóveis*: O pagamento, no caso onde não se consegue um acordo entre as partes, não podem ser consideradas como simples despesas administrativas, estando configuradas como despesas específicas, decorrentes exclusivamente do processo de desapropriação;



- Custo com a elaboração do laudo de avaliação: também poderá ser aceito, já que decorre diretamente do processo de desapropriação.

5. *Salienta-se que o restante das despesas administrativas e custas judiciais que possam vir a ocorrer, deverão ser absorvidas pelas Concessionárias, não sendo passível de restituição.*

6. *Em suma, serão aceitas para comprovar a aplicação dos recursos utilizados referentes às desapropriações e desocupações, somente as seguintes despesas:*

- *Indenização paga;*
- *Valor pago via ação judicial;*
- *Gasto com registro de imóveis;*
- *Elaboração do laudo de avaliação.*" (grifou-se)

330. Os pleitos da Requerente foram analisados, respectivamente, pelos Pareceres Técnicos 099/2016/GEINV/SUINF (C - 126) e 100/2016/GEINV/SUINF (C - 127), que se basearam integralmente no fundamento explícito no Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF. Os pareceres técnicos, por sua vez, foram apreciados na NT 016/2016 (C - 62). Neles, **a ANTT rejeitou o reequilíbrio econômico-financeiro relativamente aos custos e dispêndios da Requerente com diversos atos necessários à realização da desapropriação**, como os citados no início desta seção, no parágrafo 312.

331. A Concessionária, por meio do Ofício CRO nº 1.087/2016 (C - 59), já no âmbito da 1^a Revisão Ordinária e 4^a Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão, apresentou contestação ao entendimento esposado pela agência. A proposta da Requerente foi avaliada pela ANTT nos Pareceres Técnicos 179/2016/GEINV/SUINF (C - 128) e 180/2016/GEINV/SUINF (C - 129), que foram considerados na NT 027/2016 (C - 63). O Voto DSL 179/2016 (C - 64), do Diretor Relator Sérgio Lobo, referendou ambas as notas técnicas. Esse voto originou a Resolução ANTT nº 5.177/2016 (C - 47). Assim, já na 1^a Revisão Ordinária e 4^a Revisão Extraordinária foi reequilibrado um valor inferior do que o contratualmente devido à CRO. Isso porque **a ANTT, indevidamente, somente**



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

reconheceu o direito da Requerente em relação às despesas com (i) indenizações pagas diretamente aos proprietários desapropriados, nos casos em que houve acordo; (ii) indenizações pagas judicialmente, quando não houve acordo com o particular; (iii) gastos com registro de imóveis e (iv) gastos com a elaboração do laudo de avaliação, tudo nos termos delimitados pelo Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF.

332. Em 2017 a ANTT procurou restringir ainda mais o risco por ela assumida no Contrato de Concessão, novamente de forma ilegal. O Ofício Circular nº 007/2017/GEINV/SUINF (C - 130), sob o pretexto de *“apresentar novas instruções a respeito do encaminhamento das documentações referentes à Prestação de Contas de Desapropriações/Desocupações”* e que as novas instruções teriam por objetivo *“a padronização da forma de apresentação das informações solicitadas”* pela ANTT, excluiu dois dos itens antes reequilibráveis sob as “instruções” do Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF, quais sejam, os gastos com registro de imóveis e os gastos com a elaboração do laudo de avaliação.

333. Em outros termos: **por duas vezes a Requerida, por meio de Ofícios Circulares, procurou restringir o conjunto de despesas cujo risco fora pela ANTT assumido no Contrato de Concessão.** Primeiro, com o Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF e, em 2017, com o Ofício Circular 007/2017/GEINV/SUINF, que procurou limitar ainda mais as despesas reequilibráveis, a partir de então somente aos valores despendidos pela Concessionária com as indenizações pagas aos particulares expropriados, seja (i) por meio de acordo (chamado em ambos ofícios circulares de “indenização”, limitada ao valor constante de laudo de avaliação subscrito por perito e apresentado à ANTT) ou (ii) pelo depósito judicial do valor indenizatório, quando não há solução consensual (hipótese denominada de “indenização via ação judicial” em ambos os ofícios circulares).

334. Ademais, por meio do Memorando nº 178/2017/GEPROM/SUINF (C - 131), apenso ao Ofício Circular 007/2017/GEINV/SUINF, a ANTT reiterou entendimento que os laudos de avaliação e os cadastros de desapropriação não



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

seriam reequilibráveis, posto que não seriam contados “dentre as despesas inerentes à Desapropriação”.

335. A lógica da ANTT seria de que a Portaria SUINF 257/2016 (C - 132) estabeleceria que os custos de laudos de sondagem, estudos geológicos e topográficos, entre diversos outros, já estariam contemplados no valor máximo a ser remunerado pela ANTT às concessionárias pela elaboração dos projetos executivos de suas obras, disposto no Anexo I de tal portaria. A ANTT considerou então que os laudos de avaliação de imóveis a serem desapropriados, sendo *“partes fundamentais à plena execução dos projetos de desapropriação, assim como os cadastros de desapropriação”* seriam enquadrados “de forma análoga à dos casos supramencionados”.

336. Ademais, alegou a ANTT que a Resolução ANTT nº 1.187/2005 *“evidencia a pertença”* dos laudos de avaliação e cadastros de desapropriações aos projetos executivos das obras da concessionária, de modo que *“já se encontra devidamente inserida sua remuneração”* nos percentuais indicados na Portaria SUINF 257/2016.

337. Neste sentido, o Memorando e o Ofício Circular em questão restringiram ainda mais o direito da Requerente ao reequilíbrio. A partir do Ofício Circular 007/2017/GEINV/SUINF e do Memorando 178/2017/GEPROM/SUINF, a ANTT passou a considerar reequilibrável apenas a verba propriamente indenizatória, e mesmo o cálculo das despesas reequilibráveis com as indenizações ficou mais restritiva, como será discutido no C - 140.

338. Ainda em 2017, a Concessionária apresentou novas verbas para reequilíbrio, referentes às desapropriações naquele ano ocorridas, por meio do Ofício 1360/2017 (C - 133). Já em 2018 a Requerente apresentou o Ofício 1.878/2018 (C - 134), ressaltando que os valores passíveis de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, à luz do Contrato de Concessão da CRO, não se restringem às despesas de *“indenização”* e *“indenização via ação judicial”* conforme delimitado no Ofício Circular nº 007/2017/GEINV/SUINF. Alegou, ainda, a Concessionária, que a Portaria SUINF 257/2016 diria respeito somente a



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

elaboração de projetos executivos de obras não previstas originalmente no PER do respectivo contrato de concessão.

339. A ANTT, em resposta, enviou o Ofício nº 545/2018/GEFIR/SUINF (C - 135), por meio do qual manteve o equivocado entendimento que o disposto no Memorando nº 178/2017/GEPRO/SUINF refere-se tanto à obras previstas no Contrato de concessão, quanto aquelas adicionadas no decorrer de sua vigência. Alegou a Requerida que o item 6 do Anexo I da Resolução 1187/2005 da ANTT determina que o projeto executivo será composto, entre outros, do projeto de desapropriação. E, como todos os custos dos projetos executivos estariam considerados no Contrato de Concessão e seriam responsabilidade da Concessionária, não seria cabível o reequilíbrio pelos custos relacionados aos projetos necessários para efetuar desapropriações.

340. Em 2019, a prestação de contas para o 3º, 4º e 5º ano-concessão foi apresentada pela Requerente por meio do Ofício 2.388/2019 (C - 136). A ANTT, por sua vez, por meio da Nota Técnica SEI nº 2281/GEREF/SUINF/DIR, encaminhou o Parecer Técnico nº 0310/2019/GEENG/SUINF (C - 137), que tratou da análise técnica da prestação de contas. A agência manteve seus posicionamentos anteriores, entendendo que somente as verbas indenizatórias seriam passíveis de reequilíbrio. Em resposta, a Requerente apresentou o Ofício 2.611/2019 (C - 138), que em seu anexo 1 apresentou Caderno de Respostas ao Parecer Técnico nº 0310/2019/GEENG/SUINF.

341. Além disso, como será visto ao final desta seção, a Requerida injustificadamente objetou o reequilíbrio em relação aos valores despendidos pela Requerente com a indenização de cinco imóveis¹³⁸ sob a alegação de que “*o avaliador aplicou no método um imóvel paradigma de 10 há e não utilizou a área dos imóveis conforme previsto no RGV*”. Como ficará demonstrado mais adiante, não era viável para a avaliação dos imóveis em questão a utilização de imóveis genéricos, com características semelhantes, sendo portanto necessária a adoção

¹³⁸ A objeção é referente aos seguintes laudos de avaliação: (i) Fiasul Indústria de Frios S. A; (ii) Agropecuária Guarita - Matricula 115.068; (iii) Agropecuária Guarita - Matricula 24267; (iv) Agropecuária Guarita - Matricula 97.901; e (v) Agropecuária Guarita - Matricula 115.068.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

da metodologia de imóvel-paradigma, que já havia sido aceita pela Requerida em prestações de contas anteriores.

342. Já o pleito de reequilíbrio foi apresentado no Ofício CRO 2.422/2019 (C - 104) e reapresentado no Ofício CRO 2.612/2019 (C - 139), em que a Concessionária procurou demonstrar que a argumentação utilizada pela ANTT para glosar as verbas reequilibráveis à Concessionária é incorreta. O pleito, contudo, não foi incluído na 4^a Revisão Ordinária e 7^a Revisão Extraordinária, veiculada pela Deliberação 1.051/2019, fundamentada no Voto DEB 367/2019.

343. Fica evidente, assim, que ao longo dos anos a Requerente vem tentando obter seu direito ao pleno reequilíbrio econômico-financeiro em relação aos gastos por ela incorridos com as desapropriações, em atendimento à matriz de riscos do Contrato de Concessão. Entretanto, a Requerida vem reiteradamente limitando de forma indevida a efetivação do direito da Concessionária ao justo reequilíbrio:

- 1) Negando a compensação por despesas outras que não os valores das indenizações pagas aos particulares expropriados e
- 2) Mesmo em relação aos valores de indenizações, restringindo o direito da Requerente sob a alegação da utilização de uma metodologia inadequada de avaliação dos imóveis expropriados.

344. Em relação ao primeiro ponto, são duas as questões principais a serem abordadas: (i) a ANTT não pode alterar a matriz de riscos contratual por meio da edição de um Ofício Circular; (ii) o Contrato de Concessão não permite a interpretação restritiva levada a cabo pela ANTT.

345. Note-se como a Requerida indevidamente tentou, desde o Ofício Circular 022/2015, reduzir o risco por ela contratualmente assumido no Contrato de Concessão ao limitar o tipo de despesa indenizável a somente as quatro espécies mencionadas naquele documento: (i) indenizações (pagas por acordo com o particular expropriado e limitadas ao valor indicado no laudo de avaliação do respectivo imóvel); (ii) indenizações pagas em processo judicial; (iii) despesas



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

com registro de imóveis; (iv) custos com elaboração do laudo de avaliação. Tal artifício foi mais uma vez acionado com o Ofício Circular 007/2017/GEINV/SUINF, desta vez para excluir os dois últimos itens mencionados no ofício circular anterior. O Ofício Circular 007/2017/GEINV/SUINF limitou, portanto, o valor do reequilíbrio tão somente ao valor gasto pela Concessionária com as indenizações, seja por acordo ou em processo judicial.

346. Ora, a superveniência de uma norma legal (lei em sentido estrito) que alterasse obrigações e responsabilidades da Requerente, daria, no mínimo, ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão pelos eventuais impactos sofridos pela Concessionária (como será visto no próximo item). A tentativa de alteração por meio de lei da matriz de riscos contratual já seria, nesse sentido, uma afronta à segurança jurídica e estabilidade da relação contratual, sem olvidar do fato de que esbarraria na proteção conferida pelo §1º do artigo 58¹³⁹ da lei geral de contatos administrativos, a Lei 8.666/93, aos particulares contratantes da Administração Pública contra tentativas de alteração das cláusulas econômico-financeiras¹⁴⁰

347. A tentativa da ANTT de alteração da alocação de riscos por meio de um ofício circular (que é documento enviado a todas as concessionárias, não atendendo às particularidades de cada contrato de concessão) simplesmente não pode prosperar.

348. Ademais, a linguagem contratual não permite a interpretação restritiva que a ANTT pretende imprimir. Em momento algum o Contrato de Concessão sequer menciona “indenização” como um item específico a ser reequilibrado, que permitisse algum tipo de interpretação restritiva pela agência. As indenizações poderiam ser enquadradas no conceito de “pagamentos”, que, como os de

¹³⁹ “§1ºo As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.”

¹⁴⁰ Dentre as quais a matriz de riscos nos contratos de concessão, visto que delimitam a equação econômico-financeira de tais contratos e conformam as “condições do contrato” para os fins do artigo 10 da Lei 8.987/95.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

investimentos, custos e despesas, são sempre utilizados pelo Contrato de Concessão em referência à “**execução dos atos referidos na subcláusula 9.1**”. Isto é: o reequilíbrio é cabível em relação aos gastos efetuados **na execução dos atos necessários à promoção de desapropriação** (que são, como visto, os atos referidos na subcláusula 9.1). Por óbvio, os **atos de promoção de desapropriações** englobam muito mais do que o mero pagamento indenizatório pelo imóvel expropriado. O pagamento é, na verdade, apenas um dos últimos atos necessários a viabilizar a desapropriação. O contrato poderia ser claro em dizer que somente as indenizações seriam objeto de reequilíbrio, mas pelo contrário, relata que os custos ou dispêndios decorrentes das desapropriações serão reequilibrados, sem apresentar qualquer tipo de restrição.

349. Como visto exaustivamente no início dessa seção, para os trechos urbanos aplica-se a subcláusula 9.1.3, que garante o reequilíbrio pelos **dispêndios** excedentes relativos aos “**investimentos, pagamentos, custos e despesas** decorrentes” da execução de atos desapropriatórios. Complementarmente, a subcláusula 21.2.18 fala em **custos** excedentes ao valor limite da subcláusula 9.1.2, que no caso da CRO, foi de R\$ 0,00 (zero reais), como indicado. Ou seja, para os trechos urbanos, todo e qualquer valor gasto com desapropriações é considerado um **dispêndio** excedente ao limite de R\$ 0,00 (zero reais) considerado na proposta.

350. Já em relação aos trechos não urbanos o contrato é mais direto: *investimentos, pagamentos, custos e despesas* serão sempre reequilibrados, na forma da subcláusula 9.1.3 (i). Não há limites quantitativos ou semânticos, ressalvas, ou qualquer tipo de exceção.

351. E não se argumente, como tenta a ANTT para escapar à correta interpretação contratual, que as verbas negadas à Concessionária já estariam precificadas na sua proposta econômica e remuneradas no âmbito da concessão ao fazerem parte dos elementos necessários a um projeto executivo. O frágil argumento da ANTT diz que (i) laudo de avaliação e cadastros de desapropriação são parte de projeto de desapropriação, segundo a Portaria 257/2016 SUINF; (ii) projeto de desapropriação já é parte integrante de projeto executivo, segundo a



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Resolução ANTT 1187/2005; (iii) a Concessionária tem obrigação de elaborar seus projetos executivos e a responsabilidade contratual de arcar com respectivos custos. Logo, alega a ANTT que a Concessionária teria que arcar com os custos dos laudos de avaliação e cadastros de desapropriação. Confira-se o indicado no Ofício 545/2018/GEFIR/SUINF:

Como todos os custos dos projetos executivos estão considerados nos Contratos de Concessão e são de responsabilidade da Concessionária, nos casos de obras PER, ou considerados nos custos das obras Extra-PER, os custos dos projetos de desapropriação já estão contemplados. Se os mesmos fossem aceitos na prestação de contas das desapropriações, eles estariam sendo contemplados em duplicidade.

352. Há dois problemas com este raciocínio: o primeiro que a Portaria 257/2016 somente diz respeito a obras novas, **não previstas originalmente no PER mas incluídas por alteração imposta pela ANTT** ao Contrato de Concessão, conforme determina seu **artigo 1º, caput**.

Art. 1º Estabelecer sistemática para o processo de autorização, e definição dos respectivos custos, para elaboração de projetos executivos de obras rodoviárias não previstas contratualmente e solicitadas pela ANTT”.

353. Logo, obras previstas originalmente no PER não se sujeitam à Portaria 257/2016, sendo que todas as desapropriações cujos custos foram pleiteados pela Requerente dizem respeito a obras constantes do PER. Assim sendo, é inaplicável a Portaria 257/2016 e indevida a negativa do pleito pela ANTT.

354. Mas a argumentação da agência ainda é falha por um segundo e mais grave motivo. Mesmo caso a ANTT tirasse fundamento para seu entendimento não na Portaria 257/2016, mas na Resolução 1.187/2005 ou no Ofício Circular 007/2017/GEINV/SUINF, o **erro está em ignorar a alocação contratual de riscos** ao afirmar, como faz o trecho do ofício citado acima, que “*todos os custos dos projetos executivos estão considerados no Contrato de Concessão*”. Trata-se de um completo **desconhecimento da lógica da alocação de riscos**, como explicado



detalhadamente na seção II, sobre vícios ocultos, mais detalhadamente no parágrafo 81 e seguintes.

355. Em resumo, se o risco relativo a um evento (ex. custos e dispêndios decorrentes de desapropriações) é alocado ao Poder Concedente no Contrato de Concessão, os particulares **não irão precisar tais verbas em suas propostas econômicas**. Esses custos somente seriam provisionados (como incorretamente supôs a Requerida) caso o risco relativo às desapropriações tivesse sido alocado à Concessionária. Nesse cenário hipotético, caso os custos efetivos fossem maiores ou menores do que o estimado inicialmente, aí o particular não teria qualquer direito a reequilíbrio pela diferença de valores. Mas, como o Contrato de Concessão aloca o risco ao Poder Concedente, não é jurídica ou economicamente correto considerar que os custos relativos às etapas da desapropriação – aí incluindo os custos relacionados à elaboração do projeto de desapropriação foram precificados pelos licitantes.

356. O que a ANTT tenta fazer é aplicar um mesmo entendimento a todas as concessionárias – seja por meio do Ofício 007/2017/GEINV/SUINF, da Resolução 1.187/2019 ou da Portaria 257/2016 – **desconsiderando a matriz de riscos de cada contrato de concessão**. Mesmo que laudos e cadastros fizessem parte do projeto executivo, a ANTT ignora que a alocação de riscos específicos em relação aos *custos e dispêndios* com desapropriação incide somente na medida do desequilíbrio gerado pelo impacto que a existência de área a ser desapropriada traz para a elaboração do projeto em cada obra a ser executada. Uma previsão inespecífica da resolução ou de um ofício circular não poderia sobrepor-se à alocação específica de riscos do Contrato de Concessão.

357. Na verdade, o que a ANTT pretende é dar interpretação que altera a matriz de riscos contratual, não aplicá-la. A efetivação da matriz de riscos é imperativa, no caso, a uma, porque sem tais laudos e avaliações a desapropriação é inviável, e sem desapropriação a própria obra é, em si, inviável ou, ao menos, dificultada. A existência de áreas a serem desapropriadas traz para aquela obra elementos de incerteza e custos que foram assumidos pelo Poder Concedente (assim como ocorre com as remoções de interferências e vícios ocultos, tratados nas seções



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

anteriores e para os quais aplica-se um raciocínio análogo). Ademais, o pleito não diz respeito a todos os custos de uma obra que sofre com a necessidade de desapropriação, mas somente os custos adicionais que decorrem da desapropriação, sendo que os custos ordinários (como de elaboração do projeto executivo, em todo o resto que não diga respeito à desapropriação) permanece sendo arcados pela Concessionária.

358. E, em relação ao ponto 2) indicado no parágrafo 343 acima, mesmo em relação aos valores de indenização em si, a ANTT injustificadamente negou a compensação à Requerente com fundamento frágil de que a metodologia de avaliação dos imóveis apresentados pela Requerente no Ofício 2.388/2019 não era adequada, aplicando retroativamente exigências em relação a avaliações já realizadas e para as quais seria impossível atender, anos após as desapropriações, as exigências atuais da agência. Explica-se:

359. A Concessionária sempre encaminhou à agência, para comprovação dos valores incorridos com as indenizações, os laudos de avaliação dos imóveis expropriados. A todo tempo adotaram-se os procedimentos e a metodologia da Norma IPR-746/2011 do DNIT (C - 119). Tal forma de prestação de contas vinha sendo aceita pela Requerida, inclusive para imóveis em frente aos imóveis cuja indenização foi posteriormente glosada pela agência (). Confira-se:



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

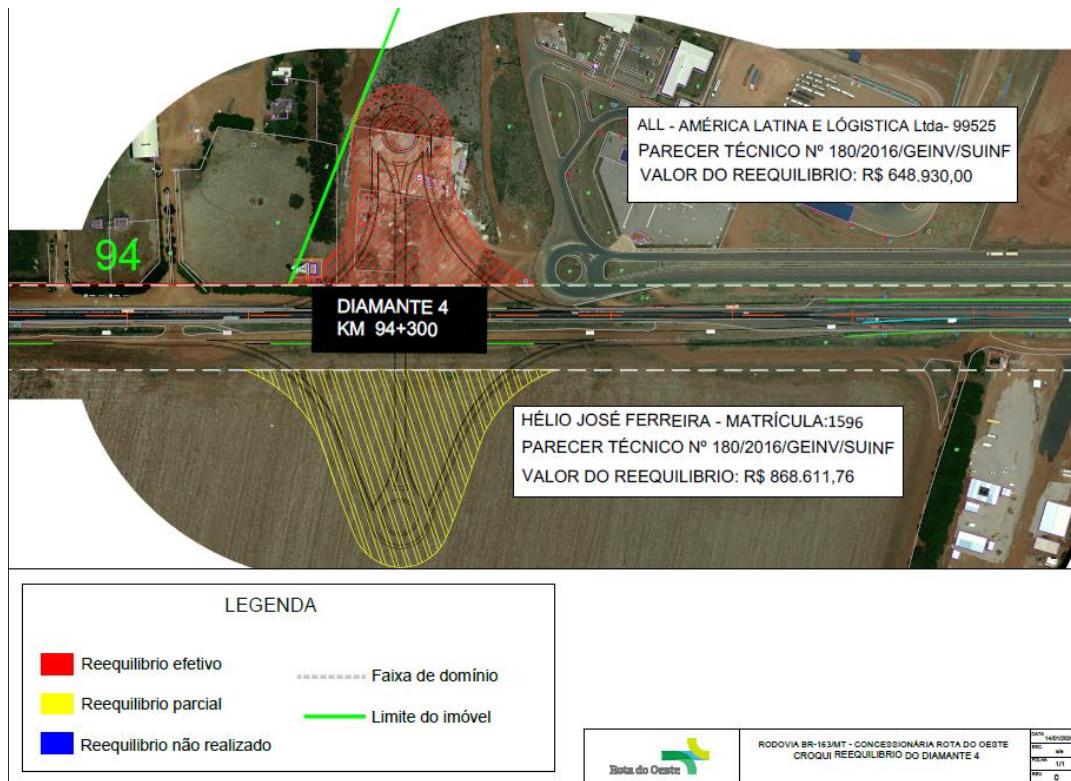
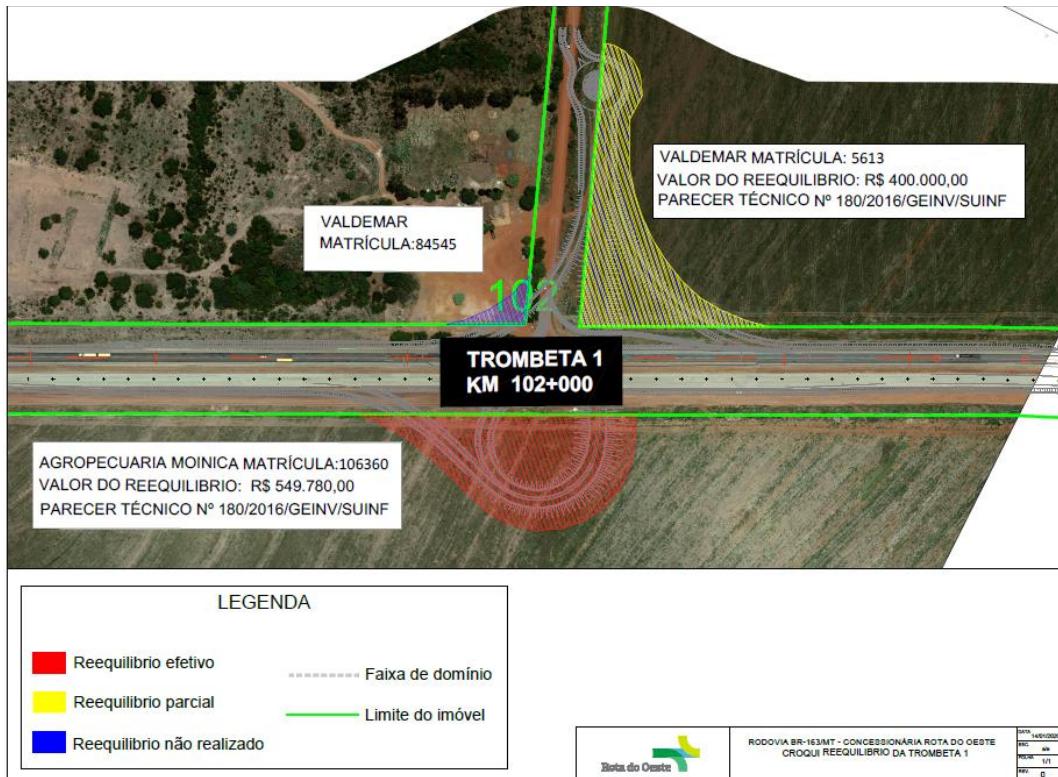




Figura 23 - Esquemas demonstrando localização dos imóveis desapropriados que tiveram indenizações reequilibradas no 2º ano e dos que foram rejeitados

360. A Norma IPR-746/2011 do DNIT indica a utilização de um Relatório Genérico de Valores, que é um resumo (genérico) de um laudo de avaliação completo, a ser preenchido com as características individuais de cada imóvel em um determinado segmento homogêneo. No RGV constam parâmetros básicos de avaliação dos imóveis contidos em um determinado segmento homogêneo. O RGV é uma baliza, uma moldura na qual os dados de cada imóvel a ser expropriado serão apontados a sua vistoria inseridos e ponderados, chegando ao valor individual de cada imóvel.

361. Por ser um relatório genérico, sua aplicabilidade é limitada a imóveis contidos em um mesmo segmento homogêneo – ou seja, de características semelhantes. Não é adequada a sua utilização, portanto, para imóveis de características distintas em uma mesma região – por exemplo, caso se



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

pretendesse utilizar o RGV para imóveis rurais e urbanos. Foi exatamente esse o caso da Requerente, como explicado no Caderno de Respostas anexo ao Ofício CRO 2.611/2019, que contrapôs a negativa apresentada pela ANTT no Parecer Técnico 0310/2019/GEENG/SUINF. Assim, na inviabilidade de utilização do RGV, a Concessionária adotou a metodologia de imóvel-paradigma, conforme o Manual de Desapropriações do DNIT.

362. Ou seja: ao longo dos primeiros anos de vigência da Concessão, a ANTT não havia apresentado objeção às avaliações realizadas pela Concessionária. Somente foi apresentar sua rejeição posteriormente, no Parecer Técnico 0310/2019/GEENG/SUINF, no âmbito da análise das prestações de contas com desapropriações do 3º, 4º e 5º anos, encaminhadas pela Requerente por meio do Ofício 2.388/2019. Em outros termos, a ANTT apresentou, em 2019, exigências metodológicas de modo retroativo, em relação a desapropriações já realizadas¹⁴¹ e para as quais é inviável coletar os dados e realizar as análises, nos dias de hoje, da forma como quer a agência.

363. Isso porque, como será melhor demonstrado na seção relativa ao cálculo do desequilíbrio deste pleito, a Requerida exige que se apresentem amostras de imóveis similares à venda à época das desapropriações, o que não é viável na prática. Assim, ao fazer uma série de exigências burocráticas sob o pretexto de aplicação de uma metodologia de avaliação, a Requerida está indevidamente negando o direito da Requerente ao efetivo reequilíbrio.

364. De todo o exposto, fica evidente que todos os dispêndios, gastos, (sejam chamados de custos, investimentos, despesas, pagamentos ou como for), desde que sejam necessários ao processo de desapropriação, devem ser reequilibrados, visto que o Contrato de Concessão não fez qualquer ressalva quanto ao tipo de gasto que seria reequilibrável ou não. Ademais, os argumentos da ANTT ignoram a lógica de alocação de riscos no Contrato, razão pela qual a Concessionária recorre a este Tribunal Arbitral para ter seu pleito legítimo

¹⁴¹ Dos imóveis (i) Fiasul Indústria de Frios S. A; (ii) Agropecuária Guarita - Matricula 115.068; (iii) Agropecuária Guarita - Matricula 24267; (iv) Agropecuária Guarita - Matricula 97.901; e (v) Agropecuária Guarita - Matricula 115.068.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

deferido e consequentemente ter reequilibrado o Contrato de Concessão no montante de R\$ 3.085.201,68 em valores de maio de 2012, conforme constante do C - 140.

III.C. Alteração da legislação aplicável à Concessão

365. Os dois eventos de desequilíbrio aqui tratados são relativos a alterações normativas, quais sejam: (i) a edição pela ANTT da Portaria nº 81/2014 (C - 43) que, na interpretação que lhe foi conferida pela ANTT, em seu art. 3º trouxe um novo requisito para reconhecimento e cálculo da extensão das obras de duplicação, o que acarretou atraso no início da arrecadação tarifária; e (ii) a entrada em vigor da Lei 13.103/2015, que em seu art. 16 aumentou o limite de tolerância do peso bruto transmitido por eixo, ampliando o custo de manutenção dos pavimentos e trazendo necessidade de reforço das estruturas rodoviárias e aumentando o custo das obras de expansão de capacidade da rodovia. Os dois Eventos de Desequilíbrio são a seguir desenvolvidos, após uma breve explicação sobre a disciplina jurídica das alterações normativas à disciplina da Concessão.

■ Do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro por alterações normativas supervenientes

366. O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pelos impactos decorrentes de encargos veiculados por alterações legislativas supervenientes é estabelecido pela legislação e pelo Contrato de Concessão. Na legislação, a necessidade de recomposição econômico-financeira nesses casos é garantida, para todos os contratos administrativos, no art. 65, §5º da Lei 8.666/93:

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

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.”



367. Neste artigo, as expressões “*encargos legais criados*” e “*superveniência de disposições legais*” se referem não só à lei em estrito senso, mas a todo tipo de norma jurídica. Por isso, elas também contemplam atos normativos infralegais como Decretos, Regulamentos e Portarias, que, assim como as normas editadas pelo Poder Legislativo, têm a capacidade de alterar os encargos, custos e receitas do contrato administrativo. Ademais, seu âmbito de incidência também vai muito além das alterações tributárias, se aplicando a todas as alterações normativas, em qualquer âmbito, que causem repercussão no contrato; afinal, a lei é abrangente ao tratar de tributos ou quaisquer “*encargos legais*”.¹⁴²

368. Especificamente nas concessões de serviço público, esse direito é garantido de forma ainda mais clara pelo art. 9º, §3º da Lei 8.987/95, que trata das alterações a encargos legais que gerem ônus à Concessionária:

“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.”

369. A norma apresenta dois requisitos para sua aplicação: (i) que a alteração normativa ocorra após a apresentação da proposta; e (ii) que se comprove o impacto sobre a concessionária. No caso, considerando que as propostas foram apresentadas em 27/11/2013, tem-se que a edição da Portaria 81/2014 em 02/05/2014 e da Lei 13.103/15 em 02/03/2015 são ambas supervenientes à proposta, atendendo ao primeiro requisito. Já a comprovação do ônus sobre a

¹⁴² Sobre o assunto, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Llicitação e Contrato Administrativo*, 2^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 243: “*Essa revisão do preço não está ligada a eventos contratuais, mas à incidência, na economia do contrato, a fatores a ele estranhos. O estatuto mencionou os tributos, cuja criação, supressão, aumento ou diminuição repercuta nos preços dos contratados. Mas não se limitou a eles. Quaisquer disposições normativas cujo surgimento repercuta comprovadamente nos preços, bem como quaisquer encargos criados, alterados ou extintos após sua fixação, dão ensejo à revisão da remuneração. Trata-se de cumprir as cláusulas econômico-financeiras de um contrato, atingidas por evento que lhes é externo.*” (grifos nossos).



Concessionária também é simples: no primeiro caso, a alteração legislativa gerou a impossibilidade de arrecadação tarifária pela Concessionária por alguns dias, causando a respectiva perda de receita; e, no segundo, aumentou o custo de cumprimento das obrigações da Concessionária com manutenção e reforço das estruturas rodoviárias. Assim, o segundo requisito legal também é atendido.

370. Já no Contrato de Concessão, o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no caso é garantido na subcláusula 21.25:

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

21.2.5 alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda;”

371. Essa previsão contratual deixa bem claro que **o direito ao reequilíbrio não se restringe à lei em sentido estrito**. Isso porque, ao mencionar a *“legislação e regulamentação”*, a regra também incide no caso de encargos infralegais supervenientes. Assim, toda vez que tais modificações causarem impacto nas condições de equilíbrio econômico-financeiro, aumentando os custos ou diminuindo receitas do particular, deve haver o reequilíbrio contratual.

372. Tal como nos casos anteriormente tratados, a alocação desse risco ao Poder Concedente está de acordo com as melhores práticas na modelagem de Concessões. Isso porque a Concessionária não tem qualquer controle ou ingerência sobre a criação de normas pela Administração Pública ou pelo Poder Legislativo e não pode, sem decisão nesse sentido do Poder Concedente, compensar os efeitos dessas alterações normativas por meio, por exemplo, da variação do valor das tarifas ou das suas obrigações de investimento.¹⁴³

¹⁴³ Nesse sentido, cf. Egon Bockmann Moreira, em considerações sobre alterações tributárias, mas que também são aplicáveis a outros tipos de encargos normativos: *“Os modelos tarifários são compostos por variáveis endógenas e exógenas. Dentre elas o impacto tributário é uma das de mais difícil (se não impossível) previsão. Nem o mais apurado exercício de futurologia permite que concedente e*



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

373. Assim, os próximos itens demonstram como tais alterações normativas geraram custos à Concessionária que não foram devidamente reequilibrados.

Atraso na arrecadação tarifária

374. O Contrato de Concessão estabeleceu, nas subcláusulas 18.1 e 24.2.2, os seguintes requisitos para início da cobrança do pedágio pela Concessionária:

- i. execução de 10% da meta total referente às obras de expansão de capacidade;
- ii. conclusão dos Trabalhos Iniciais;
- iii. implantação das praças de pedágio;
- iv. integralização do capital social da Concessionária;
- v. entrega do programa de redução de acidentes; e
- vi. entrega do cadastro do passivo ambiental.¹⁴⁴

375. Os requisitos ii) a vi) foram todos cumpridos pela Concessionária até o dia 28/07/2015. Os Trabalhos Iniciais foram finalizados em 17/04/2015, com a ANTT atestando sua conclusão por meio do Ofício 952/2015/SUINF; as 8 praças de

concessionária detectem qual será o regime tributário a ser entrando nas décadas futuras em que será desenvolvido o projeto do concessionário. (...) Na medida em que os tributos configuram algo que não pode ser estimado de partida nem tampouco atribuído ao risco administrado por um dos contratantes, o contrato há de ser previamente imunizado contra futuras incidências e variações das já existentes (tanto a maior quanto a menor). Por isso a previsão expressa do §3º, art. 9º da Lei 8.987/1995. (...)”, em MOREIRA, Egon Bockmann Direito das Concessões de Serviço Público, Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 371.

¹⁴⁴ Contrato de Concessão, subcláusulas 18.1 e 24.2.2: “18.1. Início da Cobrança

18.1.1 A cobrança da Tarifa de Pedágio somente poderá ter início, em qualquer das praças de pedágio, após a conclusão dos Trabalhos Iniciais no Sistema Rodoviário, a implantação de 10% (dez por cento) da extensão total das obras de duplicação previstas no PER, a implantação de praça de pedágio e o cumprimento, pela Concessionária, do disposto na subcláusula 24.2.2, bem como da entrega do programa de redução de acidentes e do cadastro do passivo ambiental. (...) 24.2.2 O capital social integralizado da Concessionária na data de assinatura do Contrato é de R\$ 179.000.000,00 (cento e setenta e nove milhões de reais). O restante do capital social de R\$ 61.000.000,00 (sessenta e um milhões de reais) será integralizado até o final do primeiro ano da Concessão.”.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

pedágio objeto do pleito¹⁴⁵ terminaram de ser implantadas no dia 28/07/2015;¹⁴⁶ a integralização do capital foi finalizada no dia 28/07/2015, conforme comunicado sucessivamente pelos Ofícios CRO 258/2015, 300/2015 e 533/2015; o programa de redução de acidentes foi entregue no dia 20/03/2015, por meio do Ofício CRO 275/2015; e o cadastro de passivos ambientais foi entregue no dia 20/07/2014, por meio do Ofício CRO 048/2014 (C - 141).



Figura 24 - Linha do tempo do atendimento aos requisitos para autorização da cobrança tarifária

376. Logo, em 28/07/2015 restava apenas comprovar a execução de 10% das obras de duplicação rodoviária, único requisito faltante. Em face do previsto no item 3.2.1.1 do PER, que estabelece um total de 453,6 km de duplicação no

¹⁴⁵ O Sistema Rodoviário possui 9 praças de pedágio, podendo a autorização de início da arrecadação ser feita relativamente à implantação de cada praça. Por isso, cumpre ressaltar que este pleito é referente ao atraso na expedição da Resolução Autorizativa referente às praças de pedágio P01, P02, P03, P04, P05, P07, P08 e P09. Ou seja, a todas com exceção da P06, visto que essa foi concluída posteriormente às demais. Assim, ele diz respeito a 8 das 9 praças de pedágio.

¹⁴⁶ Como verificado nos ofícios 1651/2015/SUINF, de 13/07/2015, atestando o recebimento das praças 1, 2, 4, e 7; 1729/2015/SUINF, de 24/07/2015, atestando o recebimento das praças 3 e 5; e finalmente o ofício 1755/2015/SUINF, de 28/07/2015, atestando o recebimento das praças 8 e 9.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Sistema Rodoviário a cargo da Concessionária,¹⁴⁷ a meta de 10% correspondia a 45,36 km de duplicação, sendo a conclusão das obras de duplicação atestada com a emissão pela ANTT de Termo de Vistoria. Conforme previsto na subcláusula 18.1.1,¹⁴⁸ o Termo de Vistoria deve ser emitido pela ANTT em até 30 dias da data de recebimento pela agência da sua solicitação.

377. Após o cumprimento de todos os requisitos é iniciado o prazo de 10 dias, previsto nas subcláusulas 18.1.2, c/c 18.1.5,¹⁴⁹ para que a Diretoria da ANTT expeça a Resolução Autorizativa de início da cobrança tarifária.

378. Diante do exposto, fica claro que **a partir do dia 28/07/2018, a emissão pela ANTT do Termo de Vistoria atestando a conclusão da duplicação de pelo menos 45,36 km da rodovia iniciaria o prazo de 10 dias para a emissão da Resolução Autorizativa.**

¹⁴⁷ Neste item, denominado “Obras de Ampliação”, consta um quadro que expõe a extensão total de duplicação sob responsabilidade da Concessionária de 453,6 km. Quanto ao restante da rodovia, 113,9 km já estavam duplicados e 281,1 km referiam-se à extensão em duplicação pelo DNIT.

¹⁴⁸ O Contrato de Concessão estabelece nessa subcláusula que a conclusão dos Trabalhos Iniciais, das praças de pedágio e dos 10% iniciais de duplicação são comprovadas mediante Termo de Vistoria, atestando as obras realizadas. Confira-se a subcláusula 18.1 “18.1.1 (...)

(i) *A conclusão dos Trabalhos Iniciais de acordo com o estabelecido no PER será atestada, mediante solicitação prévia da Concessionária, através de Termo de Vistoria emitido pela ANTT em até 30 (trinta) dias da data de recebimento da sua solicitação.*

(ii) *A conclusão das referidas obras de duplicação de acordo com o estabelecido no PER e neste Contrato será atestada na forma prevista nas subcláusulas 10.3.1(i) e 10.3.1(ii), mediante solicitação prévia da Concessionária, através de Termo de Vistoria emitido pela ANTT em até 30 (trinta) dias da data de recebimento da sua solicitação.*

(iii) *A implantação das praças de pedágio de acordo com o estabelecido no PER será atestada, mediante solicitação prévia da Concessionária, através de Termo de Vistoria emitido pela ANTT em até 30 (trinta) dias da data de recebimento da sua solicitação.” (grifos nossos).*

¹⁴⁹ Contrato de Concessão, subcláusulas 18.1.2 e 18.1.5: “18.1.2 Após atendido o exposto na subcláusula 18.1.1, a ANTT expedirá, em até 10 (dez) dias, a resolução de autorização para o início da cobrança da Tarifa de Pedágio para as praças de pedágio indicadas pela Concessionária.”; (...) “18.1.5 Se cumpridas as exigências, a cobrança da Tarifa de Pedágio poderá ser autorizada anteriormente ao prazo estabelecido no PER, ficando a Concessionária com os ganhos decorrentes da antecipação do recebimento das receitas tarifárias.” (grifos nossos).



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

379. É importante destacar que o **Contrato de Concessão e o PER não apresentaram qualquer imposição ou restrição a respeito de que os trechos duplicados fossem contínuos ou fracionados**. Assim, era uma faculdade da Concessionária optar entre duplicar trechos de modo contínuo ou de forma segmentada, de acordo com a estratégia que julgasse mais eficiente.

380. Isso ficou ainda mais claro durante a licitação da Concessão, nas respostas apresentadas pela ANTT às perguntas de esclarecimento ao Edital. Na ata de resposta aos questionamentos, no Protocolo 39 de perguntas ao Edital (nº 1599423), a pergunta 21 foi **respondida pela ANTT com a afirmação inequívoca de que não era necessário que a duplicação fosse realizada em trechos contínuos**:

“Pergunta nº21: É correto nosso entendimento de que a implantação dos 45,36km, para o cumprimento dos 10% (dez por cento) da extensão total das obras de duplicação previstas no PER, não precisam ser executados de forma contínua? E com relação ao início da cobrança após a conclusão da duplicação dos 10%, é necessário a entrega das 9 praças previstas ou a cobrança pode ser iniciada de forma parcial?”

Resposta: O cumprimento dos 10% (dez por cento) da extensão total das obras de duplicação previstas no item 3.2.1.1. do PER não precisam ser executados de forma contínua. De acordo com a subcláusula 18.1.2 do Contrato de Concessão, após atendido o exposto na subcláusula 18.1.1, a ANTT expedirá, em até 10 (dez) dias, a resolução de autorização para o início da cobrança da Tarifa de Pedágio para as praças de pedágio indicadas pela Concessionária.” (grifos nossos)

381. Essa questão foi abordada também em outro questionamento ao Edital, a pergunta de nº 32 do Protocolo 39 (nº 1499432) da mesma ata. Em resposta à pergunta sobre os efeitos da não disponibilização da LI à Concessionária pelo



Poder Concedente, a ANTT novamente afirmou de modo incontestável a possibilidade de duplicação segmentada de trechos.¹⁵⁰

382. Ocorreu que, posteriormente à assinatura do Contrato de Concessão em 13/03/2014, a ANTT editou em 02/05/2015 a Portaria 81/2014, aplicável às concessionárias da 3^a Etapa do PROCROFE. A Portaria 81/2014 trouxe novas regras de padronização dos procedimentos para envio dos anteprojetos das obras de duplicação e intervenções. Especificamente, **o seu art. 3º criou a norma de que, nos anteprojetos, o espaço entre os trechos de duplicação descontínuos não poderia ser inferior a 5 km; ou, em casos excepcionais, 3km:**

“Art. 3º Para o caso dos anteprojetos de duplicação da rodovia, a interrupção entre dois trechos de duplicação propostos, ou seja, a distância entre o final de um trecho a ser duplicado e o início de outro trecho a ser duplicado, não poderá ser inferior a 05 (cinco) quilômetros.

Parágrafo único. Poderá ser aceita interrupção de, no mínimo, 03 (três) quilômetros, em casos excepcionais devidamente justificáveis, a critério da ANTT.”

383. Nota-se que não há no texto do artigo 3º da Portaria 81/2014 qualquer referência a descontos, penalidades ou similares quando da análise das obras de duplicação concluídas. Trata-se, simplesmente, de norma relativa à apresentação de projetos. Eventual projeto apresentado que descumpriesse o disposto no artigo 3º deveria ser, quando não fosse possível seu aproveitamento, rejeitado pela ANTT, que deveria então exigir sua resubmissão. Obviamente, a

¹⁵⁰ Confira-se: “Pergunta nº32: Uma das condicionantes listadas na Subcláusula 18.1.1 do Contrato para início da cobrança de pedágio é a implantação de 10% da extensão total das obras de duplicação previstas no PER. Caso o Poder Concedente não obtenha a Licença de Instalação para o trecho escolhido para duplicação da rodovia, de modo a atender à meta dos 10% da extensão total a ser duplicada no prazo mencionado na Subcláusula 10.3.2 (i) do Contrato, pergunta-se: A Concessionária poderá iniciar a cobrança de pedágio, vez que o não atendimento a esta condicionante decorreu de motivo alheio à sua vontade?

Resposta: O cumprimento dos 10% (dez por cento) da extensão total das obras de duplicação previstas no item 3.2.1.1 do PER não precisam ser executados de forma contínua. De acordo com a subcláusula 18.1.2 do Contrato de Concessão, após atendido o exposto na subcláusula 18.1.1, a ANTT expedirá, em até 10 (dez) dias, a resolução de autorização para o início da cobrança da Tarifa de Pedágio para as praças de pedágio indicadas pela Concessionária.” (grifos nossos).



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

norma só poderia ser aplicada aos projetos apresentados a partir de sua vigência, não havendo nada na Portaria 81/2014 que tratasse dos projetos anteriormente submetidos e já aprovados, ou daqueles projetos cujas obras estavam em andamento ou já haviam sido realizadas.

384. Contudo, não foi essa a interpretação e aplicação da norma pela ANTT. A agência entendeu que o art. 3º da Portaria 81/2014 seria fundamento para penalizar a existência de distâncias menores a 5 ou 3km entre trechos duplicados com um “desconto” na contagem da duplicação, para que a distância mínima entre as duplicações descontínuas fosse de 5 ou 3km. Ou seja, a ANTT exigiria uma distância mínima entre cada trecho para fins de recebimento e contagem das metas de duplicação, mesmo que os projetos de obras de duplicação houvessem sido previamente aceitos pela ANTT.

385. Por exemplo: suponha-se que em um segmento de 10km, há uma distância de 2km entre os trechos A e B, ambos medindo 4km de extensão e integralmente duplicados. Naturalmente, pelas regras contratuais, deveriam ser contabilizados 8km de duplicação, correspondentes à soma dos trechos A e B, desconsiderando-se o trecho não efetivamente duplicado de 2km entre A e B.

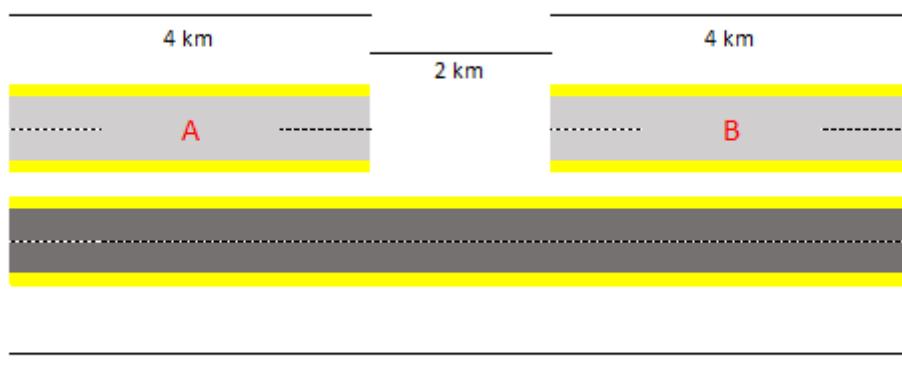


Figura 25 - Esquema indicando a contagem correta das obras de expansão de capacidade



386. Contudo, pela interpretação da ANTT a respeito da Portaria 81/2014, somente poderiam ser contabilizados 5km de duplicação, considerando a distância mínima de 5km entre duplicações. Ou, na hipótese de situação excepcional do parágrafo único do artigo 3º, em que se aplica a distância mínima de 3km entre trechos, seriam contabilizados 7km de duplicação, como no exemplo abaixo:

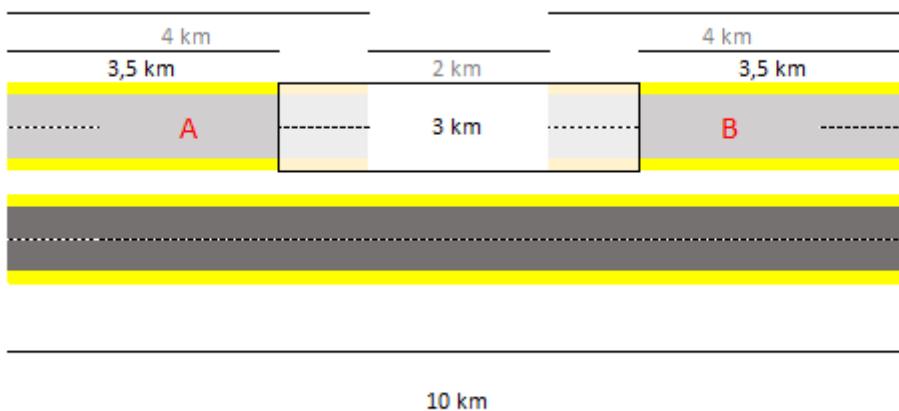


Figura 26 - Esquema indicando a contagem promovida pela Requerida com suposto fundamento na Portaria 81/2014

387. Diante desse cenário, considerando que seu Plano de Ataque contendo o cronograma e os anteprojetos das obras de expansão de capacidade já havia sido aprovado pela Requerida ANTT quando da aprovação da norma que estabeleceu a regra de distância mínima entre os trechos duplicados, a Concessionária passou a questionar a interpretação e aplicação da norma pretendida pela ANTT. Por isso, passou a defender a disciplina original do Contrato de Concessão, de que deveria ser desconsiderada somente a extensão do trecho que não fora objeto de duplicação, conforme destacado no Ofício CRO 040/2014 de 03/06/2014 (C - 142).

388. Com a finalização das obras de duplicação, a Concessionária solicitou à ANTT, por meio do Ofício CRO 483/2015 (C - 143), a realização de vistorias, nos dias 20 a 22/07/2015, às pistas duplicadas para comprovar o atendimento à meta de duplicação. A ANTT realizou as vistorias nas datas solicitadas e no dia



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

29/07/2015 expediu o Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF – PT 198/2015 (C - 144), que analisou as obras de duplicação realizadas.

389. Tal parecer **concluiu pela aceitação de segmentos duplicados em uma extensão de 54,780 km, quantidade equivalente a 12,07% do total das obrigações de duplicação.** Assim, a quantidade de duplicação comprovada superava bastante os 10% iniciais de 45,360 km exigidos como requisito para início da cobrança de pedágio.

390. Note-se que o PT 198/2015 é o **Termo de Vistoria relativo ao atendimento à exigência de duplicação da rodovia**, cumprindo para todos os efeitos as funções que um Termo de Vistoria exerce na disciplina contratual.¹⁵¹ Isso porque ele comprovou a realização de duplicação necessária na sequência de um pedido de vistoria pela Concessionária (a “solicitação prévia” referida na subcláusula 18.1.1.(ii)), após a realização de vistorias presenciais da ANTT nos trechos duplicados nos dias 20 a 22/07/2015. Confira-se o disposto sua conclusão:

“43. De acordo com os pareceres técnicos das vistorias realizadas em campo e a documentação e comprovação do atendimento dos parâmetros de desempenho definidos pela cláusula 10.3.1 (ii) do contrato de concessão, conclui-se pela aceitação dos seguintes segmentos de duplicação, em conformidade com a cláusula contratual 18.1.1 (ii):

- a) Km 39+200 ao km 44+000;*
- b) Km 45+000 ao km 54+780;*
- c) Km 56+620 ao km 74+320;*
- d) Km 94+900 ao km 117+400”* (grifos nossos)

391. A **subcláusula 18.1.1. (ii)**, ora citada pelo PT 198/2015, é justamente aquela que estabelece **ser a conclusão das obras de duplicação atestada por meio de um Termo de Vistoria**. Confira-se:

“18.1.1 (...) (ii) A conclusão das referidas obras de duplicação de acordo com o estabelecido no PER e neste Contrato será atestada na

¹⁵¹ Conforme os elementos da subcláusula 18.1.1, como destacado na nota de rodapé 148.



forma prevista nas subcláusulas 10.3.1(i) e 10.3.1(ii), mediante solicitação prévia da Concessionária, através de Termo de Vistoria emitido pela ANTT em até 30 (trinta) dias da data de recebimento da sua solicitação.” (grifos nossos)

392. Ou seja, quanto ao seu prazo, o Termo de Vistoria deveria ser emitido em prazo menor ou igual a trinta dias da solicitação feita pela Concessionária. Esse item também deixa claro que as obras de duplicação devem ser avaliadas pela ANTT de acordo com parâmetros contratuais bem definidos, os da subcláusula 10.3.1(i) e 10.3.1(ii), também citada na conclusão do PT 198/2015,¹⁵² e que o Termo de Vistoria é o documento apto a fazer o exame das obras efetuadas frente a esses parâmetros. **Não há qualquer menção à necessidade de uma análise posterior** que avaliasse requisitos outros para além dos parâmetros da subcláusula 10.3.1 (i) e (ii), objeto do Termo de Vistoria.

393. Dessa forma, por atestar a realização de duplicação conforme os requisitos contratuais da subcláusula 10.3.1 (i) e (ii), tem-se manifesto que PT 198/2015 foi

¹⁵² Contrato de Concessão, subcláusula 10.3.1: “10.3.1 As obras e serviços de cada um dos segmentos do Sistema Rodoviário descritos no PER no item Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias, Obras em Trechos Urbanos e da Frente de Serviços Operacionais deverão estar concluídas e em operação no prazo e condições estabelecidas no PER, observados o Escopo, os Parâmetros Técnicos e os Parâmetros de Desempenho previstos.

(i) Somente serão consideradas implantadas as pistas duplas e, portanto, como atendidas as metas de duplicação indicadas no PER e neste Contrato, quando concluídas as obras de duplicação e as respectivas melhorias, observadas as exceções previstas no PER, e quando essas pistas e melhorias forem abertas ao tráfego.

(ii) Sem prejuízo da possibilidade da ANTT demandar a comprovação da execução de outras atividades constantes no Escopo, nos Parâmetros Técnicos e nos Parâmetros de Desempenho previsto PER, o recebimento das obras e serviços de cada um dos segmentos do Sistema Rodoviário descritos no PER nos itens 3.2.1.1, 3.2.1.2 (apenas as vias marginais) e 3.2.2 será atestado por meio da comprovação de atendimento dos seguintes Parâmetros de Desempenho:

(a) Ausência total de flechas nas trilhas de roda medidas sob corda de 1,20 m; (b) Irregularidade longitudinal máxima de 2,5 m/km; (c) Ausência de defeitos de alçamento de placa, fissura de canto, placa dividida (rompida), escalonamento ou degrau, placa bailarina, quebras localizadas ou passagem de nível com grau de severidade classificado como alto; (d) Deflexão característica (DC) máxima de 50 x 10-2 mm; (e) Ausência total de sinalização horizontal com índice de retrorrefletância menor que 130 mcd/lx/m² em 100% do trecho;

(f) Ausência de sinalização vertical e aérea com índice de retrorrefletância inferior ao especificado na NBR 14.644, sendo o índice mínimo de 85% do valor inicial para as películas das placas para 100% das placas da Rodovia.”



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

o Termo de Vistoria que comprovou o cumprimento do requisito relativo à duplicação necessário para o início da arrecadação tarifária. Isso é referendado pelo seu próprio texto, que faz referência aos dispositivos contratuais pertinentes à contagem da meta das obras de duplicação:

“1. Este parecer técnico objetiva a análise do cumprimento das exigências das cláusulas contratuais 10.3.1 (i) e 10.3.1 (ii) quanto as obras de duplicação executadas pela Concessionária Rota do Oeste referentes ao quantitativo de 10% da extensão de duplicação que consta na cláusula 18.1.1 (ii) como pré-requisito para o início da cobrança do pedágio (...).”

394. Logo, considerando que o PT 198/2015 se propôs a verificar o cumprimento dos requisitos estabelecidos no item 18.1.1 para os fins das metas de duplicação como condição para cobrança de tarifa; e que o PT 198/2015 atestou o cumprimento dos requisitos na duplicação de um trecho superior aos 10% iniciais, tem-se que o PT 198/2015 é o Termo de Vistoria que **reconheceu, para todos os fins contratuais, em 29/07/2015 o cumprimento da última das condições necessárias para a expedição da Resolução Autorizativa**.

395. Sendo assim, iniciou-se a partir da edição do PT 198/2015, em 29/07/2015, o prazo de 10 dias para emissão da Resolução Autorizativa.

396. O Contrato de Concessão, na subcláusula 38.7, dispõe que na contagem de prazos deve ser excluído o dia do início e incluído o dia de vencimento, não podendo os prazos serem iniciados e vencidos em dias sem expediente da ANTT.¹⁵³ Como o dia 29/07/2015 foi uma quarta-feira, a contagem se iniciou em 30/07/2015, com o término em 08/08/2015, um sábado, de modo que o vencimento do prazo passou para o dia 10/08/2015, segunda-feira. **Ou seja, a ANTT deveria expedir até 10/08/2015 a Resolução Autorizativa.**

¹⁵³ Contrato de Concessão, Cláusula 38: “38.7 Contagem dos Prazos
38.7.1 Nos prazos estabelecidos em dias, no Contrato, excluir-se-á o dia de início e incluir-se-á o do vencimento, contando-se em dias corridos, salvo se estiver expressamente feita referência a dias úteis.
38.7.2 Só se iniciam e vencem os prazos referidos em dia de expediente na ANTT.”.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

397. Que fique claro que a Concessionária tomou todas as medidas ao seu alcance para acelerar a realização das obras, sendo diligente para cumprir os requisitos para a expedição da Resolução Autorizativa e assim poder iniciar a arrecadação tarifária o quanto antes. No entanto, **a ANTT ignorou tais esforços e não cumpriu o seu dever contratual de emitir até 10/8/2015 a Resolução Autorizativa, frustrando o direito da Concessionária de auferir os legítimos benefícios oriundos de sua diligência**, garantido na subcláusula 18.1.5 do Contrato de Concessão:

“18.1.5. Se cumpridas as exigências, a cobrança da Tarifa de Pedágio poderá ser autorizada anteriormente ao prazo estabelecido no PER, ficando a Concessionária com os ganhos decorrentes da antecipação do recebimento das receitas tarifárias.

398. Esse atraso ocorreu justamente por conta da incorreta interpretação conferida pela ANTT à Portaria 81/2014. A COINF-URRS entendeu ser necessário que, após o PT 198/2015, a GEINV avaliasse a aplicação dos descontos supostamente previstos no art. 3º Portaria 81/2014 ao cálculo da extensão dos segmentos duplicados, para somente então concluir sobre o atingimento da meta dos 10% de duplicação. Nesse sentido, confira-se a parte final do PT 198/2015:

“46. A extensão de segmentos de duplicação a serem computados para o atendimento da meta de 10% (cláusula contratual 18.1.1 (ii)) deve ser avaliada pela GEINV, conforme portaria nº 81/2014/SUINF, sendo necessário destacar a não conclusão das interconexões denominadas Diamante 2 (km 47+700), Retorno em Desnível 2 (km 56+300) e Diamante 5 (km 111+000)”

399. Tal exame ocorreu apenas em 11/08/2015, com a emissão do Parecer Técnico 220/2015/GEINV/SUINF – PT 220/2015 (C - 145). Também nele se reconheceu a natureza de Termo de Vistoria do PT 198/2015:

“12. Em 02/07/2015, a Concessionária Rota do Oeste S.A., por meio do Ofício nº 483/2015, comunicou à ANTT que em 20/07/2015 os segmentos referentes aos 10% de duplicação da rodovia estariam aptos a receber a vistoria, com o objetivo de atestar a conclusão das obras de duplicação exigidas para o início da cobrança do pedágio.



13. Desta forma, considerando a comunicação citada no parágrafo anterior, esta GEINV encaminhou o Ofício nº 884/2015/GEINV/SUINF, de 13/07/2015, informando que a vistoria da duplicação da rodovia seria realizada nos dias 20, 21 e 22/07/2015.

14. Para verificação da conclusão das obras de duplicação dos segmentos, foi realizada vistoria pela Coordenação de Infraestrutura da Unidade Regional do Rio Grande do Sul, através do escritório avançado de fiscalização de Cuiabá/MT, com verificação detalhada entre os serviços executados e aqueles previstos nos projetos executivos.

15. A vistoria mencionada resultou no Parecer Técnico COINF/URRS nº 198/2015, o qual consta como anexo a este documento". (grifos nossos)

400. No PT 220/2015, a GEINV, por verificar a não conclusão de três obras de melhoria em trechos duplicados, passou a aplicar descontos para até chegar a uma extensão de 3 km entre trechos descontínuos, ao invés de considerar apenas a extensão efetiva do dispositivo de melhoria.

401. Com fundamento nessa interpretação retroativa do art. 3º da Portaria 81/2014, o PT 220/2015 concluiu pela duplicação de 46,120 km. Esse valor é equivalente a 10,17% do total da meta de duplicação, ou seja, supera os 10% iniciais de duplicação de 45,36 km, atendendo ao requisito da subcláusula 18.1.1 do Contrato de Concessão.

402. Convenientemente, a ANTT considerou que somente no PT 220/2015 foi reconhecida a possibilidade de início da cobrança da tarifa de pedágio. Assim, após o PT 220/2015, a Resolução Autorizativa foi emitida em 27/08/2015 com a Resolução ANTT nº 4.811/2015 (C - 69).

403. Ou seja, a interpretação dada pela ANTT à Portaria 81/2014 é o fator responsável pelo lapso temporal entre o PT 198/2015 e o PT 220/2015, na medida em que a ANTT entendeu ser necessário condicionar o reconhecimento do cumprimento da meta de 10% de duplicação à avaliação da aplicabilidade de



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

eventuais “descontos” supostamente exigidos pela Portaria 81/2014. Contudo, como se viu, trata-se de interpretação inadequada e retroativa a respeito do texto da Portaria 81/2014, que simplesmente não cria os procedimentos adicionais que a ANTT entendeu serem cabíveis. Muito menos o artigo 3º da Portaria 81/2014 veicula ou prevê qualquer tipo de desconto. Em verdade, a norma sequer trata de tal tema, mas apenas da apresentação de anteprojetos.

404. A negligência da ANTT em relação ao direito da Concessionária fica evidente ao se constatar que, **mesmo se considerada tal interpretação errônea da Portaria 81/2014, a Concessionária já havia atingido os 10% da duplicação.** Conforme exposto, com a aplicação dos descontos ela duplicou 46,120 km, que equivale a 10,17% do montante total de duplicação. **Essa extensão de duplicação já tinha sido comprovada quando do PT 198/2015, de 29/07/2018**, motivo pelo qual a ANTT deveria utilizar aquela data como referência para a expedição da Resolução Autorizativa. No entanto, mesmo assim a ANTT considerou que a duplicação foi comprovada apenas em 11/08/2018 com o PT 220/2015, **sendo a Concessionária injustamente prejudicada ao não conseguir auferir os benefícios devidos pela sua conclusão eficaz e diligente das obras de duplicação.**

405. Dessa forma, há de se reconhecer que **o cumprimento da meta de duplicação de 10% foi efetivamente atestado pelo PT 198/2015**, Termo de Vistoria da duplicação realizada, de modo que **a Resolução Autorizativa deveria ser emitida até 10/08/2015**. Assim, sendo expedida pela ANTT apenas 27/08/2015, a Resolução Autorizativa teve **17 dias de atraso**.

406. Por isso, a Concessionária passou a pleitear a realização do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão pelo consequente atraso no início da arrecadação da Tarifa do Pedágio, explicando ser o PT 198/2015 o Termo de Vistoria que comprova o cumprimento requisitos da subcláusula 18.1.1. Em resposta, a ANTT passou a negar o pleito da Concessionária.

407. Tal apresentação e subsequente negação pedido de reequilíbrio ocorreu por três vezes sucessivas: primeiro, com o pleito no Ofício CRO 632/2015 (C - 146),



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

negado pelo Memorando 1244/2015/GEINV/SUINF, tendo como anexo o Parecer Técnico 282/2015/GEINV/SUINF (C - 147); segundo, com sua apresentação pelo Ofício CRO 989/2016 (C - 58), no âmbito da 4^a Revisão Extraordinária, com a negativa da ANTT feita pela NT 016/2016 (C - 62); e terceiro, também no âmbito da 4^a Revisão Extraordinária, com o Ofício CRO 1.087/2016 (C - 59), com negativa da ANTT pela NT 027/2016 (C - 63).

408. Ainda na 4^a Revisão Extraordinária, após a NT 027/2016, a ANTT passou a reconhecer o PT 220/2015 como aquele que atestou a implantação dos 10% de duplicação para contagem do prazo de 10 dias para expedição da Resolução Autorizativa, conforme a Nota Técnica 166/2016/GEROR/SUINF (C - 148). Assim, concluiu que a Resolução ANTT nº 4.811/2015 foi emitida com 6 dias de atraso, admitindo o direito ao reequilíbrio à Concessionária nesses termos.¹⁵⁴

409. A linha do tempo a seguir ajuda na visualização dos fatos descritos, ilustrando o atraso total e o atraso reconhecido e reequilibrado pela ANTT:

¹⁵⁴ Nota Técnica 166/GEROR/SUINF, pp. 23 a 26. Confira-se: “78. Assim considerando que a expedição da resolução autorizativa ocorreu somente em 27/08/2018, com a publicação da Resolução nº 4.811/2014, verifica-se um atraso de 6 (seis) dias na abertura das praças de pedágio P1, P2, P3, P4, P5, P6, P8 e P09, imputado ao Poder Concedente.” (p. 25).

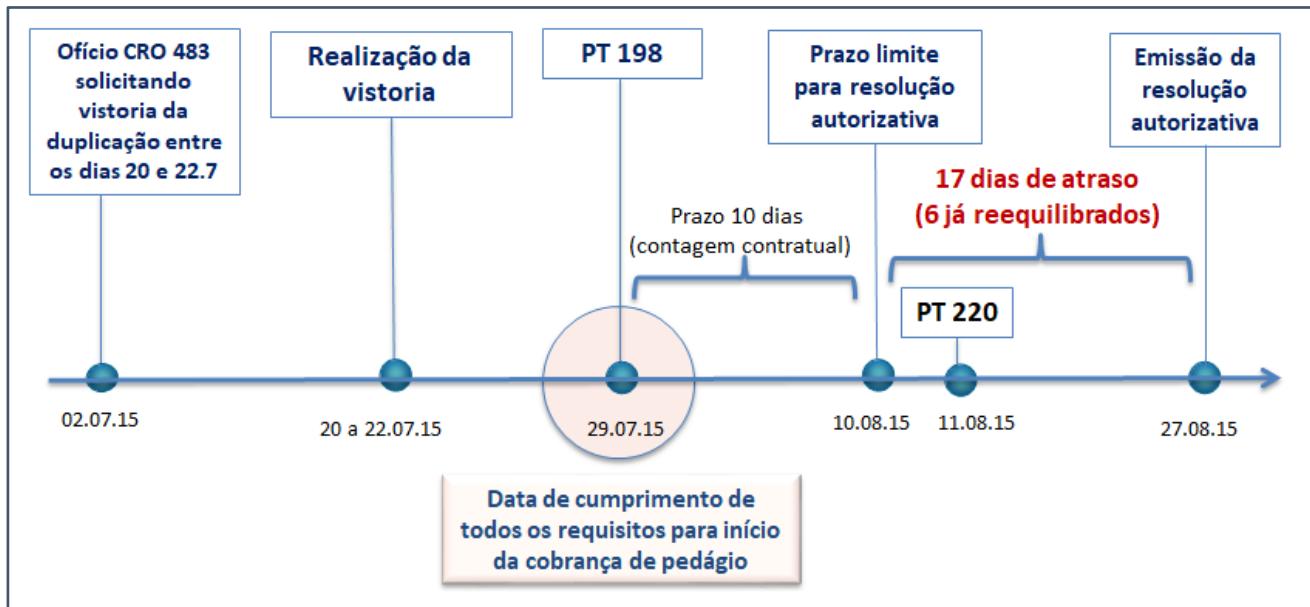


Figura 27 - Linha do tempo pleito Atraso na Arrecadação

410. O entendimento da Nota Técnica 166/2016/GEROR/SUINF foi aplicado pelo Voto DSL 179/2016, que originou a Resolução ANTT nº 5.177/2016 (C - 47), referente à 4^a Revisão Extraordinária, reequilibrando apenas 6 dos 17 dias relativos ao atraso no início da arrecadação. Assim, a ANTT rejeitou em definitivo o pedido de reequilíbrio pelos outros 11 dias de perda da arrecadação, levando ao esgotamento da instância administrativa.

411. Diante do exposto, com o indeferimento na esfera administrativa, a Concessionária pede ao Tribunal Arbitral que reconheça o seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, gerado pela edição da Portaria 81/2014, que causou, segundo a interpretação que lhe foi aplicada pela ANTT, uma alteração superveniente na regulamentação aplicável ao Contrato de Concessão, na forma de sua subcláusula 21.2.5, **e que acarretou à Concessionária a perda de 11 dias de arrecadação tarifária**, totalizando o montante de R\$ 7.649.866,38 em valores de maio de 2012, conforme memorial de cálculo constante do C - 149.



Aumento do limite de peso bruto por eixo

412. Em 24/11/2013, data de apresentação das propostas da licitação que deu origem à Concessão, o limite vigente da tolerância (a) de peso bruto total dos veículos e (b) de peso bruto transmitido por eixo ao pavimento era de 5%. Portanto, veículos que tivessem (i) uma carga total com peso até 5% superior ao limite legal e (ii) peso medido, em cada um de seus eixos, em valor até 5% superior ao limite legal não seriam autuados, podendo trafegar livremente pela rodovia. Os limites de peso total e por eixo estavam definidos em sede legislativa, na Lei 7.408/85:

“Art 1º - Fica permitida a tolerância máxima de 5% (cinco por cento) sobre os limites de peso bruto total e peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas.”

413. No plano infralegal, estava vigente a Resolução nº 258/2007 do CONTRAN (C - 150), editada por essa autarquia com base nos artigos 99, §§ 1º e 2º, e 323 da Lei 9.503/97, o Código de Trânsito Brasileiro.¹⁵⁵ O art. 5º da Resolução CONTRAN 258/2007 mantinha o limite de tolerância de pesagem em 5%, seguindo a Lei 7.408/85.¹⁵⁶

414. No caso, ao fazer referência à “tolerância máxima sobre os limites de pesos regulamentares” sem especificação, tal artigo estabeleceu um limite aplicável

¹⁵⁵ Lei 9.503/97: *“Art. 99. Somente poderá transitar pelas vias terrestres o veículo cujo peso e dimensões atenderem aos limites estabelecidos pelo CONTRAN.*

§ 1º O excesso de peso será aferido por equipamento de pesagem ou pela verificação de documento fiscal, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

§ 2º Será tolerado um percentual sobre os limites de peso bruto total e peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias, quando aferido por equipamento, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

Art. 323. O CONTRAN, em cento e oitenta dias, fixará a metodologia de aferição de peso de veículos, estabelecendo percentuais de tolerância, sendo durante este período suspensa a vigência das penalidades previstas no inciso V do art. 231, aplicando-se a penalidade de vinte UFIR por duzentos quilogramas ou fração de excesso.

Parágrafo único. Os limites de tolerância a que se refere este artigo, até a sua fixação pelo CONTRAN, são aqueles estabelecidos pela Lei nº 7.408, de 25 de novembro de 1985.”.

¹⁵⁶ *“Art. 5º. Na fiscalização de peso dos veículos por balança rodoviária será admitida à tolerância máxima de 5% (cinco por cento) sobre os limites de pesos regulamentares, para suprir a incerteza de medição do equipamento, conforme legislação metrológica.”*



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

tanto ao peso bruto total quanto ao peso bruto transmitido por eixo. Ou seja, tratava-se de norma geral regulamentar que meramente explicitava o comando legal então vigente no artigo 1º da Lei 7.408/85. Mas a Resolução CONTRAN 258/2007 também continha uma disposição transitória em seu art. 17 que permitia uma tolerância de 7,5% do limite de peso bruto por eixo, de forma excepcional e temporária. Tratava-se de margem (de 2,5%) adicional com prazo definido para o seu fim. Na época da publicação do Edital e apresentação da proposta, o prazo limite seria até 31/12/2013, conforme a redação dada ao artigo 17 pela Resolução CONTRAN 430/2013:

Art. 1º. Alterar o artigo 17 da Resolução CONTRAN nº 258/2007, com redação dada pelas Resoluções nºs 365/2010 e 403/2012, que passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 17. Fica permitida até 31 de dezembro de 2013 a tolerância máxima de 7,5% (sete e meio por cento) sobre os limites de peso bruto transmitido por eixo de veículo à superfície das vias públicas"

415. Assim, na apresentação da proposta na licitação, considerou-se que a partir de 01/01/2014 voltaria a vigorar o limite regular de 5% previsto no art. 5º da Resolução CONTRAN 258/2007. **Tendo em vista que a previsão de assinatura do Contrato de Concessão era para o início do ano de 2014** – o que efetivamente ocorreu em 12/03/2014 – **o limite aplicável de tolerância seria de 5% durante os 30 anos da Concessão.** Por isso, a tolerância de 5% sobre o **limite legal foi aquela considerada pelas proponentes para participação da licitação.**

416. Contudo, após a data da entrega das propostas, a Resolução CONTRAN 467/2013, de 11/12/2013, prorrogou a vigência da tolerância máxima temporária de 7,5% até 30/06/2014, o que por si só já geraria direito à Concessionária de reequilíbrio pelo impacto no pavimento no período, por se tratar de alteração superveniente ao marco temporal da licitação. Contudo, após a assinatura do Contrato de Concessão, **a regra geral contendo a tolerância de 5% foi alterada pela edição da Lei 13.103/15.** Entre outras previsões que impactaram as



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

concessões rodoviárias,¹⁵⁷ o art. 16 de tal lei modificou a redação do art. 1º, II da Lei 7.408/85, aumentando para 10% a tolerância sobre o limite de peso bruto por eixo. Confira-se:

“Art. 16. O art. 1º da Lei no 7.408, de 25 de novembro de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º. Fica permitida, na pesagem de veículos de transporte de carga e de passageiros, a tolerância máxima de:

I - 5% (cinco por cento) sobre os limites de peso bruto total;

II - 10% (dez por cento) sobre os limites de peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas.

Parágrafo único. Os limites de peso bruto não se aplicam aos locais não abrangidos pelo disposto no art. 2º da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, incluindo-se as vias particulares sem acesso à circulação pública.”

417. Posteriormente, **essas alterações legislativas foram incorporadas também à regulamentação do CONTRAN** por meio da Resolução 526/2015. Em seu art. 4º, alterou-se a norma geral infralegal sobre a referida tolerância constante do já citado art. 5º da Resolução CONTRAN 258/2007:

“Art.4º O artigo 5º da Resolução nº 258, de 30 de novembro de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

I – Artigo 5º:

“Art. 5º Na fiscalização de peso dos veículos por balança rodoviária serão admitidas as seguintes tolerâncias: (...)

II – 10% (dez por cento) sobre os limites de peso regulamentares por eixo de veículos transmitidos à superfície das vias públicas.”

418. Desse modo, em resumo, a tolerância temporária de 7,5% sobre limites de peso regulares por eixo vigeu e impactou o Contrato de Concessão até 30/06/2014, não vindo a ser prorrogado posteriormente à Resolução CONTRAN 467/2013. Já

¹⁵⁷ Por exemplo, esta lei concedeu diversas garantias para os profissionais que trabalham no transporte rodoviário de passageiros e de cargas, determinou a obrigatoriedade da instalação de postos de repouso e descanso nas rodovias e suspendeu o pagamento do pedágio para eixos suspensos de veículos, entre outras alterações.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

a edição da Lei 13.103/15 alterou a regra geral sobre tolerância relativa ao peso bruto por eixo, impactando a Concessão desde sua vigência.

419. Assim, **tal alteração legislativa e regulamentar aumentou em 5% o limite de peso bruto por eixo aplicável à Concessão em relação à sua disciplina jurídica original, considerada quando da apresentação da proposta na licitação pela proponente que formou a Concessionária.** Ou seja, **foi uma alteração normativa superveniente em relação às condições do Contrato de Concessão, que criou ônus adicional visto que os veículos de carga poderiam transitar com cargas maiores, aumentando seu impacto sobre a rodovia.**

420. Diante dessa alteração legislativa superveniente, no dia 17/04/2015 a Concessionária enviou à ANTT o Ofício 334/2015 (C - 151), que trata do início da vigência da Lei 13.103/15 e dos impactos por ela causados sobre a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão. Nesse ofício, a Concessionária explicou que o aumento do limite de tolerância acarretaria: (i) danos adicionais ao pavimento de pista existentes pelo aumento no peso transmitido, reduzindo sua vida útil e demandando maior manutenção; (ii) a necessidade de redimensionamento do projeto de pavimentação das pistas de duplicação, precisando ser mais espessa a fim de suportar o maior desgaste; (iii) impactos de cunho estrutural nos dispositivos das obras de arte especial e correntes das rodovias, como as interconexões e acessos, que passariam a necessitar de reforço; e (iv) um aumento no número de acidentes relacionados à diminuição da capacidade de frenagem dos caminhões mais pesados.

421. É preciso ressaltar que essa alteração legislativa impactou de forma especial a Concessão, mesmo em relação às demais concessões federais, pois mais da metade do tráfego da rodovia e, aproximadamente, 90% do fluxo de veículos equivalentes¹⁵⁸ da BR-163/MT é composto por veículos de carga pesada (C - 44). Isso porque o Sistema Rodoviário concedido é crucial para o escoamento da

¹⁵⁸ É a medida calculada somando-se os veículos leves (carros de passeio) aos veículos pesados, sendo estes últimos multiplicados pelos respectivos números de eixos. Veículos leves como carros de passeio correspondem a um eixo para tais efeitos (e, portanto, para efeitos de arrecadação e monitoramento do tráfego, entre outros).



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

produção agropecuária do Mato Grosso, principalmente de soja, que é o estado com a maior produção do Brasil em termos de pesagem.¹⁵⁹

422. Dessa forma, a Concessionária pleiteou o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão. Isso foi feito inicialmente no âmbito da 4^a Revisão Extraordinária, por meio do Ofício CRO 989/2016 (C - 58). Os cálculos do reequilíbrio foram apresentados na sequência pelo Ofício CRO 1.032/2016 (C - 152), sendo a metodologia de cálculo apresentada em estudo de engenharia anexo ao Ofício CRO 1.032/2016 elaborado pela renomada consultoria Dynatest.

423. Sinteticamente, a consultoria especializada avaliou o impacto do incremento da carga por eixo no comportamento dos pavimentos, tanto nos já existentes quanto para os ainda com obras de duplicação pendentes ao longo do período de concessão. Assim, foi calculado o incremento necessário na espessura da cobertura asfáltica para compensar estruturalmente o aumento da tolerância de peso por eixo, sendo calculado o montante de material e mão de obra necessários para a realização dos reforços e ajustes. No estudo, **o impacto calculado do aumento do peso do peso bruto por eixo ao longo dos 30 anos de concessão foi de R\$ 611.872.855,95, na data base de novembro de 2015.**

424. A primeira análise da ANTT sobre esse pleito ocorreu na NT 016/2016 (C - 62). Nela, a ANTT reconheceu o direito contratual da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro, por ser esta uma alteração legislativa superveniente, conforme evidenciado no trecho a seguir da Nota Técnica:

“219. Pelo Contrato, depreende-se que a Concessionária, no mérito, faz jus ao direito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, devido a criação da Lei dos Caminhoneiros.

¹⁵⁹ Por exemplo, na safra de 2016/2017, houve no Estado do Mato Grosso uma colheita de 61,9 milhões de toneladas, equivalente a 26% do total nacional, tendo a liderança pelo sexto ano seguido segundo a série histórica da Companhia Nacional de Abastecimento. Confira-se reportagem em: <http://iepec.com/mato-grosso-lidera-producao-agricola-na-safra-20162017/>. Último acesso em 18/10/2018.



220. Destaca-se que o incremento de peso por eixo impacta nos serviços de recuperação, manutenção, conservação de pavimento e melhorias, uma vez que em função do maior desgaste, há a necessidade de elaboração de projetos com dimensionamento de pavimento de maior robustez" (grifos nossos)

425. Ainda, na NT 016/2016, a ANTT fez referência ao reconhecimento pelo TCU do impacto causado pelo aumento do limite do peso bruto por eixo na Instrução Técnica TCU nº 014.618/2015.¹⁶⁰ Nesta Instrução Técnica o TCU indicou também que a própria ANTT deveria elaborar uma metodologia para o cálculo do custo adicional de manutenção causado pelo art. 16 da Lei dos Caminhoneiros usando ou o software *Highway Development and Management* ("HDM-4") ou o software *Elastic Layered System* ("ELSYM5") a fim de que a agência buscasse reequilibrar os contratos de acordo com o custo real incorrido pelas Concessionárias.¹⁶¹

426. Na sequência, foi elaborado pela ANTT o Memorando 790/2016/SUINF (C - 153) solicitando que a GEINV¹⁶² empregasse como valor preliminar nas revisões tarifárias um estudo anteriormente elaborado pelo DNIT, que expressa uma "Análise do impacto financeiro das propostas de peso por eixo da ANFAVEA e do MERCOSUL utilizando Modelo HDM-4". Tal estudo se utiliza do custo médio gerencial do DNIT de manutenção, constante da tabela SICRO, como o valor de referência para as intervenções de manutenção e duplicação adicionais a serem feitas. Ou seja, **foi um estudo anterior à alteração legislativa em comento, feito em contexto completamente diverso das concessões rodoviárias federais, da Lei**

¹⁶⁰ Afirmou o TCU nesta oportunidade: "A Lei 13.103/15 trouxe duas possíveis implicações às concessões. A primeira foi introduzida no art. 16, que aumenta as margens de tolerância do peso bruto total e por eixo. O impacto dessa medida nas despesas das concessionárias é óbvio, eis que o aumento do peso permitido dos veículos de carga diminui a vida útil do pavimento, o que exigiria das concessionárias maiores aportes de recursos na manutenção das vias." (grifos nossos).

¹⁶¹ O TCU recomendou, na Instrução Técnica nº TC 014.618.2015-0, em suas considerações finais, que: "24. (...) o estudo seja aprofundado pela ANTT, analisando de forma mais criteriosa, a fim de chegar o mais próximo possível do custo real incorrido pelas Concessionárias." (grifos nossos).

¹⁶² Esse documento também reconhece o direito ao reequilíbrio, conforme consta em seu parágrafo 5º: "Considerando que, da matriz de risco dos Contratos de Concessão, depreende-se que as Concessionárias, no mérito, fazem jus ao direito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no Contrato de Concessão, devido à entrada em vigor da Lei dos Caminhoneiros." (grifos nossos).



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

dos Caminhoneiros e sem considerar a caracterização do tráfego da rodovia BR-163/MT onde o fluxo de veículos de carga, que fazem uso da tolerância adicional de 5% do peso bruto por eixo, representa aproximadamente 89,5% do fluxo de veículos equivalentes.

427. Tendo em vista que a NT 016/2016 não analisou a metodologia de cálculo utilizada pela Concessionária nem o valor para o reequilíbrio econômico-financeiro, esta reapresentou seu pleito por meio do Ofício CRO 1.087/2016 (C - 59). Nele ressaltou que a metodologia empregada, apresentada junto ao Ofício CRO 1.032/2016, já apresentava o custo real e efetivo do impacto sobre a Concessão, utilizando o software ELYM5, bem como os dados particulares da rodovia e o orçamento baseado no sistema de custos SICRO do DNIT. Ou seja, o estudo já seguia os mesmos parâmetros recomendados pelo TCU à ANTT na já citada Instrução Técnica TCU nº 014.618/2015, estando também de acordo com as determinações expostas pela ANTT na NT 016/2016 e com os parâmetros recomendados pelo Memorando 790/2016/SUINF, quais sejam: a utilização da tabela SICRO, a adoção de ciclos de manutenção e vida útil, e a **utilização de uma metodologia própria para esse evento, refletindo as condições específicas do Sistema Rodoviário concedido**. Em especial, destaca-se que a análise apresentada pela Concessionária era específica ao Sistema Rodoviário, considerando seu perfil de tráfego, não uma análise genérica desvinculada da realidade da rodovia.

428. A ANTT avaliou novamente o pedido de reequilíbrio na NT 027/2016 (C - 63), reafirmando a existência do direito da Concessionária pelo aumento do limite de peso bruto por eixo. No entanto, para sanar o desequilíbrio, a Requerida **utilizou uma metodologia inadequada e insuficiente para recompor o impacto causado na Concessão, lançando mão das premissas adotadas no documento elaborado pelo DNIT**. Com isso, o valor considerado para ANTT foi **absolutamente insuficiente para realizar o reequilíbrio econômico-financeiro**. A NT 027/2016 foi acatada pela Diretoria Colegiada da ANTT, e **tal reequilíbrio absolutamente incompleto foi implementado pela Resolução ANTT nº 5.177/2016 (C - 47)**, referente à 4ª Revisão Extraordinária.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

429. Posteriormente, em 2017, no âmbito da 5^a Revisão Extraordinária, a Concessionária apresentou uma complementação ao seu pleito por meio do Ofício CRO 1.399/2017 (C - 91). Como inicialmente fora compensado apenas o impacto do aumento do peso bruto por eixo na rodovia principal, a complementação de 2017 pleiteou a inclusão do reequilíbrio relativo ao impacto da alteração legislativa sobre os trechos secundários da rodovia, como as vias marginais, e sobre as obras de arte rodoviárias - incluindo os acessos e dispositivos, como interseções em nível e interconexões. **Trata-se do mesmo fundamento jurídico, visto que também há impacto do aumento da tolerância de peso por eixo em tais estruturas, e tal impacto é decorrente da mesma alteração legislativa superveniente.**

430. **No entanto, o pleito complementar foi negado pela ANTT** nas Notas Técnicas 028/2017/GEINV/SUINF de 01/06/2017 (C - 91) e 041/2017/GEINV/SUINF de 26/07/2017 (C - 93), sob a justificativa de que a autarquia ainda estaria estudando qual seria a metodologia aplicável ao reequilíbrio. Tais Notas Técnicas foram referendadas pelo Voto DMV 092/2017 (C - 94) do Diretor Relator Marcelo Vinaud, que resultou na Resolução ANTT nº 5.411/2017 (C - 95).

431. **A respeito da inadequação da metodologia utilizada nos processos administrativos de reequilíbrio, a própria ANTT reconheceu que seu método era ainda preliminar e insuficiente**, ao afirmar que “*a ANTT ainda não definiu metodologia para cálculo do efeito da alteração da tolerância de peso no pavimento*” e que “*esse valor de aumento de custo de manutenção de pavimento deverá ser revisto pela área técnica competente da SUINF, em momento oportuno, através de estudo técnico de engenharia específico*”.¹⁶³ Ou seja, **o estudo empregado pela ANTT foi feito sem metodologia de cálculo própria, está sujeito à revisão e não foi específico nem para os impactos da Lei 13.303/15 nem para o Sistema Rodoviário**. Ainda, a ANTT não considerou a taxa de remuneração de custos administrativos de 6,24%, que a própria agência entendeu ser devida.¹⁶⁴

¹⁶³ Conforme a NT 027/2016, parágrafos 209 e 212.

¹⁶⁴ Confira-se o disposto no NT 027/2016: “213. *Como se trata de valor preliminar, não será considerada neste momento a taxa de remuneração de custos administrativos de 6,24%*”.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

432. Na verdade, a ANTT já reconheceu ao setor a inadequação das premissas anteriormente utilizadas, e a necessidade de sua substituição por metodologia que vem atualmente sendo desenvolvida em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e as concessionárias de rodovias, conforme verifica-se das atas de reuniões constantes do C - 154.

433. Tanto é necessária a revisão cuidadosa da metodologia que a ANTT solicitou no TC 012.831/2017-4 concessão de prazo adicional de 180 dias para cumprimento da determinação do TCU naquele processo de apresentação de novos estudos contendo metodologia que dimensione os efeitos da alteração do limite de peso bruto por eixo.¹⁶⁵ Aquele processo se refere à revisão tarifária da concessionária da Rodovia BR-101/BA/ES (ECO101) e adota premissas metodológicas de cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro absolutamente equivocadas **contra as quais até mesmo a Requerida se insurge no âmbito do TCU.**

434. Por exemplo, o TCU não utilizou os parâmetros percentuais incorretos de limite do peso bruto por eixo para mensurar os efeitos da Lei nº 13.103/2015 e, ao arrepio do contrato de concessão e de toda a legislação aplicável, pretendeu aplicar indiscriminadamente um percentual de deságio correspondente ao desconto apresentado na proposta da ECO101 quando de seu procedimento licitatório, para que se calculassem os custos dos insumos utilizados, tendo como limite os valores constantes dos estudos de viabilidade daquela concessão. E exige ainda o TCU que a Requerida aplique metodologia com premissas similares

¹⁶⁵ Acórdão 290/2018-Planário, alterado pelo Acórdão 1.461/2018-Plenário, e com novo prazo concedido pelo Acórdão 2175/2019-Plenário, a partir do qual a ANTT solicitou extensão do prazo. em relação à concessão da Rodovia BR-101/ES/BA, o TCU determinou à ANTT que: “9.2.1. *reavaliar, no prazo de 90 dias, os efeitos do art. 16 da Lei 13.103/2015 sobre os esforços de manutenção da Rodovia BR-101/ES/BA, a partir de estudos de engenharia específicos que dimensionem estes efeitos, em substituição aos resultados da Nota Técnica Conjunta SE-SPNTDNITANTT/MT 1/2015, levando em conta, para tanto, as inconsistências apuradas nestes autos, adotando posteriormente as medidas administrativas pertinentes, tais como, a edição de novas Resoluções a respeito do tema, com vistas à utilização dos novos parâmetros obtidos nos cálculos para os reajustes tarifários;*” (grifos nossos).



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

para as demais concessões rodoviárias,¹⁶⁶ o que agravaria o desequilíbrio já existente ainda não solucionado pela ANTT, contra o qual a Requerente pleiteia a devida compensação.

435. Conforme indicado na Nota Técnica SEI nº 1535/2019/GEFIR/SUINF/DIR, encaminhada pelo Ofício SEI nº 8934/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (C - 105), a Diretoria Colegiada da ANTT, por meio do memorando nº 006/2019/GAB, de 21 de janeiro de 2019, deu anuênciia para que fosse aplicado no momento da revisão ordinária de cada contrato de concessão o entendimento constante do Acórdão 290/2018-Plenário do TCU. Nesse sentido, o Ofício SEI Nº 8934/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, que fundamentou a Deliberação 1.051/2019 (C - 106), relativa à 4^a Revisão Ordinária, 7^a Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão, pretendeu aplicar as premissas indicadas pelo TCU no Contrato de Concessão para alterar e reduzir ainda mais o reequilíbrio (incompleto) concedido anteriormente pela ANTT, conforme se vê:

63. Cabe lembrar que se encontra em elaboração pesquisa, custeada por Recursos para Desenvolvimento Tecnológico (RDT) do contrato da concessionária ECOPONTE, para definição de metodologia que permita a avaliação dos impactos nos custos de manutenção de pavimento de rodovias concedidas em decorrência desse aumento das tolerâncias nas cargas por eixo.

64. Após conclusão dessa pesquisa, que está sendo realizada pelo Laboratório de Pavimentação (LAPAV) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), acreditamos que será possível determinar o real impacto sobre o pavimento em razão da aplicação da referida lei.

65. Sendo assim, continuará sendo adotada, de forma provisória, a estimativa de 10,5% de aumento das despesas da Concessionária em relação à manutenção do pavimento, conforme estudo anterior

¹⁶⁶ No Acórdão 290/2018-Planário, alterado pelo Acórdão 1.461/2018-Plenário, mantido pelo Acórdão 2175/2019-Plenário, o TCU determinou à ANTT que: “9.2.4. retifique, no prazo de 180 dias, todas as revisões tarifárias já aprovadas em decorrência dos efeitos do art. 16 da Lei 13.103/2015 nos demais contratos de concessão de rodovias vigentes, considerando, no que for cabível, os critérios constantes destes autos, demonstrando expressamente a manutenção original do equilíbrio econômico-financeiro;”



elaborado pelo DNIT, até que seja concluído o relatório final da pesquisa.

66. Porém, para que seja adotada a correção recomendada pelo TCU e solicitada pela Diretoria da ANTT, serão adotados os valores previstos no Estudo de Viabilidade (EVTEA) referente ao Lote 7 da 3ª Etapa PROCROFE para os serviços de Recuperação e Manutenção de Pavimento com aplicação do deságio de 52,03% da proposta vencedora do certame.

67. Na planilha a seguir são apresentados os valores propostos (a preços iniciais referentes a maio de 2012) em alteração aos valores vigentes incluídos pela 1ª Revisão Ordinária e 4ª Revisão Extraordinária, considerando-se a proporcionalidade prevista no cronograma de desembolso do EVTEA, enquanto no cronograma anteriormente vigente o desembolso foi distribuído de forma regular seguindo aumento de demanda pelas duplicações previstas. (grifou-se)

436. Por outro lado, a Concessionária desenvolveu um estudo específico para o caso em questão, feito com base nas pesagens realizadas ao longo da rodovia e levando em conta as características próprias do Sistema Rodoviário. Ele identificou o comportamento dos pavimentos, especialmente nas obras de pavimentação e restauração/manutenção, sendo realizado a partir da análise do impacto do incremento de cargas por tipo de eixo nas estruturas de pavimento existentes e em implantação ao longo da rodovia, empregando análise mecanística nas simulações de vida útil e também para se determinar as necessidades estruturais de compensações para tais incrementos. A modelagem se deu de forma separada para as estruturas de pavimentos novos e de pavimentos a restaurar, tendo em vista que apresentam distintas constituições (materiais e espessuras) e comportamentos resilientes. Utilizou-se inclusive o software recomendado pela própria ANTT, o ELSYM5. Com isso, foi obtido resultado muito mais confiável e preciso sobre os efetivos impactos da alteração legislativa na Concessão. Ainda, o estudo apresentado pela Concessionária utilizou como parâmetro de valor dos insumos necessários, feitas com base no



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

sistema de preços SICRO, conforme também recomendado pela ANTT na Resolução nº 3.651/2011 e na própria NT 016/2016.¹⁶⁷

437. Concluiu o estudo realizado que o impacto causado pela alteração legislativa pode ser traduzido em uma **redução de 11% na vida útil do pavimento**. Supondo um ciclo de obras de 10 anos, típico dos investimentos em duplicação, o pavimento iria durar cerca de 1,1 anos a menos. Logo, o déficit estrutural observado neste caso deve ser compensado com um **incremento de 1,5 cm de CBUQ**. Já para os pavimentos de restauração, aplicando-se os mesmos conceitos, o impacto corresponde a uma **redução de 5% na vida útil do pavimento**, o que demandaria um **incremento de 0,5 cm de CBUQ**.

438. Resta claro que houve o esgotamento da matéria na instância administrativa, subsistindo um desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Concessionária, tanto tendo em vista que a **metodologia de cálculo adotada pela ANTT para mensurar o impacto na via principal é genérica, incorreta e insuficiente**, quanto considerando que a ANTT se recusou sequer a analisar o impacto referente aos trechos secundários.

439. Por isso, a Concessionária pede ao Tribunal Arbitral que **reconheça o seu direito ao econômico-financeiro decorrente da alteração normativa superveniente do aumento no limite do peso bruto transmitido por eixo**, na forma da subcláusula 22.1.2.5 do Contrato de Concessão, no montante de **R\$ 392.915.158,79** na base de maio de 2012, de acordo com o memorial de cálculo contido no C - 155.

¹⁶⁷ A Resolução ANTT nº 3.651/2011 dispõe sobre a questão em seu art. 3º: “Art. 3º. Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais serão utilizados os critérios definidos nos incisos I e II a seguir para definir o valor das obras e serviços resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio.

I – O valor das obras e/ou serviços deverá ser proposto pela concessionária, conforme previsto em Resolução, mediante apresentação de orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO, sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT” (grifos nossos).

A NT 016/2016 retoma essa recomendação e aplica-a ao reequilíbrio pelo aumento do peso bruto por eixo em seu parágrafo 232: “232. Cabe lembrar que, conforme preconizado na Resolução nº 3.651/2011, as novas obras deverão ser orçadas pelo SICRO do DNIT (...).”



III.D. A ocorrência de circunstâncias afetas à álea econômica extraordinária

440. Ao longo da execução do Contrato de Concessão, a Concessionária foi impactada pela ocorrência de fatos imprevisíveis e de efeitos incalculáveis que afetaram profundamente a equação econômico-financeira contratual. A materialização destes eventos não pode ser atribuída à Concessionária, que sequer possui qualquer controle sobre sua ocorrência sob um ponto de vista causal. Eles integram a álea econômica extraordinária e podem ser enquadrados contratualmente na categoria de caso fortuito ou força maior, fazendo incidir a alocação contratual de riscos ao Poder Concedente e atraindo a proteção conferida por este instituto em sede legal.

441. Nesse âmbito, são dois os eventos de desequilíbrio: o primeiro é referente às alterações substanciais das condições de financiamento originalmente ofertadas pela Requerida, que integram as condições essenciais da Concessão, ocorridas em razão da mais grave crise econômica da história recente brasileira. (item III.D.2.). O segundo se refere às sucessivas e extraordinárias majorações no preço de CAP decorrentes da inesperada alteração da forma de determinação de tal preço pela Petrobras (item III.D.3.). Cumpre, entretanto, inicialmente demonstrar o fundamento legal e contratual do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela ocorrência de eventos afetas à álea econômica extraordinária, caracterizadores de caso fortuito ou força maior (item III.D.1.).

■ Do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela ocorrência de caso fortuito e força maior

442. A proteção das partes contratuais contra eventos extraordinários, imprevisíveis e/ou incalculáveis, que modificam substancialmente as condições iniciais da contratação, é encontrada tanto no direito privado¹⁶⁸ quanto no

¹⁶⁸ O Código Civil, nos seus arts. 317 e 478, por exemplo, confere ao juiz a possibilidade de alteração das condições contratuais em razão de fatos que alterem manifestamente as prestações a serem cumpridas pela parte: “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

público. No direito administrativo, destaca-se o direito assegurado pelo art. 65, II, d) da Lei nº 8.666/1993, aplicável subsidiariamente aos contratos de concessão de serviços públicos:

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

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

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

443. O Contrato de Concessão foi igualmente expresso ao alocar ao Poder Concedente o risco em razão de caso fortuito ou força maior, eventos afetos à álea extraordinária. Confira-se o teor da subcláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão:

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

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

444. Trata-se de dispositivo contratual cujo propósito é abarcar eventos fora do controle da Requerida, contra os quais era impossível que ela pudesse se prevenir (daí a menção à inexistência de seguro oferecido à época de sua ocorrência) e que

manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

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



podem abalar a própria continuidade da Concessão. Verifica-se assim o **reconhecimento contratual de que há um conjunto de fatos extraordinários e/ou imprevisíveis, fora das condições contratuais originais**, cujos impactos deverão ser suportados pela Requerida a fim de salvaguardar a estabilidade do contrato, da mesma forma como é feito pelo supracitado art. 65, II, d).

445. Cumpre, então, esclarecer os conceitos de caso fortuito e força maior. Embora a definição específica desses conceitos possa variar na doutrina,¹⁶⁹ tem-se assentando que são situações de fato alheias à vontade das partes e por elas inevitáveis, que geram a impossibilidade do cumprimento de obrigações contratuais. É essa, inclusive, a posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), com respaldo na doutrina clássica de Clóvis Bevilacqua: “*Na lição de Clóvis, caso fortuito é ‘o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes’, enquanto a força maior é o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer’, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade*”.¹⁷⁰

446. Logo, **caso fortuito e força maior são casos clássicos de ocorrência da chamada álea econômica extraordinária**. De acordo com a jurisprudência do TCU, “*a álea econômica extraordinária, que serve como fundamento ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, há que ser entendida como um risco imprevisível, extemporâneo e de excessiva onerosidade e que, sendo insuportável, não se pode exigir que a parte prejudicada arque com suas consequências por um dado período de tempo, sob pena de se concluir que esse fato não decorreu de uma situação de álea econômica extraordinária*”(grifos nossos).¹⁷¹ Já na doutrina, como nota Carlos Ari Sundfeld, a expressão álea econômica extraordinária é utilizada para designar justamente esses fatores de influência no equilíbrio contratual que

¹⁶⁹ De forma geral, se entende que caso fortuito é aquele decorrente de eventos da natureza, enquanto que a força maior resulta de fato causado pela vontade humana, embora alheia às partes.

¹⁷⁰ STJ, REsp nº 264.589-RJ, 4^a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ: 18/12/2000.

¹⁷¹ Acórdão 1.563/2004 - TCU – Plenário. Relator Min. Augusto Sherman.



não são suportados pelo contratado, enquanto que os riscos a ele contratualmente alocados integram a álea econômica ordinária.¹⁷²

447. No Direito Administrativo, a análise dos casos de ocorrência da álea econômica extraordinária tem sido classicamente informada pela **teoria da imprevisão**.¹⁷³ Para sua incidência, afirma Marçal Justen Filho que “*se deve admitir que a distinção entre ordinariedade e extraordinariedade se relaciona com a previsibilidade e a probabilidade da ocorrência dos eventos. É evidente que não se pode estabelecer como critério diferencial a mera possibilidade do evento. Fórmula dessa ordem tornaria inútil a distinção entre álea ordinária e extraordinária: todo evento possível seria previsível e, por isso, integraria a álea ordinária. Logo, integrariam a álea extraordinária apenas os eventos impossíveis, os quais nunca ocorreriam por sua própria definição*”.¹⁷⁴

448. Ou seja, integram a álea extraordinária todos aqueles eventos cuja previsão não era razoável de ser feita de acordo com as circunstâncias iniciais da contratação; ou, ainda que fosse possível prever sua ocorrência, não era à época possível estimar seus efeitos na forma ocorrida. Em suma, **são eventos imprevisíveis e/ou de consequências incalculáveis *ex ante* os que fogem às circunstâncias ordinárias de mercado, onerando excessivamente uma das partes contratuais**. As hipóteses de caso fortuito e força maior elencadas nos itens a seguir tratam justamente desse tipo de eventos.

449. É preciso deixar claro que a **alocação contratual e/ou legal dos riscos ligados à ocorrência de eventos extraordinários ao Poder Concedente sobrepon-se a eventual alocação contratual de risco ordinário à Concessionária**, atraindo a necessidade de promoção do reequilíbrio econômico-financeiro. Explica-se: o Contrato de Concessão, quando aloca riscos específicos – por exemplo, variação cambial, preço de insumos, demanda e contratação de financiamento – o faz tendo em conta as **circunstâncias ordinárias da contratação**. Assim, dentro das

¹⁷² SUNDFIELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Contratual – Coleção Pareceres, Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

¹⁷³Na doutrina administrativista tradicional, ver a respeito: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20^a edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 613 e ss.

¹⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400



flutuações ordinárias cambiais esperadas, da variação ordinária do valor de insumos e materiais, de flutuações de demanda ou de um cenário de normalidade no mercado de crédito, o risco é integralmente assumido pela Concessionária, conforme o previsto nas respectivas cláusulas contratuais.

450. Não obstante, a situação é diversa caso ocorra um **evento imprevisível em si ou em suas consequências**, elevando o risco a um nível extraordinário, anômalo à flutuação regular de mercado. Em relação ao risco de demanda, por exemplo, podem ocorrer eventos que ocasionem uma diminuição excepcional do volume de tráfego no Sistema Rodoviário, como o rompimento de uma barragem que afete a rodovia, seu bloqueio por um longo período de tempo por atos de terceiros, ou uma operação de força policial ou militar em comunidades lindeiras que gerem riscos aos usuários da rodovia. Assim, a ocorrência de caso fortuito e força maior se sobrepõe ao risco ordinário de demanda, criando o dever de reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão pelo Poder Concedente.

451. De outro modo, de **nada valeria a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro oferecida pela legislação e pelo contrato à Concessionária**. Seria inócuia a alocação de risco ao Poder Concedente nesses casos se fosse a ele simplesmente possível alegar a alocação do risco ordinário à Concessionária, mesmo diante da extraordinariedade do evento.

452. Nesse sentido, é precisa a análise de Flávio Amaral Garcia ao tratar justamente da ocorrência de eventos previstos na matriz de riscos, mas que se concretizam com magnitude extraordinária:

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



cogitando de aplicar a racionalidade da Teoria da Imprevisão em razão de se tratar de riscos contratualmente delimitados. (...)

Ainda que o desequilíbrio recaia essencialmente em custos assumidos por uma das partes, parece solução simplista dizer que se tratava de risco contratualmente previsto, afastando-se a teoria da imprevisão. (...)

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

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

Quando ocorrências fáticas – contratualmente partilhadas – se desenvolvem em cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis e que geram uma elevação 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 a justiça contratual".¹⁷⁵ (grifos nossos)

453. Assim, para interpretar o Contrato de Concessão de modo sistemático e harmônico com a legislação, é preciso compatibilizar os riscos ordinários e extraordinários, sendo certo que a alocação de riscos ordinária é suplantada quando da ocorrência de eventos afetos à álea econômica extraordinária e à teoria da imprevisão, como é o caso, por exemplo, de caso fortuito ou força maior.

454. Nesse sentido, é extensa a referência doutrinária e jurisprudencial à prevalência da alocação extraordinária de riscos, impedindo que ao contratado seja imposta toda e qualquer situação pela simples alocação ordinária de um

¹⁷⁵ GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 117-119.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

risco. Na doutrina, Pedro Gonçalves é categórico ao afirmar que “*as circunstâncias de o contratante assumir um determinado risco (v.g., de procura ou de construção) não significa que tenha de suportar as consequências de todo e qualquer facto que produza efeitos no domínio desse risco*”.¹⁷⁶ Já segundo Carlos Ari Sundfeld, “*a concessionária, por óbvio, não assume qualquer risco referente a mudanças nas condições contratuais de exploração.*”¹⁷⁷ (grifos nossos).

455. A acolhida jurisprudencial da proteção ao contratado da Administração contra eventos da álea extraordinária provém de diversas fontes. O STJ, no caso paradigmático do Recurso Ordinário em Mando de Segurança nº 15154-PE, reconheceu a extraordinariedade da crise econômica decorrente da súbita desvalorização cambial ocorrida em 1999 como causadora do rompimento da equação econômico-financeira de contrato administrativo.¹⁷⁸ Tal julgamento originou diversos outros no mesmo sentido, **consolidando no STJ o reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro quando da ocorrência de fato relativo à álea extraordinária.**¹⁷⁹

456. Em hipótese semelhante, a justiça federal considerou possível o reequilíbrio econômico-financeiro por conta do congelamento de preços impostos à

¹⁷⁶ GONÇALVES, Pedro Costa, com a colaboração de MACHADO, Carla e MOREIRA, José Azevedo. *Direito dos Contratos Públícos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 559

¹⁷⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual – Coleção Pareceres*, Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 124.

¹⁷⁸ STJ, acórdão no RMS nº 15.154-PE, 1^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ: 02/12/2002.

¹⁷⁹ Cf. os seguintes julgamentos do STJ: RESP nº 120.113/MG, rel. Min. Humberto de Barros, DJ 14.08.2000, p. 14; RESP nº 216.018/DF, Rel. min. Fraciulli Neto, DJ 10.09.2001, p. 370; RESP nº 361.694/RS, Rel. Min. Nancy Andrigi, DJ 25.03.2002, p. 281; RESP nº 431.121/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 07.10.2002, p. 200; RESP nº 1.283.757/SC, Rel. min. Mauro Campbell Marques, DJ 27.09.2013; RESP nº 1.248.237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 18.09.2014.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

concessionária de transporte aéreo por planos econômicos governamentais,¹⁸⁰ sendo tal entendimento posteriormente seguido em outros julgamentos.¹⁸¹

457. Também o TCU já reconheceu a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro por conta da ocorrência de fatos extraordinários e incalculáveis. No caso do Acordão 720/2008, a contratada da Administração Pública se viu impossibilitada de utilizar as jazidas de minérios necessárias para o contrato administrativo, pelo fato do proprietário cobrar um preço excessivo pela utilização dos *royalties*.¹⁸² Assim, pela impossibilidade de efetivação de acordos entre a contratada e os proprietários das jazidas, inviabilizou-se o cumprimento das obrigações contratuais estabelecidas entre a contratada e a Administração Pública. No caso, o plenário do TCU reconheceu a configuração de “*óbice relevante à exeqüibilidade do contrato por fator alheio ao campo de previsibilidades em que se estabeleceu a relação*”¹⁸³ (grifos nossos). Por isso, não sendo essa uma flutuação normal de mercado, entendeu que deveria ser revisto o contrato entre a Administração Pública e a sua contratada.¹⁸⁴ Inclusive, ressaltou que a extraordinariedade da cobrança pelo proprietário da jazida

¹⁸⁰ TRF 1^a Região, AC 1997.01.00.028532-7 /DF, 4^a Turma, Rel. Juiz Hilton Queiroz, DJ 20/08/1998. Confira-se trecho do acórdão: “(...) INDENIZAÇÃO POR QUEBRA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. CONGELAMENTO DE TARIFAS POR FORÇA DE PLANOS ECONÔMICOS. CABIMENTO DA POSTULAÇÃO. 1. Demonstrada a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de transporte aéreo, por força do congelamento imposto à concessionária em decorrência de planos econômicos governamentais, impõe-se à concedente o dever de indenizar os prejuízos comprovados em perícia regularmente processada, uma vez que violou direito da outra parte contratante, assegurado em cláusula expressa de respectiva avença (...)”

¹⁸¹ Nos seguintes julgados: TRF 1^a Região, EIAC 0052711-85.1998.4.01.000, 3^a Seção, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, DJ 16/05/2003, e TRF 1^a Região, AC 0009859-17.1996.4.01.0000, 3^a Turma, Rel. Juiz Osmar Tognolo, FJ 08/09/2000;

¹⁸² TCU, Acórdão 720/2008, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 23/04/2008.

¹⁸³ Trecho do voto do relator Augusto Nardes no Acórdão 720/2008-Plenário.

¹⁸⁴ Confira-se trecho do voto do Relator: “5. A Secex/RS enquadra a exigência como ocorrência comum de mercado, valendo-se, em defesa da tese, de ensinamento da emérita doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro no sentido de que a álea ordinária ‘está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação de mercado; sendo previsível, por ele responde o particular’. A lição, como sói ocorrer, é inteiramente pertinente, porém entendo que a situação descrita nos autos, em que uma das partes tem poder absoluto de determinar o preço de transação totalmente inédita e excepcional dificilmente pode ser vista como flutuação normal de mercado” (grifos nossos). TCU, Acórdão 720/2008, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 23/04/2008.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

prevalece em relação à alocação de riscos ordinário de liberação de jazidas,¹⁸⁵ não podendo o particular ser responsabilizado, afirmando-se que “*mesmo que o impasse verificado na liberação das jazidas tenha estado nas cogitações da autarquia promotora da licitação, disposição que transfere à contratada a responsabilidade pela superação de todos os óbices que venham a se interpor à regular execução do contrato apoia-se em suporte de escassa ou nenhuma juridicidade*”(grifos nossos). Também em diversos outros julgados o TCU reconheceu direito ao reequilíbrio do contrato administrativo por conta de álea extraordinária.¹⁸⁶

458. Portanto, cuidavam os acórdãos do STJ do TRF da 1^a Região e do TCU de situações que fugiram completamente à álea ordinária, e que se assemelham ao caso da Concessionária: evento excepcional atinge um mercado ou preço específico, causando graves prejuízos a uma das partes da relação contratual, sem que qualquer das partes pudesse evitar a sua ocorrência. Presentes os requisitos da inevitabilidade, imprevisibilidade e da gravidade do impacto sobre a equação econômico-financeira do Contrato, entendem os órgãos do Poder Judiciário e o TCU tratar-se de caso fortuito ou força maior, eventos da álea econômica extraordinária, abarcados pela proteção conferida aos contratados da Administração pela teoria da imprevisão, que ensejam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

459. A própria ANTT reconhece tal direito em sua Resolução nº 675/2004, que trata dos procedimentos de revisão tarifária nas concessões rodoviárias. No seu art. 2º, determina que nas revisões extraordinárias devem ser consideradas as repercussões decorrentes “*de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso*

¹⁸⁵ TCU, Acórdão 720/2008, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 23/04/2008.

¹⁸⁶ Confira-se os julgados: Acórdão nº 64/1993, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 14/07/1993; Acórdão nº 763/1994, Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, j. em 13/12/1994; Acórdão nº 464/2000, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. em 07/06/2000; Acórdão nº 474/2000, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 08/05/2002; Acórdão nº 1.268/2008, Rel. Min. Raimundo Correio, j. em 02/07/2008; Acórdão nº 3495/2012, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. em 10/12/2012; e Acórdão nº 7.249/2016, Rel. min. Ana Arraes, j. em 14/06/2016.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

fortuito, fato da Administração, alteração unilateral do contrato ou fato do princípio que resultem comprovadamente em alteração dos encargos da Concessionária".¹⁸⁷

460. Ou seja, na esteira do explicado acima, a própria regulamentação pela ANTT atribui tais riscos ao Poder Concedente. E o faz de modo indistinto em relação à categoria conceitual específica utilizada. Em outros termos, independe se determinado evento pode ser classificado especificamente como caso fortuito, força maior, ou mais abstratamente no âmbito da teoria da imprevisão. O artigo 65, II, d) é claro ao conferir a mesma consequência normativa para todas essas categorias jurídicas. Esse tratamento uniforme dado pela lei foi notado por Marçal Justen Filho,¹⁸⁸ que assim registrou:

É importante destacar que, em nosso sistema jurídico, não se aplicam alguns princípios peculiares ao Direito francês. Assim, não há diversidade de tratamento jurídico em vista da distinção entre fato do princípio e da administração, teoria de imprevisão, fato da Administração ou caso fortuito. Todas essas hipóteses são agrupadas pelo art. 65, inc. II, "d", para tratamento uniforme. Logo, não há utilidade em diferenciar as diversas hipóteses – ao menos, isso não acarreta tratamento jurídico distinto. [...]

461. Diante do exposto, tem-se que os riscos extraordinários prevalecem em face dos riscos ordinários. Comprovada a extraordinariedade e imprevisibilidade dos eventos a seguir descritos, **deve haver o reequilíbrio econômico-financeiro por força legal e contratual** em relação a tais fatos.

¹⁸⁷ Resolução ANTT nº 675/2004: "Art. 2º-A Nas revisões extraordinárias serão consideradas as repercussões, decorrentes, única e exclusivamente, de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito, fato da Administração, alteração unilateral do contrato, ou fato do princípio que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária. (Acrecentado pela Resolução nº 5.172, de 25.8.16)."

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 544."



Alteração das condições de financiamento

462. Em 04 de setembro de 2013, foi divulgada pelo Poder Concedente a Carta de Apoio dos Bancos Públicos, que serviu de base para que os proponentes da 3^a Etapa PROCROFE formulassem suas propostas econômicas. Assinada pelo BNDES, pela CEF e pelo Banco do Brasil e endereçada ao Diretor Geral da ANTT, a Carta de Apoio dos Bancos Públicos apresentava **condições específicas** para financiamento das concessões da 3^a Etapa PROCROFE, dentre as quais a Concessão.

463. Como será mais bem detalhado nesta seção, pela sua essencialidade na modelagem da licitação (considerando que seria sequer inatingível a tarifa-teto imposta pela Requerida caso premissas alternativas fossem consideradas) e na estrutura de capital da Concessão, tais premissas de financiamento correspondem a verdadeiras “**condições do contrato**” para os fins do artigo 10 da Lei 8.987/1995, as quais, desatendidas, evidenciam o seu desequilíbrio econômico-financeiro.

464. Não por outra razão, essas condições passaram a ser amplamente difundidas pelo Poder Concedente e pela ANTT com o objetivo de atrair interessados para o processo licitatório dos trechos de rodovias federais a serem concedidos na 3^a Etapa PROCROFE (C - 32). As condições ofertadas eram **excepcionalmente subsidiadas**, tanto se comparadas às condições de crédito então disponíveis no mercado, quanto se comparadas às condições oferecidas pelo próprio BNDES à época em seus financiamentos para o setor rodoviário.¹⁸⁹ Confira-se:

| | <i>FINEM¹⁹⁰ na Época</i> | <i>Carta de Apoio dos Bancos Públicos - PIL</i> | <i>Condições atuais FINEM Rodovias</i> | <i>Condições atuais FINEM Infraestrutura</i> | <i>Condições atuais Debênture</i> |
|--|-------------------------------------|---|--|--|-----------------------------------|
| | | | | | |

¹⁸⁹ Sobre as condições da Carta de Apoio dos Bancos Públicos, cf. RIBEIRO, Mauricio Portugal. 10 Anos da Lei de PPP e 20 Anos da Lei de Concessões. pp. 150-151. Disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-de-concessoes>.

¹⁹⁰ O FINEM (Financiamento a Empreendimentos) é uma linha de crédito financiamento de longo prazo acima de R\$ 10 milhões oferecida pelo BNDES para projetos de investimento.



| | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|
| Custo Financeiro | 70% TJLP e 30% TJ-462 (que era igual a TJLP + 1,0% a.a.) | 100% TJLP | 100% TLP | 100% TLP | 100% TLP |
| Remuneração Básica do Banco Público | 1,3% a.a. | | | | |
| Taxa de risco de crédito | 4,18% a.a., conforme o risco de crédito do cliente. | 2% a.a. Em tese, estaria contido nesse valor a remuneração básica do Banco | | | |
| Taxa de Intermediação Financeira | 0,1% a.a. para micro, pequenas e médias empresas e 0,5% a.a. para as média-grandes e grandes empresas. | 0,1% a.a. para micro, pequenas e médias empresas e 0,5% a.a. para as média-grandes e grandes empresas. | IPCA + 3,05% a.a. | IPCA + 4,28% a.a. | IPCA + 5% a.a. |
| Remuneração da instituição financeira credenciada | Estipulada entre a instituição financeira credenciada e o cliente. | Estipulada entre a instituição financeira credenciada. | | | |
| Alavancagem | Por regra 60% dos itens financiáveis. Pode ser estendida até 90% dos | Até 70% dos itens ordinariamente financiáveis pelo BNDES, Caixa e Banco do Brasil, | Até 70% dos itens ordinariamente financiáveis pelo BNDES, Caixa e Banco do Brasil, | Até 70% dos itens ordinariamente financiáveis pelo BNDES, Caixa e Banco do Brasil, | Até 70% dos itens ordinariamente financiáveis pelo BNDES, Caixa e Banco do Brasil, |



| | | | | | |
|-------|---|---|---|---|---|
| | itens financiáveis. Em rodovias, o normal é 70%. Apesar de isso não estar expresso nas condições públicas, o ICSD ou maior que 1,2 ou 1,3 a depender do projeto. | observado o ICSD maior ou igual a 1,2. | observado o ICSD maior ou igual a 1,2. | observado o ICSD maior ou igual a 1,2. | observado o ICSD maior ou igual a 1,2. |
| Prazo | Para rodovias, normalmente, 20 anos, com 5 anos de carência e 15 de amortização. | 25 anos, com 5 anos de carência e 20 anos de amortização. | 15 anos, com 1 ano de carência e 14 anos de amortização | 15 anos, com 1 ano de carência e 14 anos de amortização | 15 anos, com 3 anos de carência e 12 anos de amortização. |

465. A finalidade destas condições subsidiadas era viabilizar o papel imposto pelo Poder Concedente às concessões da 3^a Etapa PROCROFE, desenvolvido em momento de definição de **políticas públicas desenvolvimentistas indutoras de crescimento**. O conceito a ser seguido nas modelagens era transferir à iniciativa privada longos trechos de rodovia, cobrando-se tarifas de pedágio em valores extremamente módicos, ao mesmo tempo em que haveria substancial expansão de capacidade por meio das ambiciosas metas de duplicação dessas rodovias.

466. Como indicado anteriormente, **as premissas de investimento e receitas tarifárias impostas na modelagem indicavam a inviabilidade das concessões caso não houvesse o aporte de verbas aos concessionários**. Para os projetos serem viáveis com essas premissas, além da arrecadação tarifária, era necessário



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

pagamentos públicos. Portanto, tratava-se de projetos que **deveriam ser modelados como PPPs** ao invés de concessões comuns.

467. Contudo, optou-se por transformar as verbas que seriam pagas ao futuro concessionário na forma de contraprestações públicas em montante de capital financiado a condições extremamente subsidiadas pelos Bancos Públicos. Ou seja, na prática, as **condições de financiamento prometidas para a 3ª Etapa do PROCROFE** tinham o condão de **subsidiar uma política pública do Governo Federal de manutenção de tarifas baixas**, concomitantemente à expansão da infraestrutura rodoviária.¹⁹¹

Assim, as **condições subsidiadas de financiamento representaram premissa essencial da modelagem econômico-financeiro das concessões da 3ª Etapa do PROCROFE**, sendo tais subsídios o **único expediente capaz de viabilizar o modelo de contrato almejado pela Requerida**. E nem poderia ter sido diferente: elas foram diretamente consideradas no EVTE que fundamentou o Edital. Assim, o valor da TBP previsto no Edital foi obtido por meio de modelo econômico-financeiro constante do EVTE, que considerou, por sua vez, as condições de financiamento expostas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos em seu **item 4.3. do Volume 4, Tomo I na Tabela 4 – Premissas gerais de financiamento**, reproduzida abaixo:

¹⁹¹ A opção de política pública do Governo Federal fica muito clara em fala dada pela Presidente da República Dilma Rousseff em 27/11/2013, após leilão da Concessão, que teve um deságio de 52% em relação ao já baixo preço-teto de R\$ 5,50 por 100 km. Em entrevista divulgada nos jornais do Estado de São Paulo e O Globo, declarou, ao ser indagada se estaria seguindo o modelo de Concessões de rodovias do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB: “*O modelo, meu querido, é meu. Eu não tenho nenhum conhecimento de nenhum investimento dessa envergadura feito antes do 2003, não tenho nenhum conhecimento disso. Você me mostra onde*” e completou ao afirmar, sobre a pequena tarifa, que “*foi muito importante o tamanho do deságio e também isso produziu uma tarifa de pedágio muito competitiva. É competitiva, vai possibilitar que você faça esse escoamento com um custo menor, o que vai ser uma garantia para todo mundo*” (grifos nossos). Ainda, íntegra da entrevista concedida está disponível no site da Presidência da República, em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/dilma-rousseff/entrevistas/entrevistas/entrevista-concedida-pela-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-apos-cerimonia-de-inauguracao-do-berco-201-e-do-porto-de-sao-francisco-do-sul>.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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

468. Diz-se **essenciais** portanto porque, caso tais condições não fossem consideradas na licitação, os proponentes teriam que adotar premissas irreais em suas propostas econômicas, o que faria com **que a tarifa de pedágio teto estimada pelo Poder Concedente fosse maior que o valor que efetivamente constou do Edital**. Em outros termos, a licitação seria inviabilizada pois, caso os licitantes adotassem outra estrutura de capital que não fundamentada nas premissas de financiamento subsidiado indicadas pela Requerida no EVTE, as módicas tarifas pretendidas pela Requerida jamais seriam atingidas, o que reforça a natureza de **condição do contrato** mencionada anteriormente.

469. Dadas as condições de financiamento apresentadas pelo BNDES em projetos similares anteriormente à Carta de Apoio dos Bancos Públicos verifica-se que a tarifa-teto resultante seria 19,3% superior àquela efetivamente estabelecida no EVTE. A diferença é ainda maior ao se adotar outras condições de captação no mercado disponíveis à época da licitação. Utilizando-se, por



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

exemplo, a remuneração de debêntures relacionadas à infraestrutura, é constatado que a tarifa-teto necessaria ser 36,9% superior, como visto no relatório elaborado pela Consultoria Tendências (C - 32):

| Condição de Financiamento | Tarifa-Teto (R\$) |
|------------------------------------|-------------------|
| Carta de Apoio dos Bancos Públicos | 0,0550 |
| BNDES – Infraestrutura | 0,0656 |
| Condições de mercado | 0,0753 |

Elaboração: Tendências.

470. Em outros termos: os Editais da 3^a Etapa PROCROFE, pela modelagem adotada pela Requerida, **na prática impunham que todos os licitantes adotassem as condições de financiamento e estrutura de capital do EVTE**, que refletiam as condições de financiamento da Carta de Apoio dos Bancos Públicos. O Contrato de Concessão, em especial, era viável **se e somente se fossem adotadas as condições excepcionalmente subsidiadas** que mantinham o projeto economicamente sustentável.

471. Tanto o é que a essencialidade de tais condições para a 3^a Etapa PROCROFE foi reconhecida inclusive pela própria ANTT no documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões (C - 32). Confira-se:

“A etapa mais recente de concessões federais teve sua primeira licitação em meados de 2012 com a o trecho da BR-101/ES/BA, tendo sido completada posteriormente com mais seis leilões no final do ano de 2013. O modelo concebido nessa etapa privilegiava a execução de vultuosas obras de duplicação e outras melhorias nos primeiros cinco anos de contrato, independentemente do nível de serviço verificado, refletindo política pública de caráter indutor e desenvolvimentista. (...)



A viabilidade dos projetos associava-se à política de financiamento extremamente ousada, com grau de alavancagem de 65 a 80% dos investimentos previstos, com taxas de juros subsidiadas com base na oferta de crédito por bancos públicos (BNDES, CAIXA e Banco do Brasil). Os trechos modulados possuíam elevado porte em termos de extensão, com média de 764,1 km, e localizavam-se também na região centro-oeste, reflexo da tentativa de fazer integrar a fronteira agrícola nacional com a região sudeste.” (grifos nossos)

472. Tais características foram também destacadas pela exposição de motivos da MP 800:

A proposta tem o objetivo de conferir condições para a continuidade da prestação de serviços em concessões rodoviárias que preveem a execução de investimentos no início do contrato, como as concessões da 3ª etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE), licitadas entre 2012 e 2014. Tais modelagens, formuladas sob a perspectiva de crescimento econômico acelerado, guardaram objetivo político de adiantar investimentos, em face de um cenário de abundância de recursos financeiros.

473. Tanto as condições oferecidas pela Carta de Apoio dos Bancos Públicos eram impraticáveis no setor privado que o jornal Valor Econômico noticiava em 09 de junho de 2014 que “*bancos travam crédito a rodovias privatizadas*”, deixando claro que:

“Os contratos assinados pelas empresas têm duração de 30 anos e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) prometia financiar até 70% dos recursos necessários, a um custo anual de TJLP mais 2%. O problema é que os bancos comerciais - especialmente os privados - se recusam a fazer o repasse do dinheiro por essa taxa (...)

Com o impasse, as novas concessionárias, que assumiram as rodovias neste ano, temem o encarecimento inesperado do crédito. Nos bastidores, observam que fizeram todos os cálculos para



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

apresentar suas ofertas nos leilões com base nas taxas anunciadas pelo governo. Um aumento dos juros, portanto, mudará a rentabilidade prevista nas concessões.”.¹⁹² (grifos nossos)

474. Note-se que os bancos privados relutavam em realizar os **repasses do financiamento provido pelo BNDES**. Ou seja, os bancos privados sequer emprestariam verbas próprias, mas somente repassavam, mediante remuneração por certa taxa, as verbas que o BNDES emprestaria às concessionárias tomadoras, tomando o risco de inadimplemento das tomadoras.

475. No dia seguinte, 10 de junho de 2014, em resposta à notícia acima transcrita, também no jornal Valor Econômico o então Ministro dos Transportes César Borges se empenhou em enviar uma mensagem de tranquilidade aos vencedoras das licitações integrantes da 3^a Etapa PROCROFE, **assegurando que caso as instituições privadas se recusassem a fazer o repasse de recursos dos Bancos Públicos com as taxas prometidas, os bancos estatais tratariam de cumprir esse papel**:

“Os compromissos de financiamento serão mantidos integralmente (...). Quero dar uma garantia de que vamos cumprir exatamente o prometido. Se o [banco] privado achar que é desinteressante, a operação será feita pelos bancos públicos”.¹⁹³ (grifou-se)

476. A matéria prossegue afirmando que, segundo o Ministro, “o governo é “parceiro” do setor privado no programa de concessões e a estruturação dos projetos não termina com o sucesso dos leilões”. O ministro garantiu não ter recebido queixas das concessionárias sobre entraves nos empréstimos de longo prazo do BNDES e fez questão de se colocar à disposição das empresas, “caso elas detectem alguma dificuldade”.

477. Também caminhou neste sentido a declaração do então Secretário Executivo do Ministério da Fazenda, Paulo Caffarelli, oferecida em 10 de junho

¹⁹² link <https://www.valor.com.br/brasil/3578102/bancos-travam-credito-rodovias-privatizadas>

¹⁹³ [https://www.valor.com.br/brasil/3579364/credito-para-concessões-de-rodovias-federais-esta-garantido-diz-ministro](https://www.valor.com.br/brasil/3579364/credito-para-concessoes-de-rodovias-federais-esta-garantido-diz-ministro)



de 2014: “Criamos um modelo de financiamento e operação que atende a expectativa dos bancos e das empresas que vão operar”. Além disso, nesta mesma reportagem, Caffarelli afirma que a divulgação da Carta de Apoio aos Bancos Públicos “garante que as regras não vão mudar”.¹⁹⁴

478. Ou seja, o Poder Concedente se empenhava em assegurar que as condições de financiamento oferecidas seriam cumpridas pelos Bancos Públicos, na medida em que viabilizavam a política pública proposta pelo PIL para o setor de transportes rodoviários. **Diversas autoridades se manifestaram publicamente garantindo que o modelo de concessão estruturado para a 3^a Etapa PROCROFE seria integralmente respeitado**, com observância da oferta de tarifas módicas aos usuários.

479. Ou seja: não somente as premissas de financiamento representavam, sob o ponto de vista econômico-financeiro, condições essenciais que já tornavam sua adoção obrigatória pelos licitantes, mas também as reiteradas e inequívocas manifestações do Poder Concedente levaram **os licitantes a confiar de boa-fé que o conjunto de condições de financiamento ali apresentados em referência indissociável aos projetos da 3^a Etapa PROCROFE seriam honrados**.

480. Além disso, durante toda a fase prévia à realização do certame licitatório, a acionista controladora da Concessionária manteve diligentemente diversas reuniões com os Bancos Públicos com a finalidade de certificar-se de que poderia considerar, para a formulação de sua proposta, as condições presentes na Carta de Apoio aos Bancos Públicos. Logo, diante da existência de uma carta oficial de apoio assinada por instituições financeiras controladas pelo Poder Concedente, contendo condições subsidiadas de financiamento e de sua ampla divulgação como elemento fundamental da viabilização dos investimentos previstos no PIL, era natural que os representantes da futura Concessionária e os demais proponentes, com base nas informações anunciadas pelo Poder Concedente, desenvolvessem confiança legítima quanto ao cumprimento dessas condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e as adotassem

¹⁹⁴ <https://exame.abril.com.br/economia/liberadas-cartas-de-intencao-para-operacao-de-credito/>.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

de boa-fé em suas propostas – até porque, como visto, caso tais premissas não fossem adotadas seria impossível sequer atingir a tarifa-teto imposta pela Requerida no Edital.

481. Contudo, após a assinatura do Contrato de Concessão, **adveio a mais profunda crise econômica da história recente do Brasil**. Entre a assinatura do Contrato de Concessão, em 13/03/2014, e o cumprimento de todas as condições precedentes para a obtenção do financiamento por parte da Concessionária, algumas circunstâncias do contexto econômico e político nacional foram soberbamente alteradas. Destaca-se o rebaixamento nacional da nota da dívida de longo prazo em moeda estrangeira pelas agências internacionais de classificação de risco Standard & Poors¹⁹⁵ e Fitch,¹⁹⁶ que também repercutiu na nota de crédito atribuída por essas agências às empresas brasileiras que atuam no setor de infraestrutura rodoviária.¹⁹⁷

482. Além do rebaixamento, diversos outros eventos também evidenciam esta deterioração acelerada, entre os quais a queda de 3,55% do PIB do Brasil em 2015 e de 3,31% em 2016, acumulando queda aproximada de 7% no biênio – o pior resultado da economia da história do país.¹⁹⁸ Na comparação realizada pela Austin Rating do desempenho das 35 principais economias do mundo, os resultados econômicos do Brasil no primeiro e segundo semestres de 2015 o colocavam apenas à frente da Rússia e da Ucrânia, sendo que a primeira vinha

¹⁹⁵ Disponível em: https://www.standardandpoors.com/pt_LA/web/guest/article/-/view/type/HTML/sourceAssetId/1245386849138; e <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/standard-and-poors-tira-grau-de-investimento-do-brasil.html>. Acesso em 20 dezembro de 2018.

¹⁹⁶ Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/05/fitch-volta-rebaixar-nota-do-brasil.html>; e <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/12/fitch-tira-grau-de-investimento-do-brasil.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.

¹⁹⁷ Por exemplo, a Fitch rebaixou por três vezes – em 16 de maio, 25 de julho e 14 de setembro de 2016 – o Rating Nacional de Longo Prazo da Triunfo Participações e Investimentos S.A. e de suas emissões de debêntures sem garantias reais e revisou a sua perspectiva para negativa. Em 08 de janeiro de 2016 a Fitch rebaixou o Rating Nacional de Longo Prazo da CCR S.A. para AA(bra), e, em 06 de julho de 2016 manteve a perspectiva como estável neste patamar.

¹⁹⁸<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-03/pib-fecha-2016-com-uma-queda-de-36>; <https://g1.globo.com/economia/noticia/pib-brasileiro-recua-36-em-2016-e-tem-pior-recessao-da-historia.ghtml>. Acesso em 07/01/2019



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

sofrendo com um forte embargo econômico em razão da anexação da região da Criméia a seu território e a segunda passava por uma grave guerra civil.¹⁹⁹ No primeiro semestre de 2016, segundo a mesma comparação da Austin Rating, a economia brasileira teve desempenho ainda pior do que as da Rússia e Ucrânia, que permaneciam enfrentando sanções econômicas e guerra civil, respectivamente.

483. Do mesmo modo, houve súbita variação da TJLP e do IPCA. A TJLP aumentou de 5% para 7,5% entre dezembro de 2014 e março de 2017, quando caiu para 7%, patamar que se mantém;²⁰⁰ enquanto isso, o IPCA aumentou de 6,4% para 10,7% – a mais alta taxa de inflação desde 2002 – no período de dezembro de 2014 a dezembro de 2015, caindo posteriormente para 6,29% em 2016, retomando a meta de inflação de 4,5% com margem de dois pontos para mais ou para menos, mantendo-se nesse patamar até hoje.²⁰¹ Vale lembrar que desde 2002 a inflação não superava a margem superior da meta estipulada pelo governo brasileiro e medida pelo IPCA. Agravou e deixou ainda mais evidente a relevância da crise a lenta retomada da economia brasileira que foi e vem sendo verificada. Por exemplo, o PIB cresceu apenas 1,0% em 2017 e 1,1% em 2018. Nesse sentido, o país ficou na última posição (45^a) em 2017, na 39^a posição de 44 países ranqueados em 2018 e em 36º lugar de 42 países em 2019, ainda segundo a Austin Ratings.

484. A conjunção de fatores extraordinários, como o esfacelamento do cenário macroeconômico, evidenciado pelo aumento da SELIC, a inflação crescente percebida via IPCA, o aumento dos preços administrados absorvidos e não reequilibrados, a obrigação de investimentos concentrados nos primeiros anos de implantação da infraestrutura rodoviária, e a impossibilidade de se repassar

¹⁹⁹ Dados disponíveis em <https://oglobo.globo.com/economia/brasil-so-esta-frente-da-russia-da-ucrania-em-ranking-do-pib-16302087>.

²⁰⁰ Dados disponíveis em <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/guia/custos-financeiros/taxa-juros-longo-prazo-tlp>.

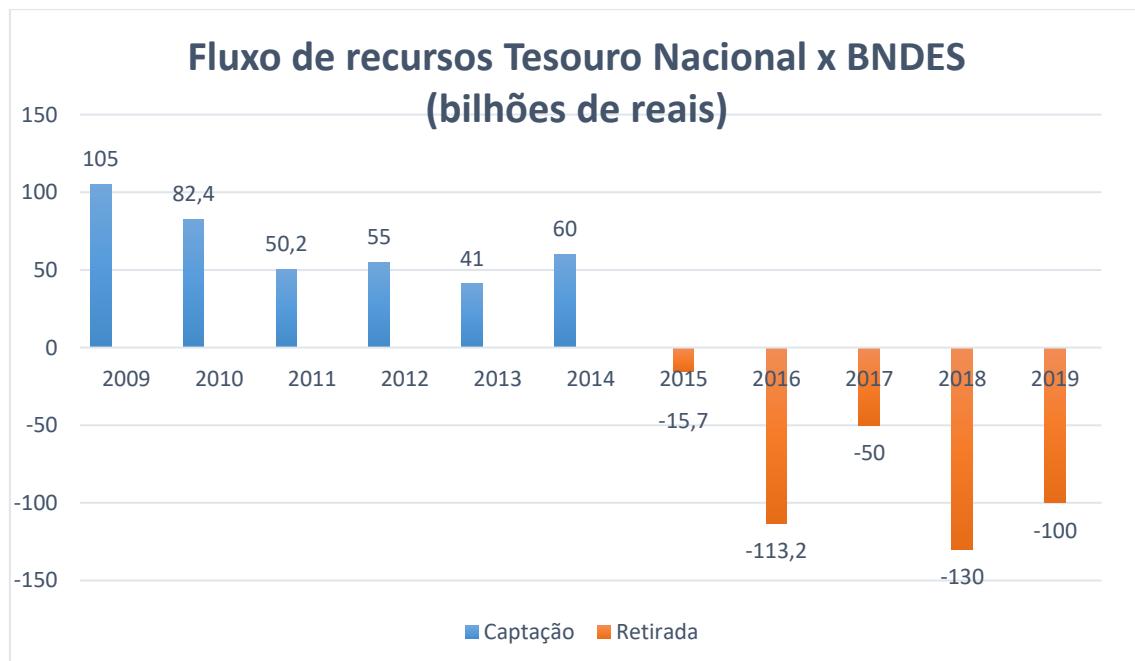
²⁰¹ Dados disponíveis eletronicamente em https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaultseriesHist.shtm.



sobrecustos ao mercado, culminaram em condição extraordinária, imprevisível e inevitável, agravada ainda mais pelo contingenciamento fiscal soberano.

485. O contingenciamento fiscal, em si, reduziu imediatamente a capacidade de investimento do Governo Federal e, consequentemente, o investimento privado induzido. Esta redução na demanda oriunda de investimento público e das suas políticas de compras desestimulou o uso das capacidades ociosas ou a ampliação das capacidades produtivas dos setores privados, visto inexistirem incentivos para o investimento.

486. O impacto do contingenciamento no BNDES foi ainda mais relevante: se nos anos anteriores à Concessão o Tesouro Nacional aportava verbas no BNDES para viabilizar a sua função de banco indutor do desenvolvimento nacional, **a partir de 2015 houve uma inversão drástica desse fluxo de recursos financeiros, e o Tesouro passou a promover retiradas de recursos do BNDES**, situação que dura até hoje, como se vê do gráfico abaixo²⁰²:



²⁰² <https://www.bnDES.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/recursos-do-tesouro-nacional>



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

487. Também é necessário registrar que o Poder Concedente, por meio do Ministério da Fazenda, jamais viabilizou a concessão de garantia para mitigação de riscos não-gerenciáveis com uso do FGIE, administrado pela ABGF. Essa garantia, ou outro mecanismo contratual com função equivalente, encontra-se prevista na Carta de Apoio dos Bancos Públicos como premissa para a viabilização da limitação dos valores de Contrato de Suporte de Acionista (*Equity Suport Agreement – ESA*) a 20% do volume total dos investimentos obrigatórios, além do volume total de capital próprio previsto.

488. **Houve, portanto, em 2015, uma mudança radical, promovida pelo próprio Poder Concedente, na política pública de financiamento de projetos de infraestrutura.** Tal mudança promoveu a **quebra das condições essenciais do Contrato de Concessão**, e, portanto, de seu equilíbrio econômico-financeiro

489. É que, nesse contexto, o BNDES viu-se impossibilitado de cumprir as condições excepcionalmente subsidiadas de financiamento com as quais havia se comprometido por meio da assinatura da Carta de Apoio dos Bancos Públicos. O impacto da deterioração do mercado de crédito, como efeito da crise, no setor de rodovias é apontado pela própria ANTT no Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões (C - 32)

“Com a recessão dos anos 2015-2016, houve uma redução das projeções de tráfego concebidas nos estudos de viabilidade que pautaram os processos licitatórios realizados. A constatação da mudança de patamar do tráfego foi registrada, inclusive, após a liberação dos empréstimos-ponte, atingindo as condições dos financiamentos de longo prazo. Dada a incerteza instaurada, os bancos públicos buscaram proteger-se com alterações nas suas políticas operacionais, de forma a tornar mais rigorosos os requisitos para a liberação das tranches de financiamento. (...)

Desta forma, a queda na atividade econômica impactou duplamente as concessões, não somente com a queda nas suas próprias receitas provenientes da cobrança de pedágio, mas também da sua



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

capacidade de obter financiamento subsidiado por meio dos bancos públicos". (grifos nossos)

490. A exposição de motivos da MP 800, emanada da própria Presidência da República, foi também explícita no seu reconhecimento do impacto da crise no financiamento – e, portanto, na viabilidade – de tais contratos. E, que fique claro, o fato de uma exposição de motivos não possuir caráter normativo em absolutamente nada invalida o reconhecimento expresso dado pelo Chefe do Poder Executivo federal à correção dos fatos narrados pela Requerente:

“(...) Esse cenário trouxe restrições à liquidez financeira de outrora, inviabilizando a tomada de empréstimos de longo prazo nas condições veiculadas quando da elaboração do Programa de Investimentos em Logística – PIL. (...) Nesse sentido, além de todas as dificuldades operacionais e técnicas que tal exigência pudesse ocasionar, quando um grande volume de investimentos concentrados em um curto espaço de tempo, no caso as duplicações, é contextualizado com a grave crise econômica, com os problemas enfrentados pelas concessionárias em relação aos financiamentos e à variação da demanda, percebe-se que o projeto fica, de fato, sujeito a uma vulnerabilidade considerável”.

491. Estas conclusões sobre o fechamento do mercado de crédito ao setor de infraestrutura como sintoma extraordinário da crise econômica são corroboradas pelos dados da Pesquisa Trimestral de Condições de Crédito do Banco Central do Brasil (C - 155). Tal pesquisa tem por objetivo criar indicadores de tendência do mercado de crédito, tanto do lado da oferta como da demanda, medindo a percepção das principais instituições financeiras²⁰³ atuantes no segmento “pessoa

²⁰³ Segundo a descrição da metodologia da pesquisa disponível no sítio eletrônico do Banco Central, visando a abranger as principais instituições financeiras atuantes no segmento de grandes empresas, são convidadas a participar da pesquisa os conglomerados e instituições financeiras independentes mais representativas desse segmento de crédito de forma a totalizar, pelo menos, 90% do volume total de crédito do segmento.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

jurídica/grande empresa”²⁰⁴ sobre as perspectivas do mercado com base em suas respostas qualitativas a questionários aplicados com periodicidade trimestral.²⁰⁵ A análise dos dados levantados nessa pesquisa revela a percepção das instituições financeiras de que o mercado de crédito brasileiro passou por uma acentuada desaceleração de seu ritmo de crescimento, com aumento das taxas de juros e da inadimplência. O aumento do número de empresas em inadimplência e em recuperação judicial evidenciou o aumento do risco e justifica a consequente cautela dos agentes.²⁰⁶

492. Assim foi que as tentativas da Concessionária de obter financiamento junto aos Bancos Públicos foram **frustradas pelo cenário de crise, elemento imprevisível, inevitável e externo à Concessão**. Antes mesmo da assinatura do Contrato de Concessão, acionista controladora da CRO, de boa-fé e confiando legitimamente nas condições de financiamento divulgadas pelo Poder Concedente e pela ANTT, apresentou, em 15/01/2014, Carta Consulta do projeto ao BNDES (C - 157), que foi enquadrada na modalidade de *project finance* em 01/04/2014, com valor total de financiamento de cerca de R\$ 2,215 bilhões. Em 28/04/2014, a acionista da Requerente apresentou ao BNDES o Relatório de Projeto (C - 158) contendo todos os elementos necessários à sua análise.

²⁰⁴ O critério para a classificação de uma empresa como “grande empresa” é possuir endividamento superior a R\$10 milhões.

²⁰⁵ Esse tipo de pesquisa foi adotado no Brasil tendo como parâmetro pesquisas semelhantes já realizadas por outros países, como Estados Unidos da América (*Senior Loan Officer Opinion Survey on Bank Lending Practices*), Inglaterra (*Credit Conditions Survey*), Japão (*Senior Loan Officer Opinion Survey on Bank Lending Practices*), Chile (*Estándares de Aprobación en el Mercado del Crédito Bancario*), além da União Europeia (*Bank Lending Survey for the Euro Area*) (Cf. ANNIBAL, Clodoaldo Aparecido; e KOYMA, Sérgio Mikio. *Pesquisa Trimestral de Condições de Crédito no Brasil*. Banco Central do Brasil. Trabalhos para Discussão nº 245. Junho de 2011, p. 4. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/TD245.pdf>. Acesso em: 31/09/2018).

²⁰⁶ A título ilustrativo, uma reportagem do jornal O Globo de 03/09/2015 noticiou que, segundo Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações, nos oito primeiros meses de 2015 um total de 766 empresas pediram recuperação judicial, chegando-se ao número desde 2006, com um crescimento de 41,6% frente a igual período do ano de 2014. Confira-se a matéria em: <https://oglobo.globo.com/economia/com-dolar-juros-em-alta-766-empresas-pediram-recuperacao-judicial-maior-numero-desde-2006-17390361>. Último acesso em 01/02/2019.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

493. Note-se que desde os primeiros contatos da acionista da Requerente com os Bancos Públicos até a apresentação deste Relatório de Projeto, a Concessionária cumpriu, tempestivamente e de boa-fé, todas as diligências necessárias para atendimento das normas e procedimentos para contratação de empréstimos *project finance* do BNDES. Foram elas: i) a realização de auditoria independente (*due diligence*) de tráfego e de CAPEX com as instituições internacionalmente reconhecidas: ARUP e *Steer Davies & Gleave* (C - 159); ii) a realização de *workshop* a respeito de riscos contratuais e contrato EPC (C - 160); iii) visitas técnicas em campo (C - 161) e; iv) a prestação tempestiva de todas as informações requeridas, dentre outras atividades, inerentes ao processo de financiamento.

494. Do mesmo modo, acionista controladora da Concessionária, **cumpriu integral e tempestivamente suas obrigações de aporte de capital próprio na Concessão** (C - 162), nos moldes tanto das premissas da Carta de Apoio dos Bancos Públicos quanto do plano de negócios que embasou a sua proposta econômica. ARUP

495. **Não obstante o cumprimento de todas as condições necessárias, nem o BNDES nem qualquer Banco Público disponibilizou à Concessionária o financiamento necessário para a execução do Contrato de Concessão nas condições ofertadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.** Ao contrário, o BNDES passou a exigir, para a assinatura do financiamento de longo prazo, outras condições contratuais, completamente diversas daquelas inicialmente prometidas, dificultando a celebração do contrato de financiamento com a Concessionária.

496. Fato é que, **após quase 25 meses de negociação contados da apresentação da Carta Consulta**, em fevereiro de 2016, a **Concessionária foi impelida a aceitar condições para contratação do financiamento** de longo prazo muito diferentes daquelas previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Assim, em 17/02/2016, a Concessionária protocolou (C - 163) no BNDES, CEF e Banco do Brasil documento que veiculava a aceitação das condições de financiamento refletidas nas minutas do contrato de financiamento. Entretanto, **mesmo com a aceitação**



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

pela Concessionária das condições que lhe foram impostas, os Bancos Públicos se recusaram a celebrar a contratação do financiamento de longo prazo, assim como o fizeram com diversas outras concessões da 3ª Etapa PROCROFE.

497. Com isso, a Concessionária se viu obrigada a se financiar por outros meios e a aportar capital próprio na Concessão, ambas alternativas com custos muito maiores do que as das condições subsidiadas de financiamento que eram premissas da Concessão. Até o momento, a **Concessionária investiu até 30 de setembro de 2019 mais de 1,8 bilhão de reais na Concessão**, valores esses obtidos de forma muito mais custosa do que o inicialmente previsto. Total de Investimento: **R\$ 1.840.101.291,98²⁰⁷**, o acionista foi responsável por investir **R\$ 787.439.988.306,15**, sendo R\$ 423.881.988.306,15 referentes a mútuo e um aumento de capital de R\$ 363.558.000,00.²⁰⁸

| Resumo Mútuos | | | |
|----------------------|----------------|---------------------------|----------------------------|
| Data | Credor | Valor Bruto | Posição em 30.09.19 |
| 31/12/2015 | ODB Vias - CRO | R\$ 141.402.059,05 | R\$ 145.159.365,59 |
| 19/11/2015 | ODB Vias - CRO | R\$ 50.466.970,88 | R\$ 78.838.237,09 |
| 14/03/2016 | ODB Vias - CRO | R\$ 15.085.777,73 | R\$ 22.438.664,42 |
| 28/03/2016 | ODB Vias - CRO | R\$ 20.105.250,99 | R\$ 29.741.892,26 |
| 08/07/2016 | ODB Vias - CRO | R\$ 20.221.935,74 | R\$ 28.380.257,66 |
| 23/02/2016 | ODB Vias - CRO | R\$ 19.101.563,01 | R\$ 28.683.801,38 |
| 06/09/2019 | ODB Vias - CRO | R\$ 12.353.370,12 | R\$ 12.660.016,51 |
| 10/06/2019 | ODB Vias - CRO | R\$ 24.706.740,24 | R\$ 25.239.060,64 |
| 29/06/2016 | OTP - CRO | R\$ 37.424.544,03 | R\$ 52.740.692,76 |
| TOTAL | | R\$ 340.868.211,79 | R\$ 423.881.988,31 |

²⁰⁷ Data base 30.09.19, de acordo com a última demonstração de resultado auditada e divulgada a mercado.

²⁰⁸ Data base 30.09.19.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

| Capital Social CRO | | |
|---------------------------|--------------------|---------------------------|
| Data | Credor | Valor Bruto |
| 2014 | Aumento de Capital | R\$ 240.558.000,00 |
| 2015 | Aumento de Capital | R\$ 50.000.000,00 |
| 2016 | Aumento de Capital | R\$ 67.000.000,00 |
| 2016 | Aumento de Capital | R\$ 6.000.000,00 |
| TOTAL | | R\$ 363.558.000,00 |

498. Além dos impactos financeiros, narrados detalhadamente no Relatório da consultoria Tendências (C - 32), a Requerente também sofreu com efeitos colaterais decorrentes da indisponibilidade dos recursos essenciais à execução das obras das Frentes de Ampliação de Capacidade e de Recuperação e Manutenção da rodovia, conforme o perfil e os ciclos de investimento da Concessão explicados na seção I.B. e cuja explicação do cálculo se encontra no C - 167

499. Em relação às obras da Frente de Ampliação, destacam-se os custos relacionados ao contrato EPC, em especial os custos de desmobilização já incorridos, bem como da remobilização de equipes e equipamentos necessários às atividades de duplicação quando, por ocasião do reequilíbrio econômico-financeiro contratual promovido em cumprimento à decisão de acolhimento dos pleitos desta arbitragem, houver a retomada de investimentos na rodovia.

500. Já no que diz respeito aos impactos sofridos na Frente de Recuperação e Manutenção, também detalhados na seção I.D, é preciso recordar que a solução de recuperação da rodovia empregada na fase de Trabalhos Iniciais consistia tão somente na recuperação superficial da rodovia, tratando apenas o revestimento asfáltico e, em pontos específicos, a remoção e recomposição pontual do pavimento. Já passados os Trabalhos Iniciais, concomitantemente à duplicação de um trecho da rodovia, os demais trechos ainda não duplicados seriam objeto



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

de intervenções de Conserva Prévia à duplicação. Por sua vez, os trechos já duplicados recebiam as manutenções do pavimento, conforme o cronograma previsto contratualmente.

501. Contudo, como narrado no Ofício CRO 962/2016 (C - 45), tendo os esforços financeiros da Concessionária chegado ao limite em decorrência do acúmulo de desequilíbrios – principalmente em virtude da alteração das condições de financiamento – tornou-se impraticável a execução até mesmo de investimentos que originalmente lhe competiam, como os de duplicação. Logo, sem recursos disponíveis para duplicação, advindos da indisponibilidade dos recursos do financiamento, não foi possível atuar na estrutura do pavimento, diminuindo assim a eficácia das soluções adotadas. Isso porque as intervenções utilizadas são indicadas para quando o pavimento apresenta uma aceitável capacidade estrutural. Desde então, as atividades de conserva prévia do pavimento nos trechos não duplicados foram mantidas com soluções de pouca durabilidade, ao invés de terem seus custos reduzidos devido à duplicação de pavimento que deveria ter sido continuada.

502. Além do mais, é preciso considerar que os parâmetros de desempenho do pavimento estabelecidos no Contrato de Concessão se tornam mais exigentes no decorrer dos anos, de modo que sem recursos para maiores investimentos não foi possível, ainda que sem culpa da Requerente, manter o atendimento aos índices de desempenho nos últimos anos. Isso vem provocando uma contínua pretensão punitiva da Requerida, com a aplicação indevida de penalidades. Diz-se indevidas pois, como exposto nesta seção, a causa para a inexecução contratual decorre da materialização de um Evento de Desequilíbrio classificado como caso fortuito/força maior, afeto à álea econômica extraordinária, e cujo risco foi assumido pelo Poder Concedente no Contrato de Concessão. Assim sendo, as penalidades injustificadas e demais descontos tarifários sofridos nas revisões promovidas pela ANTT contribuem ainda mais para o desequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão.

503. Por fim, é importante destacar que as obrigações contratuais de duplicação permanecem e, quando houver a retomada dos investimentos na Concessão, a



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Requerente será forçada a realizar investimentos mais vultosos que o que seriam necessários caso a Requerida houvesse reequilibrado tempestiva e adequadamente o Contrato de Concessão. Isso se deve ao fato de que as condições do pavimento são, hoje, muito inferiores às condições verificadas caso o perfil e cronograma de investimentos tivesse sido seguido. Portanto, os investimentos necessários para retomar os parâmetros de desempenho aplicáveis nos dias de hoje serão ainda maiores que os projetados caso as atividades de duplicação, recuperação e manutenção houvessem sido seguidas de acordo com o cronograma contratual.

504. Desse modo, resta claro que a deterioração do cenário macroeconômico, o fechamento do mercado de crédito ao setor de infraestrutura e a política de austeridade fiscal adotada pelo Poder Concedente para lidar com esse contexto adverso de crise econômica causaram a alteração das condições de financiamento e que tal alteração impactou fortemente a Concessão, quebrando condições essenciais para sua viabilidade, tanto considerando os impactos financeiros diretos quanto os impactos indiretos decorrentes da impossibilidade de continuidade dos investimentos na rodovia e a consequente deterioração do seu estado.

505. A consequência desses graves eventos ligados à crise econômica foi a **quebra da base objetiva da concessão**, conforme já reconhecido na doutrina por Flávio Amaral Garcia:

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

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



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

Quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a própria matriz de risco) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, tem-se a quebra da base objetiva do negócio e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto".²⁰⁹ (grifos nossos)

506. Diante do exposto, tem-se que a grave crise econômica, as mudanças de política pública do Poder Concedente para o setor de infraestrutura, parando de aportar recursos nos Bancos Públicos e passando a fazer a retirada de recursos de tais entidades financiadoras, e a consequente impossibilidade de obtenção do financiamento prometido pelos Bancos Públicos correspondem a **eventos extraordinários e imprevisíveis**, na forma do art. 65, II, d) da Lei nº 8.666/93,²¹⁰ a caracterizar a ocorrência de **eventos afetos à álea econômica extraordinária, como caso fortuito ou força maior**. Sendo este um risco atribuído ao Poder Concedente, nos termos da subcláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão,²¹¹ é

²⁰⁹ GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 116-117.

²¹⁰ Lei 8.666/93: "Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

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

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

²¹¹ Cf. a Subcláusula 21.2.4: "21.2 a Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...)

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



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

devido o reequilíbrio da equação econômico-financeira da Concessão, de modo a preservar as condições contratuais e neutralizar os efeitos desse evento.

507. Apenas para que fique claro, como visto na seção anterior, que o enquadramento conceitual dos eventos narrados nesta seção em uma ou outra categoria dentre as **diversas utilizadas pela doutrina para classificar os fatos jurígenos afetos à álea extraordinária**, seja ela de **natureza econômica ou administrativa**, é irrelevante para a consequência jurídica, comum a todas as classificações: o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro. Assim, não há diferença prática em se reconhecer que a causa da alteração das condições de financiamento ocorreu por conta da materialização dos efeitos da crise, ou que ela se deu por responsabilidade do Poder Concedente, que descumpriu condição essencial do Contrato de Concessão, quebrando sua base objetiva, e violou a confiança legítima depositada pela Requerente (entre outras concessionárias da 3^a Etapa PROCROFE) na garantia reiteradamente conferida durante a licitação de que tal condição contratual seria cumprida. Tanto o artigo 65, II, d) quanto o Contrato de Concessão (em suas subcláusulas 21.2.4 e 21.2.21) permitem a revisão contratual nas hipóteses tratadas (caso fortuito, força maior, álea extraordinária, fato do princípio, fato da administração, etc).

508. Por isso, a Concessionária pleiteou reequilíbrio do Contrato de Concessão à ANTT, por meio do envio em 04/05/2017 da Carta Ofício CRO 1.399/2017. No entanto, a ANTT ignorou a ocorrência de fatos caracterizáveis como caso fortuito e força maior, a alocação extraordinária de riscos no Contrato de Concessão, e a aplicabilidade da teoria da imprevisão e julgou o pleito da Concessionária como improcedente. Isso ocorreu incialmente na Nota Técnica 46/2017/GEROR/SUINF (C - 164), em 06/03/2017, e na Nota Técnica 166/2017/GEROR/SUINF (C - 165). Foi também objeto de análise jurídica no Parecer 00783/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (C - 166), e, posteriormente, objeto de manifestação definitiva pela ANTT por ocasião da 2^a Revisão Ordinária e 5^a Revisão Extraordinária da Tarifa de Pedágio, efetuada pela Resolução nº 5.411/2017 (C - 95), que negou de forma definitiva o pleito.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

509. Em suas análises, a ANTT alegou que não caberia o reequilíbrio por haver regra no Contrato de Concessão (subcláusula 26. 1)²¹² alocando o risco pela obtenção de financiamento à Concessionária. Contudo, tal alegação não sobrevive a uma interpretação sistemática do contrato e harmônica com a legislação. Como exposto, as mudanças nas condições de financiamento se caracterizam como **fato inserido no âmbito da álea econômica extraordinária**. Assim, a **alocação de riscos ordinários não se sobrepõe às hipóteses contratuais e legais de materialização dos riscos relativos à ocorrência de eventos afetos à álea econômica extraordinária, como os de caso fortuito ou força maior**, conforme exposto na seção anterior.

510. Não se nega que, em circunstâncias ordinárias, o risco de obtenção do financiamento – que compreende o conjunto de atos normalmente exigidos pelas instituições financeiras para a contratação de financiamentos – deveria ser suportado pela Concessionária. Todavia, não é esse o caso. A rigor, embora a Concessionária tenha atendido tempestivamente a todas as exigências do BNDES, **não houve a contratação do financiamento de longo prazo**, a despeito de novas condições de financiamento terem sido impostas à Concessionária e por ela aceitas. Trata-se, portanto, de situação excepcional, que, como sustentado na seção acima, comporta enquadramento na hipótese de **caso fortuito e força maior, risco alocado ao Poder Concedente pela subcláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão** e pelo art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/199, que se sobrepõe à alocação ordinária de riscos.

511. E o próprio Governo Federal e a ANTT reconhecem hoje que o cenário à época da modelagem da Concessão era bastante otimista e que por isso, quando da licitação, era absolutamente inexigível aos licitantes da 3^a Etapa PROCROFE a precificação de crises econômicas como a ocorrida.

512. A já mencionada exposição de motivos da MP 800 é expressa ao afirmar que *“com o início dos contratos, ao contrário do que se projetava para a economia brasileira,*

²¹² “26.1 A Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato”.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

o que se constatou foi uma grave deterioração das variáveis macroeconômicas no cenário nacional nos últimos anos, com dois anos sucessivos de quedas expressivas no Produto Interno Bruto (PIB), de 3,8% em 2015 e 3,6% em 2016. (...) À época da realização dos leilões dos sistemas rodoviários em questão, o Brasil passava por período de forte crescimento econômico, tendo registrado crescimento médio anual do PIB de aproximadamente 4% no período 2010-2013. A crise econômica atingiu fortemente a modelagem prevista para esses contratos, a partir das já mencionadas quedas no PIB".

513. Além disso, como narrado no Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais, a crise econômica era verdadeiramente imprevisível:

"O Brasil enfrentou uma das piores crises econômicas de 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). (...)

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

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



período. Mesmo nos cenários mais pessimistas que poderiam balizar as propostas econômicas ofertadas nos leilões de rodovias, é pouco provável que se considerasse hipóteses com menos de 0,27% de probabilidade de ocorrência.” (grifos nossos)

514. Neste mesmo documento também se vê o reconhecimento pela ANTT de como a alteração das condições de financiamento, decorrente da crise, afetou negativamente os projetos da 3ª Etapa PROCROFE:

“Essa realidade [da crise econômica] é claramente demonstrada pelo exemplo das concessões da 3ª Etapa, uma vez que haviam sido divulgadas condições de financiamento imediatamente antes dos leilões. Cabe destacar, contudo, que o enrijecimento das políticas operacionais e de crédito dos bancos públicos estendeu-se a todo o setor rodoviário, debilitando que estes sejam o motor financeiro para execução das obras em concessões.

Note-se que a alteração das condições de financiamento produziu maior impacto sobre contratos que ainda possuíam elevado volume de obras a executar. Comparando as etapas, tem-se que essa é a realidade da 2ª etapa e da 3ª etapa. Deve se 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 (...).” (grifos nossos)

515. Por fim, neste documento a ANTT conclui que a solução adequada para a situação de tais concessões, como o presente caso da BR-163/MT, é a repactuação contratual:

“Primeiramente, resta evidenciada a incapacidade – tanto do Poder Concedente quanto das Concessionárias – de se prever a queda do PIB nos patamares verificados no Brasil nos anos de 2015 e 2016. A inferência estatística demonstra que, diante de uma distribuição normal, a probabilidade de uma



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

ocorrência de mais de 3% de queda na atividade econômica em um ano era menos de 1% quando da realização dos leilões da 2ª e 3ª etapas. Tal consideração não pode ser feita, contudo, para os ingressantes na 1ª etapa, tendo em vista o contexto de instabilidade macroeconômica ao qual estavam submetidos ao formularem suas propostas. (...)

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

Assim, resta evidente que a revisão contratual no seu sentido amplo, que combine os conceitos de revisão extraordinária e de revisão quinquenal, permitindo, assim, reequilibrar os contratos e ajustar a concessão às reais necessidades da rodovia em termos de investimentos, é inegavelmente a única alternativa que, de fato, soluciona o problema, traduzindo da melhor forma o interesse público envolvido.” (grifos nossos)

516. Diante desta clara comprovação de que a própria ANTT considera que a crise econômica e a restrição das condições de financiamento são eventos extraordinários que geraram grave impacto à Concessão, quebrando as bases objetivas de sua viabilidade, fica demonstrada a ocorrência de caso fortuito e força maior. Portanto, com base na alocação deste risco ao Poder Concedente pela subcláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão, pela ocorrência de álea extraordinária que fundamenta a aplicabilidade da teoria da imprevisão, a Concessionária pede ao Tribunal Arbitral que reconheça o seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela Alteração das Condições de Financiamento, considerando seus impactos diretos e indiretos, no montante de R\$ 396.895.000,00, em valores de maio de 2012, conforme cálculo descrito no C - 167.



Aumento no preço dos insumos asfálticos

517. Como narrado nas seções iniciais, o Contrato de Concessão previu um significativo volume de investimentos em obras de pavimentação como as de expansão de capacidade, de conserva (prévia e de rotina), restauração e manutenção. Estas intervenções deveriam garantir os parâmetros de qualidade de pavimento não somente ao longo do período da Concessão, mas extrapolando ainda cinco anos após o encerramento do contrato. Tais obras, naturalmente, demandariam a utilização de um grande quantitativo de insumos para sua execução, em especial insumos asfálticos como o CAP, não apenas no início da execução contratual com as atividades de expansão de capacidade mas também durante todo o prazo da Concessão com o objetivo de manutenção dos parâmetros de desempenho.

518. O preço do CAP está diretamente relacionado ao preço do petróleo, pois quase a totalidade do custo de produção do asfalto é, direta ou indiretamente, a aquisição e processamento do petróleo,²¹³ visto que o asfalto é formado pelos produtos que são refugo do processo de refino do petróleo. Ademais, verifica-se no Brasil o **monopólio setorial é detido pela Petrobras**, uma sociedade de economia mista controlada pela União exploradora monopolisticamente do refino petróleo. Os fornecedores de tais insumos ao consumidor final (a Concessionária) atuam como meros distribuidores da mistura asfáltica. Logo, eventual aumento dos preços dos insumos do asfalto pela Petrobras leva necessariamente todos os distribuidores a, em pouco tempo, ajustar também os seus preços. Sendo assim, a Petrobras acaba por controlar o preço de tais insumos em todo mercado nacional, direta ou indiretamente.

519. Fica claro, assim, que tanto a expressiva relevância dos insumos asfálticos considerando o perfil de investimentos da Concessão quanto a forma com que os preços de tais insumos eram determinados, à época da Contratação, **fazem parte das condições objetivas do Contrato de Concessão**. Durante vários anos a

²¹³ Essa estimativa considera apenas a produção, sem incluir o custo da logística. Cf. <http://www.portugalribeiro.com.br/concessoes-de-aeroportos-e-de-rodovias-federais-o-erro-de-atribuir-ao-concessionario-riscos-controlados-pelo-poder-concedente-e-as-suas-consequencias/>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Petrobras manteve controlado o preço do asfalto,²¹⁴ apesar da subida do preço do barril de petróleo bruto no mercado.²¹⁵ Nesse sentido, por um lado, seria até mesmo possível considerar que a alteração da forma de estabelecimento de preços pela monopolista Petrobrás, uma entidade controlada pelo Poder Concedente, é passível de ser conceituada como **fato do princípio**.²¹⁶

520. De todo modo, ainda que não se leve em conta a natureza de entidade vinculada à administração federal indireta, é preciso reconhecer a extraordinariedade e imprevisibilidade dos aumentos em questão. Abaixo os

²¹⁴ A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) acompanha mensalmente o preço médio mensal ponderado praticado pelos distribuidores de produtos asfálticos, em R\$/KG, desde novembro de 2008. Conforme dados obtidos em seu site, após valores um pouco mais altos em nov/2008 e dez/2008 de respectivamente R\$ 1,64287 e 1,63758, o preço médio mensal dos Asfaltos Diluídos CM-30 por KG no Brasil se manteve por aproximadamente 6 anos, entre jan/2009 e nov/2014 entre R\$ 1,40 e R\$ 1,63, com mínima de R\$ 1,39466 em jan/2012 e máxima de R\$ 1,63928 em set/2014. A grande maioria dos preços se manteve entre R\$ 1,45 e R\$ 1,55.

Apenas em dez/2014 que o preço passou pela primeira para R\$ 1,71883, em seguida aumentando em jan/2015 para R\$ 2,0079, se mantendo desde então na média de R\$ 2,50 até jul/2018, quando chegou a R\$ 3,16413 e manteve-se acima de R\$ 3,00 até o momento.

Dados disponíveis em: <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrencia/precos/precos-de-distribuicao>, último acesso em 03/02/2019.

²¹⁵ Depois de o pico no valor do barril de petróleo de US\$ 160 em junho de 2008 e a subsequente queda em janeiro de 2009 para USD 49,60 como resultado da crise econômica global de 2008, o prelo do Barril de Petróleo subiu bastante e mante-se alto em todo o período de 2009 a 2014. Por exemplo, em janeiro de 2010 seu valor era de USD 84,48; em janeiro de 2011, USD 105,19; em janeiro de 2013, USD 106,36; e em janeiro de 2014, US\$ 104,70. A queda em seu valor começou em junho de 2014, quando estava a USD 111,06, chegando a janeiro de 2015 a uma baixa de USD 51,86.

Ou seja, apesar dos aumentos expressivos do preço do barril petróleo a partir de 2008 e sua subsequente manutenção até 2014, a Petrobrás manteve os preços dos insumos alifáticos em valores baixos. Foi apenas justamente no final de 2014, quando o valor do barril de petróleo estava em franca queda, que o Petrobrás começou a aumentar o preço dos insumos asfálticos.

Valor do barril de petróleo ao longo dos anos disponível em: <https://www.macrotrends.net/1369/crude-oil-price-history-chart>, último acesso em 03/02/2019.

²¹⁶ Como será visto na próxima seção, Fato do princípio seria todo fato extracontratual que se origina de uma ação estatal lícita mas que acaba por provocar indiretamente uma profunda alteração nas condições de execução do contrato administrativo, onerando de forma excessiva o particular contratado. A doutrina não é unânime na conceituação de fato do princípio, mas em geral é aceito que Fato do Príncipe decorre de atos genéricos e abstratos da Administração Pública (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos* 5^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 552).



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

gráficos evidenciam que durante o processo licitatório os principais insumos apresentavam comportamento de variação de preços equiparável ao da inflação de mercado. Contudo, não decorrido um ano da assinatura do Contrato de Concessão, em 24/11/2014, a Petrobras reformou sua política de fixação de preços, promovendo reajustes que elevaram, de forma extraordinária e imprevisível, o valor dos insumos asfálticos derivados do petróleo. Nesta data, a Petrobras tornou público o reajuste médio de 12% no preço dos insumos asfálticos, incluindo o CAP e o asfalto diluído. Menos de um mês após o primeiro reajuste, a Petrobras divulgou a realização de um novo reajuste, com aumento médio de 20% no preço destes mesmos insumos (C - 168), totalizando um aumento acumulado de cerca de 35%:

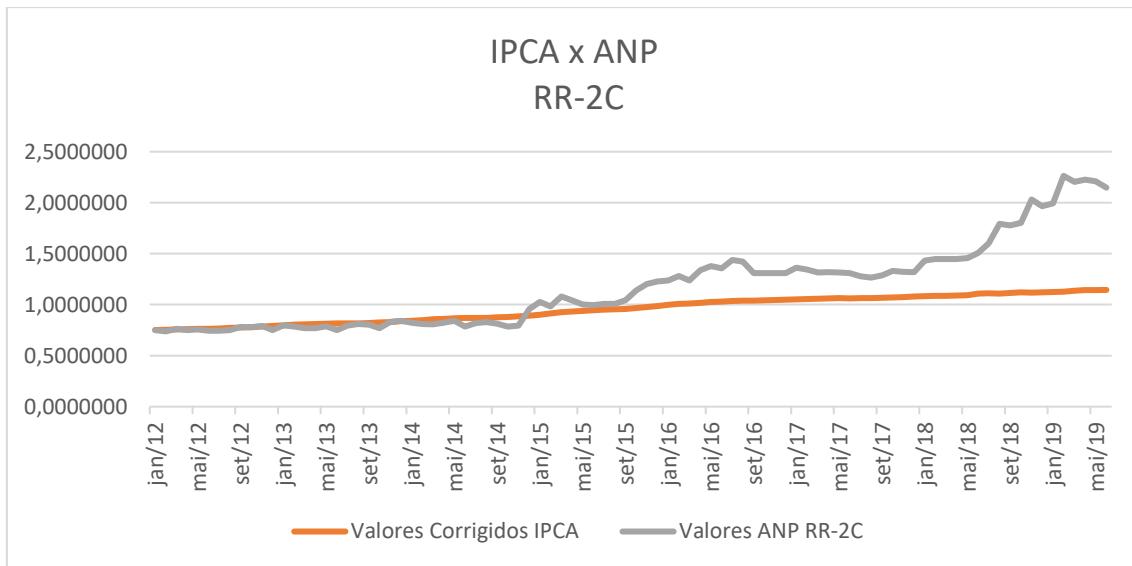


Figura 28 – Variação dos insumos asfálticos desde a licitação

521. Enquanto a Petrobras procedia aos constantes reajustes de preços em âmbito nacional, o valor do barril de petróleo bruto, principal insumo para a produção de asfalto, registrava baixas históricas. A cotação do barril em fevereiro de 2015, por exemplo, encontrava-se em USD 56,0, menor patamar histórico nos sete anos que o antecederam, após ter atingido, por quase cinco anos, valores acima dos USD 100,0 (valores em moedas da data respectiva). Confira-se o seguinte gráfico, que ilustra esta variação:



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Published on Investing.com, 24/Oct/2018 - 3:23:59 GMT, Powered by TradingView.

Petróleo Brent Futuros, (CFD):LCO, M



Figura 28 - variação no preço internacional do barril de petróleo

522. Mas não se trata de alteração extraordinária apenas do preço em si – seu aumento em patamares alarmantes. O que houve, na verdade, foi também a alteração da forma como a Petrobrás (entidade da Administração indireta federal, nunca é demais frisar) estabelece o preço dos insumos betuminosos para o mercado de distribuição. Confira-se, no gráfico abaixo, como desde o início da série histórica contemplada até o fim de 2014 o preço dos insumos betuminosos permanecia consideravelmente estável ao longo do tempo, mesmo diante variações significativas do preço do barril de petróleo:

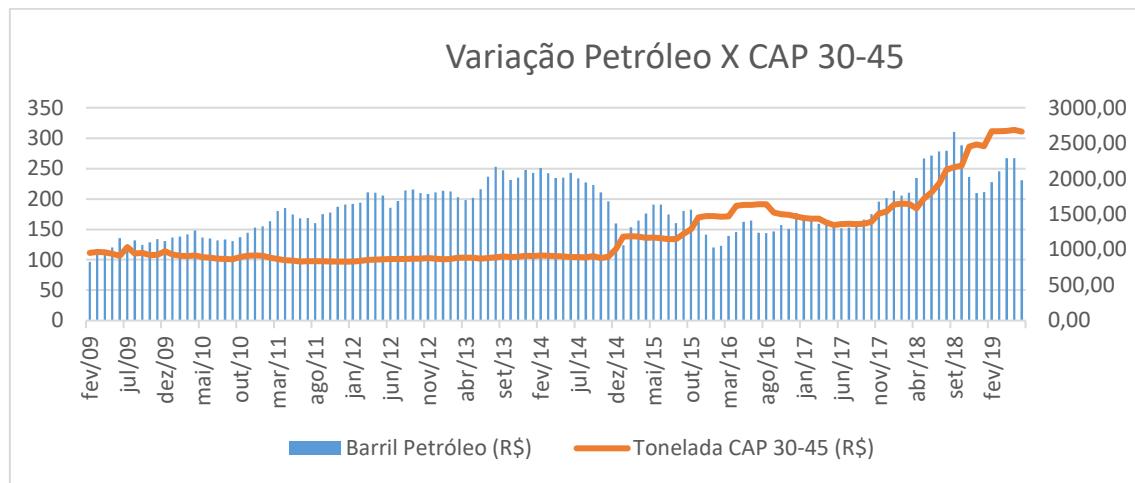


Figura 30- Relação entre o preço do CAP e o custo do barril de petróleo

523. Contudo, a partir do fim de 2014, considerando os eventos narrados neste pleito, o preço dos insumos betuminosos deixou de ser represado, passando a flutuar. Essa diferença de comportamento do preço dos insumos asfálticos frente ao do petróleo deixa evidente a alteração extraordinária ocorrida no fim de 2014 na determinação dos preços dos insumos betuminosos pela Petrobrás. O descompasso com os preços praticados em âmbito internacional e a alteração repentina da sistemática de fixação de preços, decorrentes da política do Governo Federal, demonstram a extraordinariedade da alteração da forma de determinação dos preços, como destaca o gráfico acima.

524. Em especial, são evidências de sua imprevisibilidade aos olhos do mercado nacional, que foi negativamente impactado enquanto o preço do mais relevante insumo utilizado em obras rodoviárias era majorado sem correlação com os valores praticados no mercado internacional para sua principal matéria prima. Apenas para evidenciar a extraordinariedade do impacto de tais alterações de preços no âmbito de um contrato de concessão, confira-se gráfico representando as variações de diversos custos comuns a concessões rodoviárias:

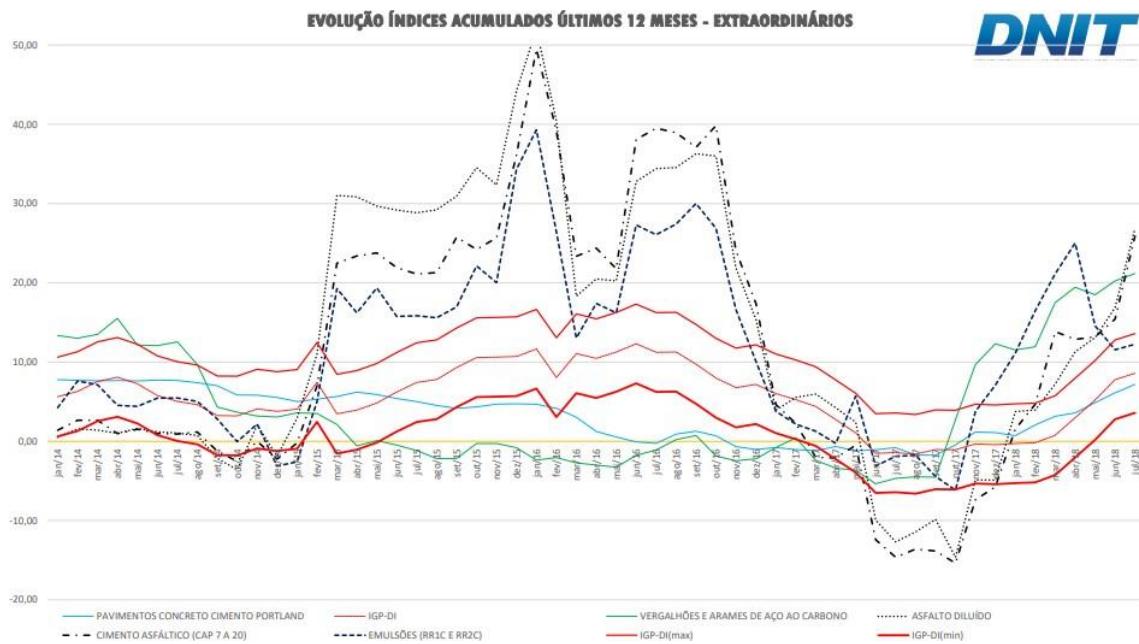


Figura 31 - Variação extraordinária do CAP em comparação à variação de outros insumos

525. Não é por outro motivo que o TCU reconheceu, no Acórdão 1.604/2015, a imprevisibilidade da ocorrência dos atos da Petrobras que importaram a majoração do preço dos insumos asfálticos. Naquela oportunidade, o tribunal entendeu que tal evento caracteriza uma álea econômica extraordinária, devido ao imprevisível e substancial aumento de custos, na forma do art. 65, II, d) da Lei 8.66/93, gerando desequilíbrio econômico-financeiro:

“No caso em exame, o instituto jurídico é o da revisão (ou recomposição) de preços e funda-se no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993 e na teoria da imprevisão, que requer o atendimento dos seguintes requisitos: i. fato imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alheio à vontade das partes; e ii. desequilíbrio econômico ou financeiro elevado no contrato, impondo onerosidade excessiva a uma das partes ou a ambas, eventualmente. (...)

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 referencias 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.” (grifos nossos)

526. Este foi também o entendimento do DNIT ao editar as Instruções de Serviço/DG nº 02/2015, 04/2015 e 15/2016 (C - 169, C - 170, e C - 171 respectivamente). Nelas, considerou que a “*a recente alta, surpreendente e imprevisível, traz considerável impacto aos negócios do setor rodoviário*”, trazendo a necessidade de “*repactuação dos preços dos materiais asfálticos, reestabelecendo as condições iniciais dos contratos*” (grifos nossos).²¹⁷

527. Também a Procuradoria Federal junto à ANTT inicialmente reconheceu, por meio do Parecer 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (C - 172), emitido em 09/06/2016, que seria necessário promover o reequilíbrio econômico-financeiro em razão da variação de custos decorrente do aumento do valor dos insumos

²¹⁷ Considerações presentes no preâmbulo de ambas as Instruções de Serviço.



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

betuminosos pela Petrobras, principalmente nos casos de contratos de concessão que se encontram em suas fases iniciais. Confira-se:

“Como pode-se depreender, os insumos asfálticos são parte relevante dos custos de toda concessão rodoviária, porém, para melhor compreensão da abrangência e impactos das alterações de custos destes insumos, vale a distinção entre as concessionárias em início de concessão e as concessionárias em fase de manutenção rodoviária, pois como citado pela concessionária Via040, o preço do asfalto é responsável por, em média, de 40% a 50% do custo direto das obras para o construtor no caso de implantação de novas rodovias, e, em torno de 70% dos custos das obras para o construtor no caso de reabilitação de rodovias existentes. (...)

As concessões provenientes da 1^a e 2^a Etapa são concessões mais maduras, onde grande parte dos investimentos em obras já foi realizado, restando, majoritariamente, investimentos na operação e manutenção das rodovias. Já as concessões provenientes da 3^a Etapa, são concessões jovens, licitadas no biênio 2013-14, que ainda tem por obrigações a restauração e duplicação de, aproximadamente, 5.000 km de rodovias nos próximos 05 anos, sendo, portanto, mais suscetíveis aos impactos dos reajustes de insumos anunciados. (...)

38. Ante o exposto, excluídos os aspectos técnicos e de discricionariedade administrativa, esse **Órgão de Consultoria e Assessoramento Jurídico entende que:**

(i) parece não haver dúvidas acerca da necessidade de que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, inclusive os de concessão de serviços públicos, deve ser mantido do começo até o final da relação negocial encetada entre o Poder Público e os particulares, ainda que, para que tal ocorra, se deva revisar, de forma extraordinária, a relação inicialmente contratada;
(ii) outro não pode ser o entendimento desta PF-ANTT, senão o de que é cabível, sim, o deferimento dos pleitos feitos à ANTT, haja vista que a principal consequência legal prevista no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei nº. 8.666/1993, é a necessidade de,



através do reequilíbrio da relação econômico-financeiro, manter incólume a expectativa de retorno financeiro ao parceiro privado, porquanto parece fora de dúvida que o caso concreto abarca a presença de situações distintas entre a época em que foram feitas as propostas vencedoras e a que atualmente se vive, inclusive em relação às concessões das 2^a e 3^a Etapas do PROCROFE.” (grifos nossos)

528. No entanto, posteriormente este parecer não foi aprovado,²¹⁸ tendo sido substituído pelo Parecer 1.365/2016/2015/PF-ANTT/PGF/AGU (C - 173),²¹⁹ que reformou o primeiro entendimento e opinou que “*as teorias do fato do princípio ou da imprevisão não podem ser aplicadas ao caso concreto porque a variável em questão, custo dos insumos asfálticos, estava dentro dos riscos assumidos pelo licitante que viria a se tornar concessionário*”. Ou seja, foi incorretamente invocada a distribuição de riscos ordinários do Contrato de Concessão, que aloca à Concessionária os riscos sobre os custos de obras, custos de execução dos serviços e variação inflacionária em um ambiente de normalidade.²²⁰

529. Tal raciocínio, porém, não procede, como explicado em III.D.1. Embora as regras contratuais aloquem à Concessionária os riscos relativos à variação ordinária dos custos das obras e seus insumos (subcláusula 21.1 do Contrato de Concessão), **a ocorrência de caso fortuito ou força maior materializa evento cujo**

²¹⁸ O parecer não foi aprovado pelos procuradores Paulo Roberto Magalhães Wanderley, Coordenador-Geral de Matéria finalística; e Márcio Luis Galindo, Procurador-Geral junto à ANTT.

²¹⁹ Este sim elaborado por Paulo Roberto Magalhães Wanderley e aprovado por Márcio Luis Galindo.

²²⁰ Nas subcláusulas 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19 do Contrato de Concessão. Confira-se:

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

21.1.6 custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 21.2 abaixo;

21.1.7 custos para execução dos serviços previstos nas Frentes de Recuperação e Manutenção, Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, Conservação e Serviços Operacionais de todas as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço; (...)

21.1.19 possibilidade de a inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa de Pedágio ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período;”



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

risco é direcionado ao Poder Concedente, conforme disciplinado pela subcláusula 21.2.4.

530. Não se ignora, aqui, que a lógica de uma concessão é distinta dos contratos de obra e prestação de serviços disciplinados pela Lei 8.666/1993. Como efeito, na sistemática dos contratos de concessão, em geral, a distribuição de riscos entre as partes é feita através do próprio contrato de concessão, que disciplina quais riscos devem ser suportadas por cada parte. Contudo, como exaustivamente demonstrado nas seções acima, a **ocorrência de um evento no âmbito da álea econômica extraordinária, caracterizado como caso fortuito ou força maior, não depende do regime de contratação administrativa**. E a previsão de sua alocação ao Poder Concedente na subcláusula 21.2.4 corrobora esta sistemática, estabelecendo no caso específico da Concessão que tais riscos não são da Concessionária, mas do Poder Concedente. Ainda que a Requerida pretendesse se desvincilar da responsabilidade pela ocorrência de tais eventos alegando (indevidamente) que as previsões do artigo 65, II, d) da Lei nº 8.666/93 não seriam aplicáveis, seu argumento encontra óbice intransponível na alocação de riscos promovida pela subcláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão.

531. Dessa forma, a ocorrência de caso fortuito ou força maior pelo imprevisível e excepcional aumento dos preços dos insumos asfálticos é evento integrante da álea econômica extraordinária, suplantando a alocação usual dos riscos em circunstâncias ordinárias. Eventual entendimento contrário simplesmente aniquilaria toda a efetividade da alocação de riscos extraordinários feita pelo próprio Contrato de Concessão em sua subcláusula 21.2.4; afinal, de que adiantaria a existência de uma disposição contratual específica disciplinando a consequência da ocorrência de caso fortuito e força maior se, quando se materializam tais fatos, são aplicadas as mesmas regras utilizadas nas situações de **normalidade do mercado?** Como não se pode admitir que o Contrato de Concessão tenha letras mortas, é imperioso reconhecer a prevalência da alocação extraordinária de riscos afetos à álea extraordinária em tais casos, como o presente.



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

532. Além de demonstrada cabalmente pela análise de dados dos valores dos insumos asfálticos, e também atestada pelo DNIT, pelo TCU e pela própria Procuradoria Federal da ANTT em sua primeira avaliação, a proteção aos contratados da Administração Pública quando da ocorrência de fatos extraordinários encontra reconhecimento no Poder Judiciário. Em caso já citado, o STJ reconheceu a ocorrência de álea administrativa, caracterizando caso fortuito e força maior na implantação do regime de câmbio flutuante.²²¹ Tal **imprevisível mudança na política cambial é análoga à presente alteração na forma de precificação de insumos asfálticos pela Petrobras**, na medida que ambos geram impactos extraordinários sobre o contrato administrativo a serem reequilibrados, sendo a Administração Pública responsável por tais riscos. Ainda, especificamente quanto aos aumentos imprevisíveis dos materiais asfálticos (entre outros insumos indispensáveis às obras rodoviárias), a Seção Judiciária Federal do Distrito Federal inclusive ordenou que o DNIT elaborasse e implementasse metodologia para garantir o reequilíbrio financeiro-econômico dos contratos de obra rodoviárias em todo o país, considerando a variação mensal do material betuminoso decorrente dos subsequentes reajustes de preços pela Petrobrás mesmo após a formulação inicial, pelo DNIT, das Instruções de Serviço/DG nº 04/2015 e 02/2016 e 15/2016, visto que o DNIT havia sido omissos em implementar os reequilíbrios necessários.²²²

533. Deste modo, sendo extraordinária a variação no custo dos insumos asfálticos, a Concessionária passou a pleitear à ANTT o reconhecimento de seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. O pleito foi inicialmente apresentado, com o uso de metodologia diversa da ora adotada, por meio da Carta Ofício 892/2016 (C - 174), que continha os cálculos referentes ao desequilíbrio econômico-financeiro no período de janeiro de 2015 a setembro de 2015. Essa solicitação foi reiterada e em duas outras comunicações: no Ofício CRO 989/2016 (C - 58), que apresentou a proposta da Concessionária para a 1ª Revisão

²²¹ Trata-se do RMS nº 15.154-PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ: 02/12/2002.

²²² Decisão de 18/12/2018 no âmbito da Ação Civil Pública de nº 1020832-27.2018.4.01.340, movida pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção e outros em face do DNIT, em trâmite perante a 9ª Vara Federal Cível da SJDF. O DNIT, em cumprimento a decisão liminar exarada neste processo em dezembro de 2018 elaborou a Instrução de Serviço nº 10/DG/DNIT/2019, de 16 de maio de 2019.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Ordinária e 4^a Revisão Extraordinária, e no Ofício 1.178/2016 (C - 175), que atualizou o valor do pleito, contemplando o período de janeiro a dezembro de 2015.

534. No entanto, a ANTT, após sinalizações iniciais positivas, terminou por rejeitar o pleito da Concessionária. Em sua primeira análise, na Nota Técnica 080/2016/GEROR/SUINF (C - 176), de 05/05/2016, a SUINF reconheceu que “*a majoração dos preços dos insumos asfálticos, na magnitude em que se deu, trouxe prejuízos ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, em especial às novas concessões, derivadas da 3^a etapa (...)*” (grifos nossos). Ainda, alertou sobre os seus efeitos negativos sobre os contratos, consignando que “*o comprometimento do fluxo de caixa das concessionárias poderá ter impacto direto na qualidade e cronograma das obras por ela assumidas, trazendo, em última instância, prejuízos aos cidadãos usuários das rodovias*” (grifos nossos) - o que, ressalte-se, foi justamente o ocorrido. Assim, encaminhou o feito para análise da Procuradoria Federal junto à ANTT.

535. Essa análise ocorreu nos já mencionados pareceres 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (C - 172) e 1.365/2016/2015/PF-ANTT/AGU (C - 173). O primeiro opinou pela procedência no pleito, entendendo pela “*necessidade de, através do reequilíbrio da relação econômico-financeira, manter incólume a expectativa de retorno do financeiro ao parceiro privado, porquanto parece fora de dúvidas que o caso concreto abarca a presença de situações distintas entre a época em que feitas as propostas vencedoras e a que atualmente se vive (...)*”. Já o segundo parecer rejeitou integralmente o primeiro, reformando seu entendimento afirmando laconicamente que a variação do custo dos insumos asfálticos “*estava dentro dos riscos expressamente assumidos pelo licitante que viria a se tornar concessionário*”, ou seja, negando a alocação contratual expressa ao ignorar a extraordinariedade e imprevisibilidade de tais aumentos, na contramão do exposto por diversos órgãos da Administração Pública. Assim, houve a rejeição jurídica do pleito.

536. Com a ausência de manifestação da ANTT ulterior a tal análise jurídica denegatória, em 21/09/2018 a Concessionária reiterou seu pleito por meio do Ofício CRO 2.065/2018 (C - 177). Em resposta, foi enviado à Concessionária o



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Ofício 407/2018/SUINF, acompanhado da Nota Técnica 072/2018/GEREF/SUINF (C - 178), trazendo o indeferimento definitivo do pleito pela ANTT. Nela, apesar da demonstração da total impossibilidade de qualquer tipo de previsão ou controle pela Concessionária sobre o preço dos insumos asfálticos, monopolizados pela Petrobras, foi simplesmente afirmado que “*o reajuste de preços já se mostrava previsível à época da apresentação da proposta econômica da Concessionária, inclusive no que tange à sua ordem de grandeza*”. Tal afirmação, como se verifica dos dados apresentados nesta seção, bem como do reconhecimento de diversas instâncias administrativas e jurisprudenciais, é absolutamente falsa tanto quanto à previsibilidade quanto à magnitude do evento.

537. Como tais insumos asfálticos e a sua execução equivalem a aproximadamente 40% dos custos com CBUQ para obras de duplicação e recuperação da rodovia,²²³ o aumento extraordinário desses insumos trouxe grande impacto nos custos das obras rodoviárias, correspondente a um incremento de 6% do CAPEX da Concessão. Este percentual pode ser deduzido com base nos dados divulgados no EVTE, que destinou R\$ 3.871.626.648,48 para obras de Ampliação de Capacidade, Recuperação e Manutenção, sendo que deste valor os Insumos Betuminoso correspondiam a R\$ 539.591.530,28; ou seja, 13,9% do investimento. Considerando ainda que o CAP 30-45 teve um aumento médio de aproximadamente 40% acima do IPCA²²⁴ nos últimos 4 anos, e que continua com valores acima do mercado, fica evidente que os impactos do Aumento dos insumos betuminosos continuam a afetar a Concessão, também porque continuam sendo feitas diversas intervenções rodoviárias, todas sendo afetadas pelo aumento excepcional dos custos dos insumos asfálticos.

538. Portanto, não tendo o seu direito reconhecido na esfera administrativa, a Concessionária recorre ao Tribunal Arbitral para a realização do devido reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão pelo aumento extraordinário do custo dos insumos asfálticos, em virtude da súbita, inesperada e extraordinária

²²³ Informado à Requerida no Ofício CRO 249.2015, de 12.02.2015.

²²⁴ Média anual dos valores fornecidos pela ANP de CIMENTOS ASFÁLTICOS CAP-30-45 para região Sudeste 2015- R\$ 1.232,97 , 2016- R\$ 1.545,11, 2017-R\$ 1.411,31, 2018 R\$ 1.948,21 e 2019- R\$ 2.636,70



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

alteração pela Petrobrás da forma de determinação política de seus preços, no montante de R\$ 293.197.706,44 na base de maio de 2012, em valores de maio de 2012, conforme C - 179.

III.E. A ocorrência de Fatos da Administração

539. Entende-se que além da chamada álea extraordinária econômica, que foi tratada na seção anterior, há também a dita álea extraordinária administrativa. Essa categoria de fatos diz respeito às ações do poder público em geral que impactam direta ou indiretamente o contrato. Por um lado, destaca-se o chamado Fato da Administração, medida direta e específica da entidade contratante, que é por muitas vezes assimilado ao descumprimento contratual por parte da administração contratante; por outro, há o chamado Fato do Príncipe.

540. Os três eventos dispostos nas seções abaixo dizem respeito a Fatos da Administração, por corresponderem a ações concretas e diretas da Requerida na interpretação e execução do Contrato de Concessão. Os três eventos, na verdade, dizem respeito à aplicação do Fator D, mecanismo automático de reequilíbrio econômico-financeiro aplicado em sede de revisão ordinária do Contrato de Concessão no caso de não atingimento, pela Concessionária de certos parâmetros contratuais relacionados à sua obrigação de realização de investimentos.

541. Contratualmente, o Fator D é definido, segundo a Cláusula 1.1.1 (xx), como o *“redutor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação do Desconto de Reequilíbrio relativo ao não atendimento aos Parâmetros de Desempenho, às Obras de Ampliação de Capacidade e de Manutenção do Nível de Serviço, ou como Acréscimo de Reequilíbrio no caso de antecipação na entrega de obras, conforme previsto no Anexo 5”*. Alega a Concessionária que o Fator D foi aplicado incorretamente pela ANTT de três formas – sobre a parte da tarifa cobrada ao usuário que corresponde aos valores a que a Requerente faz direito a título de reequilíbrio econômico-financeiro, pelo Fluxo de Caixa Marginal; a partir de um cálculo incorreto do índice de área trincada do pavimento; e em função de glosas



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

indevidas em obras de expansão de capacidade da concessão, que impactaram o atingimento das metas de expansão de capacidade da Requerente. Antes de iniciar a análise, contudo, é necessário discorrer sobre os conceitos e fundamentos jurídicos da categoria de pleitos ora analisada, que é o que se passa a fazer.

■ Do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela ocorrência de Fatos da Administração

542. Apesar de haver certas distinções no modo como diferentes autores trabalham os conceitos afetos à álea administrativa – Fato da Administração e Fato do Príncipe²²⁵ – há um certo consenso que para a caracterização de um Fato do Príncipe deve haver um evento inespecífico do Poder Público que apenas indiretamente afete o contrato administrativo, aí incluídos obviamente os contratos de concessão. Ao contrário, para a **caracterização do Fato da Administração seria necessário que o próprio ente contratante praticasse um ato ou mesmo se omitisse sobre uma providência material que lhe cabia, afetando direta e especificamente a economia do contrato.**²²⁶ Neste sentido, a divergência entre os administrativistas a respeito da conceituação de Fato da Administração residiria mais na sua equivalência – ou melhor, sua redução – ou não à figura do inadimplemento contratual por parte da Administração Pública.

543. Por um lado, para certos autores, o Fato da Administração é mais abrangente que mero inadimplemento, abarcando qualquer evento, por parte do

²²⁵ Para alguns autores, tanto o Fato da Administração quanto o Fato do Príncipe são atribuíveis à própria Administração contratante; o Fato da Administração, porém, é atitude da Administração que irá afetar diretamente a execução do contrato, enquanto o Fato do Príncipe decorre de atos genéricos e abstratos da Administração Pública (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos* 5^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 552). Para outros, entretanto, somente Fatos da Administração podem ser praticados pela própria Administração contratante (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103; MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011).

²²⁶ GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos (Casos e Polêmicas)*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 372.



Estado contratante, que impacte negativamente o contrato.²²⁷ Para outros, é “*qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico*”.²²⁸ Há, porém, autores que consideram fato da Administração como um sinônimo de inadimplemento contratual da Administração Pública.²²⁹

544. Não há dúvidas de que um dos eventos que pode ensejar o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em um contrato de concessão é o descumprimento de obrigações previstas por uma das partes, sendo regra geral de direito o dever de a parte inadimplente indenizar a outra parte prejudicada pelas perdas e danos incorridas em razão de um ato ilícito contratual.

545. Por sua vez, fato do princípio seria todo fato extracontratual que se origina de uma ação estatal lícita mas que acaba por provocar uma profunda alteração nas condições de execução do contrato, onerando de forma excessiva o contratado. A doutrina não é unânime na conceituação de fato do princípio. As diferenças conceituais baseiam-se em duas características que podem variar quando se trata da área administrativa. A primeira diz respeito à incidência do ato ou fato produzido pela Administração no contrato, posto que poderá atingir diretamente o ajuste ou poderá alcançá-lo de forma indireta, apenas repercutindo nas condições de execução. O outro ponto variável é a pessoa administrativa que produz a medida, posto que poderá ser tanto a contratante como outro ente público qualquer, de qualquer esfera.

²²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Llicitação e Contrato administrativo*, 15^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 325.

²²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 256. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho afirma que quando houver inadimplemento pelo Estado a deveres essenciais à execução das prestações assumidas pelo concessionário o inadimplemento do poder concedente é caracterizado como fato da Administração. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 479.

²²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.344; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 368; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23^a ed São Paulo: Malheiros, 2001, p. 542



546. Vê-se, portanto, que alguns autores fazem a distinção entre fato do princípio e fato da administração, sendo este último o decorrente de ato da Administração na condição de contratante, incidindo diretamente sobre o contrato. De todo modo, embora sejam classificações distintas, para fenômenos distintos, vê-se que a legislação as reuniu, sem distinção, para o mesmo efeito: permitir o reequilíbrio do contrato. Vale recordar o tratamento uniforme dado pela lei a essas categorias, como notado por Marçal Justen Filho, a quem se fez referência no § 460 destas Alegações Iniciais, de que *“não há utilidade em diferenciar as diversas hipóteses – ao menos, isso não acarreta tratamento jurídico distinto”*.²³⁰

547. Evento esse objetivamente constatável, oriundo do próprio Poder Público e praticado sob qualquer roupagem – que sejam atos gerais (leis, regulamentos) ou individuais (caracterizados como inadimplemento contratual específico ou não); se comissivos ou omissivos – na ocorrência de ação administrativa superveniente que impacte o equilíbrio econômico-financeiro do contrato será cabível seu reequilíbrio.

548. No âmbito do Contrato de Concessão, os riscos derivados da ocorrência de fato da Administração ou de fato do princípio foram alocados ao Poder Concedente. É o que se verifica a partir da Cláusula 21.2.21 do documento, que assim determina:

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

21.2.21 fato do princípio ou fato da administração que provoque impacto econômico financeiro no Contrato.”

549. Concluídos os apontamentos sobre o conceito de álea extraordinária administrativa passa-se ao exame das ações da Requerida que impactaram direta e especificamente o Contrato de Concessão, desequilibrando-o em desfavor da Requerente.

²³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 544.”



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Aplicação do Fator D sobre o Fluxo de Caixa Marginal

550. A ANTT aplicou de forma equivocada os fatores redutores ou incrementadores da tarifa durante revisões ordinárias da Tarifa Básica do Pedágio. Mais especificamente, o Fator D estava sendo aplicado pela ANTT não somente sobre o valor da TBP, mas sobre esse valor acrescido dos valores devidos à Requerente a título de reequilíbrio econômico-financeiro por Fluxo de Caixa Marginal. Assim, ao mesmo tempo em que recompunha o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão pela aplicação do Fator D, a ANTT desequilibrava o próprio contrato pela sua incidência indevida na parte da tarifa devida à Requerente a título de reequilíbrio, gerando novos desequilíbrios na 1^a, 2^a e 3^a Revisões Ordinárias.

551. O valor da TBP foi utilizado como critério de julgamento para selecionar a melhor proposta econômica para a exploração do Sistema Rodoviário da BR-163/MT, nos termos do item 12.3²³¹ do Edital de Concessão nº 003/2013. Assim, a CRO se consagrou vencedora da licitação ao oferecer um deságio de 52,03% em relação à tarifa quilométrica inicial de R\$ 0,05500²³², obtendo, portanto, o valor final da TBP de R\$ 0,02638².

552. A fim de que se mantenham as condições contratuais, o decorrer da execução do Contrato de Concessão, a TBP originária do Edital de Concessão deverá ser reajustada e revisada.

553. O reajuste é uma forma de compensar os efeitos das variações inflacionárias, mantendo constante o valor de compra da moeda. Ele encontra previsão em diversas passagens da Lei 8.987/1995, figurando como previsão

²³¹ 12.3 Abertas as Propostas Econômicas Escritas, a classificação ocorrerá em ordem crescente de valor, sendo, portanto, a primeira colocada a Proposta Econômica Escrita com menor valor da Tarifa Básica de Pedágio.

²³²² Esse valor representa a Tarifa Quilométrica para a categoria 1 de veículos (veículo de rodagem simples e de dois eixos).



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

obrigatória nos editais de licitações de concessões (artigo 18, VIII), como cláusula essencial nos contratos de concessão (artigo 23, IV) e como obrigação do poder concedente (artigo 29, V).

554. Conforme disposto na cláusula 18.3 do Contrato de Concessão, o reajuste da tarifa de pedágio se dará na data do início da cobrança de pedágio. A cobrança efetiva da Tarifa de Pedágio se deu a partir de 06 de setembro de 2015, com a edição da Resolução ANTT nº 4.811, de 26 de agosto de 2015²³³, que autorizou o início da cobrança de pedágio em 8 (oito) das 9 (nove) Praças de Pedágio situadas ao longo da BR-163/MT.²³⁴

555. Partindo da TBP que permitiu à CRO a conquista do Contrato de Concessão, a Tarifa de Pedágio cobrada dos usuários do Sistema Rodoviário é anualmente reajustada no mesmo dia e mês em que foi realizado o início efetivo da cobrança para incorporar a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPCA), conforme previsto na cláusula 18.3.3²³⁵ do Contrato de Concessão.

²³³ Publicada no Diário Oficial da União (“DOU”) em 27 de agosto de 2015.

²³⁴ A cobrança na Praça de Pedágio (“P6”) foi autorizada por meio da resolução nº 4.846 de 15 de setembro de 2015, tendo o início da cobrança efetivo em 27 de setembro de 2015.

²³⁵ Tarifa de Pedágio = TCP x Tarifa Básica de Pedágio x (1-D-Q) x (IRT-X) + C
Onde:

Tarifa de Pedágio: tarifa de pedágio a ser efetivamente cobrada dos usuários.

TCP: Trecho de Cobertura da Praça .

Tarifa Básica de Pedágio (TBP): equivale ao valor indicado na Proposta, equivalente a 0,02638.

D: Fator redutor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio aplicável na verificação do cumprimento dos Parâmetros de Desempenho, das Obras de Ampliação de Capacidade e de Manutenção do Nível de Serviço, ou como Acréscimo de Reequilíbrio no caso de antecipação na entrega de obras.

Q: Fator redutor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação de desconto por não atendimento aos indicadores de qualidade previstos.

X: Fator redutor do reajuste da Tarifa de Pedágio referente ao compartilhamento, com os usuários do Sistema Rodoviário, dos ganhos de produtividade obtidos pela Concessionária.

C: Fator redutor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio, utilizado como mecanismo de reequilíbrio do Contrato aplicável sobre eventos que gerem impactos exclusivamente na receita e nas verbas.

IRT: Índice de reajustamento para atualização monetária do valor da Tarifa de Pedágio, calculado pelo IPCA.



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

556. Adicionalmente ao reajuste, a TBP também sofrerá revisão. A revisão dos contratos de concessão para o seu reequilíbrio econômico-financeiro constitui verdadeiro instrumento de concretização da matriz de riscos contratual,²³⁶ sendo a verificação da alocação dos riscos o “motor de arranque”²³⁷, o primeiro passo em qualquer análise de reequilíbrio. A revisão da TBP poderá ocorrer por meio da Revisão Extraordinária e da Revisão Ordinária.

557. A Revisão Extraordinária é a revisão da TBP decorrente da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão por consequência da materialização de eventos de desequilíbrio. Essa recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é devida quando uma parte é afetada por um risco alocado à outra parte do contrato. No Contrato de Concessão, isso está previsto na subcláusula 18.5.

558. A Revisão Ordinária é a revisão anual da TBP com o objetivo de incluir a aplicação do Fator Q, Fator C, Fator D e Fator X (em conjunto, “fatores redutores ou incrementadores”), conforme previsto na cláusula 18.4 do Contrato de Concessão. A aplicação de tais fatores redutores ou incrementadores visa restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro de forma automatizada, de acordo com os parâmetros contratuais.

559. Foi justamente na aplicação desses fatores que houve o desequilíbrio econômico-financeiro provocado pela Requerida. Ao invés de reequilibrar o Contrato de Concessão, a metodologia incorreta aplicada pela ANTT no âmbito da 1^a, 2^a e 3^a Revisões Ordinárias gerou novos desequilíbrios para a CRO. Isto é, como a Requerida aplicou equivocadamente o Desconto de Reequilíbrio constante do Fator D – que compõe os fatores redutores ou incrementadores –, a Tarifa de Pedágio estabelecida pelo Poder Concedente nestas Revisões

²³⁶ Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106.

²³⁷ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem)*. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-econômico-financeiro-versao-publicada-na-internet.pdf>. P.3.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Ordinárias foi inferior à tarifa que, corretamente, seria necessária para reequilibrar o Contrato de Concessão.

560. O Fator D trata especificamente da performance da Concessionária em relação ao não atendimento dos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção e das metas anuais da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço, previstos, respectivamente, nos itens 3.1 e 3.2 do Programa de Exploração da Rodovia (PER).

561. Os Acréscimos ou Desconto de Reequilíbrio são calculados pelo somatório dos percentuais de desconto relativos a cada indicador não atendido ou que supere as metas.²³⁸ O percentual final de desconto de cada indicador é dado pela multiplicação do percentual de desconto unitário com a quantidade de segmentos homogêneos em desconformidade, para cada indicador de desempenho (cujo cálculo de atendimento ou desatendimento é feito anteriormente e segundo critérios próprios).

562. No tocante às Obras de Ampliação da Capacidade e Melhorias, a aplicação do Fator D incidirá de forma proporcional ao percentual não executado das obras e serviços previstas no PER, obtendo assim, o total de desconto a ser aplicado na TBP, ou, no caso de antecipação de obras, o total de acréscimo a ser aplicado na TBP.

563. Além da TBP, também figura como elemento que compõe o valor da Tarifa de Pedágio cobrada dos usuários o valor referente aos reequilíbrios pagos por Fluxo de Caixa Marginal, definido na Cláusula 22.4 do Contrato de Concessão. Em resumo, o Fluxo de Caixa Marginal é utilizado para recompor eventos de desequilíbrio que (i) não estejam relacionados ao atraso ou inexecução dos serviços e obras (reequilibrados por Fator D) e (ii) eventos que não ensejam impacto exclusivamente na receita ou verba da Concessionária (reequilibrados por Fator C), a exemplo de novas obras e serviços não previstos originalmente no PER.

²³⁸ Os percentuais estão disponíveis na Tabela I do Anexo V do Contrato de Concessão.



“22.5 Fluxo de Caixa Marginal

22.5.1 O processo de recomposição de evento não sujeito a aplicação do Fator D e do Fator C será sempre realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, nos termos de regulamentação específica.” (grifo nosso).

564. Assim, verifica-se que a Cláusula 22.5.1 do Contrato de Concessão estabelece que o Fator D não poderá incidir sobre os reequilíbrios pagos por Fluxo de Caixa Marginal. Ou seja, o Fator D incide apenas sobre a TBP e não a TBP acrescida dos valores advindos dos Fluxos de Caixa Marginais – que, em conjunto, representariam a Tarifa de Pedágio reajustada e plenamente revisada.

565. Contudo, na 1^a, 2^a e 3^a Revisões Ordinárias, o Poder Concedente fez incidir erradamente o Fator D sobre a TBP somada aos Fluxos de Caixa Marginal. Tendo em vista a gravidade dos impactos sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, **a própria ANTT se viu obrigada a reconhecer tal erro e a editar a Resolução nº 5.850/2019 (C - 30)**. Em seu art. 4º, a Resolução **reafirma justamente o que já estava previsto no Contrato de Concessão, de que a incidência do Fator D ocorrerá apenas sobre a TBP reajustada e revisada pelos mecanismos próprios dos Acréscimos ou Desconto de Reequilíbrio, não incidindo sobre a parcela da Tarifa de Pedágio decorrente dos reequilíbrios efetuados por meio de Fluxos de Caixa Marginal.**²³⁹

566. Neste sentido, a CRO apresentou, por meio do Ofício 2.308/2019 (C - 180) as considerações sobre o equívoco da ANTT ocorridos na 1^a, 2^a e 3^a Revisões Ordinárias. Solicitou a revisão da forma de aplicação da equação de formação da Tarifa de Pedágio, limitando os efeitos do Fator D à TBP, sem que haja incidência desse redutor sobre as parcelas das tarifas advindas dos Fluxos de Caixa Marginais, haja vista que esta é a metodologia prevista na Cláusula 22.5.1 do

²³⁹ Art. 4º. O Desconto ou Acréscimo de reequilíbrio, quando previsto contratualmente, terá incidência exclusiva sobre a TBP vencedora do leilão revisada, não incidindo sobre a tarifa do FCM.



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Contrato de Concessão e que foi reafirmada por meio da Resolução nº 5.850/2019 da ANTT.

567. A ANTT respondeu à reivindicação da CRO por meio da Nota Técnica SEI nº 2281/2019/GEREF/SUINF/DIR, enviado através do Ofício SEI nº 8530/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT (C - 28). **A ANTT entendeu que, de fato, há amparo contratual para a incidência do Fator D apenas sobre a TBP.** Ou seja, o próprio Contrato de Concessão previu esta metodologia de cálculo do Fator D, o que seria *“condizente com a lógica com que foi instituído o desconto de reequilíbrio”*.

Nos termos do ofício:

Por meio do PARECER n. 00959/2019/PF-ANTT/PGF/AGU, de 05/07/2019, foi esclarecido os questionamentos (sic!) feitos por meio do despacho DEB 0657018, conforme apresenta-se a seguir:

“À luz das disposições contratuais vigentes (seja do contrato da VIABAHIA, ECO 101 e os demais da Terceira Etapa das Concessões Rodoviárias) há amparo legal ou contratual para a incidência do desconto de reequilíbrio ou Fator “D” apenas sobre uma parcela da TBP, conforme preconizado nestes autos?

“24. Sim. Como dito acima, a interpretação dada pela SUINF aos dispositivos contratuais parece-nos sim condizente com a lógica com que foi instituído o desconto de reequilíbrio. (...) (grifos nossos)

568. Na verdade, a Procuradoria Federal no Parecer 00753/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (C - 181) já havia admitido, ao reconhecer o erro na aplicação do Fator D, que a matéria deveria repercutir nas revisões tarifárias anteriores,²⁴⁰ realizadas incorretamente. Ou seja, que o desequilíbrio gerado pela aplicação incorreta do Fator D nas revisões tarifárias passadas ser, uma vez esgotada a

²⁴⁰ “Em sendo matéria merecedora de ser disciplinada em ato normativo de caráter geral e também porque repercutiria nas revisões anteriores, sugeriríamos que a Agência permaneça se valendo da metodologia que vinha aplicando e só a modifique quando, esgotadas as discussões, enfim passe a vigorar resolução em sentido contrário”.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

discussão e emanada a norma regulamentar pela agência, saneado para todas as concessões afetadas por este erro da ANTT.

569. Contudo, para a surpresa da CRO, neste mesmo ofício a ANTT entendeu que se tratava de nova interpretação e que, em observância da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, só poderia ser aplicada prospectivamente e não retroativamente. Em suas palavras:

24. (...) Por outro lado, tratando-se de nova interpretação, poderá ser aplicada retroativamente ou apenas para os eventos ocorridos após a publicação da norma que abrigará a interpretação inovadora?"

"25. Não é possível imprimir efeito retroativo a nova interpretação, nos termos do inciso XIII do § único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999. A Agência haverá de dar ao dispositivo a interpretação - agora normatizada na resolução a ser editada - a partir da sua entrada em vigor. Estando vigente a resolução, os atrasos/inadimplementos atribuíveis ao concessionário, mesmo ocorridos anteriormente, haverão de compor o índice de desconto no próximo momento em que a área técnica tiver de apurá-los. (grifos nossos)

570. Deste modo, a ANTT indeferiu o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro apresentado pela CRO na 4^a Revisão Ordinária e 7^a Revisão Extraordinária por meio do Ofício SEI nº 8530/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT. Isso porque, conforme dito acima, segundo a agência, *"a nova interpretação não caberá ser aplicada retroativamente"*.

571. Portanto, na sua decisão a ANTT **reconheceu a aplicação equivocada do desconto de reequilíbrio sobre as parcelas do Fluxo de Caixa Marginal**, mas se negou a corrigir as aplicações equivocadas do redutor tarifário, alegando que não poderia dar efeito retroativo ao "novo entendimento". Evidentemente, tal posicionamento da ANTT está equivocado. Isso por, ao menos, duas razões: (i) o próprio Contrato de Concessão estabelece, em sua Cláusula 22.5.1, que o Fator D não poderá incidir sobre os Fluxos de Caixa Marginais; e (ii) a própria ANTT já



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

reconheceu que a não aplicação da metodologia correta gerou desequilíbrios econômico-financeiros para as concessionárias da 3^a Etapa.

572. Em primeiro lugar, não se trata de um “novo entendimento” e sim o reconhecimento de uma conduta equivocada que causou danos à CRO. De um descumprimento contratual cujos danos precisam ser compensados. Ora, a Requerente sofreu descontos indevidos na tarifa durante anos, e não pode a Requerida simplesmente se recusar a compensar a Requerente: é justamente para isso que mecanismos de recomposição de equilíbrio econômico financeiro existem. Se a agência não reequilibrar o contrato, compensando a Concessionária pelo evento danoso, haverá um benefício econômico injustificado da Administração Pública às custas do particular.²⁴¹

573. Em segundo lugar, a incidência do Fator D sobre a TBP revisada e reajustada, ou seja, sobre também as parcelas advindas do Fluxo de Caixa Marginal, vinha implicando desequilíbrios econômico-financeiros nas concessionárias da 3^a Etapa foi realizada pela Nota Técnica nº 095/2018/GEREF/SUINF (C - 182), de 06 de dezembro de 2018, que apresentava as modificações que vieram a integrar a Resolução nº 5.850/2019:

40. Em 2017, no âmbito da 7^a Revisão Ordinária e 10^a Revisão Extraordinária da TBP da ViaBahia, a Diretoria Colegiada da ANTT por meio da Resolução nº 5.656, de 25/01/2018, aprovou a incidência do Desconto de Reequilíbrio apenas na tarifa resultante do FCO e não mais na soma das tarifas do FCO e FCM. Esta aplicação está fundamentada na Nota Técnica nº 001/2018/SUINF, de 18/01/2018;

41. Na referida Nota Técnica, é mostrado que a incidência do Desconto de Reequilíbrio na Tarifa Básica de Pedágio do FCM constitui um fator de desequilíbrio. Na verdade um FCM hipotético que estava em equilíbrio com uma TBP de R\$ 1,0 (valor necessário para fazer face aos investimentos

²⁴¹ Considerando o prazo decadencial de cinco anos previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99, não há decadência relativa à autotutela. Portanto, é obrigação da ANTT corrigir o seu erro.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

inclusos), quando da incidência do Desconto de reequilíbrio tem sua TBP reduzida, não sendo mais capaz de suportar os investimentos inclusos. Faz mister salientar que os investimentos inclusos não guardam nenhuma relação com os eventos que geraram o Desconto de Reequilíbrio. (grifos nossos)

574. O que se percebe, portanto, é que a própria ANTT reconheceu que a incidência do Fator D sobre a TBP em conjunto com os Fluxos de Caixa Marginais **constitui um fator de desequilíbrio**. Como tal, o reequilíbrio é devido em virtude dos danos causados à Requerente, ainda que só tenha sido reconhecido neste momento pela Requerida.

575. Desse modo, a alegação da ANTT de que se trata de nova interpretação (e que, portanto, apenas poderia ser aplicada prospectivamente) é contraditória com seu próprio posicionamento no momento de criação da Resolução nº 5.850/2019. Não é congruente a ANTT criar a Resolução nº 5.850/2019 tendo em vista o reconhecimento de que a metodologia que vinha sendo aplicada por ela “constitui um fator de desequilíbrio” e, logo em seguida, quando questionada pela Concessionária, alegar não caber o reequilíbrio pelos danos já causados à Requerente tendo em vista ser uma suposta “nova interpretação”.

576. Apenas a título de argumentação, ainda que estivéssemos diante de um contrato de concessão em que não houvesse disposição clara sobre a metodologia a ser aplicada, a ANTT já reconheceu que a simples aplicação do Fator D sobre a TBP acrescida dos Fluxos de Caixa Marginais é, em si, um fator de desequilíbrio. Ou seja, ainda neste caso haveria um desequilíbrio pela não aplicação da metodologia correta pela ANTT – cuja aplicação equivocada só foi corrigida para o futuro com a edição da Resolução nº 5.850/2019. Esta situação é ainda mais evidente no presente caso, uma vez que, conforme exploramos acima, o Contrato de Concessão traz a metodologia correta a ser aplicada pela ANTT que estabelece



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

que a recomposição por Fluxo de Caixa Marginal ocorrerá para “*evento não sujeito a aplicação do Fator D*”.

577. A título de exemplo, vamos adotar valores hipotéticos para cada variável da cláusula 18.3.3:

TCP: 10 km

TBP: 0,5

Fator D: 5,0%

Fator Q: 0,0 (ANTT não aplica até o momento)

Fator X: 0,0 (ANTT não aplica até o momento)

Fator C: 2,0

IRT: 1,0

$\sum FCM$: 1,0

578. Aplicando os valores acima na equação que representa metodologia equivocada adotada na aplicação do Fator D para formação da tarifa de pedágio, temos:

$$\text{Tarifa de Pedágio} = TCP \times (TBP + \sum_{n=1}^{\infty} \text{FCMi}) \times (1 - D - Q) \times (IRT - X) + C$$

$$\text{Tarifa de Pedágio} = 16,25$$

579. A interpretação contratualmente correta a ser dada à equação de formação da Tarifa de Pedágio, na existência de Fluxo de Caixa Marginal vigente, deve ser a seguinte:

$$\text{Tarifa de Pedágio} = TCP \times \{[TBP \times (1 - D - Q)] + \sum_{n=1}^{\infty} \text{FCMi}\} \times (IRT - X) + C$$

580. Aplicando os mesmos valores hipotéticos na equação correta, temos:

$$\text{Tarifa de Pedágio} = 34,75$$

581. Note-se como na segunda versão do cálculo a aplicação do Fluxo de Caixa Marginal está separada da parte da TBP na qual incide o Fator D. Essa diferença na forma de cálculo que fez com que a aplicação pela Requerida do Fator D tenha



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

causado prejuízos à Requerente, para os quais a Requerida tem se negado a reequilibrar o Contrato de Concessão.

582. Pelo exposto, deve o Tribunal arbitral reconhecer o desequilíbrio provocado pelo descumprimento contratual da Requerida na aplicação indevida do Fator D sobre as parcelas de tarifa decorrentes do reequilíbrio econômico-financeiro pela utilização de Fluxo de Caixa Marginal, no montante de R\$ 2.361.297,60, em valores de maio de 2012, conforme a memória de cálculo constante do C - 183.

Incorreção da Aplicação de Fator D de Área Trincada

583. O Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas²⁴² (C - 184) em seu item 3.3 define que

“A trinca é uma degradação da superfície do pavimento devido ao dano acumulado produzido pela repetição de ciclos de carga e descarga, levando o pavimento a ruptura. Tal defeito permite a entrada de água, provocando o enfraquecimento da estrutura da pista de rolamento e o posterior surgimento de outras patologias como panelas. A verificação da área trincada do pavimento deve ser feita pela análise dos Relatórios de Monitoração de Pavimento, os quais serão entregues em concordância com o padrão estabelecido pela ANTT e deverão ser analisados com base nas premissas contidas no respectivo Manual de Análise.”

584. A avaliação do parâmetro referente à área trincada consta do item 3.1.1 do PER, numerado como indicador 6 da Tabela I do Anexo 5 do Contrato de Concessão. O referido indicador avalia o *Cumprimento dos limites máximos de áreas trincadas (TR)*, descontando-se 0,00144% por **quilometro** que esteja em desacordo com parâmetros contratuais.

²⁴² O Manual de Fiscalização foi apresentado às Concessionárias de Rodovias Federais em 31 de maio de 2017, por meio do Ofício Circular nº 012/2017/GEFOR/SUINF.



585. Durante a 1^a, 3^a e 4^a Revisões Ordinárias, a ANTT aplicou incorretamente o Desconto de Reequilíbrio do Fator D, contrariando a metodologia prevista no PER em relação ao parâmetro de desempenho de Área Trincada. Conforme se demonstrará abaixo, a ANTT considerou de modo equivocado o Desconto de Reequilíbrio em relação à Área Trincada, calculando-a em função de segmentos homogêneos (metodologia incorreta) e não em relação à área total da rodovia (metodologia correta).

586. Em fevereiro de 2016 a Concessionária, por meio do Ofício Circular nº 009/2016/GEFOR/SUINF (C - 185) foi informada da publicação da Portaria ANTT nº 584/2015, a qual tinha o objetivo de padronizar e aperfeiçoar o procedimento sancionatório no âmbito das Concessionárias de Rodovias Federais. Nesse sentido, foram publicados no sítio eletrônico da ANTT²⁴³ os modelos de Relatórios de Monitoração Padrão que deveriam ser seguidos pelas Concessionárias. Como parte integrante desses arquivos, consta o Relatório de Monitoração de Pavimento – Condições de Superfície, que descreve a metodologia de avaliação para o parâmetro de desempenho de Área Trincada, previsto da seguinte forma no item 3.1.1 do PER:

| PARÂMETRO DE DESEMPENHO | PRAZO DE ATENDIMENTO/FASE | | | | | | |
|---|---------------------------|-----------------------|-----------------------|-----------------------|--------------------|--------------------------------|-----------|
| | TRABALHOS INICIAIS | | RECUPERAÇÃO | | | MANUTENÇÃO | |
| | 9 meses | 24 meses | 36 meses | 48 meses | 60 meses | 357 meses | 360 meses |
| Porcentagem de área trincada (TR) máxima: | 20 % da área total | 20% em 60% da Rodovia | 20% em 40% da Rodovia | 20% em 20% da Rodovia | 15 % da área total | 0% (Ausência de área trincada) | |
| | | 15% em 40% da Rodovia | 15% em 60% da Rodovia | 15% em 80% da Rodovia | | | |

587. No referido modelo é dado um exemplo de como a Concessionária deve apresentar os resultados de forma gráfica e planilhada:

²⁴³ http://www.antt.gov.br/rodovias/Relatorios/Relatorios_de_Monitoracao_Padrao.html (último acesso em 07 de janeiro de 2020).



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS



Relatório de Monitoração de Pavimento
X ano concessão

Logotipo da concessionária

| BR XXX/XX - Área Trincada - TR | | |
|--------------------------------|------------------------------|-------|
| Área TR (m ²) | Área Total (m ²) | %TR |
| 12,64 | 259,20 | 4,88% |

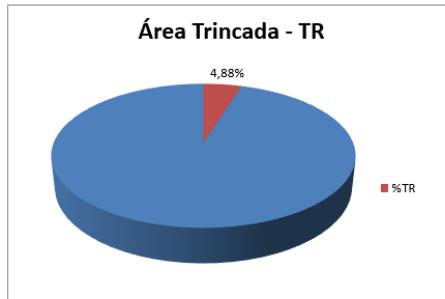


Figura 32 – Gráfico e planilha retirados do Relatório de Monitoração Padrão de Pavimento – Condições de Superfície

588. No âmbito da 2^a Revisão Ordinária, a Concessionária encaminhou à COINF-URRS os Relatórios de Monitoração por meio do Ofício 919/2016 (C - 186). Neste contexto, a COINF-URRS elaborou o Parecer Técnico nº 093/2016/COINF-URRS/SUINF (C - 187), que apurou o Desconto de Reequilíbrio referente à Área Trincada. Neste Parecer, a COINF-URRS entendeu que haveria “144 segmentos com área trincada superior a 20%”, o que implicaria um Desconto de Reequilíbrio de 0,20736% sobre o valor da tarifa.

589. Posteriormente, a COINF-URRS reconheceu que eram necessárias algumas considerações em relação à monitoração do 24º mês de área trincada, mas não revisou os quantitativos encaminhados por meio do Parecer Técnico nº 093/2016/COINF-URRS/SUINF (C - 187). Diante disso, emitiu o Ofício nº 227/2016/COINF-URRS/SUINF (C - 188) solicitando que a partir daquela monitoração os dados de área trincada fossem apresentados da seguinte forma:

“6.1 Relacionar em uma tabela resumo (modelo sugerido abaixo) as áreas e percentuais de trincamento de todos os segmentos homogêneos levantados (incluindo pistas e vias marginais);

| Pista (Simples/ S/N/MS/ | Km inicial | Km final | Extensão | Nº faixas | Largura | Área TR (m ²) | Área total (m ²) | %TR | Área TR SH | Área total SH |
|-------------------------------|---------------|-------------|----------|--------------|---------|---------------------------------|------------------------------------|-----|---------------|------------------|
|-------------------------------|---------------|-------------|----------|--------------|---------|---------------------------------|------------------------------------|-----|---------------|------------------|



| MN) | | | | | | | | | | |
|-----|---|---|-------|---|-----|------|--------|-------|--------|----------|
| S | 0 | 1 | 1,000 | 2 | 3,6 | 0,00 | 259,20 | 0,00% | 0,00 | 7.200,00 |
| S | 1 | 2 | 1,000 | 2 | 3,6 | 0,00 | 259,20 | 0,00% | 0,00 | 7.200,00 |
| S | 2 | 3 | 1,000 | 2 | 3,6 | 0,00 | 259,20 | 0,00% | 0,00 | 7.200,00 |
| S | 3 | 4 | 1,000 | 2 | 3,6 | 0,00 | 259,20 | 0,00% | 0,00 | 7.200,00 |
| S | 4 | 5 | 1,000 | 2 | 3,6 | 0,00 | 259,20 | 0,00% | 0,00 | 7.200,00 |
| S | 5 | 6 | 1,000 | 2 | 3,6 | 0,00 | 259,20 | 4,76% | 342,86 | 7.200,00 |

6.2 *Classificar os dados por percentual de trincamento em ordem crescente;*

6.3 *Calcular a soma acumulada das áreas de pavimento desses segmentos;*

6.4 *Ao atingir 40% da área total de pavimento, somar a área de trincamento desses segmentos e calcular o percentual de trincamento do mesmo;*

6.5 *Após deve-se calcular o percentual de trincamento dos segmentos restantes (aprox. 60%), ao dividir a soma das áreas de trincamento pela área de pavimento.*

7. Assim, será obtido o percentual de trincamento de 40% da rodovia e de 60% da rodovia, que, se forem menores do que 15% e 20%, estarão de acordo com a exigência do PER para o 24º mês de concessão.”

590. A Concessionária então apresentou os dados nas formas solicitadas na monitoração seguinte, de acordo com o Ofício Circular nº 009/2016/GEFOR/SUINF e o Ofício nº 227/2016/COINF-URRS/SUINF. Os dados foram detalhadamente analisados por meio do Parecer Técnico nº 078/2017/COINF-URRS/SUINF (C - 189) e corroborados pelo Parecer Técnico nº 261/2017/GEFOR/SUINF (C - 189), integrantes da 3ª Revisão Ordinária.

591. Ocorre que, na ocasião, o Desconto de Reequilíbrio novamente não foi apurado com base no previsto em contrato, concluindo-se no âmbito de tal Revisão Ordinária que haveria percentual de área trincada superior ao valor previsto contratualmente **em cada segmento homogêneo**, e não sobre **a área total da rodovia** (como manda o item 3.1.1 do PER). Assim, no Parecer Técnico nº 261/2017/GEFOR/SUINF (C - 189), a agência afirmou que “*foi constatado que 115,1 km de rodovia apresentou (sic) descumprimento do parâmetro de desempenho esperado*”,



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

o que gerou o Desconto de Reequilíbrio de 0,16574% sobre a tarifa cobrada pela Concessionária.

592. Tendo em vista a incorreção da metodologia utilizada pela GEFOR, a Concessionária se manifestou, por meio do Ofício CRO 1.611/2017 (C - 191), explicando que a metodologia adotada pela ANTT na 3^a Revisão Ordinária contrariava a metodologia aplicada pela própria COINF-URRS, que era compatível com o Contrato de Concessão, com o PER, com a Norma DNIT 007/2003-PRO e com os esclarecimentos ao Edital apresentados pela ANTT às licitantes, conforme demonstraremos detalhadamente nesta seção.

593. Foi apenas em 28 de dezembro de 2017 que a GEFOR reconheceu que a metodologia para verificar o cumprimento do parâmetro de desempenho relativo à Área Trincada foi erroneamente analisado. Mais do que isso, reconheceu que a metodologia aplicada até então não apenas era errada, mas também *"se difere daquela que normalmente é utilizada nas demais concessões"*. Por meio do Parecer Técnico nº 357/2017/GEFOR/SUINF (C - 193) informou que:

"[c]onsiderando a necessidade de pacificação da metodologia da avaliação da Área Trincada Máxima (TR) para efeito de aplicação do desconto de reequilíbrio, não será aplicado o desconto de reequilíbrio desse parâmetro nesse momento". Conforme explica a ANTT, a metodologia que foi utilizada no caso da CRO se difere daquela que normalmente é utilizada nas demais concessões, de modo que, ao invés de verificar o percentual de áreas trincadas sobre a extensão total da rodovia, a ANTT optou, equivocadamente, por verificar o "percentual executado em cada segmento homogêneo de 1 km, somando a quantidade de segmentos homogêneos em inconformidade". (grifos nossos)

594. Em síntese, a Concessionária demonstrou que o cálculo do Desconto de Reequilíbrio sobre áreas trincadas deveria ter por base a área total da rodovia, e não a quantidade de segmentos homogêneos, como inicialmente entendeu a ANTT. Reconhecendo o equívoco, a ANTT optou por não aplicar o Desconto de Reequilíbrio relativo ao parâmetro de desempenho em questão até que se



pacificasse a metodologia de cálculo. No entanto, o prejuízo ao equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão já tinha ocorrido nas Revisões Ordinárias anteriores, o que voltaria a ocorrer também na 4ª Revisão Ordinária.

595. O item 3.1.1 do PER estabeleceu Parâmetros de Desempenho a serem atingidos pela Concessionária ao longo do Prazo da Concessão com metas progressivas sobre a porcentagem de área trincada máxima permitida durante os anos da Concessão até alcançar, no 357º mês da Concessão o percentual de 0% de área trincada. A título de exemplo, para o 3º ano da Concessão (objeto da 3ª Revisão Ordinária), a Concessionária deveria manter, em 40% da rodovia um percentual máximo de 20% de área trincada e, nos restantes 60% da rodovia, um percentual máximo de 15% de áreas trincadas, como destacado abaixo:

| PARÂMETRO DE DESEMPENHO | PRAZO DE ATENDIMENTO/FASE | | | | | | |
|---|---------------------------|-----------------------|-----------------------|-----------------------|--------------------|--------------------------------|-----------|
| | TRABALHOS INICIAIS | | RECUPERAÇÃO | | | MANUTENÇÃO | |
| | 9 meses | 24 meses | 36 meses | 48 meses | 60 meses | 357 meses | 360 meses |
| Porcentagem de área trincada (TR) máxima: | 20 % da área total | 20% em 60% da Rodovia | 20% em 40% da Rodovia | 20% em 20% da Rodovia | 15 % da área total | 0% (Ausência de área trincada) | |
| | | 15% em 40% da Rodovia | 15% em 60% da Rodovia | 15% em 80% da Rodovia | | | |

596. Isto é, a porcentagem de área trincada máxima para o 3º ano da Concessão deveria ser de até 20% em 40% **da área da rodovia** e de até 15% nos restantes 60% da área da rodovia. A leitura do item 3.1.1 do PER não deixa dúvidas sobre o fato de que se trata de porcentagem **relativa à área da rodovia**, de modo que não é possível afirmar que seria uma porcentagem da área de cada segmento homogêneo.

597. Caso o PER buscasse estabelecer a área máxima de trinca em relação a segmentos homogêneos, **assim deveria ter realizado expressamente**, tal como o fez, por exemplo, em relação ao item de obras de fluidez e conforto (item 3.2.3.2):

“A partir do início do 61º (sexagésimo primeiro) mês da Concessão e durante todos os meses subsequentes, todos os dispositivos de interconexão deverão ser monitorados.



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Esses dispositivos deverão obrigatoriamente garantir que a velocidade média da rodovia, medida durante o período de 30 dias consecutivos dentro de 500 m (quinhentos metros) antes e de 500 m (quinhentos metros) depois do dispositivo, não seja inferior a 90% (noventa por cento) da média de velocidade no subtrecho homogêneo” (grifou-se)

598. Ainda, na ata de respostas aos pedidos de esclarecimento do Edital, a ANTT informou que *“para o 24º mês, o parâmetro de trincamento máximo é 20% para 60% da rodovia e 15% para os outros 40% da rodovia”*.²⁴⁴ Ou seja, a própria ANTT, à época do período licitatório, determinava que a avaliação do parâmetro de trincamento fosse sobre a área da rodovia e não sobre segmentos homogêneos.

599. O item 11.2.5 do Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas²⁴⁵ apresenta as caracterizações técnicas e orientações sobre as análises dos relatórios de monitoração dos pavimentos sobre as Áreas Trincadas Máximas:

“A análise dos valores de Percentual de Área trincada (% TR) deverá ser feita conforme previsto no respectivo padrão de Relatório de Monitoração, ou seja, considerando o levantamento realizado em todo o trecho da Rodovia, de acordo com a Norma DNIT 007/2003-PRO. Esta norma determina a extensão máxima de segmento homogêneo de 300 m a 20 km, diferente da segmentação limitada no PER. Assim, para atender às especificações, os segmentos homogêneos serão limitados conforme o PER, em 1 km. Ademais, apesar de o ensaio ser feito em segmentos de 1 (um) quilômetro, o parâmetro será verificado em relação à área total da rodovia ponderando-se a área trincada de cada segmento e sua extensão”. (grifos nossos)

²⁴⁴ Resposta à Pergunta nº 2 (protocolo nº 1599447).

²⁴⁵ O Manual de Fiscalização foi apresentado às Concessionárias de Rodovias Federais em 31 de maio de 2017, por meio do Ofício Circular nº 012/2017/GEFOR/SUINF.



PORUTAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

600. Assim, o que se percebe a partir da leitura do Manual de Fiscalização é que a ANTT se confundiu no momento de aplicação da metodologia para o cálculo as áreas trincadas. O item 4.2.1 do PER dispõe que “[p]ara os Relatórios de Monitoração do Pavimento deverão ser definidos segmentos homogêneos de, no máximo, 1 (um) km”. No entanto, o Manual de Fiscalização e o PER estabelecem que, apesar de a medição ser realizada em segmentos de 1 km, o parâmetro de atendimento do percentual de área trincada deverá ser verificado em relação à **área total da rodovia**.

601. Em outros termos: a **unidade** a ser considerada, para avaliação deste parâmetro de desempenho, é área. O erro da agência decorre dessa confusão inicial, ao tomar como elemento de medição da área a quantidade de segmentos homogêneos. A metodologia correta utiliza como denominador a área total da rodovia, ponderando-se a área trincada de cada segmento e sua extensão. A metodologia aplicada erradamente pela ANTT utiliza como denominador a quantidade de segmentos homogêneos em que houve a presença de percentual de área trincada acima do permitido pelo item 3.1.1 do PER. Isso fica evidente do trecho citado da manifestação original da COINF que alegou haver “144 segmentos” com área trincada superior ao permitido, e não um determinado valor de km² de pavimento rodoviário.

602. É importante notar também, conforme expresso pela própria SUINF-GEFOR por meio do Parecer Técnico nº 357/2017/GEFOR/SUINF, que a metodologia aplicada até a edição deste parecer não apenas era errada, mas também “*difere daquela que normalmente é utilizada nas demais concessões*”. Para a melhor compreensão da diferenciação entre a metodologia correta e a metodologia aplicada pela ANTT, apresentaremos um caso hipotético e simplificado supondo que haja uma rodovia de apenas 9 km de extensão.

603. A concessionária que administra esse trecho realizou a monitoração do pavimento e avaliou os parâmetros do 60º mês, que para área trincada é “Percentagem de área trincada máxima: **15% da área total da Rodovia**”. No envio do Relatório de Monitoração foram consideradas as orientações expressas no



Ofício nº 227/2016/COINF-URRS/SUINF, transcrita no parágrafo 589 no início desta seção.

604. Dessa forma, a rodovia foi dividida em 9 segmentos homogêneos iguais de 1 quilômetro de extensão, os quais foram classificados por percentual de trincamento em ordem crescente. Vejamos.

| Rodovia | SH | Pista | km Inicial | km Final | Extensão (m) | Nº Faixas | Largura de Faixa (m) | Área TR (m ²) | Área Total (m ²) | % TR | Área TR SH | Área Total SH | Área trincada |
|---------|----|--------------------|------------|----------|--------------|-----------|----------------------|---------------------------|------------------------------|--------|------------|---------------|---------------|
| BR163 | 1 | Simples | 538+000 | 539+000 | 1.000 | 2 | 3,6 | 38,2 | 259,2 | 14,74% | 1.061 | 7.200 | 1.061,28 |
| BR163 | 2 | Simples | 813+000 | 814+000 | 1.000 | 2 | 3,6 | 38,2 | 259,2 | 14,74% | 1.061 | 7.200 | 1.061,28 |
| BR163 | 3 | Simples | 812+000 | 813+000 | 1.000 | 2 | 3,6 | 38,3 | 259,2 | 14,76% | 1.063 | 7.200 | 1.062,72 |
| BR364 | 4 | Simples | 446+000 | 447+000 | 1.000 | 2 | 3,6 | 38,4 | 259,2 | 14,80% | 1.066 | 7.200 | 1.065,60 |
| BR163 | 5 | Dupla Decrescente* | 3+000 | 4+000 | 1.000 | 2 | 3,6 | 38,7 | 259,2 | 14,92% | 1.074 | 7.200 | 1.074,24 |
| BR163 | 6 | Simples | 656+000 | 657+000 | 1.000 | 2 | 3,6 | 39,1 | 259,2 | 15,08% | 1.086 | 7.200 | 1.085,76 |
| BR163 | 7 | Simples | 698+000 | 699+000 | 1.000 | 2 | 3,6 | 39,5 | 259,2 | 15,24% | 1.097 | 7.200 | 1.097,28 |
| BR163 | 8 | Simples | 697+000 | 698+000 | 1.000 | 2 | 3,6 | 39,6 | 259,2 | 15,27% | 1.099 | 7.200 | 1.099,44 |
| BR364 | 9 | Simples | 522+000 | 523+000 | 1.000 | 2 | 3,6 | 39,8 | 259,2 | 15,36% | 1.106 | 7.200 | 1.105,92 |

605. Em seguida, somou-se a área de cada segmento homogêneo, de forma a obter a área total da rodovia: 64.000,0m². O resultado de 15% dessa área total é 9.720,0m², então tem-se que **o limite de área trincada para esse exemplo é de 9.720,0m²**.

606. Na monitoração realizada, foi verificado a percentagem de área trincada em cada segmento homogêneo e relacionado individualmente na coluna “Área TR SH”. Dessa forma fica claro quais os segmentos homogêneos estão com área trincada maior que **15% de sua área total**.

607. Dando continuidade na análise, realizou-se a somatória da área trincada (coluna “Área Trincada”) dos segmentos homogêneos em vermelho, resultando em 4.388m² de área trincada em toda a Rodovia.

| Parâmetro PER: 15% da área total | Limite PER - 15% (m ²) | Monitoração (m ²) |
|---|------------------------------------|-------------------------------|
| Área total da Rodovia (m ²): 64.800 | 9.720 | 4.388 |

608. Como mencionado acima, o limite de área trincada para essa Rodovia é de 9.720m², ou seja, para esse caso constatou-se que a área trincada está conforme quanto ao parâmetro do 60º mês de “Percentagem de área trincada máxima” – conforme o item 3.1.1 do PER.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

609. Por sua vez, a forma calculada pela ANTT é a seguinte: considera-se uma rodovia com 9 segmentos homogêneos e a partir daí são aplicados os parâmetros considerando a percentagem de área trincada **para cada segmento homogêneo em particular**.

| Parâmetro PER: 15% da área total | Limite ANTT - 15% de SH com área maior que 15% de trincamento | Monitoração |
|----------------------------------|---|-------------|
| Total de SH da Rodovia: 9 | 1 | 4 |

610. Nesse caso, como 4 segmentos estão com área trincada maior que 15%, para o cálculo do Fator D seriam descontados 4 segmentos homogêneos ou 4 km, **enquanto na forma correta de cálculo, a concessionária estaria atendendo plenamente o referido parâmetro**.

611. Tendo em vista, portanto, que a metodologia defendida pela Concessionária é a correta e a condizente com o expresso no PER – o que, repita-se, já foi reconhecido pela própria GEFOR –, é necessário verificar que a aplicação desta metodologia resultaria no não descumprimento dos Parâmetros de Desempenho. E, com isso, não haveria Desconto de Reequilíbrio do Fator D pela ANTT, o que demonstra que tal desconto foi ilegal e merece ser reequilibrado.

612. Aplicando a metodologia correta à 1^a Revisão Ordinária, percebe-se que a Concessionária não descumpriu os Parâmetros de Desempenho referentes às Áreas Trincadas e, portanto, não deveria ter ocorrido o Desconto de Reequilíbrio do Fator D pela ANTT. Conforme previsto no item 3.1.1 do PER, a porcentagem de área trincada máxima no 24º mês da Concessão deveria ser de 20% em 60% da rodovia e de 15% em 40% da rodovia. Aplicando-se a metodologia correta, verifica-se que a Concessionária não descumpriu os Parâmetros de Desempenho:

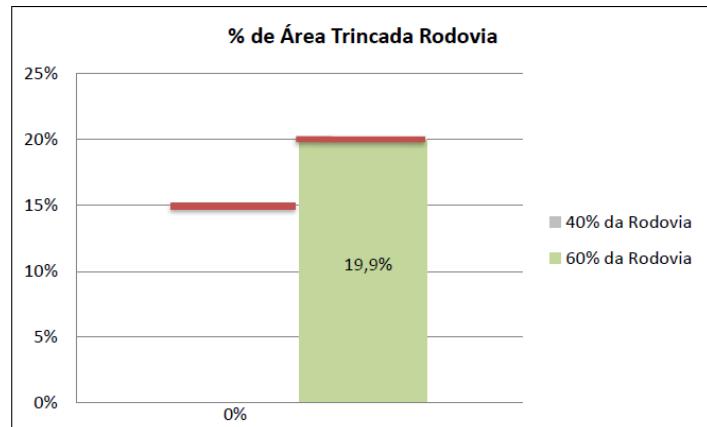
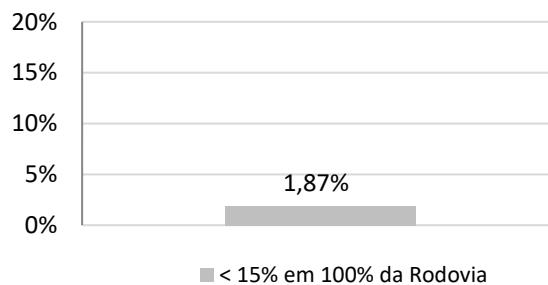


Figura 34 - Aplicação do Fator D em relação ao 24º Mês

613. Já no 36º mês da Concessão, a porcentagem de área trincada máxima deveria ser de 20% em 40% da rodovia e de 15% em 60% da rodovia. Neste caso, no entanto, é necessário verificar que o PER estabelece que nos locais em que houver a duplicação de pista,²⁴⁶ os Parâmetros de Desempenho a serem aplicados sobre aquele trecho deverão ser aqueles equivalentes ao previsto para o 60º mês da Concessão (isto é, de 15% de área trincada sobre a área total da rodovia), ao passo que nos locais de pista simples aplicam-se os Parâmetros de Desempenho referentes ao 36º mês da Concessão. Assim, as análises estatísticas realizadas para os dados do 36º mês-concessão seguindo as orientações do PER, tratando em separado os Parâmetros de Desempenho para a Pista Simples (36º mês) e Pista Duplicada (60º mês), resultaram na seguinte avaliação:

**Porcentagem de Trincamento por SH
BR-163/MT: Pista Duplicada**



²⁴⁶ A duplicação ocorreu nos trechos do km 0+000 ao 117+400 da BR-163/MT.

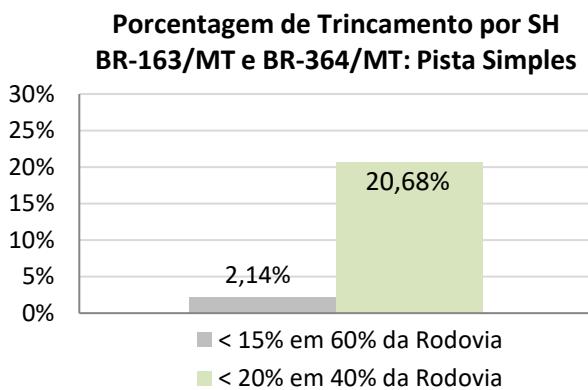


Figura 35 - Aplicação do Fator D em relação ao 36º Mês

614. Portanto, verifica-se que, em relação ao 36º mês da Concessão, foi necessário dividir a área total da rodovia em dois grupos distintos: trecho com rodovia simples (deve seguir o parâmetro de trincamento máximo de 15% para 60% da rodovia e 20% para os outros 40% da rodovia) e o trecho com pista duplicada (que deve atender ao índice máximo de 15% de área trincada total da rodovia). Assim, verifica-se que o trecho duplicado resultou em 1,87% de segmentos homogêneos com área total trincadas e o trecho não duplicado contou com 2,14% (60% da rodovia) e 20,68% (40% da rodovia). Portanto, a Concessionária não atendeu aos Parâmetros de Desempenho do 36º mês da Concessão 0,68% da área total da rodovia (resultantes de 20,68% - 20%), ou seja, se a Concessionária corrigisse integralmente os 2 piores segmentos, estaria cumprindo o parâmetro. Dessa forma, o desconto a ser considerado no Fator D para o ano em tela, seria de 2 km. Este resultado difere da metodologia equivocadamente aplicada pela ANTT, em que o descumprimento dos Parâmetros de Desempenho seria de 115,1 km.

615. Portanto, considerando a aplicação incorreta do fator D sobre as áreas trincadas, requer-se a compensação econômico financeira em razão do desequilíbrio causado a Concessionária no montante de R\$ 1.267.753,37 em valores de maio de 2012 conforme memorial de cálculo constante no C - 194.



Não aceite de obras de duplicação

616. Conforme já explicitado nesta peça, o PER previu a execução de obras da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço para que a Concessionária realize obras para a duplicação, implantação de vias marginais, viadutos e passagens inferiores, trevos em nível, correções de traçado, passarelas e melhorias em acessos, implantação de barreiras divisórias de pistas e implantação de pórticos, observados os parâmetros técnicos estabelecidos.

617. Em sua seção 3.2.1, o PER determinou os quantitativos, prazos e outras especificidades das obras de ampliação de capacidade e melhorias definidas para o período da concessão. Dentre essas disposições, foram estabelecidas metas de extensão rodoviária a serem executadas pela Concessionária em cada ano para a implantação de pista dupla (Item 3.2.1.1), bem como de construção de dispositivos, como interconexões diamante (Item 3.2.1.2).

618. Nesse contexto, a meta de duplicação das vias para o Ano 1 foi estabelecida em 72,6 km (setenta e dois vírgula seis quilômetros) de vias. Para o Ano 2, foi determinada a meta de 108,9 km (cento e oito vírgula nove quilômetros). Já para o Ano 3, o PER dispôs que seriam realizadas obras para uma expansão de 154,2 km (cento e cinquenta e quatro vírgula dois quilômetros). Para o ano seguinte, a previsão foi de 117,9 km (cento e dezessete vírgula nove quilômetros) construídos.²⁴⁷ Além disso, uma das obras de melhorias definidas nessa seção do PER foi a construção de dispositivo de interconexão diamante no km 77 da rodovia, identificado como Diamante 3.

619. Quanto às obras de duplicação da rodovia, entre 21 de março de 2015 e 20 de março de 2016, a Concessionária executou 117,4 km (cento e dezessete vírgula quatro quilômetros) de extensão de vias, conforme informado no Ofício CRO 874/2016 (C - 195). Isso significa que a Concessionária não somente cumpriu a meta de expansão disposta no PER para o Ano 1, como a ultrapassou em 44,8 km (quarenta e quatro vírgula oito quilômetros).

²⁴⁷ As metas anuais da Frente de Ampliação constam do item 3.2.1.1 do PER.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

620. Houve, portanto, a antecipação da implantação de pistas, ensejando a aplicação do Acréscimo de Reequilíbrio correspondente previsto no cômputo do Fator D, segundo a Cláusula 22.6 e Anexo 5 do Contrato de Concessão. O Fator D, conforme já explicado na seção III.E.2. , se reporta aos Parâmetros de Desempenho da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço, representando a aplicação de Acréscimo ou Desconto na TBP de forma proporcional ao percentual de obras e serviços previstos no PER antecipados pela Concessionária ou não executados por ela, respectivamente.

621. Uma vez constatada a superação da meta estabelecida para as obras de ampliação do Ano 1 da concessão, a ANTT prosseguiu com o Acréscimo de Reequilíbrio referente às obras de Ampliação de Capacidade para o Ano 1 (2º ano da concessão), conforme item 3.1.2 da Nota Técnica nº 166/2016/GEROR/SUINF, que subsidia a 1ª Revisão Ordinária do Contrato de Concessão. Como as metas referentes às obras de duplicação haviam sido não somente cumpridas, mas também superadas nesse ano, era cabível a alteração proporcional na TBP, representando acréscimo de acordo com a metodologia de cálculo do Fator D.²⁴⁸

622. Contudo, apesar de a Concessionária comprovadamente ter atingido e ultrapassado a meta de duplicação estabelecida no PER para o ano 1, a ANTT, de forma incorreta, glosou determinados trechos da meta de duplicação. Isto é, a agência desconsiderou a realização de obras, em relação aos seguintes trechos: (i) do km 76,7 ao km 77,1 (obra do diamante nº 3) (ii) do km 0,000 ao km 0,700 (construção da Ponte sobre o Rio Correntes); e (iii) do km 94,9 ao km 96,7 (trecho de duplicação). Com isso, a ANTT apenas considerou a execução de 114,4km extensão para o Ano 1 (Parecer Técnico nº 106/2016/GEFOR/SUINF (C - 196), que subsidiou a 1ª Revisão Ordinária), enquanto o valor real de obras de ampliação realizadas pela Concessionária atingiu 117,4 km de extensão. Essa circunstância

²⁴⁸ Conforme dispõe o item 3 do Anexo 5 ao Contrato de Concessão, que trata do Acréscimo de Reequilíbrio pela aplicação da metodologia de cálculo do Fator D, “*o Acréscimo de Reequilíbrio não constitui espécie de bonificação em favor da Concessionária, mas sim mecanismo pré-fixado de resarcimento da Concessionária pela antecipação de investimentos previstos para a execução das Obras de Ampliação previstas no PER. Pressupõe que, se as Obras de Ampliação tiveram seu prazo de execução antecipado pela Concessionária, o custo financeiro adicional deve ser resarcido em decorrência do atendimento ao interesse público pela ampliação de capacidade disponibilizada aos usuários.*”



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

reduziu significativamente a capacidade financeira da Concessionária desde a 1^a Revisão Ordinária do Contrato de Concessão.

623. Por sua vez, na 2^a Revisão Ordinária e 5^a Revisão Extraordinária, não foi apurado o Fator D, conforme Nota Técnica nº 166/2017/GEROR/SUINF (C - 165). Já na 3^a Revisão Ordinária e 6^a Revisão Extraordinária, fundamentada na Nota Técnica nº 042/2018/GERE/8SUINF (C - 192) a meta de duplicação do ano 2 foi apurada por meio do Parecer Técnico nº 357/2017/GEFOR/SUINF (C - 193). Contudo, na 4^a Revisão Ordinária e 7^a Revisão Extraordinária a ANTT revisa todos os anos anteriores e continua não aceitando as obras, apesar de todos os estudos apresentados.

624. Em 17 de abril de 2019, a ANTT, por meio do Ofício nº 1.572/2019/GEFIR/SUINF (C - 197), encaminhou o Parecer Técnico nº 24/2019/GEFIR/SUINF que analisou o Ofício CRO 2.149/2018 (C - 199) e apresentou discordância do cálculo consolidado do Desconto/Acréscimo de Reequilíbrio apresentado pela Concessionária. Em resposta, a Requerente apresentou o Ofício 2.422/2019, que encaminhou Relatório Técnico acerca da 4^a Revisão Ordinária e 7^a Revisão Extraordinária, questionando o cálculo do Fator D considerado pela ANTT. Por meio do Ofício 2.425/2019 (C - 199), a Concessionária também solicitou o reexame do cálculo para o Fator D consolidado, reafirmando a realização da duplicação de 117,4 km de extensão de rodovias durante o Ano 1 da Concessão e citando os três trechos que haviam sido objeto de glosa pela ANTT.

625. Na mais recente manifestação da ANTT por meio do Ofício SEI nº 13403/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, que encaminha o Parecer 581/2019/GEFIR/SUINF/DIR (C - 201), a agência novamente reduziu a extensão considerada como concluída nos anos anteriores. Apesar da conclusão de 117,4 km (cento dezessete vírgula quatro quilômetros) de extensão referentes às obras de ampliação realizadas pela Concessionária, a ANTT passou a considerar apenas a realização de 114,4 km (cento e quatorze vírgula quatro quilômetros) de obras efetuadas para o fim do cômputo da meta do ano 1. Assim é que a ANTT, por meio do Ofício SEI nº 8530/2019/GERE/SUINF/DIR-ANTT, que deu origem



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

ao Voto DEB 367/2019 (C - 29) e à Deliberação 1.051/2019 (C - 106), no âmbito da 4^a Revisão Ordinária, 7^a Revisão Extraordinária, permaneceu aplicando de forma equivocada o Fator D apurado, prejudicando a Concessionária.

626. Sendo assim, uma vez explicitado o equívoco da ANTT na aplicação do Fator D e o impacto no equilíbrio econômico-financeiro da Concessão, passa-se a examinar, em maior detalhe, cada um dos três itens objeto de glossa pela ANTT na avaliação do alcance das metas previstas no PER, demonstrando-se como foi indevida a não consideração das obras abaixo analisadas no cômputo das metas de expansão de capacidade da Requerente.

III.E.4.a. Diamante 3

627. O PER previu a implantação de dispositivo do tipo “Interconexão Diamante” no km 77 da Rodovia BR-163/MT, entroncamento com a Rodovia MT 040. A Concessionária, ao avaliar o anteprojeto elaborado, verificou a desnecessidade de instalação da rótula (rotatória) que constava no diamante no lado sul, conforme afirmado no Caderno de resposta aos questionamentos do Parecer Técnico nº 0802/2018/GEENG/SUINF (C - 204). Isso porque, na fase de execução do projeto, o levantamento realizado em campo e as informações obtidas dos usuários lindeiros permitiram constatar que a via a que se ligava o Diamante por meio da rótula suprimida se tratava, apenas, de passagem intermitente entre as propriedades lindeiras, sem ligação com a rodovia. Assim, a Concessionária concebeu novo projeto executivo, sem a referida rótula, mas com mais uma alça de acesso na MT-040. Essa configuração garantiria o acesso aos usuários do posto de combustível localizado nesse entroncamento, atendendo às necessidades locais reais.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

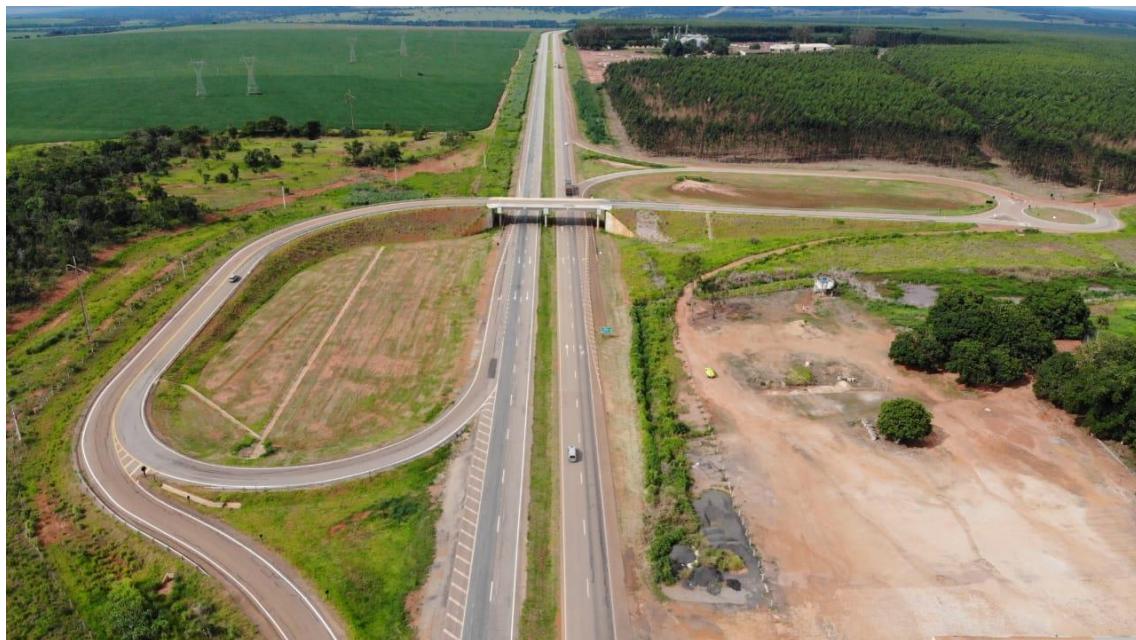


Figura 36 - Adequação da solução da Concessionária ao Diamante 03

628. Contudo, a ANTT, por meio do Ofício nº 1.557/2018/GEENG/SUINF (C - 203) solicitou estudos complementares para confirmar a adequação da solução dada pela Concessionária ao projeto. Em resposta a esse ofício, a CRO encaminhou o Ofício CRO 2.413/2019 (C - 204), em que apresentou as justificativas para a implantação da solução adotada.

629. O ofício da Concessionária esclareceu que o entroncamento entre a BR-163/MT e a MT- 040, no km 76+900, não apresenta alta densidade, tratando-se de estrada vicinal com baixo fluxo de veículos e sem leito pavimentado. Assim, a função da MT-040 é apenas servir de ligação a pequenas propriedades rurais, cujo acesso ao Sistema Rodoviário permanecia garantido. Explicou-se também que não há rodovia com interligação à oeste do dispositivo que justificasse a inclusão de rotatória. Ou seja, o dispositivo, da forma como foi construído pela Requerente, seria capaz de atender a todas as necessidades de deslocamento dos usuários das vias em questão.

630. Além de esclarecer as circunstâncias que tornavam desnecessária a construção da rótula indicada, o referido ofício da CRO apresentou Estudo de Capacidade do Diamante 03 (C - 205), desenvolvido pela empresa Infraplan



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Consultoria. Nesse estudo, verificou-se a demanda de tráfego no trecho, de modo a determinar a intensidade e composição do volume de tráfego e a projeção do tráfego do cenário futuro (até o ano 2044), considerando-se o crescimento padrão de 3% ao ano. O documento esclareceu, dessa forma, que o Diamante 3, conforme executado pela Concessionária, atende perfeitamente ao tráfego projetado para 2044.

631. Além disso, apesar de a ANTT, no Ofício nº 1.557/2018/GEENG/SUINF ter afirmado que “a concessionária apresentou solução do tipo “Trevo Parcial”, o dispositivo construído não deixa de atender à descrição de interseção do tipo diamante do Manual de Projeto de Intersecções do DNIT (C - 206). Segundo o manual, as soluções do tipo Interconexão Diamante e Trevo Parcial se caracterizam da seguinte forma:

“Diamante: interconexão em que a via principal apresenta, para cada sentido, uma saída à direita antes do cruzamento e uma entrada à direita após o mesmo. As conexões na via secundária são interseções em nível. (...)

Trevo parcial: interconexão formada pela eliminação de um ou mais ramos de um trevo completo, apresentando pelo menos um ramo em laço.”

632. Considerando-se essas definições, mantém-se a categorização do dispositivo construído como diamante, de modo que a sua descaracterização como tal indicada no ofício da ANTT é incorreta, conforme demonstrado no C - 207.

633. Tão notável é a adequação do dispositivo construído pela Concessionária, que a própria Fiscalização da ANTT, por meio do Relatório de Vistoria nº 001/2016/GEFOR/SUINF (C - 208), apesar de ter ressalvado o não aceite das obras pela ANTT, atestou que ele está adequado às necessidades do local. Afirma, assim, o relatório:

“Do ponto de vista da funcionalidade, esta equipe constatou que o dispositivo construído está adequado à circunstância local, uma vez que a MT-040, que encontra a BR-163/MT no lado leste, não tem



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

prolongamento do outro lado da pista. O entroncamento existente é na forma de T."

634. Diante desse contexto, e da esclarecedora fundamentação técnica da adequação do dispositivo, a Requerida por meio do Ofício nº 5.271/2019/CPROJ/GEENG/SUINF/DIR-ANTT, de 05 de junho de 2019 (C - 209), informou sua **não objeção** em relação à solução adotada pela Requerente na execução do dispositivo Diamante 03 da BR-163/MT. No Relatório de Análise de Projeto anexo a esse ofício da ANTT, determinou-se que a Concessionária *"demonstrou tecnicamente que a implantação do Diamante 03 – km 76+900 da BR-163/MT, não trará perda de funcionalidade e capacidade se comparada a obra prevista no PER"*.

635. Apesar disso, a Requerida, no que concerne o reconhecimento de tal dispositivo, continua mantendo sua avaliação equivocada dessas obras para fins do cálculo do Fator D. É o que se verifica a partir da análise do Parecer 581/2019/GEFIR/SUINF/DIR, em que a ANTT mais recentemente se manifestou sobre o cálculo do Fator D consolidado. Nesse ofício, a agência reiterou sua negativa em efetuar o reequilíbrio relativo a este evento. Também indevidamente se recusou a promover o reequilíbrio em sede da última Revisão Ordinária e Extraordinária do Contrato, de acordo com o pleito apresentado no Ofício 2.422/2019. O pleito foi analisado pelo Ofício SEI nº 8530/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT, que deu origem ao Voto DEB 367/2019 (C - 29) e à Deliberação 1.051/2019 (C - 106), que não consideraram o trecho em questão como executado pela Requerente.

III.E.4.b. Duplicação – Ponte sobre o Rio Correntes

636. As obras de expansão de capacidade da Ponte sobre o Rio Correntes (objeto da seção III.B.5.b), que liga os estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, envolve trecho sob responsabilidade da CRO e trecho sob controle da concessionária MSVIA, delegatária da Requerida na BR-163/MS.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

637. Era obrigação da Requerente realizar as obras em parte da ponte, dentro dos limites do Sistema Rodoviário definido no Contrato de Concessão e por ela recebido no Termo de Arrolamento. A seção faltante, correspondente à ligação com a BR-163/MS, inserida já no estado do MS, deveria ser complementada por obras da MSVIA. A Requerente realizou devidamente as obras para conclusão do trecho da ponte sob sua responsabilidade; no entanto, a MSVIA não completou suas obrigações, restando concluir a construção da cabeceira sul de acesso à ponte.



Figura 38 - Imagem da cabeceira sul da Ponte do Rio Correntes, no Estado do Mato Grosso do Sul

638. Em razão disso, obviamente, não foi possível, até o presente momento, liberar o trecho duplicado da ponte para o tráfego vindo do Estado do Mato Grosso, já que a ponte encontra-se incompleta, devido ao descumprimento das obrigações de realização de obras da MSVIA, responsável pelo trecho localizado no Estado do Mato Grosso do Sul, área fora Sistema Rodoviário.

639. Note-se que a Requerente realizou as obras de sua responsabilidade até o km 0+000 da BR-163/MT, que representa o marco inicial do Sistema Rodoviário



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

conforme o APÊNDICE A do PER. Confira-se, nesse sentido, o que comanda o PER:

APÊNDICE A – DETALHAMENTO DO SISTEMA RODOVIÁRIO

| Código PNV | Local de Início | Local de Fim | km Início | km Fim | Ext. (km) | Situação | Obs |
|------------|-----------------|--------------|-----------|--------|-----------|----------|-------|
| 163BMT0560 | DIV MS/MT | ENTR MT-299 | 0,0 | 14,0 | 14,0 | PAV | Obs.1 |

Obs.1: A ponte da divisa MT/MS faz parte da concessão.

640. Em 03 de novembro de 2016, ANTT solicitou, por meio do Ofício ANTT 344/2016/COINF-URRS/SUINF (C - 210), o cronograma de execução das obras da cabeceira sul da Ponte sobre o Rio Correntes, compatível com a previsão apresentada pela Concessionária MSVIA, considerando que haveria sobreposição da meta da Requerente com a da MSVIA. Na ocasião, foi informado que a Concessionária MSVIA concluiria as obras de duplicação até 30 de novembro de 2017, fato que não ocorreu, prejudicando a CRO até o momento.

641. À época, a CRO informou a ANTT por meio do Ofício CRO 1610/2017 (C - 211) sobre a impossibilidade de apresentação de um cronograma de execução das obras da cabeceira sul da ponte, considerando que a Requerente não é a responsável pela realização das obras no trecho faltante da ponte. É que, como já afirmado, o referido trecho se encontra sob responsabilidade da MSVIA, não da Concessionária, e a Requerente sequer teria a licença ambiental para realizar tais obras.

642. Mesmo não sendo área sob sua responsabilidade, a Requerente, tentando de boa-fé atender à solicitação da Requerida, buscou a realização de aditamento ao Acordo de Cooperação Técnica nº 034/2013 (C - 212), mediante o Ofício CRO-MA 034/2016 (C - 213). O Acordo de Cooperação Técnica, celebrado entre SEMA e o IBAMA, tem como objetivo a delegação da atribuição para o licenciamento ambiental da obra de duplicação da rodovia BR-163 **no Estado do Mato Grosso**. Já o aditamento sugerido determinaria a extensão de área, no que tange à ponte sobre o Rio Correntes, para que fosse concluído o aterro da cabeceira sul da



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

ponte, que não era objeto do referido Acordo de Cooperação Técnica por estar localizado em trecho já em território sul-mato-grossense.

643. Ocorre que a referida área é de competência do Estado do Mato Grosso do Sul, de modo que **sequer a SEMA, entidade estadual mato-grossense, teria competência para atender ao pedido da Requerente**. Assim, foi negada a solicitação da Concessionária, que se manteve, então, impedida de realizar as obras necessárias para a conclusão da ponte e sua posterior abertura ao tráfego, conforme se verifica a partir da leitura do Ofício nº 1.123/2017/GAB/SEMA (C - 214). Neste ofício, ao tratar do aditamento proposto, afirma a SEMA que “*não é possível colocar em prática, haja vista que tal alteração é vedada por legislação vigente*”.

644. Como não foi possível nem obter autorização para concluir as obras naquele trecho, a ponte ainda não pôde ser liberada para o tráfego, sem culpa da Requerente. Sob a alegação, então, de que a ausência dessa liberação obsta o reconhecimento da conclusão das obras, a ANTT desconsiderou as obras referentes à construção dessa ponte em seu cálculo de avaliação das metas citadas. É o que se verifica a partir da leitura do Ofício nº 1.572/2019/GEFIR/SUINF (C - 215), que desconsiderou em sua análise as obras de duplicação e implantação da Ponte sobre o Rio Correntes no km 0+000 da BR-163/MT. Isso porque, segundo a agência, dentre as condições técnicas consideradas pela ANTT para julgar cumprida uma obra prevista no PER estaria a sua operacionalização integral e abertura efetiva ao tráfego, nos termos da cláusula 10.3.1 (i) do Contrato de Concessão. Ou seja, ainda que concluídas as obras sob responsabilidade da Concessionária, elas não poderiam ser consideradas, nesta interpretação desarrazoada da Requerida, como completas pela agência se ainda não tiverem sido abertas ao tráfego.

645. O argumento utilizado para a exclusão do referido trecho pela ANTT para fins de avaliação das metas estabelecidas no PER tem relação com a metodologia de avaliação do cumprimento das obrigações contratuais para aferição do Fator D. De fato, o Contrato de Concessão estabelece que investimentos não realizados ou insuficientes, traduzidos em inexecuções ou execuções parciais, não poderão



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

ser considerados em sua integralidade. Nesse sentido dispõe o item 2.3 do Anexo 5 – Fator D:

“2.3 (...) caso se verifique o não atendimento parcial dos Escopos, Parâmetros de Desempenho ou Parâmetros Técnicos, ou seu atendimento em desconformidade com as especificações estabelecidas no Contrato e no PER, a respectiva atividade será considerada não cumprida;”

646. Esse dispositivo, utilizado como fundamento pela Requerida, simplesmente não se aplica para o caso ora tratado. **Afinal, não se trata de cumprimento parcial da obrigação da Requerente: a CRO executou a obra de sua responsabilidade por completo, indo até o marco inicial de seu Sistema Rodoviário.**

647. Se o planejamento da Requerida levou ao descasamento dos cronogramas de ampliação da BR-163 nos trechos localizados nos Estados de MT e MS, conforme a ANTT já havia reconhecido, por meio do Ofício ANTT nº 1.508/2015/GEINV/SUINF (C - 216), ou se a MSVIA descumpriu obrigações em seu contrato com a Requerida não são fatos que podem ser opostos à Requerente, assim como **não seria exigível da CRO que realizasse obra fora do seu Sistema Rodoviário**, sem que tal obra fosse incluída em seu Contrato de Concessão por meio de aditamento contratual e o devido e concomitante reequilíbrio econômico-financeiro.

648. Conforme a execução mensal de fevereiro de 2016, as obras da OAE Rio Correntes km 0+000 da BR-163/MT, sob responsabilidade da Requerente, já haviam sido concluídas, com a exceção apenas do encaixe com a duplicação da BR-163/MS. Foram, portanto, realizados os investimentos previstos para a mencionada obra, não podendo a Requerente ser penalizada com a aplicação de um Fator D por um investimento que ela efetivamente realizou. Por óbvio, a Concessionária não pode ultrapassar os limites legais e contratuais impostos, de modo que não pode construir o trecho faltante da ponte. Nesse contexto, a não abertura da via ao tráfego decorreu de impedimento fático e jurídico incontornável pela Concessionária, não refletindo, de modo algum, sua concorrência para esse resultado.



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

649. Assim é que a Concessionária possui o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, em razão da desconsideração do referido trecho para a avaliação das metas definidas no PER e consequente cômputo equivocado do Fator D aplicado ao contrato. Conforme a última manifestação da ANTT sobre o cálculo consolidado do Fator D, o referido trecho continua sendo desconsiderado para o cômputo da extensão de obras realizadas pela Concessionária no ano 1. É esta a análise do Parecer 581/2019/GEFIR/SUINF/DIR e, no âmbito da 4^a Revisão Ordinária e 7^a Revisão Extraordinária, do Ofício SEI nº 8530/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT, que deu origem ao Voto DEB 367/2019 (C - 29) e à Deliberação 1.051/2019 (C - 106), desconsiderando o trecho em questão como executado pela Requerente.

III.E.4.c. Duplicação – KM entre o km 94,9 e km 96, 7 da BR-163/MT

650. O trecho da Rodovia BR-163/MT compreendido entre o km 94,9 e km 96,7 é parte integrante da meta de duplicação estabelecida no item 3.2.1.1 do PER, conforme detalhado no Apêndice A do PER. A Concessionária deveria realizar as obras necessárias para que o trecho se encontrasse duplicado e adequado para a Classe 1-A.²⁴⁹ As obras necessárias para levar o trecho aos padrões de segurança, conforto e fluidez da Classe 1-A foram devidamente executadas pela Concessionária; no entanto, a ANTT desconsiderou o trecho para o cômputo da extensão construída para alcance da meta de duplicação do Ano 1.

651. É que a ANTT, por meio do Relatório de Vistoria nº 001/2016/GEFOR/SUINF (C - 217), considerou que o trecho rodoviário entre os kms 94,9 e 96,7 da BR-163/MT já se encontrava em segmento de multixaixas antes

²⁴⁹ O sistema de classificação de rodovias em classes pode ser visto com mais detalhes no Manual de Projeto Geométrico de Estradas do DNIT. Confira-se: Art. 4º – As características técnicas das estradas de rodagem consideradas nestas Normas se distinguem pelas seguintes "designações: a) Classe Especial; b) Classe I; c) Classe II; d) Classe III. Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/download/rodovias/operacoes-rodoviarias/faixa-de-dominio/normas-projeto-estr-rod-reeditado-1973.pdf>



da assunção do trecho pela Concessionária. Dessa forma, considerou-se que “*não houve implantação efetiva da duplicação por parte da concessionária*”. Por essa razão, a ANTT não computou as obras realizadas para a adequação das pistas existentes à Classe 1-A na avaliação da meta de duplicação para o ano 1 da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço.

652. Por meio da Carta CRO nº 1.875/2018 (C - 218), a Concessionária afirmou à ANTT seu entendimento de que sua obrigação em relação a esse trecho consistiria na adequação do trecho multifaixas para a classe 1-A. Isso porque, como o trecho já continha múltiplas faixas, o objetivo de expansão de capacidade já estava alcançado, de modo que apenas restava a sua adequação aos níveis de serviço da Classe 1-A.

653. Note-se que o Parecer Técnico nº 106/2016/GEFOR/SUINF (C - 219) aponta o seu entendimento de que a Concessionária possuía obrigação contratual de atender às metas de Classe 1-A nos mesmos prazos previstos para as duplicações. Ora, tratando-se de pistas já ampliadas, fica claro que permanece, apenas, a obrigação de adequá-las à Classe 1-A.

654. Em 18 de setembro de 2018, por meio do Ofício nº 514/2018/GEFIR/SUINF (C - 220), a ANTT encaminhou o Memorando nº 113/2018/COINF-URRS/SUINF (C - 221), que reconheceu que “*(...) em termos de largura de faixas e ausência de desnível entre pista e acostamento, o trecho entre o km 94, 9 e o km 96. 7 está adequado a classe 1-A*”. Mais à frente, reconheceu que “*Assim, a COINF-URRS é favorável a aceitação do trecho como adequado a classe 1-A*”. No entanto, entendeu-se que seriam necessárias medidas adicionais para que se considerasse o trecho entre o km 94,9 e o km 95,2 da via como adequado. Assim, foi indicado que o trecho seria considerado como efetivamente adequado à classe 1-A após a substituição das defensas metálicas instaladas entre os km 94,9 e o km 95,2 da BR-163/MT por barreiras rígidas do tipo *New Jersey* (Ofício nº 514/2018/GEFIR/SUINF). A justificativa para essa solicitação se baseou no argumento de que a mudança seria uma adequação necessária para atingir conformidade com as normas técnicas vigentes.



655. A Concessionária justificou tecnicamente o uso das defensas metálicas instaladas por meio da Carta Ofício nº 2.347/2019 (C - 222), protocolada em 26/03/2019. Além disso, em discussões técnicas com a GEENG acerca da segurança viária, (cujas atas constam do C - 223) foram solicitados estudos complementares, tempestivamente apresentados pela Concessionária, que demonstraram não haver necessidade da referida complementação, uma vez que as vias já atendem às especificações normativas vigentes.

656. A ANTT, contudo, por meio do Ofício nº OF-0045.2019-GEENG-SUINF-R00 (C - 224), informou a sua objeção às justificativas técnicas apresentadas pela Concessionária no sentido da desnecessidade de substituição das defensas metálicas por barreiras *New Jersey*, em resposta ao Ofício da CRO nº 2.135/2018 (C - 225). Por meio do Parecer 581/2019/GEFIR/SUINF/DIR, a ANTT desconsiderou a totalidade do trecho em exame, descontando 1,8 km da extensão realizada.

657. Por fim, por meio do Parecer Técnico nº 0222/2019/GEENG/SUINF (C - 226), de 16 de abril de 2019, concluiu a Requerida que *“a Concessionária apresentou justificativas técnicas condizentes com os normativos técnicos vigentes para a não necessidade de substituição das defensas metálicas por barreiras New Jersey”*.

658. Diante do exposto, em virtude do fato de que as justificativas técnicas anteriormente opostas pela ANTT foram pela própria Requerida reconhecidas como injustificadas, admitindo-se a viabilidade da solução proposta pela Requerente, não há razão para o não aceite da conclusão integral das obras entre o km 94,9 e o km 96,7 da BR-163/MT como parte da meta de expansão de capacidade da rodovia. Assim, os investimentos realizados em tal trecho devem ser contabilizados para as metas do ano 1, visto que o trecho, já assumido pela Requerente como duplicado, foi devidamente adequado à Classe 1-A.

659. Vê-se, portanto, que os mais variados subterfúgios que a Requerida tentou opor à Requerente para negar o cômputo de tal trecho nas metas de duplicação foram, um a um, fracassando. Em primeiro lugar, contestou-se o frágil argumento de que as obras não poderiam ser consideradas pois a pista já havia



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

sido recebida em multifaixas, bastando à Requerente levar o trecho aos padrões da Classe 1-A. Em sequência, foram reavaliados pela Requerida as suas próprias justificativas técnicas para não considerar o trecho como adequado à Classe 1-A, reconhecendo-se que a solução da Requerente foi adequada.

660. De todo o exposto nessa seção, deve ser assim reconhecido que os atos da Requerida de incorretamente desconsiderar as obras realizadas pela Requerente impactaram direta e negativamente o Contrato de Concessão, causando a perda injustificada de receitas pela Requerente por meio da aplicação indevida do Fator D, correspondendo a fato da administração e sendo portanto causa para o seu reequilíbrio econômico financeiro conforme a subcláusula 21.2.21 do Contrato de Concessão no montante de R\$ 2.045.045,38 em valores de maio de 2012, conforme memorial de cálculo constante do C - 227.

IV. Considerações finais e Pedido

661. Como demonstrado nestas Alegações Iniciais, o Contrato de Concessão foi assinado em um período de crescimento econômico do país, gerando expressivo otimismo sobre a economia brasileira. A título de exemplo, em 2010 houve um crescimento de 7,6% do PIB, o que foi seguido de crescimento estável, de 3,9% em 2011, 1,8% em 2012 e 2,7% em 2013, quando o restante do mundo ainda buscava se recuperar da recessão internacional.

662. Neste contexto de otimismo, a então Presidente Dilma Rousseff estabeleceu como política pública de governo a expansão da malha rodoviária de forma a deixar um legado de infraestrutura para o país. E, para isso, a modelagem do Contrato de Concessão teve uma ambiciosa meta de duplicação integral da rodovia nos primeiros 5 dos 30 anos, independentemente da demanda de tráfego rodoviário, juntamente com a presença de tarifas-teto notoriamente inferiores às praticadas nas demais concessões rodoviárias federais.

663. Para sustentar a tarifas-teto extremamente baixas e as ambiciosas metas de duplicação da rodovia, a estratégia adotada pelo Poder Concedente foi oferecer



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

condições de financiamento muito subsidiadas por meio dos Bancos Públicos. Com base nas informações oficiais divulgadas por meio da Carta de Apoio dos Bancos Públicos, as licitantes elaboraram seus EVTEs utilizando com premissa os financiamentos subsidiados pelo governo federal.

664. Contudo, após a assinatura do Contrato de Concessão, **sucessivos episódios de desequilíbrios econômico-financeiros foram sofridos pela Concessionária e não sanados administrativamente**. O acúmulo de desequilíbrios ainda se agravou pela postura da Requerida de inviabilizar as soluções propostas para a continuidade da Concessão e, pior ainda, **buscar cada vez mais sancionar a Requerente por inexecuções que decorrem exclusivamente da materialização de riscos atribuídos ao Poder Concedente, fazendo com que a Concessão hoje se encontre em cenário de iminente inviabilidade**.

665. Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. **Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida**. Por todo o exposto, pede a Requerente:

- i. O reconhecimento da arbitrabilidade dos pedidos formulados nestas Alegações Iniciais e, consequentemente, da jurisdição do Tribunal Arbitral para resolução da presente controvérsia;

- ii. O reconhecimento de que foram realizados atos pelo Poder Concedente, por meio de seus órgãos e entidades, que impuseram a alteração do Plano de Ataque da Concessão para que as obras de expansão de capacidade fossem iniciadas pelo



Trecho Sul de Rondonópolis. E a condenação da Requerida à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão no valor de R\$ 20.681.592,36 em valores de maio de 2012;

- iii. O reconhecimento de que os custos o atendimento a condicionantes indígenas, como os incorridos pela Concessionária com a execução do PBA-I, são atribuídos ao Poder Concedente por meio da Cláusula 21.2.16. do Contrato de Concessão, de modo que a negativa do direito de reequilíbrio pela ANTT é um desrespeito frontal ao Contrato de Concessão e à posição adotada inclusive pela própria Diretoria Colegiada da ANTT. E a condenação da Requerida à compensação dos custos e perdas incorridas pela Requerente para executar o PBA-I, no valor de R\$ 7.749.763,36, na data base de maio de 2012.

- iv. O reconhecimento de que a não execução dos Contratos CREMA, de responsabilidade do DNIT, e a não rescisão de tais contratos pelo Poder Concedente (tal como determinado pela Cláusula 10.1.4. do Contrato de Concessão) representam risco atribuído ao Poder Concedente na subcláusula 21.2.8, que trata da não realização das obras de responsabilidade do DNIT, de modo que os custos adicionais incorridos pela Concessionária com as obras necessárias para adequar o respectivo pavimento aos padrões contratuais de qualidade devem ser reequilibrados. E a condenação da Requerida à



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão no montante de R\$ 100.665.567,31 em valores de maio de 2012;

- v. O reconhecimento de que a realocação das redes de energia elétrica localizadas entre o Km 9+900m e 12+300m e entre o km 59+000m e 60+500m pela Concessionária correspondem a remanejamento de interferência dentro do Sistema Rodoviário e necessário à execução de obras de expansão de capacidade, sendo portanto risco atribuído ao Poder Concedente na subcláusula 21.2.20. E a condenação da Requerida à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro no valor de R\$ 102.442,95 na data base de maio de 2012.
- vi. O reconhecimento de que o surgimento dos vícios narrados no talude da alça de retorno do km 203 e no talude da Ponte do Rio Correntes não poderiam ter sido identificados quando do momento da licitação ou da assunção dos serviços, seja por visitas técnicas ou vistorias preliminares, caracterizando-se vícios ocultos, cujo risco é alocado ao Poder Concedente na Cláusula 21.2.12 do Contrato de Concessão. E a condenação da Requerida à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão no montante de R\$ 1.901.534,01 em valores de maio de 2012.
- vii. O reconhecimento de que todos os custos e dispêndios com atos necessários à promoção das desapropriações na



Concessão foram assumidos pelo Poder Concedente nas subcláusulas 9.1 e 21.2.18, e que, portanto, não podem se limitar aos gastos incorridos pela Concessionária com as indenizações pagas aos particulares expropriados, seja pela exclusão de certos tipos de gastos como reequilibráveis, seja pela limitação do valor da indenização expropriatória reequilibrável. E a condenação da Requerida à compensação dos custos incorridos pela Requerente com desapropriações no montante de R\$ 3.085.201,68 em valores de maio de 2012.

viii. O reconhecimento de que a Concessionária teve o início da sua arrecadação tarifária prejudicada pelo atraso de 17 (dezessete) dias da ANTT em expedir a Resolução Autorizativa, documento necessário para a cobrança do pedágio, tendo a ANTT reequilibrado apenas 6 dos 17 dias relativos ao atraso no início da arrecadação. E a condenação da Requerida à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão no valor de R\$ 7.649.866,38 na data de maio de 2012

ix. O reconhecimento de que, apesar de ter reconhecido expressamente o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência do aumento do limite aplicável de tolerância do peso bruto por eixo de veículo que trafega na rodovia trazido pela Lei dos Caminhoneiros, o reequilíbrio ainda não foi efetivado pelo fato de a ANTT adotar um método de cálculo inadequado, que não contempla os reais efeitos do



aumento de peso bruto por eixo sobre a Concessionária. E a condenação da Requerida à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão no montante de R\$ 392.915.158,79 na base de maio de 2012.

- x. O reconhecimento de que a alteração das condições de financiamento corresponde a uma quebra de condição do Contrato de Concessão para os fins do artigo 10 da Lei 8.987/1995, de modo que a não concessão do empréstimo de longo prazo junto ao BNDES ou outros Bancos Públicos, mesmo quando cumpridos os requisitos que originalmente a habilitariam para tanto, desequilibrou o Contrato de Concessão. Que, independentemente do enquadramento conceitual que se possa dar aos eventos causadores do desequilíbrio – seja como caso fortuito ou força maior, como evento no âmbito da teoria da imprevisão e da álea econômica extraordinária, ou como fato do Príncipe – o efeito prático é o mesmo: que seja reconhecido o direito de a Requerente ser compensada pelos custos diretos e indiretos incorridos com a manifestação de tal fortuito. Que a Requerida se abstenha de penalizar a Requerente por eventuais inexecuções decorrentes desse desequilíbrio contratual, bem como seja condenada à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão no valor de R\$ 396.895.000,00 em valores de maio de 2012.



- xi. O reconhecimento de que, a partir do fim de 2014, houve a alteração da forma de estabelecimento dos preços dos insumos asfálticos pela Petrobrás, entidade da administração indireta federal detentora do monopólio setorial, o que causou um aumento imprevisível e extraordinário no preço dos insumos asfálticos mesmo no momento em que ocorreram períodos de baixas históricas nos preços do barril de petróleo, principal insumo do CAP e demais insumos asfálticos. Que a Requerida seja condenada à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão no valor de R\$ 293.197.706,44, em valores de maio de 2012. Por fim, pede também a Requerente o estabelecimento de metodologia para a apuração de eventuais desequilíbrios gerados pela variação futura do preço do CAP, de modo que variações, relativamente à projeção do impacto realizado, que não forem capturadas pelo índice utilizado para o reajuste da tarifa, para mais ou para menos, deverão ser ajustadas a fim de que seja mantido o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, em apuração a ser realizada anualmente no âmbito das Revisões Ordinárias do Contrato de Concessão;

- xii. O reconhecimento de que a ANTT aplicou, equivocadamente, o Desconto de Reequilíbrio sobre a somatória da TBP com os Fluxos de Caixa Marginais decorrentes dos reequilíbrios econômico-financeiros da Concessão, em desobediência à expressa previsão da cláusula 22.5, que define que o processo



de recomposição do equilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão não está “sujeito à aplicação do Fator D”, desequilibrando o próprio Contrato de Concessão pela sua incidência indevida na parte da tarifa devida à Requerente a título de reequilíbrio econômico-financeiro, implementado por meio de Fluxos de Caixa Marginal. E a condenação da Requerida à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão no valor de R\$ 2.361.297,60 em valores de maio de 2012;

xiii. O reconhecimento de que a ANTT aplicou incorretamente o desconto de reequilíbrio na Tarifa Básica de Pedágio relativamente ao parâmetro de desempenho de Área Trincada em função da utilização de uma metodologia reconhecidamente indevida para o cálculo do respectivo parâmetro. Que a Requerida se abstinha de avaliar o atendimento ao parâmetro de desempenho em questão tendo como unidade de análise a quantidade de segmentos homogêneos nos quais havia um trincamento maior que o permitido, em evidente descumprimento do PER, que define, em seu item 3.1.1, o parâmetro de trincamento como uma proporção da *área trincada* e a *área total da Rodovia*. E a condenação da Requerida à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão no valor de R\$ 1.267.753,37 em valores de maio de 2012;



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

xiv. O reconhecimento de que a foram desconsiderados injustificadamente pela ANTT para fins de contabilização da meta de ampliação os trechos relativos ao Diamante 03, à Ponte do Rio Correntes e o trecho do km 94,9 a 96,7 da BR-163/MT. E a condenação da Requerida à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão no valor de R\$ 2.045.045,38 em valores de maio de 2012;

666. Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a serem calculados individualmente, e implementado de acordo com a definição deste Tribunal.

667. Requer, ainda, seja a Requerida condenada a arcar com as custas, despesas e honorários de perito e árbitros, incorridos no curso deste procedimento arbitral, bem como condenada ao pagamento dos honorários advocatícios a serem oportunamente fixados por este Tribunal.

668. Requer, também, a confirmação definitiva da decisão liminar proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1^a Região, nos autos do Agravo de Instrumento n° 1019784-14.2019.4.01.0000, para (i) declarar a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinguir os correlatos procedimentos administrativos sancionatórios em curso; (iii) determinar que a ANTT seja condenada a ressarcir a Requerente de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; (iv) determinar que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades referentes a inexecuções contratuais que tenham como causa os eventos de desequilíbrio discutidos nesta arbitragem.

669. Por fim, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, inclusive pela juntada de documentos adicionais



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

QUADRO RESUMO

| EVENTO DE DESEQUILÍBRIO | DESCRÍÇÃO | FUNDAMENTO | VALOR |
|---|---|--|--------------------|
| Alteração unilateral do Plano de Ataque Original | Requerente compelida a alterar seu plano de ataque original para que houvesse o início imediato das obras de duplicação pelo trecho ao sul de Rondonópolis, entre os km 94,9 a 117,6 da BR-163/MT. Consequentes custos adicionais: (i) enfrentamento de período adicional de chuvas, que onerou o cronograma de obras; (ii) antecipação da implantação dos canteiros e mobilização da mão de obra; (iii) compra de insumos de terceiros que seriam produzidos diretamente pela Requerente se preservado o plano original, entre outros. | Art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995; Cláusulas 5.2.1, 5.2.2, 10.3.2, 21.2.13, 21.2.16 do Contrato de Concessão | R\$ 20.681.592,36 |
| Execução do PBA-I | ANTT solicitou à Requerente que assumisse determinadas obrigações relativas à execução de condicionantes ambientais indígenas previstas no PBA-I, que são de responsabilidade contratual exclusiva da Agência. | Cláusula 21.2.16, 22.1.2 do Contrato de Concessão | R\$ 7.749.763,36 |
| Inexecução dos Contratos CREMA | Na transferência dos bens da Concessão à Requerente, verificou-se que alguns segmentos do Sistema Rodoviário se encontravam em condições piores do que o previsto na licitação. A restauração de tais segmentos era de responsabilidade do DNIT, por meio de contratos do programa CREMA, o que não foi cumprido. A Requerente então se viu obrigada a realizar obras e intervenções necessárias à efetiva restauração da rodovia, a fim de cumprir os padrões de qualidade exigidos. | Art. 10, da Lei nº 8.987/1995; Cláusula 21.2.8, 22.1.2 do Contrato de Concessão | R\$ 100.665.567,31 |
| Alteração das condições de financiamento | Apesar de a Requerente ter cumprido os requisitos objetivos para a obtenção do financiamento, cujas condições representavam condição essencial à | Art. 10, da Lei nº 8.987/1995; Art. 65, II, d, Lei nº 8.666/1993; | R\$ 396.895.000,00 |



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

| | | | |
|---|--|---|--------------------|
| | <p>viabilidade contratual, houve atrasos e mudança radical das condições para sua concessão. Até o momento, a Requerente não obteve o financiamento de longo prazo. Os efeitos dessa alteração de condição contratual foram gravíssimos: a indisponibilidade dos recursos no prazo estimado não somente ocasionou a majoração dos custos financeiros da Requerente, mas também afetou a sua capacidade de investimento e acarretou diversos custos adicionais, como os relacionados à paralisação e/ou interrupção de obras, serviços e fornecimentos objeto da Concessão, entre outros.</p> | <p>Cláusulas 21.2.4, 21.2.21 do Contrato de Concessão.</p> | |
| Aumento do preço de insumos asfálticos | <p>No início de 2015, a Concessionária, diretamente ou através de seus fornecedores, passou a sentir o impacto do aumento imprevisível e extraordinário no preço do CAP e outros insumos asfálticos. Nos períodos subsequentes, o valor dos insumos betuminosos continuou a subir, impactando a Concessão.</p> | <p>Art. 10, da Lei nº 8.987/1995; Art. 65, II, d, Lei nº 8.666/1993; Cláusulas 21.2.4, do Contrato de Concessão</p> | R\$ 293.197.706,44 |
| Atraso na arrecadação tarifária | <p>A resolução autorizativa para cobrança da tarifa de pedágio foi expedida com atraso pela Requerida, o que inviabilizou o início da cobrança no prazo contratualmente previsto, resultando em prejuízos para a Requerente.</p> | <p>Art. 65, § 5º, da Lei nº 8.666/1993; Art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/1995; Cláusulas 18.1, 18.1.2, 18.1.5, 21.2.5, 24.2.2, 38.7, do Contrato de Concessão</p> | R\$ 7.649.866,38 |
| Aumento do limite de peso bruto por eixo | <p>Desequilíbrio oriundo de alterações normativas que aumentaram a tolerância sobre os limites de peso bruto transmitido por eixo dos veículos à superfície de vias públicas, que acarretaram incremento significativo de custos, haja vista a necessidade de reforço das estruturas de pavimento, além de maiores gastos</p> | <p>Art. 65, § 5º, da Lei nº 8.666/1993; Art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/1995; Resolução CONTRAN nº 258/2007; Lei nº 13.103/2015; Cláusula 21.2.5</p> | R\$ 392.915.158,79 |



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

| | | | |
|-----------------------------------|---|---|------------------|
| | com manutenção da rodovia ocasionados pela redução da sua vida útil, bem como custos indiretos relacionados ao aumento de nº de acidentes causados pelo sobre peso, que diminui a capacidade de frenagem dos caminhões e, consequentemente, os torna mais propensos a tombamentos. | do Contrato de Concessão | |
| Remoções de Interferências | O Contrato aloca ao Poder Concedente os custos decorrentes da necessidade de remoção e/ou recolocação de interferências existentes no Sistema Rodoviário, necessárias à execução das obras e serviços previstos no Contrato, junto aos demais concessionários de serviços públicos e outras empresas atuantes no setor de infraestrutura. Assim, faz jus a Requerente ao reequilíbrio econômico-financeiro pelos valores de remoção e/ou relocação de interferências que teve que arcar para viabilizá-las. | Art. 10, da Lei nº 8.987/1995, Cláusula 21.2.20, 22.1.2 do Contrato de Concessão | R\$ 102.442,95 |
| Vícios Ocultos | O Contrato de Concessão aloca ao Poder Concedente o risco decorrente de vícios ocultos do Sistema Rodoviário e dos Bens da Concessão, vinculados à manutenção e operação, transferidos à Concessionária na Data de Assunção. Sendo assim, faz jus a Requerente reequilíbrio econômico-financeiro decorrente dos custos incorridos com a identificação e solução de vícios que não eram possíveis de serem identificados durante o processo licitatório. | Art. 10, da Lei nº 8.987/1995, Cláusula 21.2.12, 22.1.2 do Contrato de Concessão | R\$ 1.901.534,01 |
| Desapropriações | Segundo o Contrato, os custos da Concessionária relativos a desapropriações são todos de responsabilidade do Poder Concedente. A Cláusula 9.1.3 dispõe que a Concessionária deverá arcar com os custos da execução das desapropriações até o limite da verba disponível para cada trecho urbano, | Art. 10, da Lei nº 8.987/1995, Art. 5º, XXIV, da CF; Decreto Lei nº 3.365/1941; Cláusulas 9.1.1, 9.1.2, 9.1.3, 21.1, 21.2.18, 22.1.2, | R\$ 3.085.201,68 |



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

| | | | |
|---|--|---|------------------|
| | <p>fazendo jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelos dispêndios excedentes em cada trecho urbano. No caso, segundo a Cláusula 9.1.2 do Contrato, a verba considerada disponível para desapropriações foi de R\$ 0,00. Ou seja, todas as despesas da Requerente decorrentes da desapropriação de áreas e sua incorporação ao Sistema Rodoviário serão passíveis de reequilíbrio.</p> | 22.5 do Contrato de Concessão | |
| Aplicação do Fator D sobre a Tarifa Básica de Pedágio decorrente dos Fluxos de Caixa Marginais | <p>Equivocadamente, a ANTT aplicou durante a 1^a, 2^a e 3^a Revisão Ordinária do Contrato o Desconto de Reequilíbrio sobre a somatória da TBP com os Fluxos de Caixa Marginais decorrentes dos reequilíbrios da Concessão, em desobediência à cláusula 22.5, que define que o processo de recomposição do equilíbrio do Contrato não está “sujeito à aplicação do Fator D”. A aplicação de Fator D sobre a somatória da TBP revisada (Cláusula 18.4) e com as parcelas tarifárias decorrentes dos reequilíbrios por FCM altera sensivelmente o equilíbrio contratual, o que foi inclusive reconhecido pela ANTT.</p> | Arts. 18, VIII, 23, IV, 29, V, da Lei nº 8.987/1995; Cláusulas 18.3, 18.4; 21.2.21, 22.4, 22.5 do Contrato de Concessão | R\$ 2.361.297,60 |
| (In)correção da Aplicação de Fator D de Área Trincada | <p>Durante a 1^a, 2^a e 3^a Revisões Ordinárias do Contrato de Concessão, a ANTT aplicou incorretamente o desconto de reequilíbrio – Fator D na Tarifa Básica de Pedágio relativamente ao parâmetro de desempenho de Área Trincada em função da utilização de uma metodologia reconhecidamente indevida para o cálculo do respectivo parâmetro, reduzindo assim sem fundamento contratual as receitas da Requerente desde da 1^a Revisão Ordinária, a partir de 06/09/2016.</p> | Cláusula 21.2.21 do Contrato de Concessão | R\$ 1.267.753,37 |



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

| | | | |
|--|--|---|----------------------|
| Não aceite de obras de duplicação | Durante a execução das obras de duplicação da Frente de Ampliação Ano 1 entre março de 2015 e de 2016, a Concessionária executou, em superação à meta contratual, um total de 117,4 de duplicação, dos quais foram injustificadamente glosados da meta de duplicação diversos trechos da BR-163/MT. Disso resultou a aplicação indevida de Fator D – Anexo 5 do Contrato para trechos que a Concessionaria efetivamente realizou o respectivo investimento, reduzindo assim sem fundamento contratual as suas receitas desde a 1ª Revisão Ordinária, a partir de 06/09/2016. | Cláusula 21.2.21 do Contrato de Concessão | R\$ 2.045.045,38 |
| Total | | | R\$ 1.088.097.043,88 |

20 de janeiro de 2020.

JP
MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO
marcelo lennertz
MARCELO LENNERTZ
andre bogossian
ANDRE MARTINS BOGOSSIAN
antonio augusto i.f. bastos
ANTÔNIO AUGUSTO BASTOS

ruy janon dourado
RUY JANON DOURADO
rubens pieroni cambraia
RUBENS PIERONI CAMBRAIA
bruna ramos figurelli
BRUNA RAMOS FIGURELLI



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Lista de documentos já juntados

- C - 1** Contrato de Concessão
- C - 2** Edital
- C - 3** Petição inicial – Medida Cautelar nº 1011476-71.2019.4.01.3400;
- C - 4** Decisão que indeferiu a tutela de urgência – Medida Cautelar no 1011476- 71.2019.4.01.3400;
- C - 5** Agravo de Instrumento no 1019784-14.2019.4.01.0000;
- C - 6** Decisão que deferiu a tutela de urgência – Agravo de instrumento no 1019784- 14.2019.4.01.0000;
- C - 7** Carta de Apoio dos Bancos Públicos
- C - 8** Demonstrativo crescimento do PIB;
- C - 9** Ofício Circular nº 001/2018/DG/ANTT – Memorando nº 876/2018/SUINF – Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais
- C - 10** Exposição de Motivos - MP 752/2016;
- C - 11** Exposição de Motivos - MP 800/2017;
- C - 12** Pleito Administrativo – frustração das condições de financiamento e anexos;
- C - 13** Autuações recebidas pela Rota do Oeste;
- C - 14** Ofício nº 272/2017/SUINF – Notificação da ANTT acerca de supostos descumprimentos contratuais;
- C - 15** Manifestações da Requerente para suspensão da aplicação de sanções;
- C - 16** Ofício nº 493/2018/SUINF – Pronunciamento da ANTT acerca dos pedidos de suspensão de aplicação de sanções;
- C - 17** Ofício nº 8198/2019/SUINF/DIR-ANTT – Retomada do processo de caducidade sinalizada administrativamente pela ANTT;
- C - 18** Portaria ANTT nº 127/2019;
- C - 19** Demonstração Financeira – Rota do Oeste – 2018;



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- C - 20** Decisão judicial – concessão de tutela de urgência pela JFDF – caso Concessionária Via-040;
- C - 21** Decisão judicial – manutenção da tutela de urgência pelo TRF1 – caso Concessionária Via-040;
- C - 22** Decisão judicial – concessão de tutela de urgência pela JFDF – caso Concessionária MSVIA;
- C - 23** Decisão judicial – concessão de tutela de urgência pela JFDF – caso Concessionária Concebra;
- C - 24** Andamento processual do Agravo de Instrumento no 1033523-54.2019.4.01.0000 interposto pela Concessionária MSVIA – pendente de julgamento;
- C - 25** Decisão judicial – concessão de tutela de urgência pelo TRF1 – caso Concessionária MSVIA;
- C - 26** Decisão judicial – concessão de tutela de urgência pela JFDF – caso Concessionária VIABAHIA;
- C - 27** Nota Técnica SEI No 1582/2019/GEREF/SUINF/DIR;
- C - 28** Ofício SEI nº 8530/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT
- C - 29** Voto DEB 367/2019
- C - 30** Resolução nº 5.850/2019

Lista de documentos anexos a essas Alegações Iniciais

- C - 31** EVTE
- C - 32** Relatório Técnico produzido pela consultoria Tendências
- C - 33** Programa de Exploração da Rodovia - PER
- C - 34** Ofício CRO 004/2014, contendo o Plano de Ataque original
- C - 35** Ofício CRO 018/2014
- C - 36** Ofício 042/2014/DECON/SFAT/MT



- C - 37** Ofício CRO 022/2014
- C - 38** Ofício 064/DNM/ANTT/2014
- C - 39** Termo de Arrolamento e Transferência de Bens
- C - 40** Ofício CRO 046/2014
- C - 41** Notícia da Folha de São Paulo: “PIB do Brasil cai 3,6% em 2016 e país tem pior recessão da história recente”, de 07/03/2017
- C - 42** Ofício CRO 249/2015
- C - 43** Portaria nº 81/2014/SUINF/ANTT
- C - 44** Medição do perfil de tráfego da rodovia
- C - 45** Ofício CRO 962/2016
- C - 46** Documento relatando os processos administrativos e autuações que a Concessionária sofreu em decorrência dos Eventos de Desequilíbrio
- C - 47** Resolução ANTT nº 5.177/2016
- C - 48** Ofício 003/2014/DNM/ANTT
- C - 49** Licença Prévia nº 300553/2011
- C - 50** Ofício 113/2014/DG
- C - 51** Ofício ANTT/CRO 546/2014
- C - 52** Ofício CRO 039/2014
- C - 53** Ofício 026/2014/DNM/ANTT
- C - 54** Ofício 290/2014/PRES/FUNAI-MJ
- C - 55** LI nº 63830/2014
- C - 56** Manifestações de órgãos públicos solicitando a priorização das obras no Trecho Sul de Rondonópolis: (i) Ofício 09/04/2014, do Gabinete do Prefeito de Rondonópolis de; (ii) Ofício 292/14-SR/DNIT/MT; (iii) Ofício 036/2014, do Gabinete do Governador do Mato Grosso; e (iv) Ofício 150/14-GAB/WF, do Deputado Federal Wellington Fagundes
- C - 57** Ofício 1633/2014/SUINF
- C - 58** Ofício CRO 989/2016 e relatório técnico anexo



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- C - 59** Ofício CRO 1.087/2016 e relatório técnico anexo
- C - 60** Ofício 181/2014/DECON/SFAT/MT
- C - 61** Ofício 062/2014/DNM
- C - 62** Nota Técnica NT 016/2016
- C - 63** Nota Técnica NT 027/2016
- C - 64** Voto DSL 179/2016
- C - 65** Memorial de cálculo do Pleito de Alteração do Plano de Ataque
- C - 66** Ata de resposta aos pedidos de esclarecimentos do Edital
- C - 67** Ofício 3490/2014/SUINF
- C - 68** Nota Técnica 039/2015/GEINV/SUINF
- C - 69** Resolução ANTT nº 4.811/2015
- C - 70** Ofício 012/2014/DECON/SFAT/MT
- C - 71** Ofício 006/2014/DMN/ANTT
- C - 72** Ofício CRO 007/2014
- C - 73** Memorial de cálculo do Pleito de Execução do PBA-I
- C - 74** Instrução de Serviço/DG nº 14/2011
- C - 75** Extrato resumido dos Contratos e Cronograma de Atividades
- C - 76** Extratos publicados no Diário Oficial da União dos Termos Aditivos aos Contratos CREMA
- C - 77** Inventário de Bens do DNIT
- C - 78** Cadastro Inicial da situação rodoviária
- C - 79** Memória de avaliação do IGG no trecho objeto dos Contratos CREMA
- C - 80** Ofício CRO nº 272/2015
- C - 81** Ofício CRO 350/2015
- C - 82** Parecer Técnico 129/2015/GEINV/SUINF
- C - 83** Memorial de cálculo do Pleito de Inexecução dos Contratos CREMA



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- C - 84** Manual de procedimentos para a permissão especial de uso das faixas de domínio de rodovias federais e outros bens públicos sob jurisdição do DNIT
- C - 85** Nota Técnica 271/2015/SUINF
- C - 86** Ofício Circular nº 11/2014/SUINF
- C - 87** Ofício CRO nº 946/2016
- C - 88** Parecer Técnico 125/2016/COINF-URRS/SUINF
- C - 89** Ofício nº 748/2016/GEINV/SUINF
- C - 90** Parecer Técnico 181/2016/GEINV/SUINF
- C - 91** Ofício CRO 1.399/2017
- C - 92** Nota Técnica 028/2017/GEINV/SUINF
- C - 93** Nota Técnica 041/2017/GEINV/SUINF
- C - 94** Voto DMV 092/2017
- C - 95** Resolução ANTT nº 5.411/2017
- C - 96** Projetos aprovados pela ANTT que indicam expressamente a necessidade de utilização de caixas de empréstimo
- C - 97** DER/PR ES-T 03/05
- C - 98** Memorial de cálculo do Pleito de Remoção de Interferências
- C - 99** Ofício CRO 2035/2018 e anexos
- C - 100** Parecer Técnico nº 139/2018/COINF-URRS/SUINF
- C - 101** Ofício CRO nº 2.371/2019
- C - 102** OFÍCIO SEI Nº 10285/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT
- C - 103** Ofício 2.404/2019
- C - 104** Ofício CRO 2.422/2019
- C - 105** Ofício SEI nº 8934/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT
- C - 106** Deliberação 1.051/2019
- C - 107** DNIT-010/2004-PRO
- C - 108** Ofício nº 1797/2014/GEINV/SUINF
- C - 109** Ofício CRO 214/2015



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- C - 110** Ofício ANTT nº 182/2015/GEINV/SUINF
- C - 111** Carta CRO 1220/2016
- C - 112** Ofício nº 136/2017/GEINV/SUINF
- C - 113** Ofício 1400/2017
- C - 114** Ofício 1879/2018
- C - 115** Ofício 1981/2018
- C - 116** Nota Técnica 003/2018/GEFIR/SUINF
- C - 117** Voto DEB 296/2018
- C - 118** Memorial de Cálculo do pleito de Vícios Ocultos
- C - 119** Manual de Diretrizes Básicas para Desapropriação do DNIT (IPR 746/2016)
- C - 120** Resolução 828/2018
- C - 121** Ofício CEG 20160714
- C - 122** Ofício CRO nº 246/2015
- C - 123** Ofício CRO 945/2016
- C - 124** Ofício Circular nº 022/2015/GEINV/SUINF
- C - 125** Ofício Circular nº 024/2015/GEINV/SUINF
- C - 126** Parecer Técnico 099/2016/GEINV/SUINF
- C - 127** Parecer Técnico 100/2016/GEINV/SUINF
- C - 128** Parecer Técnico 179/2016/GEINV/SUINF
- C - 129** Parecer Técnico 180/2016/GEINV/SUINF
- C - 130** Ofício Circular nº 007/2017/GEINV/SUINF
- C - 131** Memorando nº 178/2017/GEPRO/SUINF
- C - 132** Portaria 257/2016/SUINF
- C - 133** Ofício CRO 1360/2017
- C - 134** Ofício 1.878/2018
- C - 135** Ofício ANTT 545/2018/GEFIR/SUINF
- C - 136** Ofício CRO 2.388/2019
- C - 137** Parecer Técnico nº 0310/2019/GEENG/SUINF



PORUTGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- C - 138** Ofício CRO 2.611/2019
- C - 139** Ofício CRO 2.612/2019
- C - 140** Memorial de Cálculo do Pleito de Desapropriações
- C - 141** Comprovação do cumprimento dos demais requisitos para cobrança do pedágio
- C - 142** Ofício CRO 040/2014
- C - 143** Ofício CRO 483/2015
- C - 144** Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF
- C - 145** Parecer Técnico 220/2015/GEINV/SUINF
- C - 146** Ofício CRO 632/2015
- C - 147** Parecer Técnico 282/2015/GEINV/SUINF
- C - 148** Nota Técnica 166/2016/GEROR/SUINF
- C - 149** Memorial de cálculo do Pleito de Atraso na arrecadação tarifária
- C - 150** Resolução nº 258 de 30 de novembro de 2007 do CONTRAN
- C - 151** Ofício 334/2015
- C - 152** Ofício CRO 1.032/2016
- C - 153** Memorando 790/2016/SUINF
- C - 154** Reuniões do setor sobre estudo desenvolvido pela ANTT e UFRGS a respeito de metodologia cálculo do pleito de peso bruto por eixo
- C - 155** Memorial de Cálculo do Pleito de Alteração do limite de peso bruto por eixo
- C - 156** Análise dos dados da Pesquisa Trimestral da percepção das instituições financeiras sobre as Condições de Crédito do Banco Central do Brasil.
- C - 157** Carta Consulta do Projeto apresentada pela acionista da Concessionária ao BNDES
- C - 158** Relatório de Projeto apresentado pela CRO ao BNDES.
- C - 159** Demonstração da contratação de auditoria independente (*due diligence*) de tráfego e de CAPEX



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- C - 160** Comprovação da realização de workshop a respeito de riscos contratuais e contrato EPC
- C - 161** Comprovação de visitas técnica em campo
- C - 162** Comprovante do cumprimento de obrigações de aporte de capital próprio pela acionista da Concessionária
- C - 163** Protocolo pela CRO no BNDES com sua aceitação das condições de financiamento refletidas nas minutas do Contrato de Financiamento, Contato de Penhor de Ações e Outras Avenças, e Contrato de Cessão Fiduciária de Direitos, Administração de Contas e Outras Avenças.
- C - 164** Nota Técnica 46/2017/GEROR/SUINF
- C - 165** Nota Técnica 166/2017/GEROR/SUINF
- C - 166** Parecer 00783/2017/PF-ANTT/PGF/AGU
- C - 167** Memorial de cálculo do Pleito de Alteração das condições de financiamento
- C - 168** Comunicados da Petrobras sobre reajustes de preços de insumos asfálticos
- C - 169** Instrução de Serviço/DG 02/2015
- C - 170** Instrução de Serviço/DG nº 04/2015
- C - 171** Instrução de Serviço/DG nº 15/2016
- C - 172** Parecer 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU
- C - 173** Parecer nº 1.365/2016/2015/PF-ANTT/PGF/AGU
- C - 174** Ofício CRO 892/2016
- C - 175** Ofício CRO 1.178/2016
- C - 176** Nota Técnica 080/2016/GEROR/SUINF
- C - 177** Ofício CRO 2.065/2018
- C - 178** Nota Técnica 072/2018/GERE/ SUINF
- C - 179** Memorial de cálculo do pleito de Aumento no preço dos insumos asfálticos
- C - 180** Ofício 2.308/2019



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- C - 181** Parecer 00753/2019/PF-ANTT/PGF/AGU
- C - 182** Nota Técnica nº 095/2018/GEREF/SUINF
- C - 183** Memorial de cálculo do pleito de aplicação de Fator D sobre o Fluxo de Caixa Marginal
- C - 184** Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas
- C - 185** Ofício Circular nº 009/2016/GEFOR/SUINF
- C - 186** Ofício 919/2016
- C - 187** Parecer Técnico nº 093/2016/COINF-URRS/SUINF
- C - 188** Ofício nº 227/2016/COINF-URRS/SUINF
- C - 189** Parecer Técnico nº 078/2017/COINF-URRS/SUINF
- C - 190** Parecer Técnico nº 261/2017/GEFOR/SUINF
- C - 191** Ofício 1.611/2017
- C - 192** Nota Técnica nº 042/2018/GEREF/8SUINF
- C - 193** Parecer Técnico nº 357/2017/GEFOR/SUINF
- C - 194** Memorial de cálculo do pleito de Incorrência da aplicação do Fator D de Área Trincada
- C - 195** Ofício CRO 874/2016
- C - 196** Parecer Técnico nº 106/2016/GEFOR/SUINF
- C - 197** Ofício nº 1.572/2019/GEFIR/SUINF
- C - 198** Parecer Técnico nº 24/2019/GEFIR/SUINF
- C - 199** Ofício CRO 2.149/2018
- C - 200** Ofício 2.425/2019
- C - 201** Parecer 581/2019/GEFIR/SUINF/DIR
- C - 202** Parecer Técnico nº 0802/2018/GEENG/SUINF
- C - 203** Ofício nº 1.557/2018/GEENG/SUINF
- C - 204** Ofício CRO 2.413/2019
- C - 205** Estudo de Capacidade do Diamante 03
- C - 206** Manual de Projeto de Intersecções do DNIT
- C - 207** Mapa com caracterização do Diamante 03 como um Diamante



PORUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- C - 208** Relatório de Vistoria nº 001/2016/GEFOR/SUINF
- C - 209** Ofício nº 5.271/2019/CPROJ/GEENG/SUINF/DIR-ANTT
- C - 210** Ofício ANTT 344/2017/COINF-URRS/SUINF
- C - 211** Ofício CRO 1610/2017.
- C - 212** Acordo de Cooperação Técnica nº 034/2013
- C - 213** Ofício nº 034/2016-CRO-MA
- C - 214** Ofício nº 1.123/2017/GAB/SEMA
- C - 215** Ofício nº 1.572/2019/GEFIR/SUINF
- C - 216** Ofício ANTT nº 1.508/2015/GEINV/SUINF
- C - 217** Relatório de Vistoria nº 001/2016/GEFOR/SUINF
- C - 218** Carta nº 1.875/2018
- C - 219** Parecer Técnico nº 106/2016/GEFOR/SUINF
- C - 220** Ofício nº 514/2018/GEFIR/SUINF
- C - 221** Memorando nº 113/2018/COINF-URRS/SUINF
- C - 222** Carta Ofício nº 2.347/2019
- C - 223** Atas de reuniões com a GEENG
- C - 224** Ofício nº OF-0045.2019-GEENG-SUINF-R00
- C - 225** Ofício da CRO nº 2.135/2018
- C - 226** Parecer Técnico nº 0222/2019/GEENG/SUINF
- C - 227** Memorial de cálculo do pleito de Não aceite de obras de duplicação