

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

PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 23960/GSS/PFF

**ROTA DO OESTE – CONCESSIONÁRIA ROTA DO OESTE S.A.
(Requerente)**

vs.

**AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
(Requerida)**

Réplica da Requerente

15/06/2020



Réplica da Requerente

Sumário

I. Introdução e contextualização da réplica.....	3
II. A improcedência das alegações da Requerida em cada Evento de Desequilíbrio	4
II.1. Alteração unilateral do Contrato de Concessão pela imposição de novo Plano de Ataque.....	4
II.2. Execução do PBA-I.....	17
II.3. Inexecução dos Contratos CREMA	25
II.4. Remoção de Interferências.....	38
II.5. Vícios Ocultos	44
II.6. Desapropriações.....	52
II.7. Atraso na arrecadação tarifária.....	60
II.8. Aumento do limite de peso bruto por eixo	73
II.9. Alteração das condições de financiamento	87
II.10. Aumento no preço dos insumos asfálticos	126
II.11. Aplicação do Fator D sobre o Fluxo de Caixa Marginal.....	138
II.12. Incorreção da Aplicação de Fator D de Área Trincada.....	150
II.13. Não aceite das obras de duplicação.....	162
III. Conclusão e pedidos	172
Lista de documentos já juntados	173
Lista de documentos juntados nesta Réplica.....	182
Lista de Definições.....	183



I. Introdução e contextualização da réplica

1. Concessionária Rota do Oeste S.A., Requerente no procedimento arbitral em epígrafe instaurado contra a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Requerida neste procedimento arbitral, vem, em respeito ao cronograma estabelecido em 18 de outubro de 2019 pelo Tribunal Arbitral na Ordem Processual nº 01, apresentar sua Réplica à Resposta da Requerida de 20 de Abril de 2020.

2. Em sua manifestação, a Requerida não trouxe argumentos que descaracterizem o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em nenhum dos 13 (treze) Eventos de Desequilíbrio trazidos a esta arbitragem. Em grande parte, houve uma repetição dos mesmos fundamentos já utilizados em sede administrativa para negar os pleitos de reequilíbrio apresentados. Para além disso, na argumentação da Requerida também se encontram diversos equívocos de fato e de direito que devem ser esclarecidos ao Tribunal Arbitral nesta oportunidade.

3. No mais, cumpre também destacar que muitos fatos e argumentos aduzidos pela Concessionária nas Alegações Iniciais não foram contraditados pela Requerida em sua manifestação de 20 de Abril de 2020. Logo, não tendo sido questionados, tais questões tornaram-se matéria incontroversa nesta arbitragem, a serem necessariamente consideradas pelo Tribunal Arbitral.

4. Para atingir as finalidades acima expostas, esta Réplica está organizada da seguinte forma: após esta breve introdução, será detalhadamente explicada a improcedência das alegações da Requerida para cada Evento de Desequilíbrio, tratando-os sequencialmente na mesma ordem apresentada na Alegações Iniciais. Cada tópico expõe os equívocos cometidos pela Requerida em sua argumentação e sintetiza os fundamentos para o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

5. Adicionalmente, ao longo desta peça, a Requerente apresenta algumas ponderações acerca de considerações que foram tecidas pelo Tribunal Arbitral,



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

por ocasião da Ordem Processual nº 06, a respeito de parte dos eventos de desequilíbrio apresentados pela Concessionária.

6. Ao final, a Concessionária solicita a rejeição das razões apresentadas pela Requerida em sua manifestação e o acolhimento dos 13 (treze) pleitos em sua caracterização como Eventos de Desequilíbrio a ensejar a devida recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão por este Tribunal Arbitral.

II. A improcedência das alegações da Requerida em cada Evento de Desequilíbrio

7. A ordem de análise da improcedência dos argumentos aduzidos pela Requerida em sua resposta para cada pleito é a mesma das Alegações Iniciais, seguida também pela Requerida em sua manifestação, a seguir exposta: 1) alteração do Plano de Ataque; 2) execução pela Concessionária do PBA-I; 3) execução pela Concessionária dos Contratos CREMA; 4) remoção de Interferências; 5) vícios Ocultos; 6) desapropriações; 7) atraso na expedição da resolução autorizativa de arrecadação pela edição e aplicação da Portaria nº 81/2014; 8) aumento do limite de Peso Bruto por Eixo; 9) alteração das condições de financiamento; e 10) aumento extraordinário e imprevisível do preço de insumos betuminosos; 11) Aplicação do Fator D sobre a TBP decorrente dos Fluxos de Caixa Marginais; 12) Incorreção de aplicação do Fator D sobre Área Trincada; e 13) Não aceite injustificado de obras de duplicação.

II.1. Alteração unilateral do Contrato de Concessão pela imposição de novo Plano de Ataque

8. O presente pleito de reequilíbrio se refere à imposição pela Requerida, em conjunto com outros órgãos da Administração Pública federal, de início da duplicação rodoviária por trecho específico, obrigando a Concessionária a alterar o seu Plano de Ataque das obras de ampliação de capacidade.



9. **Como a disciplina original do Contrato de Concessão conferia liberdade à Concessionária para definir a ordem das obras de duplicação, esta determinação caracteriza alteração unilateral do Contrato de Concessão, gerando direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pelos sobrecustos incorridos.** No entanto, após o início efetivo das obras, a Requerida passou a negar que teria feito solicitação neste sentido, recusando-se a efetuar a devida recomposição, violando com isso a disciplina contratual e a confiança legítima da Concessionária, ensejando a apresentação do pleito a este Tribunal Arbitral.

10. Em sua resposta às Alegações Iniciais, a Requerida (a) reiterou que não teria feito solicitação de alteração do Plano de Ataque. Adicionalmente, alegou que (b) não seria possível a ocorrência de alteração contratual fora de um procedimento formal de revisão contratual e (c) que a Requerida não responderia por atos praticados por outros órgãos e entidades.

11. **De logo, ressalta-se que a Requerida não questionou nenhum dos fatos da narrativa citados pela Concessionária, nem trouxe qualquer elemento que contradissesse a descrição do ocorrido. Desta forma, tem-se como indubitável os seguintes pontos concretos da narrativa acima: (a) que o Plano de Ataque original da Concessionária previa a duplicação do Trecho Sul de Rondonópolis no último ano das obras; (b) que a Requerida, juntamente com outros órgãos públicos e entidades da Administração federal, agiu decisivamente desde fevereiro de 2014 para a transferência da licença ambiental específica relativa deste trecho à Concessionária; (c) que partiu da Administração Pública a iniciativa de iniciar as obras de ampliação de capacidade por este Trecho, conforme expressado em reuniões entre as partes, como a ocorrida em 02 de Abril de 2014;¹ (d) que havia interesse por parte de diversos órgãos públicos, incluindo a própria Requerida, na duplicação prioritária deste trecho específico, por conta do Terminal Intermodal de Rondonópolis, local de interesse para a política pública de logística do Governo Federal; (e) que, em todas as comunicações sobre o assunto, a Concessionária deixou claro que incorreria em sobrecustos em relação ao plano original; e (f) que a Requerida**

¹ Citada no Ofício CRO 018/2014 (C-35), p. 2.



só comunicou que eles não seriam objeto de recomposição a partir de setembro de 2014, com o Ofício 062/2014/DNM (C-61), quando as obras já haviam sido iniciadas.

12. Além disso, também restou incontroverso que o início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis resultou em sobrecusto em relação ao Plano de Ataque original, não sendo esta uma matéria sujeita à discussão entre partes.

13. Outro ponto que não foi questionado foi o argumento desta Concessionária de que o conjunto das ações tomadas pela Requerida e por outros órgãos públicos criou uma expectativa à Concessionária de que ela seria compensada pelos sobrecustos gerados pela alteração. Pela importância do assunto para o mérito do caso, ele será abordado à frente de forma mais detalhada.

14. Deve também ser atentado que a Requerida não negou que outros órgãos públicos tivessem solicitado a alteração do Plano de Ataque, limitando-se a afirmar que ela *“não responde pelas declarações, solicitações ou quaisquer atos praticados por outros órgãos e entidades”*. Assim, terminou por reconhecer as solicitações de início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis realizadas por outros órgãos federais, a exemplo do MT, do DNIT e da Casa Civil da Presidência da República perante, por exemplo, o IBAMA.

15. Por fim, a Requerida reconheceu que o Contrato de Concessão original conferia à Concessionária liberdade para determinar a ordem das obras de ampliação de capacidade. Assim, terminou por reconhecer o fato de que mudança nesta sistemática seria uma alteração unilateral do Contrato de Concessão, a ensejar a ocorrência de reequilíbrio econômico-financeiro.

Pontos de discordância entre Requerente e Requerida sobre a imposição de novo plano de ataque

16. Por outro lado, Requerente e Requerida discordam sobre os seguintes pontos: (i) a existência de atos que importem alteração do Plano de Ataque original por determinação do Poder Concedente; (ii) a aplicabilidade da proteção



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

à confiança legítima na hipótese dos autos; e (iii) se há necessidade de alteração contratual unilateral seguir o procedimento de Revisão Contratual formalizado em processo administrativo, previsto na subcláusula 18.5. É o que se passa a abordar nos itens a seguir.

O conjunto das ações da Requerida, juntamente com outros órgãos públicos, demonstra inegável imposição de novo Plano de Ataque

17. É irrelevante a alegação da Requerida de que nunca teria *formalmente* solicitado o início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis, e com isso determinado a alteração do Plano de Ataque originalmente apresentado pela Concessionária. Análise atenta dos fatos revela ao menos 4 (quatro) formas pelas quais a Requerida, em conjunto com outros órgãos públicos, agiu decisivamente para determinar o início das obras por aquele trecho. São elas:

- i. a rápida obtenção da LI para o trecho, viabilizada por uma série de ações que envolveram a coordenação de diversos órgãos públicos e a transferência à Concessionária da obrigação e executar o PBA-I;
- ii. a realização de reuniões presenciais com a Concessionária, nas quais a solicitação foi feita;
- iii. o fato de ter registrado, em diversos documentos, o interesse da Administração Pública em realizar com urgência aquela duplicação, em atendimento à política pública de logística; e
- iv. o fato de haver reconhecido a existência do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela Alteração do Plano de Ataque, em resposta a ofício da Concessionária que informava sobre os sobrecustos, logo após o protocolo do pedido de início do processo administrativo para a recomposição.

18. A primeira atuação da Requerida para impor o início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis foi buscar obter com urgência e transferir à Concessionária a LI referente àquela extensão. O Contrato de Concessão previa o prazo de 12



(doze) meses após sua assinatura para a disponibilização das LIs à Concessionária, conforme sua subcláusula 10.3.2(i).² Não obstante, a Requerida desde fevereiro de 2014 solicitou ao DNIT a viabilização **com urgência** da transferência da LP referente ao local, no **Ofício 003/2014/DNM/ANTT** de 04/02/2014, o que por sua vez levou o DNIT a fazer a mesma licitação à SEMA-MT em 11/02/2014, no Ofício 113/014/DG (C-50).

19. Após, conforme registrado nos ofícios 026/2014/DNM/ANTT, da Requerida (**C-53**), e 042/2014/DECON/SFAT (**C-36**), ambos de 06/05/2020, foi acordado entre os diversos órgãos públicos envolvidos (FUNAI, DNIT, SEMA-MT, MT e a própria Requerida) solução heterodoxa para obtenção da LI do Trecho Sul de Rondonópolis, qual seja, condicioná-la à execução do PBA-I pela Concessionária. Conforme explicado com detalhes no pleito correspondente ao PBA-I (tanto nesta Réplica quanto, em mais detalhes, nas Alegações Iniciais) esta não era uma obrigação original da Concessionária, sendo imposta justamente por conta de deficiências no licenciamento ambiental indígena do trecho³ e pela necessidade de agilidade no início da execução dos planos de mitigação de impacto ambiental sobre as Terras Indígenas.⁴ Em todas essas comunicações, foi **ressaltada a urgência da obtenção da licença ambiental, para possibilitar o rápido início das obras de duplicação.**

² Cf. seu teor: *"10.3.2 A licença de instalação prevista na subcláusula 5.2.1 será disponibilizada a Concessionária em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1.1. do PER, de acordo com as seguintes condições.*

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

³ Em síntese, a LP obtida pelo DNIT no trecho foi feita sem a realização do Estudo do Componente Indígena (ECI) e sem a aprovação da FUNAI, o que é uma irregularidade considerando que duas terras indígenas estavam na área de influência do Trecho Sul de Rondonópolis.

⁴ Isso fica claro, no §3º do Ofício 025/2014/DNM/ANTT, no qual a Requerida consigna que: *"3. Com o objetivo de possibilitar as obras de duplicação ainda no ano de 2014, e a obtenção da Licença de Instalação do km 94,9 ao km 119,9 ainda no mês de maio, o ministério dos transportes, por meio do ofício propôs à FUNAI que a Licença de Instalação do trecho referido seja condicionada à obrigação da execução do PBA-I do Trecho DNIT. Esta proposta possibilitaria a emissão de parecer por parte da FUNAI para o semento de 24 km (94,9 a 119,9) sem prejuízo da continuidade do ECI específico de todo o trecho (km 0 a km 119,9)"*



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

20. Assim é que a LI de nº 63830/2014 (C-55) foi obtida em 20/05/2014 cerca de **10** (dez) meses antes da LI para o restante das obras de duplicação sob responsabilidade da Concessionária, disponibilizada apenas em 23/05/2015 – evidenciando o **claro intuito do Poder Concedente de início das obras naquela localidade.**

21. O segundo fato é a realização de **reuniões nos meses de março e abril nas quais a Requerida e outros órgãos públicos instaram a Concessionária a iniciar a duplicação pelo Trecho Sul de Rondonópolis, alterando assim o planejamento das obras de ampliação da capacidade já protocolado junto à Requerida** em 07/03/2014 (Ofício CRO nº 004/2014, C-34). A Concessionária registrou a ocorrência destas reuniões e a realização de solicitações neste sentido nos Ofícios **CRO nº 018/2014**, de 30/04/2014 (C-35) e **CRO nº 039/2014**, de 03/06/2014 (C-52).

22. Ora, **se tais solicitações não tivessem sido feitas à Concessionária pelo Poder Concedente**, não haveria razão para a Concessionária alterar o seu Plano de Ataque, sabendo que incorreria em diversos sobrecustos. Igualmente, se o consignado em referidos ofícios não correspondesse à realidade, a Requerida teria feito comunicação neste sentido. No entanto, o que ocorreu foi justamente o contrário: todas as ações tomadas pela Requerida, nos diversos ofícios acima enviados, corroboram o afirmado pela Concessionária.

23. Destaca-se ainda que os ofícios enviados pela Concessionária, para além de registrar a solicitação de início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis, também informaram sobre os sobrecustos incorridos, deixando claro à Requerida que eles deveriam ser objeto de posterior recomposição. E o **Ofício CRO nº 039/2014 (C-52) especificamente solicitou a realização do reequilíbrio econômico-financeiro**, pedindo a abertura de processo com esta finalidade. Assim, como bem observado pelo Tribunal Arbitral na Ordem Processual nº 06, **é irrelevante o argumento levantado pela Concessionária de que o Ofício CRO 018/2014 não apresentou expressamente pleito de recomposição**, haja vista que ele foi encaminhado na sequência pelo Ofício CRO 039/2014.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

24. O terceiro fator se refere **ao inegável interesse do Poder Concedente de que as obras de duplicação fossem iniciadas pelo Trecho Sul de Rondonópolis**, devido à presença do Terminal Intermodal de Rondonópolis e às políticas públicas de logística. Isso fica evidenciado, por exemplo, no *e-mail* enviado por integrante do corpo funcional da Presidência da República a representantes do MT, FUNAI e Requerida que participaram da reunião, no qual foi consignada a *“necessidade que a licença de instalação seja emitida até 30/05/2015”*, por conta do *“gargalo logístico enfrentado no SUBTRECHO RONDONÓPOLIS”* e *“da consequente necessidade de duplicar imediatamente o subtrecho”*.⁵

25. O interesse do governo federal e dos governos estadual e municipal na duplicação também está bem documentado nos ofícios remetidos à Requerida pelo DNIT, por Deputado Federal, pelo gabinete do Governador do Mato Grosso e pela Prefeitura de Rondonópolis, juntados em anexo às Alegações Iniciais (C-56). Em relação ao tema, cumpre corrigir o equívoco feito pela Requerida em sua resposta, ao alegar que a Concessionária estava sujeita a pressões políticas e solicitações diversas de órgãos governamentais. Na verdade, **o fato de estes ofícios terem sido enviados à Requerida demonstra que ela é que estava sujeita a pressões políticas**, e que, como Poder Concedente, cedeu a estas pressões e determinou à Concessionária o início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis para que a Concessão fosse adequada aos termos mais amplos da política pública de logística.

26. Já o quarto fator que evidencia a alteração feita pela Requerida é o envio do supracitado Ofício 1633/2014 SUINF de 09/06/2014 (C-57), que respondeu positivamente ao Ofício CRO 018/2014 (C-35), afirmando expressamente que *“qualquer definição por parte do Poder Concedente sobre os segmentos para atendimento às metas de duplicação corresponde a alteração contratual, podendo levar ao desequilíbrio econômico-financeiro”*. O citado ofício da Concessionária é justamente aquele que registrou as solicitações de início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis e

⁵ 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. Ele foi disponibilizado à Concessionária em anexo ao Ofício 026/2014/DNM/ANTT de 06/05/2014 (C - 53).



explicou que adotar esse plano de ação traria custos adicionais reequilibráveis em relação ao Plano de Ataque original. Lembra-se também que, poucos dias antes, Concessionária havia protocolado junto à Requerida o Ofício CRO nº 039/2014 de 03/06/2014 (C-52), **solicitando o início do processo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pela determinação da alteração do Plano de Ataque.** Nesse contexto, o teor do Ofício 1633/2014 SUINF significava reconhecimento pela Requerida da realização de alteração contratual do direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

27. Os fatores acima evidenciam que a Requerida, atendendo às pressões de *stakeholders* viabilizadas pelos órgãos públicos, é a responsável pela solicitação de início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis, alterando o Plano de Ataque original. Como se trata de uma alteração unilateral na disciplina do Contrato de Concessão, haja vista que este e o PER previam a liberdade da Concessionária de estabelecer livremente o planejamento das obras de ampliação de capacidade, deve haver reequilíbrio econômico-financeiro pelos custos incorridos, na forma do art. 9º, §4º da Lei 8.987/95 e da Subcláusula 21.2.13 do Contrato de Concessão.

A responsabilidade da Requerida, como representante do Poder Concedente, por solicitações e atos de outros órgãos da Administração Pública Federal

28. Sabendo de antemão ser inegável que órgãos públicos como o MT, FUNAI, DNIT e a Casa Civil da Presidência da República estiveram envolvidos na alteração unilateral do Plano de Ataque, a Requerida busca eximir-se da responsabilidade de realização do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão afirmando que *“não responde pelas declarações, solicitações ou quaisquer atos praticados por outros órgãos ou entidades”*.

29. No entanto, este argumento está equivocado. O Contrato de Concessão foi assinado pela Requerida na condição de **representante da União Federal**. O preâmbulo do instrumento contratual assinado indica isso claramente, ao dispor que assina na qualidade de contratante *“A UNIÃO, por intermédio da AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES, autarquia integrante da Administração Federal indireta”*. Ao final da referida qualificação, é explicitado que



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

a Requerida, **em conjunto com a União**, é denominada **Poder Concedente**. Ou seja, Requerida age como Poder Concedente em **nome da União, como sua representante** na gestão contratual e como ente regulador responsável pelas concessões rodoviárias.

30. Por isso é que, na relação contratual, a Requerente em realidade **responde também pelos atos e declarações de órgãos da Administração Pública Federal**, na medida que eles **integram a União**, que compõe o Poder Concedente. É conhecido no âmbito do direito administrativo a **Teoria do Órgão**, a qual indica que os atos praticados por órgãos integrantes Administração Pública de um ente federativo são imputados ao próprio ente.

31. Isso fica especialmente claro na subcláusula 21.2, que elenca os riscos de responsabilidade do **Poder Concedente**, entre eles o da subcláusula 21.2.13, que dispõe sobre a *“alteração unilateral no PER e no Contrato, por iniciativa do Poder Concedente (...)”*. Assim, não há impacto na qualificação jurídica do direito ao reequilíbrio caso a alteração unilateral tenha partido do Ministério dos Transportes, da Casa Civil ou da própria Requerida, na medida que sendo órgãos da União, também compõem o Poder Concedente.

32. No caso, como informado, a alteração foi feita por órgãos federais em conjunto, de forma articulada e liderada pela própria Requerida. Não se trata da hipótese, por exemplo, do Ministério dos Transportes estar agindo de forma a contrariar a Requerida, o que poderia gerar algum tipo de controvérsia quanto à ocorrência de alteração unilateral por divergência entre os outros públicos. Assim, **a atuação convergente da Requerida com outros órgãos públicos federais** reforça o direito à recomposição, descabendo buscar escusar-se da responsabilidade de efetuar o reequilíbrio econômico-financeiro por este sofisma.

A aplicação da proteção à confiança legítima da Concessionária na ocorrência de compensação pelos sobrecustos incorridos com a alteração do Plano de Ataque



33. Destaca-se também ao Tribunal Arbitral a aplicação, como indicado nas Alegações Iniciais, da proteção à confiança legítima e à boa-fé da Concessionária de que seria reequilibrada pelos sobrecustos incorridos pela alteração do Plano de Ataque. Em todo momento a ação da Requerente foi colaborativa, buscando atender prontamente à manifestação de vontade da Requerida de início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis.

34. A proteção à confiança legítima é aplicável à relação do particular com a Administração Pública, sendo imperativa a observância dos princípios da probidade e da boa-fé no curso de contratações e processos administrativos. Previsões neste sentido encontram-se no Código Civil, em seu art. 422 (“*Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”) e no art. 2º, parágrafo único, IV da Lei de Processo Administrativo Federal.⁶ Pela aplicação destes dispositivos, é vedado à Requerida adotar uma conduta que crie legítima expectativa de que vai atuar de determinada forma, e na sequência não cumpri-la, sob pena também de violar a própria segurança jurídica na execução contratual.⁷ Nesse sentido, é o entendimento também do STJ, conforme expresso por exemplo no REsp 141.879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJ 22/02/1998, como já citado pela Requerente nas suas Alegações Iniciais.

35. No caso, ao adotar as condutas descritas acima, que determinaram o início das obras de duplicação pelo Trecho Sul de Rondonópolis, o Poder Concedente criou uma legítima expectativa de ressarcimento pelos sobrecustos incorridos,

⁶ Cf. o dispositivo: “*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.

⁷ Cf. 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.



que é tutelada pelo direito. Isso fica evidente, especialmente, no envio do **Ofício CRO 018/2014 (C-35)**, que comunicou sobre a ocorrência dos custos adicionais pela alteração do Plano de Ataque, e em sua resposta apresentada pela Requerida no Ofício nº 026/2014/DNM/ANTT (C-53), a qual confirmou a existência de direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela alteração do Plano de Ataque. Ou seja, fica evidente que a alteração do planejamento das obras de ampliação de capacidade e seu início pelo Trecho Sul de Rondonópolis foram executados de boa-fé, com confiança de que o evento seria reconhecido como alteração unilateral da disciplina contratual e objeto de posterior recomposição.

36. O ponto é que as condutas da Requerida criaram a expectativa legítima de que haveria compensação pela alteração na ordem de realização das atividades de duplicação, que é inferida em todas as comunicações trocadas sobre o tema. E essa expectativa foi frustrada quando, após já estarem iniciadas as atividades de duplicação, a Requerida passou a negar o direito a recomposição afirmando, de forma contraditória com seus atos anteriores, que não teria solicitado o início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis.

37. Portanto, pela postura notadamente colaborativa e de boa-fé da Concessionária, e pela confiança legítima de que haveria compensação pelos sobrecustos incorridos, também é devida a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro pela alteração do Plano de Ataque.

A desnecessidade de procedimento formal de revisão contratual no caso concreto para a configuração de alteração unilateral

38. Por último, a Requerida alega que teria sido necessária a ocorrência de procedimento formal de revisão, regido pela Resolução nº 675/2004 e pela subcláusula 18.5, para a configuração de alteração da disciplina contratual original. A citada resolução disciplina as “revisões ordinárias, extraordinárias e quinquenais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos das concessões rodoviárias federais”, enquanto a subcláusula 18.5 trata da Revisão Extraordinária.



39. Primeiro, a Resolução 675/2004 se destina à alteração de obrigações estabelecidas em contrato ou no PER. Contudo, o Plano de Ataque não estava previsto no Contrato de Concessão e nem no PER, não sendo por isso necessária a alteração formal de itens de nenhum dos dois instrumentos jurídicos. Em verdade, o que foi alterado foi a liberdade da Concessionária de iniciar as obras de duplicação, fator que se inseria da disciplina contratual pela ausência de previsão em sentido contrário. Assim, a alteração realizada não exigiu a alteração de redação **nem de item PER nem de subcláusula Contrato de Concessão**, tornando desnecessária – ou até inócua - a formalização de processo de Revisão para a ocorrência de efetiva alteração para algo que sequer havia sido plasmado inicialmente nos documentos da Concessão, mas deixado ao dispor da Concessionária.

40. Ademais, cabe responder que **é redundante o argumento da Requerida de que não foi feita a formalização da alteração por meio da resolução 675/2004**. Este pleito é trazido à arbitragem justamente porque se alega aqui a ocorrência de uma alteração unilateral do Contrato de Concessão por meio de atos materiais, sem a sua solicitação formal.

41. Em verdade, o que exige formalização – e está disciplinado na Resolução e na subcláusula citada – é o **procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**, seja no âmbito de Revisão Extraordinária ou não. Estes processos de recomposição tem a função, justamente, de auferir os impactos causados pela equação econômico-financeira decorrentes de um evento de desequilíbrio, como por exemplo uma alteração unilateral. Até mesmo porque, muitas vezes, os efeitos da alteração na disciplina da Concessão só serão passíveis de mensuração após implementação. **Dessa forma, tem-se que o procedimento formal é necessário para a revisão do equilíbrio econômico-financeiro**, mas não para a ocorrência em si do evento de desequilíbrio, que é um dado fático, não jurídico. Ao que parece, a Requerida confunde os dois conceitos.

42. No mais, destaca-se que a formalização em processo de revisão **não era compatível com a realização da alteração solicitada**, haja vista a **urgência manifestada pela própria Requerida e pelos demais órgãos públicos no início**



das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis. Assim, a própria mensagem comunicada pela Requerida sobre a necessidade de imediato início das obras de duplicação **inviabilizava aguardar o decurso de todo um processo administrativo de Revisão Extraordinária, cuja decisão pode durar meses ou anos.**

43. Para além disso, suspender o início das obras de ampliação da capacidade enquanto se aguardasse decisão da Requerida em processo administrativo **também traria consideráveis atrasos no cronograma das obras, criando risco significativo de descumprimento das metas de duplicação, inclusive da meta inicial de duplicação de 10% dos trechos que permitiria à Concessionária iniciar a cobrança tarifária (como visto no pleito dos §§374 a 411 das Alegações Iniciais), o que implicaria uma iminente perda de receitas já no início da Concessão.** A realização da mobilização necessária para a execução de obra rodoviária em determinado é atividade complexa, que exige tempo e gastos elevados. Assim, tampouco era viável iniciar as obras pelo Plano de Ataque original, para quando fosse tomada a decisão de sua alteração, alterar também o local das obras de duplicação. Ou seja, **era inviável tanto aguardar a tomada de decisão da Requerida em processo administrativo na Resolução 675/2004, por trazer atrasos ao cronograma de duplicação, quanto iniciar a obra pelo segmento Norte e depois modificá-la para o segundo Sul.**

44. **Pelos motivos acima expostos, a Concessionária primeiro implementou, de boa-fé, as alterações solicitadas pela Requerida na ordem das obras de ampliação, e depois solicitou o início do processo de reequilíbrio econômico-financeiro para avaliar o impacto desta mudança e efetivar a efetiva recomposição.** De fato, **a proteção à confiança aplica-se também na inexistência de formalização da alteração, já que evidenciado pelas ações materiais da Requerida a criação de expectativa legítima na Concessionária.**

Conclusão

45. Diante do exposto, a Concessionária pede ao Tribunal Arbitral que reconheça o seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, pela imposição da



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Requerida e outros órgãos públicos de alteração do Plano de Ataque, para início das obras pelo Trecho Sul de Rondonópolis. Sendo esta uma alteração unilateral da disciplina do Contrato de Concessão, ainda que não formalizada, é devida a ocorrência do equilíbrio econômico-financeiro, pela aplicação do art. 9º, §4º da Lei 8.987/95 e pela aplicação da subcláusula 21.2.13 do Contrato de Concessão. Ademais, aplica-se ao caso a proteção à confiança legítima da Concessionária de que seria compensada pelo sobrecusto. Por outro lado, são descabidos os argumentos da Requerente de que ela não responderia pela ação de outros órgãos públicos federais – o que está equivocado, haja vista que o Requerida representa a União na Concessão, formando junto com esta o Poder Concedente; e de que seria necessária a ocorrência de procedimento formal de Revisão Extraordinária, haja vista que a fazê-lo, adiando o início da duplicação até decisão pela Concessionária, inviabilizaria a conclusão dos Trabalhos Iniciais.

II.2. Execução do PBA-I

46. Este pleito é relativo à recomposição em razão dos custos incorridos, pela Concessionária, com a execução do componente indígena previsto no plano básico ambiental – “PBA-I”, referente ao Trecho Sul de Rondonópolis. A execução do PBA-I, necessário por conta da proximidade do Sistema Rodoviário com as terras indígenas Tereza Cristina e Tadarimana (“Terras Indígenas”), foi imposta pela Requerida e outros órgãos públicos à Concessionária como requisito para obtenção da LI referente a este trecho. Como o Contrato de Concessão aloca ao Poder Concedente, na subcláusula 21.2.16, o risco pela ocorrência de custos relacionados a condicionantes indígenas, a Requerida inicialmente chegou a reconhecer o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, inclusive implementando-o em 2015 por ocasião da 3ª Revisão Extraordinária. No entanto, na ocasião da 4ª Revisão Extraordinária em 2016, a Requerida subitamente alterou seu entendimento e passou a negar o direito à recomposição, sob a alegação de que o valor gasto com a execução do PBA-I não seria passível de ressarcimento por aplicação da Cláusula 7 do Contrato de Concessão.

47. Desde a modelagem da Concessão, a disciplina contratual é clara em alocar ao Poder Concedente os riscos pelos atrasos e custos relacionados ao



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

atendimento de exigências e condicionantes indígenas em licenças ambientais. Isso está previsto, de forma inequívoca, na subcláusula 21.2.16, a qual lhe aloca os riscos pelo *“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 e comunidades quilombolas, bem como os custos relacionados ao atendimento destas exigências e condicionantes nas licenças a cargo da Concessionária ou do Poder Concedente.”* (grifou-se).

48. Destaca-se que a Requerida **não trouxe elemento fático algum que se contraponha à exposição feita nas Alegações Iniciais**, limitando-se a defender a aplicabilidade da Cláusula 7 ao caso concreto do PBA-I. Assim, **os diversos fatos expostos restaram incontroversos**.

Da correta interpretação contratual

49. O ponto de discordância neste pleito é em relação ao enquadramento da execução do PBA-I como “elaboração de estudos ambientais” a fazer incidir as Cláusulas 7 e 21.1.19 do Contrato de Concessão à execução do PBA-I. A Requerida entende que devem ser aplicadas as Cláusulas 7 e 21.1.19, defendendo que o reequilíbrio econômico-financeiro só deveria ocorrer caso o valor de R\$ 11.805.582,31 (onze milhões, oitocentos e cinco mil, quinhentos e oitenta e dois reais e trinta e um centavos) nela previsto fosse excedido.

50. No plano jurídico, o principal item a ser destacado é que o Contrato de Concessão, na subcláusula 21.2.16, aloca de forma inequívoca ao Poder Concedente o risco por todos os custos incorridos no atendimento das condicionantes relacionadas a áreas indígenas. Por sua especificidade, esta subcláusula sobrepõe-se aos demais itens que tratam, de forma genérica, dos riscos e custos relacionados a licenciamento ambiental, como a subcláusula



21.1.3, conforme inclusive reconhecido corretamente pelo Tribunal Arbitral na análise *prima face* feita na Ordem Processual nº 06, em seu § 170.⁸

51. Ou seja, mesmo em relação às licenças ambientais alocadas à Concessionária, na forma da subcláusula 21.1.3,⁹ é o Poder Concedente o responsável pelos atrasos e custos relacionados especificamente aos assuntos acima previstos – pesquisas arqueológicas e **condicionantes das áreas indígenas** e comunicadas quilombolas. Destaca-se que esta subcláusula aloca ao Poder Concedente os riscos referentes a tais condicionantes independentemente de qual parte seja o responsável pela licença em questão, conforme se extrai da parte final. Isto foi inclusive confirmado pela Requerida na ata de perguntas e respostas aos pedidos do Edital (C-66), no protocolo nº 1599179, pergunta nº 1, a qual confirmou ser devido o reequilíbrio com estes custos inclusive nas licenças ambientais a cargo da Concessionária, previstas na Cláusula 5.1.3.¹⁰

⁸ Cf. o trecho da Ordem Processual nº 6: “170. Por sua vez, a disposição da cláusula 21.1.3 do Contrato de Concessão, que aloca à Requerente a responsabilidade pelos custos relacionados ao licenciamento ambiental, é demasiado genérica se comparada com a disposição da cláusula 21.2.16, que aloca os custos relacionados a condicionantes indígenas ao Poder Concedente.”

⁹ Contrato de Concessão, Cláusula 21 – Alocação de Riscos: “**21.1** Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a **Concessionária** é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à **Concessão**, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

21.1.3 obtenção de licenças, permissões e autorizações relativas à **Concessão**, excetuadas as licenças a cargo do Poder Concedente”

¹⁰ 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 precificação das 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). “



52. No mais, descabe a alegada incidência da Cláusula 7 proposta pela Requerida. Mesmo se a sistemática de ressarcimento nela prevista fosse mantida – o que não ocorre, dado que a responsabilidade pela elaboração dos estudos originalmente a cabo do Poder Concedente foi transferida à Requerente, tem-se que a **Cláusula Sétima trata especificamente de “montante para ressarcimento de estudos ambientais”**, enquanto os gastos ora incorridos pela Concessionária são com a **execução do PBA-I**. O raciocínio esposado pela Requerida de interpretação sistemática encontra-se equivocado, haja vista que são questões distintas. O caso em tela não é relativo a custos com **realização de estudos ambientais**, pois o PBA-I **já havia sido elaborado anteriormente** pelo DNIT, mas sim à **execução pela Concessionária das condicionantes previstas neste PBA-I**, mediante a contratação de empresa especializada para executar os planos já elaborados.

53. Esta distinção entre **elaboração** de estudos ambientais e sua **execução** é absolutamente essencial no processo de licenciamento, haja vista que a primeira é necessária para a obtenção da Licença de Instalação (LI), enquanto a segunda é necessária para a obtenção à Licença de Operação (LO). Ora, o Contrato de Concessão é muito claro ao alocar à Concessionária a responsabilidade pela obtenção das LOs, sendo dever do Poder Concedente fornecer apenas as LIs, conforme previsto na Cláusula 5, subcláusula 5.2.2. Assim, não faz o menor sentido estipular dever de ressarcimento da Concessionária pelos custos de **execução de condicionantes ambientais**, quando a própria Concessionária já é a responsável, desde o início, por arcar com eles. Assim, a argumentação sistemática proposta pela Requerida demonstra desconhecimento não apenas fático, mas também jurídico sobre o processo de licenciamento ambiental.

54. Ainda, tem-se que mesmo caso, por hipótese, os gastos incorridos fossem com a realização de estudos ambientais, **ainda assim subsistiria o direito ao reequilíbrio pela especificidade da subcláusula 21.2.16 face à Cláusula 7** e pelo fato de que a **cláusula 21.1 excetua a alocação geral de risco e responsabilidade à Concessionária, como visto ao longo desta peça**. Como demonstrado, a disciplina jurídica é inequívoca em alocar ao Poder Concedente os custos incorridos com estas condicionantes. Assim, por óbvio, o valor previsto na



referida Cláusula 7 **necessariamente exclui os gastos com pesquisas arqueológicas e condicionantes ligadas a áreas indígenas e comunidades quilombolas**, sob pena de tornar a inócua a alocação de risco prevista na subcláusula 21.2.16.

55. No mais, destaca-se que Contrato de Concessão não deixa dúvidas de que os valores referentes à execução dos estudos ambientais não incluem os gastos relacionados condicionantes indígenas. Isso fica claro pelo risco referente aos custos dos estudos ambientais acima do valor previsto na Cláusula 7 ser **tratado especificamente na subcláusula 21.2.19**, que faz referência expressa à subcláusula 7.1: **“21.2.19 custos com os Estudos Ambientais nos valores que excederem o montante indicado na subcláusula 7.1;”** Esta cláusula é a que deve ser interpretada de forma de forma conjunta à Cláusula 7. Por outro lado, a subcláusula **21.2.16 não se refere à Cláusula 7, evidenciando que não possuem qualquer relação.**

56. Igualmente descabida é a alegação de que a Concessionária teria incorrido em ganho financeiro injustificado. A uma, porque, como exposto, a Cláusula 7 se refere somente aos gastos com estudos ambientais, não tratando da execução das medidas previstas nestes estudos. A duas, porque o próprio Contrato de Concessão aloca ao Poder Concedente a responsabilidade pelos condicionantes indígenas, estando eles apartados dos valores dos estudos ambientais, sendo contraditório e fora de qualquer razão lógica exigir que a Concessionária considere provisionamento de custos em proposta econômica por risco alocado ao Estado. A três, porque como será exposto a seguir, a lógica da Cláusula 7 de ressarcimento prevista **simplesmente tornou-se inaplicável ao Contrato de Concessão no momento em que a Requerida transferiu à Concessionária a responsabilidade pela elaboração de todos os estudos ambientais.**

Fatores adicionais que demonstram o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela execução do PBA-I

57. As considerações no tópico acima já bastam para caracterizar o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela execução do PBA-I, haja vista caracterizarem a aplicabilidade da subcláusula 21.2.16 e a ausência de incidência



da Cláusula 7. Não obstante, cabe também retomar nesta oportunidade outros dois fatores presentes nas Alegações Iniciais que também caracterizam o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro e demonstram os equívocos cometidos pela Requerida, tanto ao negar o pleito em sede administrativa quando em sua resposta.

58. São eles: (i) o fato de que a disciplina original de ressarcimento prevista na Cláusula 7 foi alterada, já que por solicitação da Requerida a Concessionária assumiu a responsabilidade direta pelo custeio dos estudos ambientais; e (ii) o fato de o comportamento contraditório de parte da ANTT ter violado proteção à confiança legítima e à boa-fé objetiva, criando o dever de reequilíbrio também por este motivo. **Ressalta-se que as considerações sobre estes dois fatores presentes nas Alegações Iniciais não foram questionadas pela Requerida,** restando incontroversos os fatos relativos aos assuntos, conforme acima exposto.

59. A alteração da sistemática prevista na Cláusula 7 advém de solicitação do Ministério dos Transportes, feita no Ofício 012/2014/DECON/SFAT/MT de 12/03/2014 (C-70). Nele, foi exposto que a delegação da responsabilidade pela realização dos estudos ambientais para obtenção da LP e da LI foi delegada à Empresa de Planejamento e Logística - EPL na fase de estruturação do da Concessão, porém não foi possível finalizar os estudos a tempo. Nesta situação, foi sugerido que a Concessionária fosse a responsável pela realização dos estudos, haja vista que sendo empresa privada detém maior agilidade para realizar a contratação. A proposta significaria que a Concessionária iria apenas contratar a realização dos estudos, continuando sob responsabilidade da EPL a atribuição de sua aprovação e de solicitar eventuais complementações.

60. Esta proposta foi encaminhada à Concessionária pela Requerida no Ofício nº 006/2014/DNM/ANTT, de 13 de março de 2014 (C-71). Nele, foi solicitada manifestação quanto a *“proposta de transferência da obrigação de contratação dos estudos ambientais para a concessionária, com a posterior cessão destes estudos para a EPL, de modo que a mesma mantenha a responsabilidade pela obtenção das licenças ambientais perante os licenciadores”*. A manutenção da responsabilidade pela obtenção de licenças junto à EPL foi feita pois se imaginou que esta, por ter maior



interação com os órgãos licenciadores, obteria as licenças mais rapidamente que a Concessionária, após ter os estudos em mãos.

61. A resposta da Concessionária, que consta do Ofício CRO 007/2014 (C-72), de **aceitar a proposta de transferência da obrigação de contratação dos estudos ambientais**, foi condicionada ao fato de que **deixaria de existir o dever de ressarcimento previsto na Cláusula 7**. Isso porque, já que a própria Concessionária passou a ser a responsável elaboração dos estudos e os disponibilizaria à EPL, não faria sentido manter o dever de ressarcimento ao Poder Concedente pelos gastos dos estudos, já que eles seriam arcados diretamente pela própria Concessionária. O aceite da proposta também significou que a Concessionária renunciaria ao reequilíbrio econômico-financeiro caso o montante gasto fosse superior ao valor previsto na subcláusula 7.1. Este aspecto do acordo, frisado também nas manifestações do MT e da ANTT,¹¹ **significou, na prática, que o risco quanto ao valor gasto com estudos ambientais passou a ser alocado integralmente à Concessionária**, alterando a disciplina originalmente prevista. E essa mudança na alocação dos riscos abrange tanto os ônus quanto os bônus: ou seja, assim como ela não teria direito de ser ressarcida caso os valores incorridos fossem superiores a R\$ 11.806.682,31, **ela não poderia ser penalizada ou ter quaisquer valores retidos caso incorresse em gastos a menor com este montante**.

62. **Com isso, fica claro que houve alteração significativa na sistemática da Cláusula 7 do Contrato de Concessão, que torna inócua a argumentação da**

¹¹ Nesse sentido, cf. o seguinte trecho do Ofício 012/2014/DECON/SFAT/MT (C-70): *“a Concessionaria deverá abrir mão do direito de reequilíbrio caso o custo com os custos estudos ultrapasse a verba prevista na Cláusula 7.1, inclusive no caso de complementações ou alterações, sejam estas solicitadas pela EPL ou pelo órgão licenciador. A Concessionaria deverá também abrir mão de reequilíbrio relativo ao adiantamento do desembolso correspondente aos estudos, visto que no atual contrato tal dispêndio ocorreria somente quando a LI fosse entregue, ou seja, daqui 1 ano, pelo menos;”*.

Cf. também trecho do Ofício nº 006/2014/DNM/ANTT (C-71): *“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, inclusive no caso de complementações ou alterações, sejam elas solicitadas pela EPL ou pelo órgão licenciador. A concessionária também deve abrir mão de reequilíbrio relativo ao adiantamento dos estudos, visto que no atual contrato tal dispêndio ocorreria somente quando a LI fosse entregue”*.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Requerida solicitando sua aplicação. Ora, por acordo entre as partes, a Concessionária passou a arcar diretamente com os custos dos estudos ambientais e deixou de existir qualquer dever ressarcimento da Concessionaria ao Poder Concedente, bem como foi superado o valor limite de R\$ 11.806.682,31, por solicitação da própria Requerida. Considerados estes fatores, não há lógica alguma em exigir que este valor limite seja superado pela Concessionária para que haja direito ao reequilíbrio econômico-financeiro.

63. Por fim, cumpre ressaltar necessária incidência ao caso do instituto da vedação ao comportamento contraditório, oriundo da proteção à confiança legítima e da boa-fé objetiva. Conforme exposto nas Alegações Iniciais, o comportamento contraditório está configurado pelo fato da Requerida, confirmar por três vezes o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela execução da PBA-I, para anos depois passar a negá-lo. Conforme acima exposto, o direito à recomposição foi reconhecido (i) no Ofício 064/DNM/ANTT de 25/09/2014 (C-38); (ii) no Ofício nº 3490/2014/SUINF, de 07/11/2014 (C-67), que comunicou reconhecimento do direito ao reequilíbrio pelo Conselho Diretor da Requerida; e (iii) na 3ª Revisão Extraordinária, conforme Nota Técnica nº 039/2015/GEINV/SUINF (C-68).

64. No entanto, chegado o ano 2016, o mesmo direito passou a ser negado pela GEINV, nas notas técnicas NT 016/2016 (C-62) e na NT 016/2016 (C-63), que terminaram sendo acatadas pelo Voto DSL 179/2016 (C-64) e pela Resolução ANTT nº 5.177/2016 (C-47). Essa negativa superveniente é – além de clara contradição, vedada pelo ordenamento jurídico - ainda mais grave, pois na origem significou insubordinação à hierarquia decisória, haja vista que a GEINV, ao negar a recomposição, foi contra decisão já tomada pelo Conselho Diretor da Requerida em 2014, comunicada pelo Ofício nº 3490/2014/SUINF, e em 2015, na 3ª Revisão Extraordinária.

65. Portanto, dado todo o exposto, a Concessionária pede ao Tribunal Arbitral que rejeite a frágil argumentação da Requerida e reconheça o seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pelos custos incorridos com a execução do PBA-I.



II.3. Inexecução dos Contratos CREMA

66. Este pleito trata dos sobrecustos imprevistos arcados pela Concessionária devido à inexecução dos Contratos CREMA, sob a responsabilidade do DNIT, que abrangiam mais de 70% dos 453,6 km do Trecho CRO. Como exposto na Alegações Iniciais da Requerente (§§ 172 a 209), foram celebrados ao final de 2012 três contratos pelo DNIT, com validade de dois anos,¹² para a **recuperação funcional completa do pavimento**, com indicadores de qualidade rodoviária próximos aos previstos no PER no primeiro ano de sua execução, ou seja até o final de 2013.¹³

67. Assim é que a licitação que deu origem à Concessão evidentemente tinha como premissa, tanto para o Poder Concedente quanto para os licitantes, que os respectivos trechos já estariam com as condições de pavimentação recuperadas, nos termos dos Contratos CREMA. Afinal, sendo sua vigência de conhecimento público e notório, não se poderia presumir sua inexecução. Tampouco é razoável supor que a Administração Pública esperaria que os licitantes incluíssem os custos desta recuperação da pavimentação nas suas propostas, fazendo com que o Erário arcasse duas vezes com os custos de uma mesma atividade.

68. Tais premissas foram inclusive confirmadas após a publicação do Edital, devido à assinatura de Termos Aditivos nos três contratos¹⁴ e à inoportunidade de sua rescisão quando da Data da Assunção em 21/03/2014, ocasião em que estes Contratos foram previstos no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens (C-

¹² São eles: (i) o Contrato CREMA 847/2012, assinado em 30/10/2012, tendo como objeto trecho do km 507,1 ao km 6007; (ii) o Contrato CREMA 806/2012, assinado em 20/11/2012, tendo como objeto o trecho do km 600,7 ao 716,0; e (iii) o Contrato CREMA 807/2012, assinado em 20/11/2012, tendo como objeto o trecho do km 716,0 ao 836,0, conforme extrato resumido dos Contratos e Cronograma de Atividades (C-75).

¹³ Conforme previsto na Instrução de Serviços/DG nº 14/2011 do DNIT (C-74).

¹⁴ Conforme extratos dos termos publicados no Diário Oficial da União (C-76), os quais aumentaram o valor dos três Contratos CREMA, com acréscimos respectivamente de R\$ 8.120.378,74, de R\$ 8.743.727,23 e de R\$ 4.655.858,04, evidenciado de forma inquestionável que os Contratos CREMA seriam adequadamente executados, ainda que a destempo.



39), sendo expressamente indicados como vigentes no Inventário de Bens do DNIT (C-77).¹⁵

69. No entanto, quando da assunção da rodovia e realização do cadastro inicial do Sistema Rodoviário, a Concessionária foi surpreendida com a significativa deterioração do pavimento nestes trechos, evidenciando a falta de cumprimento dos Contratos CREMA pelo DNIT.¹⁶ Com isso, teve de incorrer em custos imprevistos relevantes com a recuperação funcional do pavimento, solicitando reequilíbrio econômico-financeiro.¹⁷ Afinal, o Contrato de Concessão aloca ao Poder Concedente, na subcláusula 21.2.8, o risco pela inexecução das obras de responsabilidade do DNIT e exigia a rescisão dos contratos pelo DNIT até a Data da Assunção.

70. Ocorre que o pleito administrativo foi negado, sob o argumento de que apenas as obras previstas no Apêndice D do PER poderiam ser objeto de recomposição,¹⁸ levando à apresentação do pleito ao Tribunal Arbitral, conforme consta nas Alegações Iniciais. Em sua resposta, a Requerida manteve os mesmos argumentos apresentados em sede administrativa, suscitando ainda que os custos incorridos nesta atividade de recuperação integram o risco assumido pela Concessionária na subcláusula 21.1.7. Ademais, sustentou que os Contratos CREMA não teriam sido contemplados no EVTE da Concessão, e também que não fora prometido à Concessionária a recepção da rodovia em parâmetros adequados.

71. Os itens a seguir desfazem os sucessivos equívocos presentes na argumentação da Requerida.

¹⁵ Conforme consignado no Termo de Arrolamento e Transferência de bens, o qual indica que “faz parte do presente Termo de Arrolamento o Inventário do DNIT a seguir reproduzido (...)”.

¹⁶ Conforme informado pela Concessionária no Ofício CRO 046/2014 (C-40), o qual registrou o seguinte: ““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**”. (grifou-se)

¹⁷ Conforme os ofícios CRO nº 272/2015(C-80); 350/2015 (C-81); 989/2016 (C-58); e 1.087/2016 (C-59).

¹⁸ A rejeição administrativa consta no Parecer Técnico 129/2015/GEINV/SUINF (C-82); Nota Técnica 271/2015/SUINF de 25/05/2015 (C-84); NT 016/2016 (C-62); e NT 027/2016 (C-63).



Da impossibilidade de previsão dos Contratos CREMA no Apêndice D do PER ou no Anexo B ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens

72. O primeiro destes equívocos é a suposta necessidade de previsão dos trechos objeto destes contratos no Apêndice D do PER.

73. Tanto o Apêndice D do PER quanto o Anexo B do Termo de Arrolamento e Transferência de bens se referem exclusivamente a **trechos com obras de duplicação de responsabilidade do DNIT**. Isso fica claro, no PER, pelo título do Apêndice ser “*Subtrechos com obras de duplicação a serem executas pelo DNIT”*, e o Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, por constar expressamente que eles se referem a trechos “*totalizando 371,5 km de rodovia em pista simples em obras de duplicação pelo DNIT”* (grifou-se).

74. Por sua vez, os Contratos CREMA contêm em seu escopo atividades apenas de recuperação, manutenção e conservação rodoviária, como indicado em seu próprio nome e na Instrução de Serviço DNIT nº 14/2011 (C-74).¹⁹ É preciso que fique claro que os Contratos CREMA *não preveem obras de ampliação da capacidade rodoviária, tais como a duplicação da rodovia*. Desse modo, não faria sentido a sua previsão tanto no Apêndice D do PER como no Anexo B do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.

75. Este esclarecimento é relevante pois a Requerida sustenta que só seria possível o reequilíbrio por inexecução de obras de responsabilidade do DNIT na ocorrência da sistemática de recebimento de obras prevista na Subcláusula 10.5. Ocorre que esta subcláusula se aplica tão somente às obras listadas no Apêndice D do PER, conforme fica claro nas subcláusulas 10.5.1 e 10.5.2, que trata apenas das obras de duplicação. Assim, **não é possível condicionar o reequilíbrio**

¹⁹ Confira-se trecho da referida instrução: “ESCOPO DOS SERVIÇOS

O Escopo dos Contratos compreende obras de recuperação funcional dos pavimentos das pistas e acostamentos, bem como serviços de manutenção do pavimento e conservação a faixa de domínio, em conformidade com os respectivos projetos”.



referente aos Contratos CREMA à submissão esta cláusula, por uma completa diferença de temática, tendo em vista que os Contratos CREMA não preveem obras de duplicação.

76. Por outro lado, é certo que a subcláusula **21.2.8**, que elenca ao Poder Concedente o risco pela inexecução das obras do DNIT, **não traz esta mesma restrição**. A uma, porque se este fosse o intuito, ela teria feito referência expressa à sistemática da subcláusula 10.5, o que não ocorre, ao contrário do presente em outros riscos alocados ao Poder Concedente em que há este tipo de restrição, a exemplo das subcláusulas 21.2.14 e 21.2.19. A duas, porque o risco relacionado especificamente à subcláusula 10.5 é tratado de forma apartada, na subcláusula 21.2.15. E a três, porque ela se refere às obrigações do DNIT de forma ampla, não se restringido às obras de duplicação, conforme será detalhado mais adiante.

77. Em verdade, o Contrato de Concessão não prevê procedimento análogo ao da subcláusula 10.5 para o não recebimento – ou para que fossem recebidas, apontadas as intervenções necessárias e passíveis de reequilíbrio – para os trechos em obras de recuperação e manutenção do DNIT. A **ausência de disciplina específica para registrar inconformidades em obras recebidas do DNIT que não as de duplicação** foi justamente um dos primeiros pontos ressaltados pela Concessionária à Requerida ao verificar a inexecução dos Contratos CREMA, conforme consignado no Ofício CRO 272/2015 (C-80).²⁰ Por conta desta insuficiência da disciplina contratual, a Concessionária não tinha outra alternativa a não ser implementar as atividades que não foram executadas naqueles contratos, para só então solicitar poder solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

78. Diante do exposto, **inexiste a citada restrição alegada pela ANTT devido à inaplicabilidade da subcláusula 10.5**, haja vista que, por não preverem obras de

²⁰ Cf. o trecho do ofício que trata do tema: “A despeito de não figurar como obrigação contratual sua, a Concessionária foi compelida a realizar tal recuperação em função das características do contrato de concessão.

Em primeiro lugar, o contrato não prevê a possibilidade de não recebimento dos referidos trechos, tal como previsto para os trechos constantes do Apêndice D (...)”



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

duplicação, os Contratos CREMA não eram passíveis de enquadramento no Apêndice D do PER e tampouco no Anexo B do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.

*Esclarecimentos sobre o trecho de 21,8 km previsto no Anexo B do
Termo de Arrolamento concorrente aos Contratos CREMA*

79. Outro ponto correlato a ser esclarecido é a diferença entre o trecho de 21,8 km presente no Anexo B do Termo de Arrolamento de Bens, e o restante dos trechos objeto dos Contratos CREMA previstas na mesma extensão.

80. Como corretamente apontado pelo Tribunal Arbitral na OP nº 6, os Trechos entre os km 592,9 a 600,7 (travessia urbana de Nova Mutum); entre os Km 746,0 a 751,8 e entre 751,8 a 7609 (travessia Urbana de Sorriso), totalizando 21,8 km, estão inseridos na extensão dos Contratos CREMA, e estão previstos no citado Anexo B, tendo sido objeto de transferência à Concessionária no 2ª Termo Aditivo ao Contrato de Concessão (R1-09). Ocorre que seu tratamento diferenciado em relação ao restante do trecho objeto dos Contratos CREMA se deve ao fato de **estarem sendo realizadas pelo DNIT obras de duplicação nestas localidades** - que corriam paralelamente às atividades do Contratos CREMA, sem com ela se confundir - como fica claro pelo fato do Anexo B referir-se a eles como “EOD - em obras de duplicação”.

81. Assim, como estes trechos só foram tratados separadamente por conta das obras de duplicação, este fato não implica óbice algum ao reequilíbrio pela inexecução dos Contratos CREMA. **Pelo contrário, tal fato apenas reforça o direito à recomposição pelos sobrecustos incorridos, já que evidencia a inviabilidade de seguir o procedimento previsto na subcláusula 10.5 pela inexistência de obras de duplicação.**

*A impossibilidade de se desconsiderarem os Contratos CREMA
como premissa da Concessão*



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

82. Feitos os esclarecimentos acima, é **preciso rechaçar de forma veemente as alegações da Requerida de que a execução dos Contratos CREMA não consistia em premissa da Concessão e de que eles não foram previstos no EVTE**. Isso porque essa linha de raciocínio assumiria duas premissas absurdas e **defesas ao ordenamento jurídico, podendo inclusive levar à responsabilização administrativa daqueles que foram encarregados da elaboração do EVTE e do Edital**, quais sejam as premissas:

- i. a presunção de que contrato administrativo válido e vigente não seria executado; e
- ii. o pagamento pelo Erário em duplicidade pelo mesmo serviço, o que corresponderia a inegável má gestão de recursos públicos, em violação à eficiência e à economicidade.

83. A existência dos Contratos CREMA em extensão de mais de 300 km do Trecho Rodoviário concedido nunca foi um segredo, sendo um dado considerado por quaisquer interessados quando da elaboração das propostas para participação da licitação. Isso porque, devido às características específicas desse tipo de contrato, o esperado era que até a Data da Assunção, em 2014, os contratos CREMA já teriam ultrapassado o primeiro ano de execução, e as atividades de recuperação funcional do pavimento estariam concluídas. A vigência de tais contratos era fato público e notório, aferível mediante simples vistoria na rodovia dos trabalhos nela realizados, estando a documentação relativa a tais contratações disponível.

84. Da análise de tal documentação, pode ser visto no Anexo VI – Procedimentos dos Contratos CREMA 1ª Etapa, item 2 - Manutenção dos Pavimentos e Conservação da Faixa de Domínio (C - 228), que é apresentada uma tabela com os Padrões de Desempenho para os Serviços de Manutenção e Conservação, com trecho reproduzido abaixo:



2. FISCALIZAÇÃO

A fiscalização dos serviços de manutenção e conservação descrito no item anterior, será efetuada pelo Supervisor da Unidade Local responsável pelo lote, sendo a ele incumbida a tarefa de verificar a qualidade do serviço executado e o atendimento dos padrões e normas requeridos para a intervenção.

2.1 Padrões de Desempenho para os Serviços de Manutenção e Conservação

Elemento de Referência	Indicador	Padrão Exigido
Pista de Rolamento	Buracos e panelas (*)	A partir do final do 3º mês do contrato, não são admitidos buracos e panelas, de quaisquer dimensões.
	Afundamentos e Recalques	A partir do final do 3º mês do contrato, não são admitidos afundamentos e recalques, que possam colocar em risco a segurança do usuário.
	Trincamento	A partir da recuperação, não são admitidas Trincas Classes 2 e 3.
	Trilhas de Roda	A partir da recuperação, não são admitidas Flechas nas Trilhas de Roda maiores que 10 mm.
	Exsudação ou desagregação	A partir da recuperação, não são admitidas exsudações ou desagregações na camada de revestimento.
Acostamentos	Buracos e deformações	A partir da recuperação, não são admitidos buracos e deformações.
Faixa de Domínio	Limpeza	A partir do final do 3º mês do Contrato, a faixa de domínio deve ser mantida limpa.
	Localização e altura da vegetação	A partir do final do 3º mês do Contrato, a altura da vegetação na faixa de 2 m de largura, ao longo dos acostamentos: $h < 30$ cm
Drenagem	Existência e Funcionamento da Drenagem	A partir do final do 3º mês do Contrato, os dispositivos de drenagem preexistentes devem estar limpos, caiados e em adequadas condições de funcionamento.
		A partir da recuperação devem estar implantados, limpos, caiados e em adequadas condições de funcionamento, todos os dispositivos de drenagem.
Dispositivos e Obras Complementares	Existência e Funcionamento de Defensas, Barreiras e Guarda-corpos	A partir do final do 3º mês do Contrato, devem estar implantados, limpos, caiados ou pintados e em adequadas condições de funcionamento, todos os guarda-corpos, defensas e barreiras.



Elemento de Referência	Indicador	Padrão Exigido
Sinalização	Existência/ Funcionamento da Sinalização Vertical	A partir do final do 3º mês do Contrato, devem estar implantados e em adequadas condições de funcionamento toda a sinalização vertical.

(*) – Na execução de reparos localizados será obrigatoriamente utilizado CBUQ, dentro do conceito de "remendo técnico" (c/recorte), não se aceitando o PMF para esse tipo de serviço, sendo ainda obrigatório a utilização de caminhão com caçamba térmica para o transporte da massa, de forma a manter a temperatura da mesma.

85. Caso o CREMA tivesse sido executado em sua totalidade, esses parâmetros deveriam representar/espelhar a situação da rodovia quando da assunção da CRO, em atendimento ao que seria exigido para os Trabalhos Iniciais (item 3.1.1 do PER). Entretanto, como os Contratos CREMA não foram executados em grande medida, os parâmetros dos próprios Contratos CREMA não foram atendidos, deixando a rodovia em estado muito pior do que seria possível supor naqueles trechos; logo, a CRO teve que realizar investimentos adicionais para adequação da rodovia, investimentos esses que sequer poderiam ter sido precificados quando da licitação e da vistoria feita à rodovia.

86. De fato, caso os licitantes desconsiderassem a existência dos Contratos CREMA e a sua execução na precificação de suas propostas, seria o equivalente a **presumir o descumprimento de contrato administrativo válido e em execução**, o que não é aceitável. Não se pode exigir dos licitantes que presumissem ou fossem capazes de adivinhar que seriam descumpridos os contratos administrativos do DNIT. Para além disso trazer altíssima insegurança jurídica, destaca-se que os atos (e contratos) da **Administração Pública são dotados de presunção de legitimidade, o que implica presumir sua veracidade e adequada execução**. Esta presunção de execução dos Contratos CREMA se inverteria apenas caso a própria Administração Pública sinalizasse sua inexecução. No entanto, o ocorrido no caso foi justamente o contrário, haja vista que os três contratos foram **objeto de termo aditivo ampliando o seu valor e o pagamento ao particular, reforçando a presunção de que seriam cumpridos**. Assim, na inexistência de indicação contrária, qualquer licitante interessado deveria razoavelmente presumir a execução dos Contratos CREMA.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

87. A premissa de execução destes contratos é ainda mais forte pois sua alternativa resultaria em lesão ao erário, visto que a **Administração Pública estaria pagando duas vezes pelo mesmo serviço de recuperação: nos Contratos CREMA**, mediante pagamento direto; e na **Concessão**, alocando o custo aos usuários. **Admitir que teria havido um pagamento em duplicidade pela mesma atividade significaria reconhecer lesão grave ao Erário, o que representa violação frontal ao interesse público e aos princípios básicos administrativos da eficiência e economicidade**, não sendo admissível em direito.

88. Eventual ação administrativa neste sentido caracteriza **má gestão de recursos públicos** e torna os agentes envolvidos sujeitos à responsabilização cabível, **correspondendo a erro grosseiro**. Dessa forma, era logicamente contrário ao ordenamento jurídico que participante da licitação considerasse que a Administração Pública estaria disposta a arcar duas vezes com os custos da mesma atividade. Logo, considerar a execução dos Contratos CREMA como premissa da Concessão era – e ainda é – a única hipótese admitida pelo direito, haja vista as graves implicações de sua negativa.

89. Fica claro que a **alegação da Requerida de que os estudos de viabilidade não consideram a execução dos Contratos CREMA é extremamente preocupante**. Afirmar que *“as despesas de recuperação arguidas pela requerente como de responsabilidade do DNIT já haviam sido precificadas na tarifa-teto”* implicaria **confissão pela Requerida de que o Poder Concedente teria pago em duplicidade pelas mesmas atividades**, primeiro via Contratos CREMA e segundo na Concessão. Mesmo caso, por absurdo que uma confissão de tal gravidade possa prosperar, a alegação seja verdadeira, **não é lícito esperar do licitante que assumisse estar a Administração Pública disposta a pagar duas vezes pela mesma atividade, disposição essa ilegítima por danosa ao Erário**, como visto acima.

90. Portanto, fica claro que era **premissa inafastável da Concessão considerar a plena execução dos Contratos CREMA**, prevendo que as atividades de recuperação já estariam concluídas quando da Data da Assunção.



A aplicabilidade da subcláusula 21.2.8 da proteção à confiança legítima ao caso em tela, em lugar das subcláusulas 21.1.7 e 2.1

91. Diante dos dados acima expostos tem-se claro que o risco pela realização das obras nela previstas é alocado ao Poder Concedente, pela aplicação da subcláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão, ao invés da 21.1.7 suscitada pela Requerida. A subcláusula 21.2.8 aloca ao Poder Concedente o risco pelo *“atraso nas obrigações conferidas ao DNIT pelo Contrato ou 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”* (grifou-se). No tocante aos Contratos CREMA, o dispositivo é aplicável tanto em sua formulação geral em seu início – *“obrigações conferidas ao DNIT”* – quanto pelo item (ii), ao referir-se ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.

92. De início, esta cláusula trata dos riscos pela execução das obras do DNIT em geral, não restringindo-se às obras de ampliação de capacidade. A **racionalidade econômica é alocar ao Poder Concedente os riscos que a Concessionária não tem capacidade de controlar**, relativos à execução de obras por terceiro integrante da Administração Pública Federal.

93. Assim é que os itens (i) e (ii) devem ser lidos de **forma exemplificativa, o que fica evidente pela utilização da locução “inclusive quanto”**, o que confere abertura semântica e jurídica, referindo-se a todas as obras de responsabilidade do DNIT – incluindo, por isso, os Contratos CREMA.²¹ A mesma formulação é aplicável em outra subcláusula que aloca outro risco geral ao Poder Concedente e na sequência o exemplifica, a subcláusula 21.2.5, que trata de *“alterações na legislação e na regulamentação”* e depois exemplifica acrescentando *“inclusive acerca da criação, alteração ou extinção de tributos e encargos (...)”*. Logo, fica claro que, se

²¹ E nem se diga que os Contratos CREMA não estariam previstos no Edital ou no Contrato de Concessão, haja vista que eles são citados expressamente no Anexo I do Contrato de Concessão, o Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, conforme desenvolvido à frente.



na subcláusula 21.2.8 os itens (i) e (ii) fossem restritivos, eles estariam precedidos de outra expressão limitando seu âmbito de aplicação.

94. Inobstante este caráter aberto, é inegável que os **Contratos CREMA encontram-se previstos no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens**, visto que eles estão presentes em seu Anexo A, o **Inventário de Bens do DNIT**. Conforme explicado, o próprio Termo de Arrolamento destaca que o Inventário de Bens do DNIT é parte integrante sua. Logo, o fato de os Contratos CREMA estarem lá contidos, **especificados inclusive como vigentes**, elimina as dúvidas quanto à sua caracterização como *“obrigação conferida ao DNIT”*, presente no *“Termo de Arrolamento na ocasião da transferência dos bens”*.

95. Sobre o assunto, destaca-se ser incorreto restringir a aplicabilidade da subcláusula apenas aos trechos integrantes do Anexo B do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, por três motivos. O primeiro é que a subcláusula não faz essa restrição, como fez ao citar o Apêndice D do PER. Assim, não estando presente no dispositivo contratual, não cabe aplicá-la quando de sua hermenêutica, se referindo a cláusula a todas as obras de responsabilidade do DNIT previstas no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, independentemente de estarem referenciadas em seu Anexo A ou no Anexo B.

96. O segundo motivo da inaplicabilidade da restrição ao Anexo B é que, conforme especificado, ele se refere somente às obras do DNIT de duplicação. Assim, não havia como os Contratos CREMA serem nela incluídas, por não envolver duplicação.

97. Já o terceiro motivo é referente justamente à caracterização da execução dos Contratos CREMA como premissa da Concessão, acima explicado. Por isso, interpretação diversa que excluísse sua incidência da subcláusula estaria, em verdade, incorrendo nos mesmos erros acima rechaçados, de presumir a inexecução de contrato administrativo e admitir que o Poder Concedente pagaria duas vezes pela mesma atividade, o que não é admitido em direito. Por isso é que necessário considerar na subcláusula obras outras do DNIT, que não as de duplicação, incluindo aquelas obras objeto dos Contratos CREMA.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

98. No mais, cumpre ressaltar que a aplicação da subcláusula 21.2.8 à situação dos Contratos CREMA é decorrência também da proteção às expectativas legítimas e à boa-fé da Concessionária. Tal expectativa, protegida pelo direito conforme no Contrato de Concessão conforme desenvolvido nas Alegações Iniciais e nos pleitos acima, foi criada inicialmente antes da Concessão, pela existência e vigência dos Contratos CREMA, e foi reforçada na sequência com sua manutenção após a Data de Assunção e pela assinatura dos respectivos termos aditivos, a confiança legítima da Concessionária também é valor jurídico relevante que enseja a aplicação do referido dispositivo.

99. Esta aplicabilidade da subcláusula 21.2.8 afasta, evidentemente, a incidência ao caso da subcláusula 21.1.7, que aloca à Concessionária os custos pela execução da Frente de Recuperação e Manutenção. Como indicado ao longo desta Réplica, a subcláusula 21.1 é explícita em dizer que as hipóteses da subcláusula 21.2 excetam os riscos e responsabilidades atribuídos à Concessionária. Ademais, em nenhum momento, administrativamente ou na arbitragem, a Concessionária negou o seu dever de realizar a recuperação do pavimento do Sistema Rodoviário, ou manifestou entendimento de que deveria ter recebido a rodovia em parâmetros determinados. Pelo contrário, uma análise das medições anterior e posterior à realização dos Trabalhos Iniciais demonstra que a Concessionária elevou significativamente os parâmetros de desempenho e parâmetros técnicos em todo Sistema Rodoviário na forma estabelecida no contrato de concessão.

100. Ocorre apenas que, em relação aos trechos específicos que estavam sendo objeto da execução dos Contratos CREMA durante o ano de 2013 – ou seja, durante o curso do processo licitatório – era imperioso supor a sua execução e o recebimento do pavimento em condições adequadas, de modo que a inexecução das atividades de recuperação neles previstos trouxe custos que devem ser objeto de recomposição na subcláusula 21.2.8.

A violação pelo Poder Concedente da subcláusula 10.1.4



101. Por fim, destaca-se que a manutenção da vigência dos Contratos CREMA após a Data de Assunção implicou descumprimento pelo Poder Concedente da subcláusula 10.1.4, sendo este fator **complementar** e **adicional** para a caracterização do direito ao reequilíbrio. A subcláusula 10.1.4 estabelece que “*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 (...)*”. O Contrato de Concessão prevê também que a Data de Assunção é a data de assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.²² Assim, os Contratos CREMA deveriam estar extintos até o dia 21/03/2014, a Data de assunção.

102. No entanto, ocorre que os três contratos CREMA estavam plenamente vigentes na ocasião, conforme consignado no próprio Inventário de Bens do DNIT. O descumprimento é ainda mais grave, pois dois dos Contratos CREMA foram objeto de termo aditivo **após a Data da Assunção**: o de nº 807/2012, com aditivo firmado em 04/04/2014, aumentando o seu valor global em cerca de R\$ 8,7 milhões, e o de nº 806/12, com aditivo firmado em 12/05/2014, aumentando seu valor global em cerca de R\$ 4,6 milhões, conforme publicações anexas no Diário Oficial (C-76).²³ Ou seja, para além de não rescindir os contratos, o DNIT ainda assinou aditivos em dois deles, em descumprimento frontal da obrigação presente no item 10.1.4.

103. Cumpre destacar também que a continuidade da vigência de citados contratos não possui relação com a celebração do segundo termo aditivo ao Contrato de Concessão, que tratou do trecho de 21,8 km referente às travessias urbanas de Nova Mutum e Sorriso. Isso porque as obras de duplicação das travessias urbanas não tinham relação direta com os Contratos CREMA, haja vista que eles não incluem a duplicação, mas sim uma relação apenas de coincidência em relação aos trechos rodoviários. Isso é corroborado pelo fato de

²² Conforme previsto na subcláusula 1.1.1 do Contrato de Concessão, que trata das definições: “*xii) Data da Assunção: data da assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens (Anexo 1 do Contrato).*”

²³ Já o outro Contrato CREMA, de nº 847/2012, havia sido prorrogado em 11/09/2013, quase um mês antes da publicação do Edital.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

a extensão combinada dos contratos CREMA, de 328,9 km, ser muito maior do que os 21,8 km em questão citados, não fazendo sentido prorrogar a vigência da íntegra daqueles contratos por conta destes trechos muito restritos e específicos. Ademais, destaca-se que o Contrato CREMA 806/2012, que não foi rescindido na Data de Assunção, era referente ao km 600,7 a 716,0, não incluindo nem a travessia urbana de Nova Mutum (entre os km 592,9 a 600,7) nem a travessia urbana de Sorriso (km 746,0 a 760,0).

104. Portanto, a ausência de rescisão tempestiva dos Contratos CREMA é inegável descumprimento contratual de parte do Poder Concedente, reforçando a legítima expectativa da Concessionária sobre sua execução e gerando também direito autônomo ao reequilíbrio econômico-financeiro.

105. Diante do exposto, a Concessionária pede ao Tribunal Arbitral que rejeite as alegações da Requerida e reconheça o direito da Requerente ao reequilíbrio econômico-financeiro pela execução das atividades de recuperação previstas nos Contratos CREMA que não foram cumpridas pelo DNIT, na forma da subcláusula 21.2.8, pela proteção à confiança legítima e por violação da subcláusula 10.1.4.

II.4. Remoção de Interferências

106. Conforme já relatado nas Alegações Iniciais, o presente pleito trata da remoção **necessária** de interferências para a realização das obras em cumprimento do Contrato de Concessão. Em especial, o pleito se refere à remoção das redes de transmissão de energia elétrica dos km 9+900m e 12+300m e entre o km 59+000m e 60+500m.

107. É dado que o Contrato de Concessão determinou expressamente, em sua cláusula 21.2.20, que os riscos relacionados à **necessidade** de remoção de interferências existentes no Sistema Rodoviário recaem sobre o Poder Concedente:



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

(...)

21.2.20 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.**

108. Explicou-se nas alegações iniciais a lógica econômica que fundamenta tal alocação e que, ainda que a Concessionária seja responsável – como o é - pela efetivação das atividades materiais para promoção das remoções de interferências,²⁴ não deve ela suportar os custos decorrentes das remoções que se mostrarem necessárias, pelo fato de que o Contrato de Concessão atribui tal risco ao Poder Concedente.

109. Nesse sentido, a Requerente em sua peça inicial (§225) procurou contrapor seus argumentos às razões apresentadas em âmbito administrativo pela agência para negar o direito ao reequilíbrio no caso, quais sejam:

- i. A ANTT pretendia (como visto no PT 144/2016²⁵) fazer aplicar retroativamente as orientações por ela dispostas no Ofício Circular 023/2015, o que viola a legalidade administrativa e a segurança jurídica;
- ii. ANTT, a partir do PT 125/2016, procurou impor uma exigência de “imprescindibilidade” para a remoção das interferências que simplesmente não existe na lei, no

²⁴ Contrato de Concessão, cláusula 10.1.6: “10.1.6 A Concessionária é integralmente responsável pela remoção de todas as interferências existentes no Sistema Rodoviário.”

²⁵ “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”.



contrato ou até mesmo no ato administrativo normativo emanado pela agência;

- iii. A agência reclamou (como indicado no Parecer Técnico 181/2016/GEINV/SUINF e na NT 027/2016/GEINV/SUINF) 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 anuência 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.

110. Na breve resposta às Alegações Iniciais nesse ponto (§§87 a 92) a Requerida simplesmente não tratou dos argumentos da Concessionária em relação à (i) inaplicabilidade do Ofício Circular 023/2015, e (iii) da desnecessidade de anuência ou mesmo aviso prévio à agência para utilização de determinada área para remoção de interferências. Tais alegações da Requerente restaram inquestionadas, tornando-se, assim, pontos **incontroversos nesta arbitragem**.

111. A ANTT se **limitou única e exclusivamente a tratar do item (ii) acima**, a respeito da suposta imprescindibilidade – ou, parafraseando a Requerida em sua resposta, a respeito da “estrita necessidade” – da realização das interferências em discussão, e novamente se recusou a reconhecer o direito da Concessionária ao reequilíbrio em decorrência desse evento. Para tanto, citou o Parecer Técnico nº 125/2016/COINF-URRS/SUINF (Doc. C-088), que afirmou que “(...) a rede elétrica que necessitava realocação não estava na área da plataforma de terraplenagem da pista nova de duplicação, e sim da caixa de empréstimo de material para o aterro da pista nova. (...)” O referido parecer alegou que os objetos relacionados à interferência não interfeririam na pista nova, concluindo que “(...) a realocação do posteamento de



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

energia elétrica não era imprescindível para a execução das obras, teria ocorrido apenas para obter material para aterro de uma forma mais econômica para a concessionária. (...)”

112. No âmbito deste procedimento arbitral, a agência limitou-se a reiterar o mesmo argumento já apresentado em âmbito administrativo. Segundo sua lógica equivocada, a Concessionária teria optado por retirar os referidos objetos apenas para obter material de aterro de forma mais econômica, o que não representaria uma “estrita necessidade” de remoção das interferências.

113. Como se pode observar, a ANTT escolheu ignorar todos os argumentos trazidos pela Concessionária nas Alegações Iniciais apresentadas no presente procedimento arbitral, insistindo em interpretação equivocada do Contrato de Concessão. **Diz-se equivocada porque a ANTT acrescenta em sua leitura palavras não escritas ao texto contratual**, em especial à expressão “*necessárias à execução das obras e serviços previstos no Contrato*”, na cláusula 21.2.20.

114. Em momento algum o Contrato de Concessão qualifica a necessidade de remoção das interferências como “estrita” ou como “imprescindível”. A relação de necessidade, aqui, é lógica; é uma relação de causalidade mas não é uma relação de imprescindibilidade.

115. Em outros termos, **o Contrato de Concessão não exige que a remoção de interferências seja “estritamente” necessária, ou a única solução possível e imaginável para aquela obra.**

116. O próprio Contrato de Concessão estabelece os dois requisitos fundamentais para a consolidação do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro neste tipo de caso: (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.

117. Como já explicado nas Alegações Iniciais, ambos os requisitos foram satisfeitos para a configuração do direito ao reequilíbrio. O projeto de



terraplenagem desenvolvido considerou que os aterros da plataforma de pista utilizariam material de corte primeiramente de empréstimos laterais, no âmbito do Sistema Rodoviário. Isso explica a necessidade de remoção das interferências em questão: não se tratava de obstáculos presentes diretamente sobre o traçado da rodovia, mas sim da necessidade de utilização de material para o aterro da plataforma da rodovia.

118. Como demonstrado nas Alegações Iniciais, a utilização da caixa de empréstimo pela CRO representou medida **necessária** – adequada em relação de causalidade e razoável - para o caso, não apenas porque representa prática absolutamente usual no setor, como também porque privilegia a eficiência sob os pontos de vista técnico, econômico e ambiental. É que as atividades de corte e de aterro devem realizar o menor movimento de terras possível, já que o custo dessa movimentação é bastante elevado. Ademais, o seu uso minimiza o impacto ambiental na região; afinal, a utilização de material em empréstimos concentrados (jazidas) requer manejo ambiental especial.

119. Ademais, obtém-se ganhos de eficiência em razão da desnecessidade de recomposição das caixas de empréstimo em faixa de domínio: uma vez aberta, a caixa de empréstimo exerce função adicional de drenagem, servindo para a contenção de água pluvial lindeira à pista de rolamento.

A título de exemplo da utilização habitual dessa técnica, destaca-se mais uma vez a presença de determinação nesse sentido na Especificação de Serviços Rodoviários do DER/PR ES-T 03/05 (C - 97):²⁶

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

²⁶ Conforme ressaltado na peça de Alegações Iniciais da Concessionária, 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.



120. Foram, inclusive, apresentados projetos, aprovados pela ANTT, indicando a utilização da caixa de empréstimo no local, como os projetos de drenagem desenvolvidos (C-96). A ANTT possuía, portanto, ciência do uso dessas áreas como caixas de empréstimo – ponto que, aliás, se tornou incontroverso pela não objeção da Requerida aos argumentos da Requerente.

121. Reitera-se que o questionamento técnico a respeito da utilização da caixa de empréstimo na faixa de domínio poderá ser dirimido em definitivo pela realização de perícia especializada no âmbito do processo arbitral. Contudo, ressalta-se, novamente, a **necessidade** das medidas adotadas pela Concessionária para realização das atividades necessárias ao processo de terraplenagem (que é etapa necessária à realização da duplicação), em razão de todos os argumentos veiculados nesta peça e nas Alegações Iniciais protocoladas pela Concessionária. Diante do fato de que, com a retomada dos investimentos (que será possível com a implantação do reequilíbrio em relação aos Eventos de Desequilíbrio reconhecidos nesta arbitragem), certamente a Concessionária será defrontada com situações idênticas à analisada, é necessário que seja firmado entendimento coerente com as práticas corretas, do ponto de vista técnico da engenharia, em relação à existência do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro para as remoções necessárias à realização de etapas das obras de duplicação (e não somente as remoções de interferências existentes no local onde o pavimento ampliado será implantado).

122. Demonstrada, assim, a **necessidade** de remoção das interferências em questão para execução da terraplanagem necessária à realização das obras conforme os projetos apresentados pela Concessionária e aprovados pela ANTT, reitera-se o pedido de efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos custos associados com esse evento de desequilíbrio. Refere-se, aqui, especificamente, à relocação de redes de energia elétrica localizadas entre o Km 9+900m e 12+300m e entre o km 59+000m e 60+500m pela Concessionária, no montante de R\$ 102.442,95 em valores de maio de 2012, conforme memorial constante do C - 98.



II.5. Vícios Ocultos

123. Esta seção trata do pleito de reequilíbrio relacionado ao dispêndio de valores, pela Concessionária, para reparação de vícios ocultos descobertos no Sistema Rodoviário após a sua assunção. A Requerente pediu, no presente processo arbitral, a compensação devida em razão de dois vícios ocultos identificados: 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.

Erosão no talude das alças de retorno do km 203

124. Já nas Alegações Iniciais da Requerente, explicou-se que as equipes de conservação da CRO observaram *in loco* a ocorrência de erosão no talude²⁷ das alças de retorno do trevo de acesso ao município de Rondonópolis em 18 de julho de 2018. Esse ponto de erosão comprometia a estabilidade do aterro em que está localizado um dos mais movimentados dispositivos do Sistema Rodoviário.

125. O ponto de erosão fora ocasionado pela existência de uma falha construtiva no sistema de drenagem urbana no trecho que passa sob o trevo de acesso à área urbana, conforme descrito em detalhes na peça de Alegações Iniciais da Requerente.

126. É que, conforme aventado naquela peça, o executor das obras do sistema de drenagem urbana subterrânea simplesmente não efetuou a construção e implantação de parte fundamental da rede de drenagem, deixando um espaço vazio sem rede ou conexão entre as tubulações, espaço no qual água acumulou ao longo dos anos, causando a erosão do terreno à sua volta.

²⁷ Conforme já descrito nas Alegações Iniciais da Requerente, 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, evitando, por exemplo, deslizamentos de terras.



127. A Requerente, então, para evitar o iminente deslizamento, realizou as obras de recomposição da cavidade, de modo a reconstituir o talude e garantir a sua estabilidade. Instalaram-se as caixas de ligação e de passagem, compactou-se e aterrou-se a área que sofreu o processo erosivo, cobrindo-se a superfície com placas de grama, de maneira a evitar nova erosão. Esse fato foi notificado à unidade da ANTT responsável pela fiscalização do contrato, a COINF-RS, conforme se verifica pelo Anexo II do Ofício nº 2.035/2018 (C-99). Requereu-se, assim, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em decorrência da constatação dessa circunstância, enquadrada como vício oculto, pedido que foi repetidamente indeferido pela Requerida.

128. Quanto a esse vício, em sua Resposta às Alegações Iniciais, a Requerida se limitou a mencionar (§§95 e 96) a análise realizada por meio do Parecer Técnico nº 139/2018/COINF-URRS/SUINF, afirmando que *“os serviços executados pela Concessionária já estariam no escopo do contrato, mais especificamente no item 3.1.4 do PER, que trata dos Trabalhos Iniciais e de Recuperação da rodovia.”* Segundo a Requerida, *“trata-se (...) de obrigação já previamente atribuída ao Concessionário pelo contrato, razão pela qual não se mostra cabível qualquer medida de reequilíbrio a seu favor.”*

129. Note-se que, apesar de mencionar o Parecer Técnico nº 139/2018/COINF-URRS/SUINF, que alegou fundamentos para o indeferimento do pedido de reequilíbrio da Requerente, **a Requerida não se manifestou, em sua Resposta às Alegações Iniciais, sobre a argumentação da Requerente referente à impossibilidade de realização de diagnóstico do vício.**

130. **Permanece incontroversa, portanto, a afirmação da Requerente de que, uma vez que a falha construtiva causadora do vício oculto encontrava-se sob aterro de dispositivo rodoviário em desnível, era impossível realizar seu diagnóstico no momento da licitação.** Afinal, como já destacado pela Requerente em suas Alegações Iniciais, não havia nenhuma indicação desse problema na documentação disponibilizada quando da licitação. Como demonstrado pelas imagens, o problema construtivo – correspondente à falta da caixa de passagem



de rede – era impossível de ser visto ou diagnosticado com os procedimentos de vistoria, sendo certo que, à época da vistoria o local, não apresentava nenhuma falha aparente.

131. Ademais, a Requerida não contestou, em sua Resposta às Alegações Iniciais, a alegação da Requerente de que, ainda que o vício pudesse ser identificado 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 enquadraria como vício oculto, sendo tal risco alocado ao Poder Concedente.

132. Isso porque, como explicado pela Requerente de forma incontestada, para a caracterização como vício oculto, deve ser avaliada a impossibilidade de sua identificação antes do momento de assinatura do Contrato de Concessão e assunção do Sistema Rodoviário.

133. Ademais, também permanece incontroversa a asserção da Requerente de que o vício em questão não faz parte de sua obrigação de monitoração de OAEs, já que a tubulação em que ele foi constatado não faz parte do Sistema Rodoviário, advindo de fora da faixa de domínio e pertencendo ao Município de Rondonópolis. Conforme afirmou a Requerente, o Relatório de Monitoração das OAEs deve seguir a norma DNIT-010/2004-PRO, que apenas demanda a avaliação dos elementos estruturais, visualmente perceptíveis, das OAEs – o que exclui qualquer hipótese de exigência de identificação do vício oculto em questão, subterrâneo, por meio da referida monitoração.

134. Para refutar o pleito da Requerente relativo a este vício, o único argumento levantado pela Requerida em sua Resposta às Alegações Iniciais foi o de que a resolução do defeito faria parte dos serviços descritos no item 3.1.4 do PER. A Requerida sequer dialogou, no entanto, com os argumentos trazidos pela Requerente em Alegações Iniciais.



135. **Conforme afirmado na referida peça, o PER não abrange a execução de elementos faltantes que não podiam ser presumidos, e que, portanto, não foram precificados.**

136. Ora, ainda que o PER definisse essa obrigação, a atribuição da responsabilidade de realizar o reparo à Concessionária não prejudica a alocação do risco ao Poder Concedente. Ao Poder Concedente foi alocado o risco relativo aos custos adicionais da Concessionária para efetuar esse reparo, conforme a cláusula 21.2.12 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. 12. vícios ocultos do Sistema Rodoviário e dos Bens da Concessão, vinculados à manutenção e operação, transferidos à Concessionária na Data de Assunção;

137. Ou seja, a responsabilização pela efetuação do reparo não se confunde com a alocação de riscos para compensação dos custos com a atividade: a concessionária tem a obrigação de efetuar o reparo, mas tem o direito de ser posteriormente compensada pelo Poder Concedente. Desse modo, é inquestionável o direito da Requerente à compensação dos gastos adicionais em decorrência das atividades necessárias para a correção do vício oculto tratado nesta subseção, como reconhecido à partida por este tribunal na OP6.

138. E, além disso, conforme visto nesta Réplica, a ocorrência de qualquer risco alocado pelo Contrato de Concessão ao Poder Concedente excetua e, portanto, prevalece sobre a atribuição geral de responsabilidades e riscos à Concessionária, conforme comando expresso da cláusula 21.1.²⁸

²⁸ 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:



Talude da cabeceira da Ponte sobre o Rio Correntes

139. O vício oculto abordado na presente subseção se refere 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.

140. Conforme explicação desenvolvida detalhadamente nas Alegações Iniciais da Requerente, era impossível identificar esse vício 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.

141. A Requerente apenas teve ciência do processo erosivo após 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. É que a vistoria do IBAMA aconteceu em momento tal que o nível da cota d'água estava inferior àquele presente no momento da vistoria prévia à licitação, além de ter sido realizada com o uso de embarcação, no nível do rio, e não no nível da rodovia. Essas circunstâncias permitiram ao IBAMA constatar o defeito e notificá-lo ao DNIT, que, por sua vez, notificou-o à ANTT.

142. Em sua Resposta às Alegações Iniciais, ao rejeitar os argumentos da Requerente quanto a seu direito ao reequilíbrio em razão desse evento, a Requerida afirmou, em primeiro lugar (§97), que se trataria *“de obrigação atribuída expressamente à Concessionária pelo item 3.1.3. do PER.”* Ocorre que, como já explicado exaustivamente pela Requerente, o fato de constar como obrigação não exclui, mas é sobreposta pela alocação de riscos conferidos ao Poder Concedente. No caso, não há como, sob um ponto de vista técnico, deixar-se de caracterizar o referido defeito como vício oculto. Isso porque o problema encontrado contou com as seguintes características, que corroboram a sua caracterização como vício oculto:



- Impossibilidade de verificação da patologia à época da vistoria na licitação, seja em função do nível da cota d'água seja em função da não realização da roçada pelo DNIT;
- Impossibilidade de atribuição do risco ou de caracterização da patologia;
- Impossibilidade de caracterização ou avaliação sem instrumentação de medição ou para controle.

143. Apenas posteriormente, por meio de sondagens, levantamentos topográficos e avaliações aprofundadas foi possível constatar o vício. Tal análise, assim como se afirmou em Alegações Iniciais, seria inviável no curso da licitação, considerando-se que não havia indícios de que o talude em questão continha esse problema.

144. Novamente, destaca-se que a atribuição contratual de realização das intervenções necessárias à Concessionária não prejudica a determinação sobre a necessidade de compensação, pelo Poder Concedente, dos custos adicionais gerados em decorrência desse evento, conforme o estabelecido na cláusula 21.2.12 do Contrato de Concessão.²⁹

145. A Requerida afirmou (§98), ainda, na Resposta às Alegações Iniciais, que o vício em questão não poderia ser considerado oculto. Mencionaram-se a Nota Técnica n. 02/2017/GEINV/SUINF e o Ofício nº 136/2017/GEINV/SUINF, indicando-se trecho em que a ANTT havia afirmado que a erosão em exame seria passível de detecção no momento da vistoria do trecho e elaboração da proposta comercial. Alegou também que *“erosões em taludes são problemas comuns, bem como a Frente de Recuperação do PER compreende este tipo de serviço”*.

²⁹ Contrato de Concessão, Cláusula 21.2.12: *“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;”*



146. Ademais, a Requerida citou (§99) a Nota Técnica nº 041/2017/GEINV/SUINF (R1-049), destacando trecho em que se afirmara que o nível do lago “quando da observação feita pelo IBAMA sobre este acidente geotécnico, em 28.05.2017, era de 395,92 m, valor superior a qualquer outro nível que tenha ocorrido após out/2013, época do Edital de Concessão da CRO, portanto, podemos afirmar que nessa época o nível do lago era mais baixo que o de mai/2014 e não e pode dizer que as erosões em questão estavam “ocultas” pela água, portanto, estas erosões não podem ser consideradas como vício oculto.” O argumento utilizado foi, portanto, que se o IBAMA pôde constatar processo erosivo em momento em que o nível da água estaria superior ao da época da licitação, isso indicaria a possibilidade de sua identificação no momento de vistoria pela Concessionária.

147. Nessa nota, alegou-se ainda que o “Cadastro Inicial dos Passivos Ambientais da Rodovia BR-163/MT, apresentado pela Concessionária em jun/2014, não relacionara estas erosões apesar das mesmas serem observadas por inspeção do IBAMA, em 28.05.2014, anterior àquele Cadastro.”

148. Quanto à caracterização do evento como vício oculto, a Requerente já afirmou que não apenas o nível da água no momento de inspeção impediu a identificação do problema, como também o estado de abandono que o DNIT conferiu à ponte obstou a visualização do defeito. Isso porque a ausência de roçadas no local permitiu o crescimento de vegetação de tal forma que o local erodido ficou absolutamente encoberto.

149. Em relação à afirmação de que o nível da água teria sido mais baixo no momento da licitação que no momento da inspeção realizada pelo IBAMA, destaca-se, mais uma vez, que a informação veiculada pela ANTT é equivocada. Conforme informado na peça de Alegações Iniciais, **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.** Esse fato pode ser comprovado a partir dos dados da empresa gerenciadora da usina hidrelétrica, já apresentados em Alegações Iniciais:



Nível da cota de água do lago em 2013 e 2014

150. Tanto não eram visíveis quaisquer evidências de erosão na parte inferior do talude, como foi comprovado o comprometimento de visibilidade nas Alegações Iniciais da Requerente, por meio da apresentação de registro fotográfico enviado no cadastro inicial da rodovia. Nesse registro, percebe-se definitivamente que o defeito se encontrava encoberto pela água na data de 05 de abril de 2013.

151. Além da diferença no nível da água, que afetou a visibilidade do problema, também se ressalta o fato de que a inspeção do IBAMA se deu em embarcação, no nível do próprio lago, o que permitiu melhor a visualização que a vistoria realizada no nível da ponte.

152. Não bastassem essas diferenças, os processos para identificação do processo erosivo também são mais complexos do que aqueles realizados para uma vistoria de licitação, como bem destacou o anexo ao Ofício 1400/2017 da CRO que conta com o relatório da CEG Engenharia. Tratava-se de vício não passível de verificação a olho nu, cuja identificação dependia da relação de estudos instrumentais específicos.

153. Assim como demonstrado no item imediatamente anterior a este, em uma vistoria de licitação ou de elaboração do cadastro inicial da rodovia, devem-se avaliar os itens visíveis das pontes, em conformidade com a norma técnica DNIT-010/2014-PRO. Esses itens incluem geometria, condições viárias, apoios intermediários, aparelhos de apoio, superestrutura, juntas de dilatação, encontros e fundações. Uma vez que, como já argumentado, o vício não era



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

identificável no momento da vistoria de licitação, não era possível à Requerente considerar, em sua proposta econômica, o custo para remediar essa patologia.

154. Desse modo, reitera-se integralmente o pedido da Requerente no sentido da efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em decorrência do evento ora tratado, na forma estabelecida pelo Contrato de Concessão, no montante de R\$ 1.901.534,01 em valores de maio de 2012, conforme cálculo indicado no C-118.

II.6. Desapropriações

155. Esta seção trata da limitação indevida imposta pela ANTT em relação à compensação dos custos da Requerente com desapropriações. Essa limitação ocorreu de duas formas: (i) restrição dos tipos de gastos reequilibráveis a apenas os valores pagos a título de indenizações pelos imóveis expropriados; e (ii) tentativa de adoção de metodologia de avaliação dos imóveis indevidamente restritiva.

156. Conforme já explicado em Alegações Iniciais, a Requerida deixou de reequilibrar os custos da Requerente com itens como (i) elaboração do laudo de avaliação do imóvel a ser desapropriado; (ii) despesas com o registro do imóveis; (iii) gastos com averbação do imóvel; (iv) obtenção de autorização para levantamento de campo; (v) cadastro dos imóveis atingidos; (vi) gastos incorridos durante a negociação com os proprietários; (vii) despesas com o ajuizamento de ação e o acompanhamento processual, quando não é possível chegar a um acordo com o proprietário; (viii) custas cartoriais; (ix) serviços do oficial de justiça; (x) custos de escrituração; e (xi) custos para emissão de carta precatória. Isso apesar do fato de que a correta interpretação do Contrato de Concessão aponta claramente para a necessidade de compensação de todos os gastos da Requerente com desapropriações, independentemente de sua espécie e do momento em que foram incorridos pela Concessionária.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

157. Afinal, o Apêndice C do PER indica que não há trechos urbanos a desapropriar. O valor indicado na subcláusula 9.1.2 do Contrato de Concessão, como ressaltado nas Alegações Iniciais da Requerente, é de R\$ 0,00:

“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)

158. Ademais, o Contrato de Concessão atribuiu todo o risco em relação aos trechos que não constam do Apêndice C (trechos rurais ou trechos urbanos para os quais não havia desapropriações previstas) do PER à Requerida, de acordo com a 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.

159. Essas disposições, interpretadas em conjunto, indicam, com clareza, que qualquer verba despendida pela Requerente com desapropriações deve ser



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

compensada por via do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão. Importante destacar que o texto do contrato é amplo, não fazendo qualquer limitação a tipos específicos de gastos, de maneira que abrange de forma categórica todos os gastos envolvidos com desapropriações. Nesse sentido, por exemplo, além dos já incorridos pela Concessionária e que ainda não foram reequilibrados pela Requerida, eventualmente a Requerente também incorrerá em gastos (custas cartoriais e impostos) quando da reversão dos imóveis ao Poder Concedente ao fim da Concessão, momento em que tais valores devem ser incorporados na indenização devida à Concessionária também com fundamento no fato de que o Contrato de Concessão a eximiu de qualquer responsabilidade pelos gastos com os imóveis desapropriados .

160. O Contrato de Concessão não limita essa compensação aos pagamentos de indenizações. Pelo contrário, ele menciona repetidamente a necessidade de efetuação de reequilíbrio pelos “*investimentos, pagamentos, custos e despesas*”, ou por “*custos*” ou “*dispêndios*” de forma geral:

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: (...);”

21.2. 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;

161. Esse entendimento também é corroborado pelos esclarecimentos ao Edital apresentados:

Pergunta nº 5: 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



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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 PER serão objeto de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, na forma prevista na subcláusula 22.5.³⁰*

162. Apesar disso, a ANTT seguiu rejeitando reconhecer o direito da Requerente ao reequilíbrio econômico-financeiro relativamente aos seus dispêndios com diversos atos necessários à realização da desapropriação.

Os equívocos da Requerida em relação às negativas de compensação dos gastos da Requerente relacionados a desapropriações

163. Em primeiro lugar, alegou a Requerida em sua Resposta às Alegações Iniciais que a conduta da agência visaria a evitar a “*compensação em duplicidade*” da Requerente (§103).

164. Como fundamento para tanto, a Requerida apontou para a Resolução ANTT nº 1.187, de 9 de novembro de 2005 (Doc. R1-058), afirmando que essa norma indicaria a rotina que deve ser observada pelas Concessionárias na execução das obras do PER. Essa resolução, por designar o projeto de desapropriação como elemento integrante do projeto executivo, significaria, segundo a ANTT, a contemplação das despesas do projeto de desapropriação dentro dos gastos da Concessionária desde o momento da licitação (§105). Note-se que a ANTT, em sua Resposta às Alegações Iniciais, não negou que as compensações devidas em relação às despesas com desapropriações incluem

³⁰ Protocolo nº1599432. No mesmo sentido, a Pergunta nº 14 do Protocolo nº1599421 indaga sobre “*dispêndios*” com desapropriações e é respondida confirmando 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.



também outros gastos além daqueles decorrentes do pagamento de indenizações, fato que permaneceu, portanto, incontroverso na presente arbitragem.

165. Ora, busca com isso a ANTT estabelecer que sua resolução estaria sobreposta à alocação específica de riscos no Contrato de Concessão, argumento que não pode prosperar. Não se nega que o projeto de desapropriação faça parte do projeto executivo apresentado pela Requerente no momento da licitação. Contudo, quando a modelagem contratual **estabelecida pela própria Requerida em Edital e Contrato de Concessão – e reiterada por meio de resposta aos esclarecimentos ao Edital** – deixou claro que o reequilíbrio estaria garantido seja para imóveis urbanos ou rurais,³¹ a Requerente contou com a certeza do ressarcimento de seus gastos com as desapropriações efetuadas justamente em razão de o Contrato de Concessão prever, explicitamente, que isso ocorreria.

166. Como indicado nas Alegações Iniciais (§§356 a 359), 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.

167. É equivocado, portanto, afirmar que a mera inclusão do projeto de desapropriação no projeto executivo apresentado pela Requerente significa a contabilização desses gastos pela Concessionária como não compensáveis quando o próprio Contrato de Concessão excetua esses custos das

³¹ Seja porque, (i) para o Lote 7 da 3ª Etapa PROCROFE, do Sistema Rodoviário, o custo a ser estimado com desapropriações urbanas seria de R\$ 0,00 (zero real), conforme a subcláusula 9.1.2, e (ii) para os demais trechos, rurais, os gastos com desapropriação seriam objeto de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma da subcláusula 9.1.3 (i).



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

responsabilidades da Concessionária. **Como visto ao longo desta réplica, a alocação de riscos ao Poder Concedente, promovida pelas hipóteses da cláusula 21.2, constitui exceção e se sobrepõe à atribuição de responsabilidades e riscos à Concessionária.**

168. Ou seja, ainda que o projeto de desapropriação seja parte do projeto executivo, nos casos em que os projetos executivos contiverem parte relativa a desapropriações, **todos os custos relativos aos projetos de desapropriação são reequilibráveis por disposição expressa e inequívoca da subcláusula 21.2.18.**

169. O que a ANTT pretende é dar interpretação que *altera* a matriz de riscos contratual, ao invés de *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 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 aos 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) permanecem sendo arcados pela Concessionária.**

170. Não é demais frisar que essa foi uma modelagem contratual desenvolvida unilateral e exclusivamente pela Requerida. Foi a ANTT que escolheu dispor que os custos com desapropriações fossem alocados ao Poder Concedente, sem fazer qualquer ressalva ou limitação na letra do Contrato de Concessão ao tipo de custo que seria reequilibrável ou não. Não pode a agência agora agir em sentido contrário à sua própria decisão – o que é absolutamente proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência da vedação a comportamentos contraditórios - e querer, por meio de atos administrativos normativos, retirar direitos que o Contrato de Concessão conferiu ao particular contratado.



171. Ainda sobre essa questão, a ANTT permaneceu silente em relação aos incontestáveis argumentos da Requerente de que a agência agiu em absoluta incorreção ao pretender limitar o direito da Requerente ao reequilíbrio econômico-financeiro no caso por meio de Ofícios Circulares - Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF (C-124) e Ofício Circular nº 007/2017/GEINV/SUINF (C-130). Resta incontroverso nesta arbitragem, portanto, que a ANTT não pode prosseguir com a tentativa de limitar as verbas indenizáveis à Concessionária com fundamento em documentos técnicos de autoria da autarquia ou mesmo atos normativos supervenientes à assinatura do Contrato de Concessão expedidos pela agência.

172. Em segundo lugar, a Requerida tentou refutar os argumentos da Requerente em relação à metodologia de avaliação dos imóveis. Alegou a ANTT, em resumo (§§107ss), que, segundo a norma técnica NBR 14653-1, o imóvel paradigma deve ser apenas utilizado quando o avaliador não possui acesso ao imóvel a ser avaliado; como a Concessionária teria tido acesso ao imóvel, não seria cabível a utilização do método de imóvel paradigma.

173. A Concessionária se insurge contra a aplicação retroativa, pela ANTT, de exigências em relação a avaliações já realizadas (apresentados pela Requerente no Ofício 2.388/2019, C-136) e para as quais seria impossível atender, anos após as desapropriações, as exigências atuais da agência. Explica-se:

174. 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, como demonstrado na Figura 23 das alegações iniciais.**

175. É preciso lembrar que 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



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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: de forma bastante contraditória com seu comportamento nos anos iniciais da Concessão, em que não objetava as avaliações com exatamente o mesmo método – inclusive em relação a imóveis na mesma localidade, **a ANTT apresentou, em 2019, exigências metodológicas de modo retroativo, em relação a desapropriações já realizadas**³² e para as quais é inviável coletar os dados e realizar as análises, nos dias de hoje, da forma como quer a agência.

176. Ocorre que as características específicas dos imóveis em questão levaram a que a CRO aplicasse a metodologia do imóvel paradigma, conforme o Manual de Desapropriações do DNIT acima mencionado. É que esses bens apresentavam características mistas, de imóveis rurais e urbanos, de modo que a avaliação por meio do método de consideração do imóvel paradigma era a mais justa para o cenário.

177. Além disso, ressalta-se a constatação fática de que os preços pagos pela Requerente a título de indenização por desapropriações são comparativamente mais baixos que os preços de mercado verificados na região. Essa observação demonstra que não houve incremento indevido dos valores indenizatórios pagos. A Requerida bem o sabe, mas 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

178. Caso permaneçam, ainda assim, dúvidas em relação à adequação dos valores de indenização pagos pela Requerente pelos imóveis desapropriados, **requer-se que o Tribunal Arbitral determine a realização de perícia para a verificação do acerto desses custos e do emprego da metodologia pela**

³² Dos imóveis (i) Fiasul Indústria de Frios S. A; (ii) Agropecuária Guarita - Matrícula 115.068; (iii) Agropecuária Guarita - Matrícula 24267; (iv) Agropecuária Guarita - Matrícula 97.901; e (v) Agropecuária Guarita - Matrícula 115.068.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Requerente. Por meio da avaliação pericial, poderão ser dirimidas quaisquer dúvidas em relação aos montantes pagos como indenização, permitindo a correta verificação dos valores que devem ser compensados a partir da efetuação do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

II.7. Atraso na arrecadação tarifária

179. Trata-se de pleito relativo ao desequilíbrio econômico-financeiro gerado pelo atraso na arrecadação da Tarifa de Pedágio pela Concessionária devido à demora por parte da ANTT na expedição da Resolução Autorizativa necessária à cobrança, em razão da edição da Portaria nº 81/2014 e sua aplicação conforme interpretação da Agência.

180. Nesta Réplica, primeiramente, será reiterado o procedimento contratual para início da cobrança da Tarifa de Pedágio, consoante disposto no Contrato de Concessão. Em seguida, serão expostos os eventos fáticos relevantes à presente disputa. Na sequência, serão enunciados os pontos de divergência entre Requerente e Requerida, relativos ao Termo de Vistoria e a aplicação da Portaria 81/2014. Então, serão apresentados argumentos que demonstram que o Parecer Técnico 198/2015 como o real Termo de Vistoria, em vista dos fatos e documentos trazidos aos autos, e que a Portaria 81/2014 é inaplicável ao presente caso. Por fim, serão dispostas as conclusões que necessariamente derivam da argumentação apresentada.

O procedimento contratual para início da cobrança da Tarifa do Pedágio

181. Reitere-se, em primeiro lugar, o procedimento previsto contratualmente para início da cobrança da Tarifa do Pedágio e já exposto nas Alegações Iniciais da Requerente:



- i. Conforme a subcláusula 18.1.1.³³ do Contrato de Concessão, a cobrança da Tarifa do Pedágio somente tem início a partir da implantação de 10% da extensão total das obras de duplicação previstas no PER;
- ii. Conforme o item 3.2.1.1 do PER, está a cargo da Concessionária um total de 453,6 km de duplicação no Sistema Rodoviário. Assim, a meta de 10% para início da cobrança da Tarifa de Pedágio equivale a 45,36 km de duplicação;
- iii. O atingimento da meta de 10% é atestado pela ANTT por meio da emissão de Termo de Vistoria, em até 30 dias da data de recebimento de solicitação do Concessionário;
- iv. Conforme o previsto nas subcláusulas 18.1.2, c/c 18.1.5 ³⁴, a partir da emissão do Termo de Vistoria, a Diretoria da ANTT tem até 10 dias para expedir a Resolução Autorizativa de início da cobrança tarifária.

³³ 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.

(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).*

³⁴ 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).



182. Naturalmente, o atraso da ANTT em cumprir quaisquer destes prazos implica que a Concessionária estaria sendo indevidamente impedida de cobrar a Tarifa de Pedágio, fazendo jus a compensação por meio de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A cronologia dos eventos fáticos, exposta nas Alegações Iniciais da Requerente (§§ 374 a 378):

183. Seguindo o procedimento delineado acima, a Concessionária enviou à ANTT, em 02 de julho de 2015, o Ofício CRO 483/2015 (C – 143 das Alegações Iniciais), solicitando a realização de vistorias, nos dias 20 a 22 de julho de 2015, às pistas duplicadas para comprovar o atendimento à meta de duplicação.

184. **A ANTT respondeu por meio do Ofício 884/2015/GEINV/SUINF (C - 229) que a vistoria estava prevista para os dias 20, 21 e 22 de julho de 2015** e que seria realizada pela Coordenação de Infraestrutura da Unidade Regional do Rio Grande do Sul, a COINF-URRS, com o acompanhamento da Gerência de Engenharia e Investimentos de Rodovias, a GEINV.

185. Assim ocorreu de fato. Ou seja, a vistoria efetiva, com visita a campo, a fim de verificar a implantação do requisito de 10% (dez por cento) de duplicação das pistas, foi realizada nas datas sugeridas pela Concessionária **e acolhidas pela ANTT, de 20 a 22 de julho de 2015**, e não em 11 de agosto de 2015, tal qual quer fazer crer a Resposta da Requerida (§§ 115 e 117 da Resposta da ANTT). Como dito, **a própria ANTT, no Ofício 884/2015/GEINV/SUINF, anunciou que essas seriam as datas da vistoria.**

186. Após a vistoria foi emitido pela Requerida, no dia 29 de julho de 2015, o **Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF (C – 144 das Alegações Iniciais)**, que analisou as obras de duplicação realizadas para verificar o atendimento ao requisito de implantação de 10% (dez por cento) do total previsto para duplicação para se iniciar a cobrança de pedágio. Esse documento 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 no PT 198/2015 superava bastante os 10% iniciais de 45,360 km exigidos como requisito para início da cobrança de pedágio.**

187. A Requerente entende que, como argumentado em suas Alegações Iniciais, que esse Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF 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, em especial conforme os elementos da subcláusula 18.1.1. **Sendo assim, teria se iniciado a partir de sua edição, em 29 de julho de 2015, o prazo de 10 dias para emissão da Resolução Autorizativa, tal qual previsto na subcláusula 18.1.2.** Como o dia 29 de julho de 2015 foi uma quarta-feira, a contagem se iniciou em 30 de julho de 2015, quinta-feira, com o término em 08 de agosto de 2015, um sábado, de modo que o vencimento do prazo passou para o dia 10 de agosto de 2015, segunda-feira.³⁵ **Ou seja, a Resolução Autorizativa poderia ter sido emitida até o dia 10 de agosto de 2015.**

188. Ao invés de proceder imediatamente à emissão da Resolução Autorizativa, no entanto, a COINF-URRS da ANTT entendeu ser necessário que, após o Parecer Técnico 198/2015, a Gerência de Investimentos em Rodovias - GEINV avaliasse a aplicação dos descontos supostamente previstos no art. 3º Portaria 81/2014 ao cálculo da extensão dos segmentos duplicados, para se confirmar o atingimento da meta dos 10% de duplicação. Essa Portaria, editada em 02 de maio de 2015, trouxe novas regras de padronização dos procedimentos para **envio dos anteprojetos das obras de duplicação e intervenções**, definindo, em seu art. 3º

³⁵ 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. Veja-se:

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

que, nos anteprojetos, o espaço entre os trechos de duplicação descontínuos não poderia ser inferior a 5 km; ou, em casos excepcionais, 3km.³⁶

189. Apenas em 11 de agosto de 2015, a GEINV emitiu o Parecer Técnico Parecer Técnico 220/2015/GEINV/SUINF, documento que a ANTT caracteriza, na sua resposta, como constitutivo do Relatório de Vistoria.

190. **Após isso, a Resolução Autorizativa foi enfim emitida apenas em 27 de agosto de 2015, com a Resolução ANTT nº 4.811/2015 (C – 69 das Alegações Iniciais).**

191. Considerando que a Resolução Autorizativa foi emitida com 17 (dezesete) dias de atraso, a Concessionária passou a pleitear na esfera administrativa a realização do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão pelo conseqüente atraso no início da arrecadação da Tarifa do Pedágio.

192. Considerando a emissão do Parecer Técnico 220/2015, em 11 de agosto de 2015, como a data de referência para o início do prazo de 10 (dez) dias para que emitisse a Resolução Autorizativa, a ANTT entendeu ter extrapolado o prazo contratual em apenas 6 (seis) dias, pelo que rejeitou administrativamente, em definitivo, o pleito da Concessionária no que tange a 11 (onze) dos 17 (dezesete) dias de atraso.

Pontos de discordância entre Requerente e Requerida

193. Requerente e Requerida discordam, portanto, em relação aos seguintes pontos: (i) se o Termo de Vistoria seria o Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF, de 29 de julho de 2015, ou o Parecer Técnico

³⁶ Portaria 81/2014, “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.”



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

220/2015/GEINV/SUINF, de 11 de agosto de 2015; e (ii) se a Portaria 81/2014 seria aplicável ao caso.

194. São estas as duas divergências que precisam ser enfrentadas por este Tribunal Arbitral. A seguir, a Requerente reitera e amplia as razões do seu entendimento.

O Parecer Técnico 198/2015 como o real Termo de Vistoria,
em vista dos fatos e documentos trazidos aos autos

195. A discordância sobre qual seria o documento constitutivo do Termo de Vistoria é relevante porque é a partir da sua emissão que se inicia o prazo de 10 dias para a emissão da Resolução Autorizativa para a cobrança da Tarifa de Pedágio, conforme o previsto nas subcláusulas 18.1.2, c/c 18.1.5, já citadas acima.

196. A divergência quanto ao tamanho do atraso na arrecadação resulta precisamente do fato de que a ANTT considera como marco do início do prazo de 10 dias o Parecer Técnico 220/2015/GEINV/SUINF, de 11 de agosto de 2015, enquanto a Concessionária considera como marco adequado o Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF, de 29 de julho de 2015.

197. Com o devido respeito, a tese da Requerida contraria os fatos e os próprios pareceres mencionados acima.

198. Ora, a vistoria efetiva, *com visita a campo*, a fim de verificar a implantação do requisito de 10% (dez por cento) de duplicação das pistas, foi realizada nas datas sugeridas pela Concessionária **e acolhidas pela ANTT, de 20 a 22 de julho de 2015**, e não em 11 de agosto de 2015, tal qual quer fazer crer a Resposta da Requerida (§§ 115 e 117 da Resposta da ANTT). Como dito, **a própria ANTT, no Ofício 884/2015/GEINV/SUINF, anunciou que essas seriam as datas da vistoria.**

199. Após a vistoria foi emitido pela Requerida, no dia 29 de julho de 2015, o **Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF** (C – 144 das Alegações Iniciais), que analisou as obras de duplicação realizadas para verificar o atendimento ao



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

requisito de implantação de 10% (dez por cento) do total previsto para duplicação para se iniciar a cobrança de pedágio. Esse documento 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 no PT 198/2015 superava bastante os 10% iniciais de 45,360 km exigidos como requisito para início da cobrança de pedágio.**

200. **Como argumentado pela Requerente nas Alegações Iniciais, esse Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF 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, em especial conforme os elementos da subcláusula 18.1.1. **Afinal, ele comprovou a realização do quantitativo de duplicação necessário ao início da cobrança de pedágio, após a realização de vistorias presenciais da ANTT que se seguiram a um pedido de vistoria pela Concessionária.** Esse ponto fica evidente nos próprios termos da conclusão do parecer:

*“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)

201. A subcláusula 18.1.1. (ii), citada pelo Parecer Técnico 198/2015, é justamente aquela que estabelece ser a conclusão das obras de duplicação atestada por meio de um Termo de Vistoria, além de fazer menção aos parâmetros contratuais definidos nas subcláusulas 10.3.1(i) e 10.3.1(ii), que balizaram o Parecer Técnico 198/2015. Veja-se trecho do documento:



“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 (...)”.

202. Assim, considerando-se (i) que o Parecer Técnico 198/2015 se propôs justamente 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; (ii) e que o Parecer Técnico 198/2015 atestou o cumprimento dos requisitos de duplicação de um trecho superior a 10% da extensão total **prevista**, torna-se evidente que **o Parecer Técnico 198/2015 é o Termo de Vistoria que reconheceu, para todos os fins contratuais, em 29 de julho de 2015, o cumprimento da última das condições necessárias para a expedição da Resolução Autorizativa, em atendimento ao disposto na subcláusula 18.1.1.**

203. Tendo sido feita a vistoria e atestada a realização da duplicação necessária para o início da cobrança de pedágio, consoante ocorrido, e atendidos, os outros requisitos, iniciou-se o prazo para expedição de Resolução Autorizativa. **Sendo assim, iniciou-se a partir da edição do Parecer Técnico 198/2015, em 29 de julho de 2015, o prazo de 10 dias para emissão da Resolução Autorizativa, tal qual previsto na subcláusula 18.1.2.**

204. Em sua Resposta, contudo, a Requerida tenta, de maneira equivocada, descaracterizar o Parecer Técnico 198/2015 como Termo de Vistoria, afirmando que *“tal documento teve por objetivo apenas dar suporte à vistoria a ser empreendida pela então Gerencia de Investimentos em Rodovias – GEINV”* (§ 116 da Resposta da Requerida) e que *“a data da vistoria foi efetivamente 11/08/2015, ocasião em que proferido o Parecer Técnico nº 220/2015/GEINV/SUINF (Doc. C-145)”*(§ 117 da Resposta da Requerida).

205. Ora, essa argumentação, como já exposto, não procede. Em primeiro lugar porque a vistoria presencial efetivamente ocorreu nos dias 20 a 22 de julho de



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

2015, consoante avisado pela própria ANTT no Ofício 884/2015/GEINV/SUINF e reiterado pela agência em documentos posteriores. Em segundo lugar, porque a vistoria deu origem ao já citado Parecer 198/2015, que se destinou justamente a verificar as obras de duplicação quanto ao requisito de implantação de 10% (dez por cento) da extensão total prevista no PER para que tivesse início a cobrança de pedágio, concluindo pela aceitação de segmentos de duplicação que satisfazem ao requisito, sendo esse documento, portanto, o Termo de Vistoria.

206. Ressalte-se que o próprio Parecer Técnico 220/2015/GEINV/SUINF (C 145 das Alegações Iniciais), que a Requerida tenta em sua Resposta caracterizar como vistoria, reconheceu os fatos aqui alegados:

“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.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

15. *A vistoria mencionada resultou no Parecer Técnico COINF/URRS nº 198/2015, o qual consta como anexo a este documento". (grifos nossos)*

207. Consoante demonstrado nas Alegações Iniciais, esse documento somente existiu – a necessidade para a agência de sua elaboração somente se verificou – por **interpretação equivocada por parte da ANTT quanto à aplicação da Portaria 81/2014**. A COINF-URRS entendeu ser necessário que, **após o Parecer Técnico 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 se confirmar o atingimento da meta dos 10% de duplicação.³⁷

208. Em outros termos: **caso não existisse a Portaria 81/2014 (ou caso não realizasse interpretação equivocada de seu texto)**, a ANTT teria considerado de plano o Parecer Técnico 198/2015 como Relatório de Vistoria e teria expedido a **Resolução Autorizativa no prazo a partir dele contado**, como aqui defende a Requerente.

209. Eis porque é também necessário avaliar a suposta correção da aplicação ao caso da Portaria 81/2014.

A inaplicabilidade da Portaria 81/2014

210. Esta avaliação pela GEINV após a emissão do Parecer Técnico 158/2015 era descabida, tendo decorrido da incorreta interpretação conferida pela ANTT à Portaria 81/2014.

211. Essa Portaria, editada em 02 de maio de 2015, trouxe novas regras de padronização dos procedimentos para **envio dos anteprojetos das obras de**

³⁷ Nesse sentido, confira-se a parte final do Parecer Técnico 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)*”



duplicação e intervenções, definindo, em seu art. 3º que, nos anteprojetos, o espaço entre os trechos de duplicação descontínuos não poderia ser inferior a 5 km; ou, em casos excepcionais, 3km.³⁸

212. Ora, em primeiro lugar, o **Contrato de Concessão e o PER nada dispunham sobre os trechos duplicados serem contínuos ou fracionados**. Ademais, consoante o exposto nas Alegações Iniciais da Requerente (§§ 380 e 381 das Alegações Iniciais), a ANTT havia respondido a perguntas de esclarecimento ao Edital com a **afirmação inequívoca de que não era necessário que a duplicação fosse realizada em trechos contínuos, asseverando a possibilidade de duplicação segmentada de trechos**.

213. Ressalte-se que a **Portaria 81/2014, de 02 de maio de 2014, é superveniente à assinatura do Contrato de Concessão**, que ocorrera em 13 de março de 2014. Além disso, quando da edição da norma, o Plano de Ataque contendo o cronograma e os anteprojetos das obras de expansão de capacidade já havia sido aprovado pela Requerida ANTT. Adicionalmente, por óbvio, a 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. Ressalte-se, por fim, **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, tratando-se de norma relativa à apresentação de projetos**.

214. Apesar de todos esses fatos, a ANTT entendeu, equivocadamente, 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

³⁸ Portaria 81/2014, “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.”



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. **E foi esse entendimento errôneo que levou a agência a entender necessário, após a emissão do Relatório de Vistoria no Parecer Técnico 198/220, de realizar avaliação de descontos eventualmente cabíveis, o que resultou no Parecer Técnico 220/2015/GEINV/SUINF.**

215. Ressalte-se também, nesse ponto, que não procede a afirmativa da Requerida, em sua Resposta, de que *“a Requerente não demonstrou ter se insurgido administrativamente aos critérios estabelecidos na Portaria nº 81/2014”* (§ 118 da Resposta da Requerida). Isso porque, conforme já citado nas Alegações Iniciais (§ 387 das Alegações Iniciais), **a Concessionária passou a questionar a interpretação e aplicação da norma pretendida pela ANTT e 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 das Alegações Iniciais) e no Ofício CRO 100/2014, de 03/09/2014 (C - 230).**

Conclusão

216. Diante do exposto, fica evidente que o que aconteceu dia 11 de agosto de 2015, ao contrário do que afirma a Requerida (§ 117 da Resposta às Alegações Iniciais), não foi uma vistoria. A vistoria, com a efetiva visita a campo, como já se comprovou, ocorreu nos dias 20 a 22 de julho de 2015, consoante afirmado pela própria ANTT. **E a vistoria deu origem ao Parecer Técnico 198/2015, que, conforme destacado, é o Termo de Vistoria, em atenção à subcláusula 18.1.1.** O que ocorreu dia 11 de agosto de 2015 foi a emissão de um documento, o Parecer Técnico 220/2015, buscando **reavaliar as conclusões da vistoria, à luz da interpretação equivocada da ANTT a respeito da Portaria 81/2014, em relação à duplicação constatada no Parecer Técnico 198/2015, de 29 de julho de 2015.**

217. Ou seja, a interpretação dada pela ANTT à Portaria 81/2014 é o fator responsável pelo lapso temporal entre o Parecer Técnico 198/2015 e o Parecer



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Técnico 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 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.

218. A negligência da ANTT em relação ao direito da Concessionária fica evidente ao se constatar que, **mesmo com a interpretação equivocada e retroativa da Portaria 81/2014, com a aplicação dos descontos, o Parecer Técnico 220/2015 concluiu que a Requerente já havia atingido os 10% da duplicação e portanto atendido ao requisito da subcláusula 18.1.1 do Contrato de Concessão.** O Parecer Técnico 220/2015 considerou que a Concessionária duplicara 46,120 km, o que equivale a 10,17% do montante total de duplicação. **Essa extensão de duplicação já tinha sido comprovada quando do Parecer Técnico 198/2015, de 29 de julho de 2015, motivo pelo qual a ANTT deveria utilizar aquela data como referência para a expedição da Resolução Autorizativa, que deveria ter sido emitida até 10 de agosto de 2015.**

219. Apesar de todo o exposto, contudo, a ANTT considerou a emissão do Parecer Técnico 220/2015 como a data de referência para o início do prazo de 10 (dez) dias para que emitisse a Resolução Autorizativa. **A Resolução Autorizativa foi emitida apenas em 27 de agosto de 2015, com a Resolução ANTT nº 4.811/2015 (C – 69 das Alegações Iniciais), com 17 (dezesete) dias de atraso.** Assim, consoante exposto nas Alegações Iniciais, a Concessionária passou a pleitear na esfera administrativa a realização do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão pelo consequente atraso no início da arrecadação da Tarifa do Pedágio, mas teve seu pedido rejeitado em definitivo no que tange a 11 (onze) dos 17 (dezesete) dias de atraso.



220. Diante do exposto, 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 das Alegações Iniciais.

II.8. Aumento do limite de peso bruto por eixo

221. Trata-se de pleito relativo a desequilíbrio econômico-financeiro oriundo de alterações normativas supervenientes que aumentaram a tolerância quanto ao limite de peso bruto transmitido por eixo dos veículos que trafegam na rodovia. Os impactos dessa alteração legislativa superveniente sobre a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão foram resumidos pelo Ofício 334/2015 (Doc. C-151 das Alegações Iniciais). Como explicado nesse documento, o aumento do limite de tolerância acarreta: (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.

222. 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



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

equivalentes³⁹ da BR-163/MT é composto por veículos de carga pesada (Doc. C-44 das Alegações Iniciais da Requerente). Isso porque o Sistema Rodoviário concedido é crucial para o escoamento da produção agropecuária do Mato Grosso, principalmente de soja, e Mato Grosso é o estado com a maior produção do Brasil em termos de pesagem.⁴⁰

Direito Incontroverso ao Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato e

Pontos de discordâncias entre a Requerente e a Requerida

223. Ressalta-se que está absolutamente incontroverso o direito da Requerente ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão devido ao aumento no limite tolerado de sobrepeso bruto transmitido por eixo em razão de alteração normativa superveniente. Afinal, a própria Requerida reconheceu esse direito em sua Resposta (§ 121).

224. Requerente e Requerida discordam, em primeiro lugar, quanto à metodologia a ser utilizada para o cálculo do montante do desequilíbrio a ser pago à Requerente. Nesse sentido, a Requerida afirma que a metodologia adequada ainda está sendo desenvolvida em parceria com a Universidade do Rio Grande do Sul (§ 122 da Resposta da Requerida). A Requerente, por sua vez, defende a correção da metodologia apresentada no cálculo do desequilíbrio, realizada em conformidade com as especificidades da rodovia objeto da Concessão, como será demonstrado em item posterior.

225. Além disso, a agência alega que o presente pleito não poderia ser tratado no âmbito do processo arbitral (§ 123 da Resposta da Requerida) por três razões.

³⁹ 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).

⁴⁰ 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.



226. Primeiro, segundo a Requerida, porque envolveria a necessidade de que o Tribunal Arbitral subtraísse competência legal da ANTT para regular o contrato, sendo o direito de regular indisponível, indelegável e inarbitrável (§ 124 da Resposta da Requerida). Em segundo lugar, a Requerida defende que não houve decisão definitiva da ANTT sobre o tema, o que elidiria temporariamente o juízo arbitral, a teor do disposto no art. 31 da Lei nº 13.448/2017 e inciso VIII do art. 3º do Decreto nº 10.025/2019 (§ 125 da Resposta da Requerida). Por fim, diz a ANTT que, por uma questão de ordem prática, seria inviável tratar de um tema tão complexo em uma simples perícia de engenharia ou procedimento similar (§ 126 da Resposta da Requerida). Para ilustrar seu argumento quanto à complexidade do tema, a Agência apresentou Proposta de Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT (Doc. R1-062 da Resposta da Requerida).

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

228. Na Resposta da Requerida ao Requerimento de Arbitragem, a ANTT afirmou, apenas, quanto ao pleito aqui discutido, que *“o pedido de reequilíbrio lastreado nesse fundamento não pode prosperar, uma vez que a ANTT já procedeu à revisão tarifária respectiva para contemplar esse evento”* (§ 5).

229. Na Ata de Missão, a ANTT limitou-se a afirmar, em referência a uma lista de pleitos que continha a presente controvérsia, que *“todos os eventos supostamente causadores de desequilíbrio ou compõem a matriz de risco de responsabilidade da própria Concessionária ou já foram devidamente reequilibrados pela ANTT”* (9.5.3 da Ata de Missão). Não houve, pois, qualquer argumento por parte da Requerida em oposição à inclusão do pleito relativo ao aumento do limite de peso transmitido por eixo em decorrência de alteração superveniente de legislação em processo arbitral.



230. Ademais, os argumentos da Requerida no intuito de afastar a possibilidade de se discutir o pleito em arbitragem não devem prosperar, como se passará a expor.

*A inaplicabilidade do argumento da Requerida quanto a
suposta subtração de seu direito de regular*

231. Em primeiro lugar, cumpre destacar que é desprovida de sentido a alegação da Requerida de que o presente pleito envolveria a necessidade de o Tribunal Arbitral subtrair “*competência legal da ANTT para regular o contrato*”, direito esse que seria “*indisponível e indelegável, portanto, inarbitrável*” (§ 124 da Resposta da Requerida). Isso porque, por evidente, não há exercício algum da competência regulatória da ANTT pelo tribunal em razão do presente pleito.

232. Como reconhecido pela própria Requerida (§ 121 da Resposta da Requerida), houve alteração normativa superveniente que gerou desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão por aumentar o limite de peso bruto por eixo, prejudicando a Concessionária. A ocorrência de desequilíbrio é, assim, incontroversa. O que se discute no presente pleito, pois, é o *quantum* de desequilíbrio econômico-financeiro a ser pago à Requerente, isto é, o **montante devido à Concessionária a fim de reequilibrar o Contrato de Concessão**.

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



bem como especificamente questão arbitrável segundo o art. 31, §4º, I da Lei 13.448/2017.⁴¹

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

235. Relembre-se, ainda, que, o desequilíbrio econômico- financeiro a ser pago tem natureza jurídica e dá origem a uma dívida do Poder Concedente em favor do concessionário. Assim, o valor a ser apurado a título de desequilíbrio econômico-financeiro tem natureza de dívida contratual.⁴² É inquestionável, pois, que o presente pleito trata de direito patrimonial disponível, ou seja, matéria arbitrável.

A ocorrência de decisão definitiva em sede administrativa

236. Em sua Resposta, a fim de tentar sustentar que o presente pleito não seria arbitrável, a Requerida afirma que “*não houve decisão definitiva da ANTT sobre o tema, o que também elide temporariamente o juízo arbitral, a teor do disposto no art. 31*

⁴¹ Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (...) § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

⁴² Cf. RIBEIRO, Mauricio Portugal; MANDEL, Denise Nefussi. O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa? Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-atraso-em-reequilibrar-concessoes-e-ppp-como-improbidade-administrativa-publicado2-em-13-09-2015.pdf>



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

da Lei nº 13.448/2017 e inciso VIII do art. 3º do Decreto nº 10.025/2019” (§ 125 da Resposta da Requerida). Este argumento é completamente improcedente.

237. A propósito, reitera-se que a própria Requerida, em sua Resposta ao Requerimento de Arbitragem afirmou, quanto ao pleito aqui discutido, que “o pedido de reequilíbrio lastreado nesse fundamento não pode prosperar, uma vez que a ANTT já procedeu à revisão tarifária respectiva para contemplar esse evento” (§ 5). Veja-se que nada foi dito em relação à suposta provisoriedade da decisão da Agência, que, segundo a Requerida agora alega, impediria temporariamente a Arbitragem.

238. Ainda, na Ata de Missão, a ANTT apenas asseverou, em relação a diversos pleitos, inclusive o presente, que “*todos os eventos supostamente causadores de desequilíbrio ou compõem a matriz de risco de responsabilidade da própria Concessionária ou já foram devidamente reequilibrados pela ANTT*” (9.5.3 da Ata de Missão). Novamente não houve qualquer argumento por parte da Requerida quanto a suposto caráter não-definitivo da decisão por ela tomada.

239. Vê-se, de plano, uma incompatibilidade lógica entre as posturas defensivas adotadas pela Requerida na Resposta ao Requerimento de Arbitragem e agora na Resposta às Alegações Iniciais.

240. Além disso há uma incorreção fática. Cumpre, nesse sentido, relembrar a cronologia dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro da Concessionária quanto à demanda em questão. Tal qual narrado nas Alegações Iniciais da Requerente (§§ 420 a 430 das Alegações Iniciais da Requerente), o reequilíbrio econômico-financeiro foi pleiteado pela Concessionária, inicialmente, no âmbito da 4ª Revisão Extraordinária, em 2016, por meio do Ofício CRO 989/2016 (Doc. C-58 das Alegações Iniciais da Requerente). Em seguida, os cálculos do reequilíbrio foram apresentados pelo Ofício CRO 1.032/2016 (Doc. C-152 das Alegações Iniciais da Requerente), sendo a metodologia de cálculo apresentada em estudo de engenharia anexo ao mesmo ofício.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

241. A primeira análise da ANTT sobre o pleito ocorreu na Nota Técnica 016/2016/GEINV/SUINF (Doc. C-62 das Alegações Iniciais da Requerente). O documento reconheceu o direito contratual da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro, por se tratar de uma alteração legislativa superveniente. Para estimar o valor do desequilíbrio gerado pela Lei 13.103/2015, a Nota Técnica 016/2016 apontou a possibilidade de se utilizar 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”*. À Nota Técnica 016/2016 seguiu-se o Memorando 790/2016/SUINF (C – 153 das Alegações Iniciais da Requerente), determinando que a GEINV efetivamente adotasse referido estudo do DNIT.

242. Tendo em vista que a Nota Técnica 016/2016 não analisou a metodologia de cálculo utilizada pela Concessionária nem o valor para o reequilíbrio econômico-financeiro, ela reapresentou seu pleito por meio do Ofício CRO 1.087/2016 (C – 59 das Alegações Iniciais da Requerente). A ANTT avaliou novamente o pedido de reequilíbrio na Nota Técnica 027/2016 (C – 63 das Alegações Iniciais da Requerente), 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, a ser tratada no item seguinte, para recompor o impacto causado na Concessão, lançando mão das premissas adotadas no estudo do DNIT, seguindo determinações do Memorando 790/2016/SUINF (C – 153).

243. Ambas as notas técnicas foram acolhidas e referendadas pelo Voto DSL 179/2016 (C - 64 das Alegações Iniciais da Requerente), do Diretor Relator Sérgio Lobo. Esse voto originou a Resolução ANTT nº 5.177/2016 (C – 47 das Alegações Iniciais da Requerente). **Foi, assim, implementado, no cálculo da nova Tarifa Básica de Pedágio, reequilíbrio absolutamente incompleto por decisão da Diretoria Colegiada da ANTT, ao término da 4ª Revisão Extraordinária, o que representou a decisão final da ANTT em relação ao pleito inicialmente apresentado pela Concessionária por meio do Ofício CRO 989/2016 (Doc. C-58 das Alegações Iniciais da Requerente) no âmbito daquele procedimento.**



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

244. Posteriormente, em 2017, no âmbito da 5ª Revisão Extraordinária, a Concessionária apresentou uma complementação ao seu pleito por meio do Ofício CRO 1.399/2017 (Doc. C-91 das Alegações Iniciais da Requerente), pleiteando 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. Além disso, solicitou-se a inclusão da faixa de segurança na avaliação dos custos adicionais de manutenção, inclusão da taxa de custos administrativos e a reavaliação e manifestação da metodologia aplicada anteriormente pela ANTT.

245. No entanto, o pleito foi negado pela ANTT na Nota Técnica 028/2017/GEINV/SUINF de 01/06/2017 (Doc. C-92 das Alegações Iniciais da Requerente) e na Nota Técnica 041/2017/GEINV/SUINF de 26/07/2017 (Doc. C-93 das Alegações Iniciais da Requerente), sob a justificativa de que a autarquia ainda estaria estudando qual seria a metodologia aplicável ao reequilíbrio. As notas técnicas afirmaram categoricamente sua decisão final: *“com o exposto, propõe-se que o pleito da Concessionária não seja aceito, não cabendo, neste momento, qualquer reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão devido aos custos adicionais decorrentes do aumento do limite de Peso Bruto”*.

246. Tais Notas Técnicas foram referendadas pelo Voto DMV 092/2017 (Doc. C-94 das Alegações Iniciais da Requerente) do Diretor Relator Marcelo Vinaud, que resultou na Resolução ANTT nº 5.411/2017 (Doc. C-95 das Alegações Iniciais da Requerente). **Ou seja, mais uma vez a ANTT decidiu de forma definitiva em âmbito de processo administrativo relação ao pleito apresentado pela Concessionária, dessa vez ao término da 5ª Revisão Extraordinária.**

247. Diante dos fatos narrados fica evidente que a Agência se posicionou, sim, de forma definitiva, acerca dos pleitos apresentados pela Requerente nos processos administrativos próprios para tanto. A pendência de metodologia supostamente complexa a ser desenvolvida em momento posterior pela Agência não anula o fato de que tanto a decisão ao cabo da 4ª Revisão Extraordinária, que implementou reequilíbrio incompleto em relação ao pleito apresentado pela



Requerente, quanto a decisão ao término da 5ª Revisão Extraordinária, que negou o reequilíbrio, **foram atos jurídicos perfeitos, atos administrativos com presunção de validade, que dispuseram efetivamente e de forma definitiva sobre o reequilíbrio da Tarifa Básica de Pedágio que estavam analisando. Houve, inequivocamente, decisões definitivas em âmbito administrativo, tomadas em deliberações finais, por autoridades competentes, em processos adequados, fazendo coisa julgada administrativa.**

248. Enfatize-se, inclusive, que a discussão sobre o montante do pleito só foi reaberta pela Requerida em 2019 em sede da 4ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária (Docs. C-105 e C-106 das Alegações Iniciais da Requerente) devido a Acórdão do TCU. Como narrado nas Alegações Iniciais (§§ 433 a 435 das Alegações Iniciais da Requerente), o Acórdão 290/2018⁴³ determinou que a Agência aplicasse a revisões tarifárias anteriores os critérios determinados pelo TCU naqueles autos, os quais foram, a propósito, absolutamente equivocados, como se aprofundará no item seguinte. **Resta claro, contudo, que a superveniência de decisão do TCU solicitando que a ANTT adotasse novos parâmetros, inclusive em relação a revisões já realizadas, não torna as decisões finais tomadas em sede administrativa menos definitivas para os fins de apresentação do pleito em arbitragem.**

249. Ademais, é evidente que a Concessionária não pode ficar sujeita à vontade da Agência de rever suas decisões finais, que, reitera-se, foram tomadas por autoridades competentes em processos adequados, fazendo coisa julgada administrativa. Muito menos pode o direito ao reequilíbrio da Concessionária ficar à mercê da conclusão de estudo metodológico ambicioso por parte de Requerida, que sequer diz respeito à Concessionária especificamente, mas sim ao desenvolvimento de metodologia a ser aplicada às várias concessões rodoviárias federais (Item 2.2.8 do Doc. R1-062 da Resposta da Requerida). Afinal, não se

⁴³ Acórdão 290/2018-Plenário, 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;*”



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

pode permitir, por óbvio, que a Concessionária seja prejudicada quanto a direito a reequilíbrio econômico-financeiro incontroverso, pela demora por parte da Requerida.

250. Ainda, permitir que a Agência obste a discussão de pleito em arbitragem sob o argumento de que não seriam definitivas decisões como as tomadas em sede de deliberação final por sua Diretoria Colegiada, ao cabo de processos de revisão tarifária, por estarem supostamente sujeitas a posterior revisão pela própria agência, poderia mesmo inviabilizar, em grande medida, o instituto da arbitragem. Bastaria que a agência fizesse essa ressalva de “provisoriedade” em toda e cada revisão contratual, e assim conseguiria hipoteticamente obstar todas as discussões de reequilíbrio financeiro em sede arbitral, o que lhe permitiria protelar indefinidamente a tomada de uma decisão alegadamente definitiva. Essa interpretação deve ser, inequivocamente, afastada, por absurda.

A questão metodológica e a possibilidade de sua discussão nesta Arbitragem

251. Em sua Resposta, a Requerida declara, quanto ao presente pleito, que “a ANTT reconheceu esse desequilíbrio administrativamente” e que “a ANTT já procedeu ao reequilíbrio desse contrato provisoriamente; num primeiro momento, valendo-se de estudo elaborado pelo DNIT; em seguida, nos termos do Acórdão 290/2018-Plenário do TCU” (§ 121).

252. Na sequência, a Agência afirma que “o ponto de reside na metodologia a ser utilizada para o cálculo do reequilíbrio que será concedido em definitivo” (§ 122). A esse respeito, diz a Agência que “trata-se de tema complexo, que vem sendo desenvolvido pela Agência em conjunto com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul”. Segundo a Requerida “o resultado dessa parceria é que definirá uma metodologia adequada a tratar o problema, a qual poderá ensejar um reequilíbrio igual, inferior ou superior àquele buscado pela requerente”.

253. Adicionalmente, segundo a Requerida, não seria possível que o pleito fosse tratado em sede de Arbitragem porque “por uma questão de ordem prática, afigura-se inviável tratar um tema tão complexo, sobre o qual tem se debruçado a Agência há anos,



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

em uma simples perícia de engenharia ou algo do gênero” (§ 126). Para sustentar seu argumento, menciona a Proposta de Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT (Doc. R1-062 da Resposta da Requerida), que envolve 07 (sete) profissionais e “já se arrasta por mais de 02 (dois) anos” (§ 126).

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

255. Consoante relatado nas Alegações Iniciais da Requerente (§§ 431 e 432 das Alegações Iniciais da Requerente), a inadequação da metodologia utilizada pela Requerida é incontroversa e foi reconhecida reiteradamente pela própria ANTT, inclusive nesta arbitragem, ao não refutar nesse ponto as alegações iniciais da Requerente. Além disso, o estudo utilizado pela agência como base para o cálculo da revisão tarifária foi anterior à alteração legislativa em comento, feito em contexto completamente diverso das concessões rodoviárias federais e da Lei dos Caminhoneiros.

256. De modo mais relevante, o estudo base utilizado pela ANTT não fez uso dos dados específicos do Sistema Rodoviário. Somente o Relatório apresentado pela Requerente em suas Alegações Iniciais apresentou metodologia adequada para o cálculo e alimentou as fórmulas de cálculo com as informações, os dados exatos do Sistema Rodoviário (relativos ao tráfego – seu quantitativo e perfil – bem como ao pavimento, entre outros fatores). Por isso é que se diz que o estudo apresentado pela Requerente foi específico para o Sistema Rodoviário, pois utiliza as informações próprias da BR-163/MT, enquanto a solução da ANTT tinha um caráter genérico, que não considerou a caracterização específica da rodovia BR-163/MT e de seu tráfego.

257. **É fundamental, nesse ponto, lembrar, como já exposto que mais da metade do tráfego da rodovia e aproximadamente 90% do fluxo de veículos equivalentes da BR-163/MT é composto por veículos de carga pesada** (Doc. C-144 das Alegações Iniciais da Requerente). Afinal, o Sistema Rodoviário concedido é crucial para o escoamento da produção agropecuária do Mato Grosso, o estado com a maior produção do Brasil em termos de pesagem. Esses



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

fatos evidenciam que a alteração legislativa aqui tratada impactou de forma especial a Concessão da BR-163/MT, mesmo em relação às demais concessões federais, e **ressaltam a necessidade de se adotar metodologia que considere as particularidades da rodovia em questão.**

258. Ainda, cumpre reiterar que a **metodologia de cálculo é, sim, questão que pode ser avaliada e discutida em Arbitragem, sendo passível de ser aferida por perícia.**

259. Sinteticamente, a análise empreendida no estudo apresentado pela Requerente é fundamentada em duas linhas de estudo. A primeira envolve a aplicação matemática do número equivalente de solicitações no pavimento, sendo tal número diretamente proporcional à magnitude das cargas observadas para os eixos solicitantes. Já a segunda linha está relacionada à aplicação de análises de pavimento por meio de modelos mecanísticos-empíricos. Nesse sentido, o **conhecimento necessário para avaliar as linhas de estudo propostas no relatório apresentado pela Requerente está ao alcance da compreensão de qualquer perito técnico da área**, pois a avaliação de impacto de cargas em pavimentos é procedimento habitual, trivial e de amplo conhecimento de profissionais da infraestrutura rodoviária. Com relação à mensuração dos efeitos das cargas solicitantes na vida útil dos pavimentos, ainda há o debate para definição de qual método de análise é o mais indicado, cabendo apenas o julgamento da metodologia proposta ser compreendida como apropriada ou não. Trata-se novamente de questão absolutamente inserida no conhecimento comum dos profissionais que seriam escolhidos por este Tribunal para uma avaliação do método empregado pela Requerente para o cálculo de seu desequilíbrio.

260. Deste modo, a CRO entende que a linha de estudo indicada expõe a metodologia mais recomendada para mensuração dos efeitos decorrentes da alteração legal provocada pela Lei dos Caminhoneiros na malha rodoviária por ela administrada e não concorda em aguardar qualquer estudo que esteja realizado por qualquer outra Concessionária para que seja avaliado o pleito relacionado às suas perdas decorrentes de deliberação do Estado.



261. Ademais, ao contrário do que sugere a Requerida, aqui não se está discutindo a elaboração de metodologia com a amplitude de escopo daquela do Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT (Doc. R1-062 da Resposta da Requerida), que “já se arrasta por mais de 02 (dois) anos” (§ 126 da Resposta da Requerida). Ainda, é no mínimo incomum determinar a inviabilidade de um pleito técnico simplesmente rotulando-o como complexo, indicando a duração de um projeto de pesquisa RDT para justificar tal tese.

262. No Projeto de Pesquisa da Requerida, o escopo é muito mais amplo, afinal o objetivo geral do projeto é:

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

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

- “1. Discutir a validade de aplicação de fatores de equivalência de carga, na quantificação de danos de pavimentos brasileiros, ao se aumentarem as cargas de eixo.*
- 2. Identificar elementos necessários para modelagem do efeito da sobrecarga ao pavimento tais como: estrutura do pavimento, característica da frota de veículos, níveis de sobrecarga.*
- 3. Analisar e selecionar modelos de degradação que sejam compatíveis para avaliação da sobrecarga em pavimentos.*
- 4. Estudar os efeitos das sobrecargas no pavimento devido a mudança de legislação no país nos últimos 20 anos.*
- 5. Investigar o potencial do uso da ferramenta da AASHTO Ware Pavement para modelagem da degradação do pavimento devido as cargas rodantes.*



6. *Investigar o potencial do uso da ferramenta da HDM-4 para modelagem da degradação do pavimento devido as cargas rodantes.*
7. *Comparar os dados previstos pelas metodologias discutidas em (5) e (6) com as metodologias correntemente aplicadas no Brasil através do uso dos fatores de equivalência de carga e modelos clássicos nacionais de degradação.*
8. *Propor uma metodologia que se adapte as várias concessões rodoviárias nacionais para avaliar os efeitos do aumento da tolerância de carga máxima legal no custo de manutenção de pavimentos de rodovias concedidas.” (grifou-se)*

264. **Nota-se que o escopo da pesquisa que a Requerida tenta comparar com o presente pleito é muito mais amplo, englobando, entre outros, o estudo sobre os efeitos da sobrecarga no pavimento no país nos últimos 20 (vinte) anos e a elaboração de metodologia que se adapte às várias concessões rodoviárias nacionais. Porém, o que está em discussão na presente arbitragem não é a elaboração de metodologia genérica, aplicável a todas as Concessionárias, mas, sim, o cálculo correto do montante de desequilíbrio havido no Sistema Rodoviário da BR-163/MT, tendo esse direito ao reequilíbrio sido reconhecido expressamente pela Requerida.**

265. Diante de todo o exposto, fica evidente que as alterações normativas que levaram ao aumento da tolerância do limite de peso bruto transmitido por eixo impactaram consideravelmente o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, prejudicando a Concessionária. Como demonstrado, apesar de o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro ter sido expressamente reconhecido pela ANTT, em razão da alteração legislativa superveniente, o reequilíbrio ainda não foi efetivado pelo fato de a Agência ter adotado metodologias de cálculo incorretas, genéricas e insuficientes, que não contemplam os reais efeitos do aumento de peso bruto por eixo sobre a Concessionária. Além disso, a ANTT não analisou o desequilíbrio relativo a trechos secundários da rodovia, nem aplicou os custos administrativos devidos.



266. Ainda, como demonstrado nesta Réplica, o pleito é inequivocamente arbitrável, pois (i) a mensuração de desequilíbrio cujo mérito é incontroverso lida com direito patrimonial disponível da Concessionária, não fazendo sentido a alegação de subtração do poder regulatório da agência; (ii) houve o devido esgotamento da matéria na instância administrativa em processo próprio, sendo que o reconhecimento de que a ANTT poderia obstar a arbitralidade de determinada matéria inserindo, unilateralmente, a ressalva de “provisoriamente” em suas decisões levaria a um cenário absurdo de esvaziamento do instituto da arbitragem nas concessões de serviços públicos; (iii) a metodologia proposta pela Concessionária é a adequada para a quantificação do desequilíbrio econômico-financeiro devido, sendo matéria técnica de engenharia passível de determinação por meio de perícia técnica.

II.9. Alteração das condições de financiamento

267. Nota-se na resposta da ANTT ao pleito de financiamento uma série de confusões fáticas e conceituais da Requerida, que a seguir resumidos:

- i. A Requerida se defende de um suposto pleito de frustração de demanda, inexistente nas Alegações Iniciais. Talvez por estratégia diversionista, talvez por confusão com alguma outra arbitragem em que a ANTT é demandada (considerando que **todas as concessionárias da 3ª Etapa PROCROFE** instauraram procedimento arbitral contra a agência), a ANTT erroneamente indica que a Concessionária teria solicitado reequilíbrio por frustração de demanda em decorrência da crise;
- ii. **A ANTT ignora que a aplicação da alocação de riscos afetos à álea extraordinária é transversal e se sobrepõe à alocação temática, ordinária, dos riscos**, seja porque:
 1. O Contrato de Concessão determina (cláusulas 21.1 e 21.2) que a Concessionária é responsável por todos os riscos da concessão **“com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2”**, dentre as quais as cláusulas 21.2.4



e 21.2.21; ou seja, *sempre que ocorrer a hipótese de incidência de um risco alocado na cláusula 21.2, tal dispositivo prevalecerá contra toda e qualquer outra atribuição de riscos no contrato;*

2. **Não há nada na lei ou no Contrato de Concessão que delimite o âmbito de aplicação dos riscos afetos à álea extraordinária** a certos tipos de eventos, como por exemplo por meio de rol exaustivo de eventos que poderiam ser considerados como caso fortuito ou força maior;
3. **Não há nada na lei ou no Contrato de Concessão que indique que tal alocação de riscos extraordinários seja residual**, supostamente somente aplicável a riscos que não tivessem sido mencionados na alocação temática de riscos contrato, ou **subsidiária à alocação temática de riscos ordinários**; mesmo assim a Requerida incorretamente permanece apegada exclusivamente à alocação ordinária do risco de financiamento e, com isso, **ignora a alocação legal e contratual de riscos extraordinários**;
- iii. Dessa forma, a Requerida **também nega vigência, por meio de sua interpretação parcial do Contrato de Concessão**, à alocação de riscos relativos a eventos extraordinários veiculada nas cláusulas 21.2.4 e 21.2.21; a ANTT, quando lhe é conveniente, interpreta o contrato em tiras;
- iv. A ANTT omite que o guia do *Global Infrastructure Hub* ⁴⁴ por ela citado em sua Resposta indica que não devem ser responsabilidade do parceiro privado os riscos extraordinários, afetos ao que no Brasil é considerado

⁴⁴ Curioso também é a ANTT recorrer a um guia que destina a orientar a elaboração de contratos no contexto da presente arbitragem em que o desafio não é elaborar um contrato e sim interpretar um contrato já assinado. Mostra assim que está disposta a ignorar o contrato assinado em prol de um guia sobre como deveria ser o contrato. Isso talvez seja consequência da dificuldade enfrentada pela ANTT para sustentar suas posições em face do que está escrito em lei e no contrato.



- âmbito da álea extraordinária econômica, administrativa ou na teoria da imprevisão;
- v. A Requerida nega, contra a dura realidade dos fatos (não só da Concessão, mas de todos os projetos da 3ª Etapa PROCROFE), que tenha havido “*qualquer alteração de cenário ou de condições*” para o financiamento, ignorando o fechamento do mercado de crédito como materialização da crise no setor de infraestrutura;
 - vi. A Requerida, ao afirmar - genericamente e sem qualquer fundamento estatístico - que a crise seria previsível ao longo da vigência contratual contradiz os fatos e que **rigoroso estudo estatístico elaborado no âmbito da própria agência** já havia reconhecido a imprevisibilidade da crise (com menos de 0,27% de probabilidade ao momento das licitações da 3ª Etapa PROCROFE) e de seus efeitos nos contratos de rodovia, em particular os da 3ª Etapa PROCROFE;
 - vii. Vendo a impossibilidade de combater os fatos e os fundamentos estatísticos do estudo, a Requerida passa a tentar desmerecer o documento como apócrifo, sendo que ele foi elaborado pela ANTT e enviado pelo então Diretor-Geral da ANTT em ofício circular assinado a diversas autoridades;
 - viii. O envolvimento de integrantes do grupo econômico da Requerente, citado pela Requerida como primeiro fundamento para não concessão do financiamento, não pode ser considerado óbice à celebração de financiamento, seja porque nunca foi levantado como tal pelo BNDES nas tratativas do financiamento de longo prazo, seja porque a existência de **um segundo empréstimo ponte celebrado pela Requerente com a CEF mesmo após a prisão de integrante de seu grupo econômico** demonstra que a Lava Jato não representava óbice *per se* à concessão dos financiamentos;



- ix. Do mesmo modo, a Requerida omite que o rebaixamento do *rating* do grupo econômico da Requerente, citado por ela e pelo BNDES (Doc. R1-074) também como fundamento para a não concessão do financiamento, **somente ocorreu em março de 2016, dois anos após a celebração do Contrato de Concessão e muito após a deflagração dos eventos de desequilíbrio narrados nas Alegações Iniciais** consubstanciados no fechamento do mercado de crédito para o setor de infraestrutura rodoviária; na verdade, o rebaixamento do *rating* mencionado pelo BNDES no Doc. R1-074 é posterior mesmo à aceitação pela Requerente das condições – já alteradas e desequilibradas – impostas pelo BNDES à Concessionária nas tratativas;
- x. A Requerida omite que o EVTE do Lote 7 da 3ª Etapa PROCROFE, que originou o Contrato de Concessão, expressa e detalhadamente previu as condições de fluxo de caixa alavancado, incorporando exatamente as mesmas variáveis de financiamento contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos;
- xi. A ANTT demonstra desprezo ao dever de motivação dos atos administrativos, aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade e até a determinação do TCU ao afirmar (§192 da sua Resposta), de maneira extremamente absurda, que “[o] **Poder Concedente poderia muito bem não fazer o EVTEA, estipular uma tarifa-teto e publicar o edital sem qualquer informação acerca de em quais dados teria se baseado para fixar essa tarifa;**
- xii. A ANTT busca uma irresponsabilidade pré-contratual, violando seus deveres de lealdade, cooperação e respeito às expectativas legitimamente criadas, corolários da boa-fé objetiva e do princípio da confiança legítima ao procurar relativizar ou minimizar o contexto de garantia ofertada pelo Poder Concedente ao setor de que as condições especial e extremamente subsidiadas de financiamento constantes da



- Carta de Apoio dos Bancos Públicos seriam cumpridas pelos bancos públicos ainda que os bancos privados se recusassem a participar como repassadores de tais financiamentos;
- xiii. A Requerida tenta levar este Tribunal Arbitral a erro ao mencionar ação judicial de outra concessionária da 3ª Etapa contra o BNDES tendo como objeto somente a renegociação do empréstimo ponte com o banco, mencionando que a CONCEBRA teria desistido de recurso mas omitindo deliberada e desavergonhadamente que **o BNDES transigiu e juntamente com a CONCEBRA renegociou o seu contrato de financiamento**, sendo este o motivo da desistência pela CONCEBRA da ação; caso considerasse fraco o seu direito, a CONCEBRA não teria pleiteado em âmbito arbitral (como as demais concessionárias da 3ª Etapa PROCROFE) o reequilíbrio em decorrência da alteração das condições de financiamento.

268. De pronto, trataremos da confusão mais evidente: a Requerida dedica uma seção inteira de sua peça (II.9.1, §§ 128, 131, e 138 a 148) para tratar de um **suposto pleito de “frustração de demanda”**, como se a Requerente estivesse demandando perante este tribunal arbitral um reequilíbrio econômico-financeiro por uma suposta variação extraordinária de demanda, a ser caracterizada como caso fortuito ou força maior. Isto fica claro dos §§ 138 e 139:

138. A requerente aponta que a crise econômica experimentada pelo Brasil entre 2014 e 2016 trouxe como consequência uma diminuição no tráfego de veículos nos trechos de rodovias concedidas, com a decorrente redução de receita auferida pela prestação do serviço.

139. Pretenderam qualificar a crise como fato imprevisível e extraordinário, apto a prejudicar objetivamente o equilíbrio econômico-financeiro da concessão outorgada e, portanto, gerador de um direito à revisão extraordinária da tarifa praticada



269. Trata-se de afirmação absolutamente falsa. Em momento algum de suas alegações iniciais a Requerente alega ter havido perda extraordinária de receita tarifária em decorrência da crise financeira. A única menção feita ao risco de demanda, no §450 das Alegações Iniciais, não menciona a crise econômica como fundamento, e se trata de menção **hipotética e exemplificativa** a casos que poderiam ensejar o reequilíbrio. Confira-se: *“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”*.

270. Ademais, **sequer há pedido nas Alegações Iniciais** em relação a desequilíbrio por perda demanda em função da crise econômica: este **não é um dos pleitos apresentados pela Requerente** nesta arbitragem. Em realidade, este tema sequer foi objeto de demanda levada pela Concessionária à ANTT em âmbito administrativo.

271. Muito pelo contrário: em suas discussões com a agência a respeito de possíveis soluções para a concessão, em especial nos primeiros meses de atuação do Ministério da Infraestrutura, ficou claro que a Concessão do Sistema Rodoviário da BR-163/MT se diferenciava das demais concessões da 3ª Etapa PROCROFE justamente por não ser necessária, para retomada dos investimentos, qualquer revisão ou ajuste em relação ao risco de demanda, apenas a reprogramação do seu cronograma de investimentos.

272. A ANTT está respondendo a um pleito que simplesmente não existe, seja como torpe estratégia argumentativa, seja por ter possivelmente **simplesmente confundido a Requerente com alguma outra concessionária** regulada que também está em litígio contra a agência, considerando que **todas as**



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

concessionárias da 3ª Etapa PROCROFE possuem procedimentos arbitrais contra a agência.⁴⁵

273. Mas infelizmente não se resume a esta as falhas da agência. Vejam-se as demais nas próximas seções deste tópico.

Da correta interpretação contratual

274. A Requerida afirma em seu §164 que “*a matriz de risco da concessão outorgada definiu de maneira prévia e objetiva a responsabilidade das concessionárias pela obtenção dos recursos necessários ao financiamento dos serviços delegados*”. Até aí não está incorreta a assertiva da ANTT. O seu erro é em supor que a atribuição “*prévia e objetiva*” da responsabilidade pela obtenção do financiamento (tal como disposto na cláusula 26 do Contrato de Concessão) significaria uma atribuição integral, universal, excludente de toda e qualquer hipótese. Como será visto neste tópico, essa interpretação não pode prosperar pois (i) o próprio Contrato de Concessão determina que as hipóteses da cláusula 21.2 *excetuum* as demais alocações de risco promovidas no contrato; (ii) mesmo que não houvesse tal disposição

⁴⁵ Cf. Notícia da Agência Infra de 19 de maio de 2020 (C - 231). **COM RISCO DE PERDA DE ATÉ R\$ 6 BI, ANTT CRIA NÚCLEO PARA DEFESA EM PROCESSOS EM ARBITRAGEM**
Dimmi Amora, da Agência iNFRA

Com risco de perder disputas bilionárias com o setor privado, a diretoria da ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) criou um núcleo de acompanhamento de processos de concessão que estão em arbitragem no âmbito da agência.

Até o momento, são sete processos, em que a agência e as concessionárias discutem diferenças de interpretação nos contratos, que foram retirados do âmbito administrativo ou judicial e levado a câmaras de arbitragem privadas. O valor estimado desses litígios está na casa dos R\$ 6 bilhões.

As arbitragens da agência atualmente são com as concessões **Via Bahia, MGO/Eco050, Concebra, Galvão, MSVia, Rota do Oeste e Via 040. À exceção da Via Bahia, que está em fase inicial, todas as concessionárias são da 3ª Etapa de Concessões, realizada entre 2013 e 2014.**

O novo diretor-geral interino da agência, Marcelo Vinaud, identificou nos processos em arbitragem um risco para a gestão. Segundo ele, a defesa da agência nos processos estava exclusivamente a cargo da procuradoria do órgão. Para ele, os advogados da União não podem estar sozinhos na defesa desses processos porque as câmaras têm prazos curtos e demandas ligadas mais à parte técnica dos contratos e menos em relação à judicial.

"O setor privado tem gente treinada, gasta muito dinheiro, e a justiça arbitral não dá o conforto para nós [em relação à Justiça Pública]. Temos que estar melhor preparados", defendeu Vinaud.



expressa⁴⁶ a interpretação da Requerida representa uma visão apenas parcial sobre o Contrato de Concessão: olhar apenas e tão somente para a cláusula 26 ignora que o Contrato de Concessão apresenta também outras disposições de igual validade jurídica, relativas à alocação de riscos relativos à álea extraordinária, e que precisam ser conciliadas com a alocação temática de riscos (como, no caso do financiamento, contido na cláusula 26).

275. Assim é que a única leitura que interpreta o contrato de concessão em sua íntegra – sem desconsiderar nenhuma de suas cláusulas, negando-lhes implicitamente vigência – é a interpretação promovida pela Requerente, que dá vez tanto à cláusula 26 e suas subcláusulas, aplicáveis em um cenário de normalidade do mercado, quanto à alocação extraordinária de riscos da cláusula 21.2.4 e 21.2.21, para todo e qualquer evento classificável como caso fortuito ou força maior.

276. De plano, uma leitura da cláusula 21.1 deixa evidente que as hipóteses de riscos alocados ao Poder Concedente é **exceção em relação à alocação geral de riscos à Concessionária:**

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: (grifos nossos)

277. Sendo exceção, aplica-se em prevalência às demais disposições sempre que sua hipótese de incidência se verificar. Não faria sentido o Contrato de Concessão estabelecer que os riscos da cláusula 21.2 excepcionam todos os demais se quando se verifica a ocorrência de um dos fatos contidos naquelas hipóteses ela é suplantada pela regra que deveria excetuar. Assim, não pode prosperar o argumento de que os riscos assumidos pela Requerente nas cláusulas 26.1 e 26.3 teriam o condão de afastar a incidência da alocação de riscos ao Poder Concedente, com os de caso fortuito e força maior; é justamente o contrário: a

⁴⁶ No *caput* das cláusulas 21.1.



aplicação das hipóteses da cláusula 21.2 se impõe e afasta a incidência geral e ordinária dos riscos assumidos pela Concessionária.

278. Ademais, ainda que não houvesse disposição específica quanto à prevalência das hipóteses da subcláusula 21.2 em relação a todas as demais alocações de risco à Concessionária, é preciso reconhecer que **não há na lei ou no contrato nenhuma metarregra que permita dizer que a alocação relativa a eventos afetos à álea extraordinária seja de qualquer modo subordinada ou residual à alocação temática de riscos**. Isso vale tanto para a alocação legal de riscos afetos à álea extraordinária (art. 65, II d) da Lei 8.666/93), que não encontra delimitação seja na lei de licitações ou na lei de concessões, quanto para a alocação contratual de riscos.

279. Nesse sentido, as regras contratuais⁴⁷ sobre sua própria interpretação nada dizem a respeito da prevalência de uma cláusula sobre outra no próprio contrato de concessão. De forma mais relevante, inexistente disposição contratual que (i) indique que tal a aplicação dos riscos relativos à álea extraordinária (subcláusulas 21.2.4 e 21.2.21) seria subsidiária, residual em relação à alocação temática de riscos feita ao longo do contrato (não só na cláusula 21.1, por exemplo), pelo contrário, como visto, correspondem a exceções à alocação geral de riscos ordinários à Concessionária; e (ii) inexistente disposição que defina o conceito ou estabeleça limite ou restrição à aplicação das categorias “caso fortuito” ou “força maior” para incidência da subcláusula 21.2.4.

⁴⁷ Cl. 1.2. Interpretação:

Exceto quando o contexto não permitir tal interpretação:

(i) as definições do Contrato serão igualmente aplicadas em suas formas singular e plural; e
(ii) as referências ao Contrato ou a qualquer outro documento devem incluir eventuais alterações e aditivos que venham a ser celebrados entre as Partes.

1.2.2 Os títulos dos capítulos e das cláusulas do Contrato e dos Anexos não devem ser usados na sua aplicação ou interpretação.

1.2.3 No caso de divergência entre o Contrato e os Anexos, prevalecerá o disposto no Contrato.

1.2.4 No caso de divergência entre os Anexos, prevalecerão aqueles emitidos pelo Poder Concedente.

1.2.5 No caso de divergência entre os Anexos emitidos pelo Poder Concedente, prevalecerá aquele de data mais recente.



280. Quanto ao primeiro ponto, é preciso notar que o Contrato de Concessão é absolutamente expresso em dizer que as hipóteses da cláusula 21.2 **excepcionam a aplicação de qualquer outra hipótese de risco alocado contratualmente**. Ou seja, se ocorre evento de força maior ou caso fortuito, isso afasta a incidência da regra que atribui ao concessionário o risco de financiamento. Não prospera, portanto, a alegação do § 165 da resposta da Requerida ao afirmar que “*Não se admite, portanto, a reestruturação ex post da matriz de risco da concessão que fundou todo o processo competitivo prévio à delegação do serviço*”. É a Requerida que justamente comete o crime hermenêutico que ela acusa a Requerente e tenta inverter a lógica que o próprio Contrato de Concessão determinou na Cláusula 21.1 ao estabelecer que as hipóteses da cláusula 21.2 excepcionam e prevalecem, quando cabível sua aplicação, em relação à alocação ordinária de riscos.

281. Assim, o Contrato de Concessão, quando aloca tematicamente 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 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. De outro modo, de **nada valeria a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro oferecida pela legislação e pelo contrato à Concessionária**. Seria inócua 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.

282. Ou seja, não é que o Contrato de Concessão não tenha alocado riscos à Concessionária; ele o fez, mas tendo em conta a manutenção de suas condições, como exige o artigo 10 da Lei 8.987/95: “Sempre que forem **atendidas as condições do contrato**, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

283. As “condições” a que alude a lei de concessões representam a **base objetiva do negócio jurídico**, são “*o conjunto de circunstâncias cuja existência ou*



persistência está devidamente pressuposta no contrato – soubessem-no ou não as partes –, já que, se assim não fosse, não se atingiria a finalidade do contrato”.⁴⁸

284. Afinal, como bem explica Carlos Ari Sundfeld,⁴⁹ “a rodovia concedida não existe ‘no nada’”. É necessário olhar para as condições estabelecidas à época da sua licitação para verificar se mesmo uma alteração que “à primeira vista (e numa olhada bem superficial) pareceria externa ao contrato é, no fundo, alteração de condição relevante para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro desse contrato”. Como narrado nas alegações iniciais e frisado nesta Réplica, as condições de financiamento, por estarem encrustadas nas premissas econômico-financeiras que determinaram a modelagem da Concessão (a este ponto se retornará adiante), fazem inegavelmente parte das bases objetivas deste contrato. Assim, a sua alteração deve ser reconhecida como uma modificação das condições de equilíbrio econômico-financeiro a ensejar sua recomposição.

285. Nesse sentido é necessário frisar a lição de Flávio Amaral Garcia, para quem mesmo se os riscos são 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: “*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. (...) 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*”.⁵⁰ (grifos nossos)

⁴⁸ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato**, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Pareceres. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp.26ss.

⁵⁰ 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.



286. Em relação ao segundo ponto, **a menção feita pela Requerida no §132 de trecho de documento do *Global Infrastructure Hub*⁵¹ somente corrobora as alegações da Requerente nesta arbitragem.** A alocação de riscos indicada pelo trecho citado, relativos à mudança de taxas de juros e à obtenção do capital necessário, **trata da alocação ao parceiro privado dos respectivos riscos ordinários.** Talvez a Requerida não tenha analisado todo o documento ou tenha optado por deliberadamente omitir em sua Resposta que, para além da sugestão de alocação de riscos por ela citada, há também a distribuição dos riscos relativos ao âmbito da imprevisibilidade e extraordinariedade, seja no que (i) se chama aqui de álea extraordinária econômica, e é chamado de *force majeure* na literatura estrangeira (mesmo em inglês),⁵² seja (ii) no âmbito do que é no Brasil tratado como álea extraordinária administrativa e no documento citado pela Requerida é tratado como “ações materiais adversas governamentais”;⁵³ ou (iii) ainda de modo mais geral – variando as consequências em cada jurisdição – para as

⁵¹ Item “Refinancing” na seção “Financial Markets Risk”, p. 44. Disponível em Dados disponíveis em <https://content.gihub.org/live/media/1606/road-matrix.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2020.

⁵² Texto original em inglês: “*Force majeure is an event (or combination of events) outside the reasonable control of the contracting parties which prevents one or both parties from performing all or a material part of their contractual obligations. In some – typically civil law jurisdictions – the definition may require the event to be unforeseeable or not reasonably avoidable. Many jurisdictions have a concept of force majeure under general law and, particularly in civil law jurisdictions, this can limit the freedom of the parties to derogate from the scope of the legal concept and agree something different in the contract. However, most PPP contracts include specific force majeure provisions, whether they are civil law or common law governed, as this provides contractual certainty. The contract should be clear to what extent underlying law applies.* Seção “Force majeure risks”, pp.47ss. Dados disponíveis em <https://content.gihub.org/live/media/1606/road-matrix.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2020.

⁵³ No original em inglês “*Material Adverse Government Action Risk (MAGA) The risk of actions within the public sector’s responsibility having an adverse effect on the project or the Private Partner*”.



chamadas *hardship doctrines*.⁵⁴ Certo é que, nesses casos, **o risco não é alocado ao parceiro privado**.⁵⁵

287. Na verdade, o que o documento do *Global Infrastructure Hub* citado pela Requerida mostra é que diferentes países tratam do conceito de força maior de diferentes modos: enquanto algumas (como a brasileira) apresentam definição aberta seja na lei ou no contrato, outras apresentam um conceito delimitado em que se indica explicitamente quais eventos são considerados como no âmbito da álea extraordinária e quais não estão.⁵⁶

288. O fato é que o Contrato de Concessão não determinou previamente o âmbito de aplicação do conceito de caso fortuito e força maior em relação a que tipos de eventos poderiam ser considerados em seu escopo. A única limitação feita pela cláusula 21.2.4, na verdade, é em relação a eventos que “*que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência*”, independentemente da natureza do evento.

289. Sendo assim, **qualquer “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”**, na definição do art. 393, parágrafo único do Código Civil, pode ser considerado como caso fortuito e força maior. Note-se que mesmo no

⁵⁴ Texto original em inglês do glossário elaborado : *Hardship doctrines are typically civil law principles which provide the Private Partner with relief where unexpected circumstances make performance more onerous without being impossible. For example, administrative courts in France will enforce the doctrine of imprévision which allows a party to claim compensation through an increase in contract price where the contract circumstances have changed due to events which were unforeseeable, beyond the parties' control and have a fundamental impact on the economic balance of the contract. The circumstances are expected to be temporary and the contract may provide that imprévision can be invoked in accordance with case law or set out the financial threshold deemed to trigger the right to claim compensation (the Contracting Authority may also terminate the contract if the price increase is too significant or the situation is likely to last indefinitely)*. Seção “Material Adverse Government Action risk (MAGA)”, p. 50, disponível em <https://ppp-risk.github.org/glossary/>. Acesso em 29 de maio de 2020.

⁵⁵ O documento classifica o risco como “compartilhado” quando é possível prever o encerramento do contrato sem culpa de qualquer das partes nos casos de *force majeure*.

⁵⁶ *Depending on the jurisdiction, the definition of force majeure may be an openended catch-all definition, an exhaustive list of specific events, or a combination of both. The open-ended catch-all definition is often seen in civil law-governed contracts and may also be more appropriate in markets which are less developed or stable and where there is little precedent or certainty. A non-exhaustive list of events may also be included*. Disponível em <https://ppp-risk.github.org/glossary/>. Acesso em 29 de maio de 2020.



direito privado, em que se presume a paridade na relação contratual, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior se não houver por eles se responsabilizado **expressamente**, nos termos do *caput* do artigo 393 do Código Civil.

290. Para utilizar o exemplo da taxa de juros, mencionado no §132 da peça da Requerida: a Cláusula 21.1.13 fala que é risco da Concessionária o “aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros”. Se juros aumentassem, por exemplo, em uma absurda proporção de 5000%, não seria reconhecida a extraordinariedade da situação e reconhecida, no âmbito do senso comum, a aplicação do caso fortuito ou força maior? O que houve no caso da Requerente foi muito mais grave, pois ocorreu a verdadeira inviabilização da obtenção dos financiamentos.

291. É preciso deixar claro, portanto, que a **alocação contratual e/ou legal dos riscos ligados à ocorrência de eventos extraordinários ao Poder Concedente é transversal à alocação temática e ordinária de riscos e a ela sobrepõe-se quando ocorrem eventos extraordinários e imprevisíveis.**

292. E isso, claro, está alinhado às melhores práticas de estruturação de concessões: afinal, caso o risco para eventos extraordinários e imprevisíveis fosse alocado aos parceiros privados, todos os licitantes teriam que precificar tais riscos nas suas propostas, o que faria com que (i) as propostas seriam menos vantajosas para o usuário, que teriam que pagar na tarifa pelo custo necessário ao contingenciamento de valores para lidar com esses riscos independentemente da ocorrência dos respectivos eventos gravosos, de modo que (ii) seria possível até mesmo cogitar que tarifas teto determinadas pelos editais da Requerida possivelmente não pudessem ser atingidos, frustrando as licitações; (iii) caso os eventos extraordinários e imprevisíveis não viessem a se materializar ao longo dos contratos, os concessionários se apropriariam das verbas contingenciadas para lidar com os eventos não ocorridos. Ao contrário, quando o risco relativo a eventos extraordinários e imprevisíveis é (corretamente) alocado ao Poder Público, não há tal precificação inicial e contingenciamento, de modo que os usuários e o Poder Concedente somente arcam com os prejuízos de tais eventos



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

caso eles efetivamente ocorram e na medida de seu impacto, por meio do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

293. Isso faz especial sentido quando se está tratando de eventos absolutamente imprevisíveis, como o em discussão nessa arbitragem, considerando – como será visto no próximo tópico – que a probabilidade de ocorrência da crise e seus impactos, à época das licitações da 3ª Etapa, era inferior a 1%.

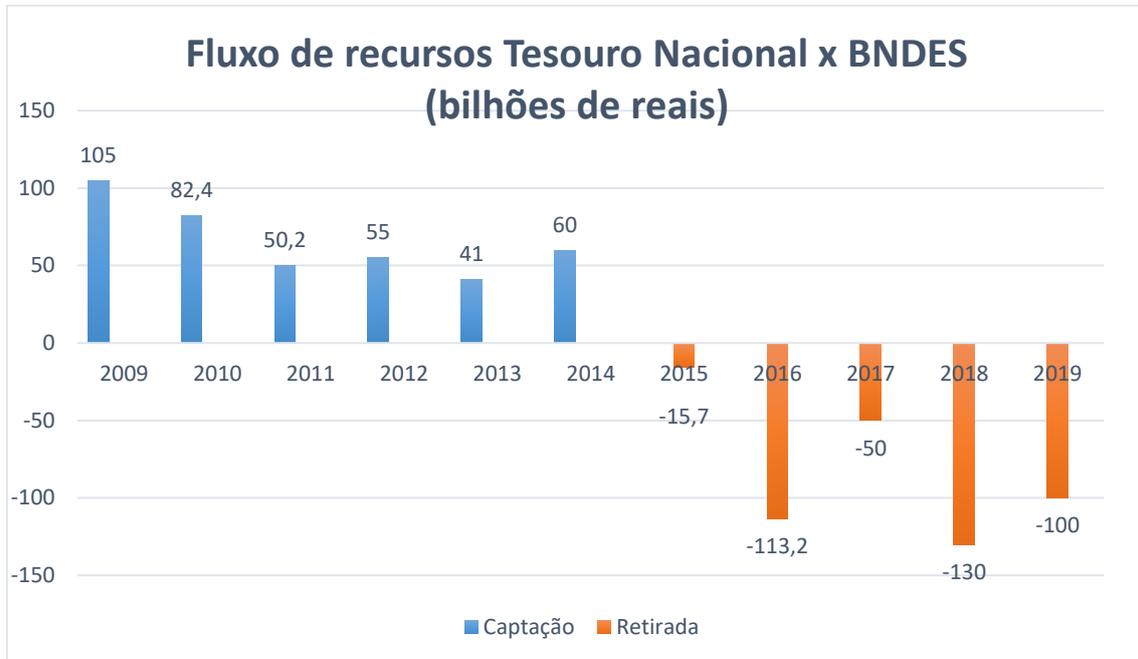
294. Assim sendo, de todo o exposto, não pode prevalecer a interpretação da Requerida, cuja consequência é a de que uma cláusula (alocação temática do risco de financiamento) nega vigência a outra (alocação de riscos afetos à álea extraordinária) quando o próprio Contrato de Concessão é expresso, em sua cláusula 21.1 no fato de que as hipóteses da cláusula 21.2 excetuam todas as demais alocações de risco. Ademais, a interpretação da Requerente é aquela que privilegia o contrato em sua íntegra e completude. Afinal, o direito não se interpreta em tiras, e o Contrato de Concessão deve ser interpretado como um todo coerente. Esta interpretação está ainda em linha com as melhores práticas de estruturação de projetos e mesmo com os interesses dos usuários, que somente arcam com os custos dos eventos extraordinários caso eles ocorram.

Da caracterização do Evento de Desequilíbrio e seu reconhecimento pelo Poder Concedente

295. Tendo ficado claro do tópico anterior que a incidência da alocação de riscos relativos a caso fortuito e força maior excetua a alocação geral e ordinária de riscos à Concessionária, é preciso reiterar as razões pelas quais discute-se nesta arbitragem uma hipótese de aplicação das cláusulas 21.2.4 e 21.2.21. É que, como visto nas alegações iniciais (§§484 a 489), a manifestação da crise extraordinária e imprevisível se deu, no mercado de crédito para infraestrutura, pelo impacto do contingenciamento soberano no BNDES: 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 abaixo⁵⁷:



Fluxo de recursos Tesouro Nacional X BNDES

296. Houve, portanto, em 2015, uma mudança radical, promovida pelo próprio Poder Concedente, na política pública de financiamento de projetos de infraestrutura. Tal mudança teve por consequência a omissão do BNDES em fechar financiamentos, promovendo assim a **quebra de condições essenciais do Contrato de Concessão**, e, portanto, de seu equilíbrio econômico-financeiro. Foi nesse contexto extraordinário e imprevisível que o BNDES restou 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.

297. Em relação à caracterização da crise econômica como evento extraordinário, a Requerida, ao afirmar no § 141 que “a existência de crises econômicas periódicas não

⁵⁷Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/recursos-do-tesouro-nacional>. Acesso em 29 de maio de 2020.



pode ser encarada como circunstância extraordinária na economia mundial contemporânea” e no § 142 que “Falar-se, portanto, de suposto caráter extraordinário de crises econômicas é ignorar o caráter cíclico do modo de produção capitalista, bem como a história recente de países como o Brasil” está contradizendo não somente os fatos mas a própria manifestação anterior da agência.

298. A Requerida tenta distorcer mesmo as afirmações do documento “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais” (C-9), produzido pela própria agência. Ao alegar, nos §§ 150 e 151 de sua Resposta, que “em nenhum momento, seja na exposição de motivos ou no “documento diagnóstico”, houve reconhecimento de que evento alheio aos riscos alocados à Concessionária tenha se materializado. (...) O que os citados documentos afirmam genericamente é que houve crise com possíveis impactos no volume de tráfego”, além de insistir na defesa contra um inexistente pleito de reequilíbrio por variação extraordinária de demanda em função da crise, a ANTT omite que o documento trata também da alteração nas condições de financiamento, deixando evidente o impacto da crise materializado no fechamento do mercado de crédito no setor de infraestrutura rodoviária.

299. Ao pretender desqualificar o documento (§152 da Resposta) como apócrifo e atécnico, a Requerida ignora ou omite que o documento Diagnósticos é, na verdade, uma mera representação formal das informações e considerações já apresentados pelos representantes da ANTT – o Superintendente, inequivocamente identificado como tal, ao lado do então Diretor Geral da agência - em audiência pública na Câmara dos Deputados.⁵⁸ Nesse sentido, o referido documento foi assinado e enviado a uma extensa lista de autoridades pelo então Diretor-Geral Sérgio de Assis Lobo, por meio do Ofício-Circular nº 001/2018/DG/ANTT (C-9): ao Presidente da Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados; ao TCU na pessoa de seu Presidente; ao Ministro Bruno Dantas, do TCU; ao Ministro dos Transportes, Portos e Aviação Civil; ao Ministério Público Federal; ao PPI; à Confederação Nacional de Transportes; à

⁵⁸ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cvt/videoArquivo?codSessao=74464&codReuniao=53576#videoTitulo>. Acesso em 29 de maio de 2020.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Confederação Nacional da Agricultura e à Confederação Nacional da Indústria. Certamente o Diretor-Geral da ANTT não assinaria enviaria documento a tantas autoridades caso sua elaboração fosse questionável ou padecesse o documento de atecnia.

300. Dessa forma, ao pretender hoje negar que era posição da agência – encampada pelo Diretor Geral da época, frise-se – a conclusão de que as concessões rodoviárias foram afetadas não só em relação a demanda mas também na restrição a crédito, a Requerida comete imperdoável contradição, evidente a ponto de poder questionar seu compromisso com a boa-fé argumentativa.

301. Observe-se que, apesar de dizer que considera o documento atécnico, **em momento algum procurou a ANTT apresentar críticas técnicas ao conteúdo do documento Diagnósticos. Não se viu na resposta da agência qualquer oposição à metodologia empregada ou às conclusões presentes no estudo estatístico contido no documento** que indicam, sem rodeios, que as inferências estatísticas apontam para uma forte imprevisibilidade da recessão econômica vivida entre 2015 e 2016 (...) fora de 99,73% dos casos esperados, considerando a distância superior a três desvios-padrão em uma distribuição de probabilidades semelhante à normal. Ou seja, que, à época dos leilões da 3ª Etapa PROCROFE, *“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”*.

302. Em outros termos: sabendo que não há como questionar o método e conteúdo do rigoroso estudo estatístico empreendido – e que apresenta conclusões contrárias à sua posição nesta arbitragem – a Requerida tenta atacar de todos os modos a forma do documento que simplesmente encaminha tais considerações.



303. Da mesma forma, não prospera o argumento (§§157 e 158) da Requerida no sentido de que a exposição de motivos da Medida Provisória 800 não poderia ser utilizado como argumento de reforço às teses da Concessionária, pelo fato de que uma exposição de motivos não possui em si força normativa. Ocorre que tais documentos (Diagnósticos e a Exposição de Motivos da MP 800) não foram apresentados pela Requerente com o intuito de sugerir a aplicação normativa das disposições ali apresentadas, ou jamais pretendeu a Concessionária extrair qualquer consequência jurídico-normativa especificamente no sentido da exigibilidade de condutas por parte da Requerida da exposição de motivos em si ou como “garantia” (como equivocadamente imputa a Requerida no §161) de um direito subjetivo da Requerente apenas pela afirmação da ocorrência e extraordinariedade da crise na Exposição de Motivos da MP 800.

304. A Requerente apresentou o documento Diagnósticos a MP 800 na descrição de um contexto para demonstrar que o próprio Governo Federal, inclusive em sua máxima instância, reconheceu (i) a existência de uma crise econômica; (ii) sua absoluta imprevisibilidade para os participantes da 3ª Etapa PROCROFE; (iii) os impactos específicos e diretos dessa crise em tais contratos; (iv) a similaridade da solução encontrada pelo Governo Federal com as soluções apresentadas pela Requerente. A menção à MP nº 800/2017 foi feita única e exclusivamente com o intuito de revelar o comportamento contraditório adotado pela Requerida: tendo diante de si a possibilidade de se manifestar favoravelmente quanto ao pedido de reprogramação das obrigações da Requerente (viabilizando, assim, a adoção de alternativa para lidar com a inexecução do Contrato de Concessão que melhor promovia o interesse público no entendimento dos próprios técnicos da ANTT e do seu Diretor-Geral à época,), a Requerida permaneceu e permanece omissa.

305. Quais as razões para tal contradição – se receio da atuação de órgãos de controle contra a pessoa física dos agentes públicos reguladores, fenômeno que ficou conhecido como “apagão das canetas”,⁵⁹ divergência interna na agência ou qualquer outro motivo – não são escopo desta arbitragem. O que importa é que mais uma vez tentou sem sucesso a Requerida distorcer as alegações da

⁵⁹ Confira-se: <http://abar.org.br/2018/08/02/valor-o-apaga%CC%83o-de-canetas-dos-agentes-publicos/>. Acesso em 29 de maio de 2020.



Requerente. Talvez por ser inviável negar que tanto a MP n° 800/2017 quanto o Diagnósticos são prova clara da existência, profundidade, imprevisibilidade, extraordinariedade e irresistibilidade da crise que levou retenção pelo BNDES do financiamento que é condição do presente contrato.

Das inverídicas razões supostamente alegadas para a não concessão do financiamento

306. No item II.9.2.1 de sua Resposta, a Requerida lança mão de dois tipos de razões para tentar fundamentar *a posteriori*, em uma tentativa despuorada de reconstruir os fatos em questão, a não concessão do financiamento. A ANTT tenta atribuir suposta culpa da Requerente por atos seus e de seu grupo econômico, que teriam inviabilizado a concessão do financiamento pelos Bancos Públicos, consubstanciados (a) no envolvimento na Operação Lava Jato e (b) na queda do *rating* do grupo econômico da Concessionária.

307. **A correta narrativa dos fatos, entretanto, demonstra que ambos os fatores não foram levados em conta à época dos acontecimentos**, não tendo sido jamais mencionados nas tratativas da Requerente com os bancos públicos como fundamentos de sua decisão, e portanto imprestáveis para o emprego de “reais motivos” (§184 da Resposta) que a Requerida lhes pretende dar, em tentativa de forçar as evidências a encaixarem na narrativa maniqueísta desenvolvida pela ANTT, na tentativa de induzir esse Tribunal a erro.

308. Como exaustivamente demonstrado, a Requerente cumpriu todas as condições impostas pelo BNDES para obtenção do financiamento.⁶⁰ **Condições usualmente exigíveis para contratações deste tipo, e que representam o risco ordinário de financiamento, alocado contratualmente à Concessionária pela**

⁶⁰ 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.



Cláusula 26 a que tanto aduz a Requerida. Todos os trâmites, documentos e informações exigidas pelo banco durante as tratativas foram atendidos pela Concessionária e seu acionista,⁶¹ sem que nunca lhe houvesse sido indicado – à época das negociações com os Bancos Públicos – qualquer restrição que lhe pudesse ser imposta em virtude de qualquer dos supostos motivos que a Requerida insiste em tentar utilizar para, distorcendo os fatos, tentar convencer este Tribunal Arbitral.

309. A Requerida deixa de mencionar que, **mesmo após ter se tornado público e notório a prisão, em junho de 2015, de dirigente de seu grupo econômico na Operação Lava-Jato, houve em agosto de 2015 a liberação pela Caixa Econômica Federal, outra instituição financeira controlada pelo Governo Federal, de um segundo empréstimo-ponte à Requerente.**⁶² O fato de ter sido concedido pela CEF, outro banco público signatário da Carta de Apoio, garantido por fiança corporativa, em nada diminui o fato de que a Lava-Jato não era, *per se*, um impeditivo à obtenção de financiamento junto a bancos públicos, aliás em consonância com Parecer nº 02/AADMA/CGU/AGU/2014 da AGU, citado pelo BNDES na Nota Técnica AST-DECRO nº 17-2020 (Doc. R1-074), parecer esse exarado ainda em 2014, quando as investigações da Lava Jato se intensificavam (ora juntado em anexo - C - 232).

310. **E mesmo após mais de dois anos de negociação contados da apresentação da Carta Consulta ao BNDES, 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

⁶¹ 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. 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.

⁶² O primeiro, lembre-se, fora concedido em setembro de 2014.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Banco do Brasil documento que veiculava a aceitação das condições de financiamento refletidas nas minutas do contrato de financiamento. Entretanto, **mesmo com a aceitação 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.**

311. Que fique claro que o contrato de empréstimo ponte previa originalmente o prazo de **15/02/16** para vencimento da sua parcela única, que seria quitada com os recursos advindos da liberação do financiamento de longo prazo, como é de praxe do mercado de crédito. Ou seja, BNDES e CRO estavam certos, em suas tratativas, que, como prazo máximo, com uma considerável margem, até 15/02/16 (antes da queda do *rating*, portanto) o financiamento de longo prazo já teria sido concedido e sua primeira tranche utilizada para o pagamento do empréstimo ponte.

312. Note-se, assim, que a alegação de que **em 28/03/2016** houve queda do *rating* do grupo econômico da Concessionária é absolutamente extemporânea, tanto porque o desequilíbrio contratual já se havia instaurado há **mais de dois anos, contados da assinatura do Contrato de Concessão**, quanto se considerar apenas que em **fevereiro de 2016 – antes da queda do *rating*** – a Concessionária havia aceitado as condições (já alteradas e em desequilíbrio) do financiamento impostas pelos Bancos Públicos.

313. É lamentável, nesse sentido, que o Poder Concedente tenha lançado mão de entidade da administração pública federal, o BNDES, para, mais de 5 (cinco) anos após os fatos, tentar reescrever a história, como visto no Doc. R1-074. Que fique claro: a Requerida, busca construir, em 2019-20, uma narrativa *ad hoc*, fundamentada em novos documentos produzidos pelo BNDES que contradizem os documentos emitidos pelo próprio BNDES à época dos fatos. Na verdade o reconhecimento pelo BNDES de que “*A presente nota foi produzida para responder os questionamentos feitos pela AGU na ordem das perguntas, que não necessariamente foi a ordem dos fatos e acontecimentos relativos à operação financeira da CRO com o BNDES*” na própria Nota AS-DECRO nº 17-2020 (Doc. R1-074) já dá a entender



que as afirmações ali contidas poderiam ser utilizadas pela Requerida para distorcer os fatos havidos no processo de negociação dos empréstimos com o banco.

314. Vale frisar: o BNDES, em 2019-20, com o objetivo de apoiar a posição sustentada pelo Poder Concedente (o Governo Federal, acionista do banco, representado pela ANTT no Contrato de Concessão) em litígio arbitral, produziu notas técnicas que citam razões para a inviabilização da operação de empréstimo-ponte pleiteado pela Concessionária que jamais foram mencionadas pelo próprio BNDES nos documentos produzidos em 2014, 2015 e 2016. Isso depois de mais de 3 anos de silêncio... isso depois de nunca ter alertado a Concessionária sobre o que estava impedindo a realização do empréstimo e o que ela precisaria fazer para obter esse empréstimo. Trata-se de um silêncio eloquente de quem simplesmente se retraiu para evitar realizar empréstimos por conta da mudança da política pública para os setores de infraestrutura.

Da consideração das condições da Carta de Apoio no EVTEA e no Contrato de Concessão

315. Em relação ao EVTEA, a Requerida parece não ter compreendido o argumento da Requerente: em momento algum se afirmou nesta Arbitragem que o EVTEA tem força vinculante para os licitantes; o que se afirma é que, (i) embora seja referencial para os licitantes, o disposto no EVTEA deve ser obrigatoriamente considerado pelo Poder Concedente para a definição e justificativa do valor da tarifa-teto do Edital de Licitação e que (ii) no presente caso, as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos foram consideradas como premissa na elaboração do EVTEA que resultou no valor da tarifa-teto do Edital de Licitação (razão pela qual essas condições de financiamento constituem verdadeiras “condições do contrato”, para fins do disposto no art. 10 da Lei nº 8.987/1995).

316. Também é preciso ler com ceticismo o argumento da Requerida no § 203 quando menciona os contratos da 1ª Etapa PROCROFE para afirmar que “se essas



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

projeções mais otimistas do parceiro privado se materializarem e este conseguir rentabilizar mais o projeto, não pode o regulador promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com redução tarifária, de modo a controlar lucros e desrespeitar os riscos assumidos pelo Concessionário". A ANTT não promoveu reduções tarifárias em si, mas, analogamente com as devidas modificações, certamente reduziu unilateralmente a rentabilidade de tais projetos, considerando a sua Taxa Interna de Retorno original, quando implementou, durante a vigência dos contratos da 1ª Etapa PROCROFE, o sistema de reequilíbrios por Fluxo de Caixa Marginal para novos investimentos, por determinação do TCU com a Resolução 3.651/2011.⁶³

317. Explica-se: os concessionários da 1ª Etapa PROCROFE possuíam contratos com uma taxa de desconto que reproduzia o elevado risco percebido à época da licitação de tais contratos, na década de 1990. Duas décadas depois, o ambiente institucional de concessões no país já havia se consolidado, e o risco que se percebia para tal tipo de projeto era bastante reduzido, de modo que novos contratos já incorporavam uma taxa de desconto mais modesta. Contudo, os contratos da 1ª Etapa PROCROFE permaneciam sendo reequilibrados considerando sua taxa de desconto original, se beneficiando, portanto, da melhora geral das condições econômicas e setoriais, fator esse que não podia ser atribuível a uma eficiência de gestão das contratadas da 1ª Etapa PROCROFE. Ou seja, trata-se exatamente do tipo de situação narrada pela Requerida no §203 de sua Resposta: realização de projeções otimistas que permitem a rentabilização do projeto para além das projeções iniciais. A ANTT, contudo, sob determinação do TCU, alterou o mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro de modo que o reequilíbrio para novos investimentos não fosse mais remunerado pela taxa de desconto original daqueles contratos – que reproduzia o risco assumido na origem pelos concessionários – mas que fosse aplicada ao Fluxo de Caixa

⁶³ Confira-se: “CONSIDERANDO determinação constante do Acórdão 2.154/2007, exarado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a ANTT verificasse se as atuais concessões de rodovias federais, exploradas pelas concessionárias NovaDutra, CONCER, CRT, Ponte Rio-Niterói e CONCEPA, estariam em situação de equilíbrio econômico-financeiro, em razão da rentabilidade contratual, traduzida numericamente pela Taxa Interna de Retorno do Investimento - TIR e, em sendo verificado desequilíbrio, que adotasse as providências necessárias a fim de promover o equacionamento dos mencionados contratos, fixando aos mesmos nova rentabilidade”.



Marginal de cada reequilíbrio uma taxa de desconto (WACC) calculado à época do reequilíbrio, consideravelmente inferior à taxa de desconto original dos contratos e que reduziam a rentabilidade total do projeto.

318. Por fim, verifica-se mais uma instância de desconhecimento pela Requerida dos aspectos econômico-financeiros de um Contrato de Concessão pela alegação (§205) de que *“as condições de financiamento do BNDES não foram levadas em consideração para o cálculo da taxa de desconto utilizada para aferir a viabilidade do projeto”*. No mesmo sentido, o § 207 da Resposta afirma que *“a premissa tomada pelo EVTEA para a viabilidade do projeto, que não se confunde com sua atratividade, mediante a fixação da tarifa-teto de referência, leva em consideração o fluxo de caixa **não alavancado**. O financiamento do BNDES não é tomado como premissa necessária à viabilidade do projeto, embora o custo projetado de capital seja levado em consideração, mediante aplicação de metodologia do WACC, a qual **NÃO** traz embutida como premissa as condições de financiamento ofertadas pelos Bancos Públicos à época”*.

319. Ora, conforme reconhecido nos trechos da resposta da Requerida, o conceito de WACC (*Wheighted Average Cost of Capital*, ou, em português, Custo Médio Ponderado de Capital – CMPC) é, por definição, a “média ponderada entre o custo de capital próprio **e o custo de capital de terceiros** [ou seja, financiamentos] após o imposto de renda”⁶⁴ (grifou-se). Como demonstrado nas Alegações Iniciais, **as condições de financiamento constantes da Carta de Apoio dos Bancos Públicos são premissas do Volume 4 – Estudos de Viabilidade Econômico-financeira, Tomo Único do Lote 7”**, documento com base no qual a ANTT definiu e justificou o valor da tarifa-teto previsto no Edital de Licitação. A simples leitura do disposto no EVTEA e em seus anexos, afasta qualquer dúvida quanto a este ponto, sendo evidente que tanto o fluxo de caixa não alavancado (de projeto) quanto o fluxo de caixa alavancado (do acionista) foram considerados.

⁶⁴ Cf. ROSS, Stephen A.; WESTERFIELD, Randolph W.; e JORDAN, Bradford D. *Princípios de administração financeira*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 200, p. 326. No mesmo sentido: “O cálculo do custo médio ponderado de capital (CMPC) é bastante simples. **Multiplica-se o custo específico de cada modalidade de financiamento por sua proporção na estrutura de capital na empresa e somam-se os valores ponderados**” (grifou-se) (Cf. GITMAN, Lawrence Jeffrey. *Princípios de administração financeira*, 10ª ed. São Paulo: Pearson Addison Wesley, 2004. p. 412).



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

“O modelo de análise de viabilidade econômico-financeiro empregado no estudo foi desenvolvido com base nas melhores práticas usuais. O principal resultado da análise é a tarifa quilométrica de pedágio da rodovia, calculada com base em projeções dos fluxos de caixa no período da concessão, previsto para 30 anos.

Inicialmente são apresentadas as principais considerações e premissas de cálculo e, em seguida, são apresentados os dados de entrada e resultados em termos de tarifa quilométrica, e as figuras de mérito associadas à viabilidade do empreendimento. Por fim, apresenta-se um cronograma-síntese do fluxo de depreciação (Anexo 4.A), despesas de capital e de operação (Anexo 4.B), bem como o demonstrativo financeiro (Anexo 4.C).” (grifou-se)

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

- i. **o principal resultado da análise empreendida no EVTEA é a definição da tarifa quilométrica de pedágio da rodovia**, que, nos termos do Edital de Licitação, correspondeu à variável utilizada como critério de julgamento da Proposta Econômica Escrita das licitantes;⁶⁵ e
- ii. **segundo as melhores práticas usuais**, o modelo de análise de viabilidade econômico-financeira utilizado no EVTEA **apresenta**:
 - a. as **premissas de cálculo** utilizadas na análise da viabilidade econômico-financeira da Concessão, dentre as quais, conforme se verifica nos trechos destacados de vermelho e abaixo reproduzidos do item 4.3 do EVTEA, se incluem as **premissas de financiamento**,

⁶⁵ Cf. Edital de Licitação, Parte II – Definições, (xlv): “(xlv) Tarifa Básica de Pedágio: é o valor contido na Proposta Econômica Escrita, expresso em 5 (cinco) casas decimais, **correspondente ao valor básico da Tarifa Quilométrica para a categoria 1 de veículos (veículo de rodagem simples e de dois eixos), que não poderá exceder a R\$ 0,05500, referenciado a maio de 2012**” (grifou-se).



que reproduzem integralmente as condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos:

4.3 Premissas de financiamento

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

Tabela 4 - Premissas gerais de financiamento

Conceito	Premissa	Observações
Financiamento	70,00%	% dos investimentos
TJLP	5,00%	taxa de juros de longo prazo
Spread BNDES	2,00%	informação BNDES
Risco	0,00%	risco de mercado
Inflação (IPCA)	4,50%	Inflação meta do governo
Juros sobre o Financiamento (TJLP + Spread BNDES + Risco) real	2,39%	% do saldo da dívida (a.a.)
Juros sobre o Financiamento (TJLP + Spread BNDES + Risco) nominal	7,00%	% do saldo da dívida (a.a.)

Conceito	Premissa	Observações
Tempo de Carência	5	anos
Prazo de financiamento	25	anos após o período de carência
Disponibilidade desta linha de financiamento do BNDES	5	primeiros anos

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

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

4.5 Resultados

4.5.1 Tarifa

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



6

7,20% a.a. real (desconsiderando a inflação), calculou-se a tarifa quilométrica da rodovia concessionada, chegando-se ao valor de R\$ 0,0550/km.

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

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

Resultados (em milhões de R\$)	
Total de Receita Tarifária	14.750
Opex	2.741
Capex total	4.597
TIR de projeto	7,20%
Margem Ebitda	75%

Tabela 7 - Figuras de mérito fluxo de caixa alavancado

Resultados (em milhões de R\$)	
Total financiado	1.711
Equity nos 5 primeiros anos	716
Equity	2.886

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



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Lote 7 - Anexo 4.C

	Ano 0 2013	Ano 1 2014	Ano 2 2015	Ano 3 2016
Demonstrativo do Fluxo de Caixa Privado (Acionista) - milhões de reais				
(+) Receita Tarifária Bruta	14.750	-	195	402
(-) Tributos sobre o valor de venda	1.276	-	17	35
ISS	737	-	10	20
PIS	96	-	1	3
COFINS	-	-	6	12
(+) Receita Não Tarifária Bruta (% da Receita Tarifária)	-	-	-	-
(-) Tributos sobre o valor de venda	-	-	-	-
ISS	-	-	-	-
PIS	-	-	-	-
COFINS	-	-	-	-
(=) Receita Líquida	13.474	-	178	367
(-) Custos e Despesas Operacionais	2.741	53	93	105
Administração	478	22	23	23
Controle das Operações	63	-	2	2
Serviços Médicos	380	-	6	13
Serviços de Guincho	273	-	5	9
Inspeção de Tráfego	180	-	6	7
Pesagem de Caminhões	167	-	-	1
Atendimento a Incidentes	122	-	3	4
Arrecadação de Pedágios	633	-	-	14
Conservação da Rodovia	367	-	9	17
Conservação de Equipamentos e Sistemas	65	-	0	1
Monitoração da Rodovia	12	-	0	0
(-) Outras despesas	283	6	21	9
Verba de fiscalização	187	-	6	6
Verba de segurança no trânsito	47	-	2	2
Recursos para desenvolvimento tecnológico	31	-	1	1
Emolumentos para a BM&F, Bovespa, EBP	6	6	-	-
(-) Seguros e garantias	303	-	8	9
Risco de engenharia	23	-	2	2
Risco operacional	214	-	3	4
Responsabilidade civil	14	-	0	0
Garantia de execução	51	-	3	3
Risco perda de receita	2	-	-	0
(=) Ebitda	0,75	10.146	(6)	(82)
(-) Depreciação e Amortização	3.434	-	49	67
EBIT	6.712	(6)	(130)	0
Juros	593	-	5	12
Rendimentos financeiros líquidos	9	5	4	1
Lucro tributável	6.128	(1)	(132)	(11)
Tributos	2.089	-	-	33
IR	1.536	-	-	25
CSLL	553	-	-	9
Lucro líquido	4.039	(1)	(132)	(11)
Fluxo de caixa livre				
Lucro líquido	4.039	(1)	(132)	(11)
(+) Depreciação e amortização	3.434	-	49	67
(=) Fluxo de caixa operacional	7.473	(1)	(83)	57
(-) Fluxo de investimentos	4.597	-	311	390
(+) Fluxo de financiamentos	2.886	179	278	273
(+) Empréstimos e financiamento	1.711	-	217	273
(+) Aporte de capital	2.886	179	61	-
(-) Amortização do principal	1.711	-	-	-

322. Ainda assim, ignorando documentos que ela própria ajudou a produzir, a Requerida insiste em negar os fatos e se esforça em construir uma narrativa completamente dissociada da realidade, segundo a qual a definição da tarifa-teto do Edital de Licitação da Concessão por meio do EVTEA não teria sequer considerado as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e prescindiria da análise fornecida por meio da construção do fluxo de caixa alavancado (do acionista). Nos termos do Doc. R1-066, considerado pela Requerida como uma nota técnica que apresenta descrição com “maior refinamento técnico”, alega que “a tarifa-teto de R\$ 9,22/100 km adotada como



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

referência para o leilão da rodovia BR-153/GO/TO decorre do fluxo de caixa não-alavancado estimado para o projeto, não refletindo, portanto, efeitos derivados do financiamento” (§21 do Doc. R1-066) e “uma concessão pode ser suprida apenas com capital próprio (equity), considerado mais caro, se este for o desejo de seus acionistas” (§22 do Doc. R1-066).

323. Pior: a Requerida, ignorando o dever de motivação dos atos administrativos, os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade – e, no limite, até mesmo o princípio da moralidade – que, nos processos de desestatização, se manifestam mais concretamente por meio das medidas de acompanhamento e fiscalização executadas pelo TCU (dentre as quais se inclui a exigência de disponibilização pelo Poder Concedente ao TCU dos estudos de viabilidade e minuta de edital de licitação do projeto de concessão)⁶⁶, chega a afirmar (§192 da sua Resposta), de maneira extremamente absurda, que “[o] Poder Concedente poderia muito bem não fazer o EVTEA, estipular uma tarifa-teto e publicar o edital sem qualquer informação acerca de em quais dados teria se baseado para fixar essa tarifa” (grifou-se).

324. Ainda, a afirmação (§206) de que “as simulações constantes do EVTEA com essas premissas de financiamento público nada têm a ver com a VIABILIDADE do projeto. Servem apenas como uma espécie de termômetro de atratividade desse projeto, possivelmente, por algum receio de que a licitação não atraia significativa quantidade de licitantes e seja suficientemente competitiva” parece reproduzir outra falsa percepção da Requerida a respeito do funcionamento de concessões. É interessante notar que a narrativa da Requerida parte de premissa que é compartilhada pela Requerente, mas as conclusões a que chega a Requerida são, surpreendentemente, contraditórias com suas próprias premissas. Conforme se explica na já mencionada NOTA TÉCNICA Nº 1/2020/ARB_GALVAO/SNTTA apresentada pela Requerida (Doc. R1-066) sobre a função do EVTEA:

⁶⁶ Cf. Instrução Normativa TCU nº 81/2018: “Art. 3º **O Poder Concedente deverá disponibilizar, para a realização do acompanhamento dos processos de desestatização, pelo Tribunal de Contas da União, os estudos de viabilidade e as minutas do instrumento convocatório e respectivos anexos**, incluindo minuta contratual e caderno de encargos, já consolidados com os resultados decorrentes de eventuais consultas e audiências públicas realizadas, materializados nos seguintes documentos, quando pertinentes ao caso concreto: (...)” (grifou-se).



“6. Trata-se, portanto, de estudo que traduz um cenário para o negócio, lastreado em uma série de premissas técnicas, econômicas e financeiras, com vistas a dimensionar uma tarifa de pedágio capaz de atender todas as obrigações contratuais, assim como tributos e uma perspectiva de margem de lucro média entendida como aderente aos padrões de retorno exigidos no momento da confecção do estudo. Esta tarifa, no caso específico da rodovia em comento, funcionou como a variável de leilão (tarifa-teto) para escolha do futuro concessionário, determinado em função do maior deságio ofertado sobre a mesma.” (grifou-se).

325. É ponto incontroverso entre Requerente e Requerida que, com base em uma série de premissas, o EVTEA busca definir um valor de tarifa de pedágio que torne a Concessão viável. Para que a Concessão seja viável, esse valor da tarifa de pedágio deve ser capaz de, entre outras coisas, **proporcionar um nível de retorno para o investimento que seja aderente à expectativa de retorno dos potenciais investidores que operam nesse mercado.**

326. Não é por outra razão que, no próprio Doc. R1-066, se busca amenizar a afirmação esdrúxula (§207 da Resposta da ANTT) de que a tarifa-teto do Edital de Licitação foi definida com base unicamente no fluxo de caixa não alavancado (de projeto), e se reconhece explicitamente a necessidade de se recorrer à análise do fluxo de caixa alavancado (do acionista) para verificar as reais condições de viabilidade do projeto:

“23. Não obstante o conceito apresentado acima, deve-se esclarecer que é usual no processo de estruturação de projetos gerenciado pelo Poder Concedente, em linha às melhores práticas internacionais, verificar a viabilidade do projeto sob a ótica do financiamento para ver se o projeto será atrativo para segmentos específicos do mercado.

24. Para tanto, buscando avaliar a taxa de retorno do projeto em comento para o acionista e a sua consequente atratividade, o Poder Concedente adota premissas médias de



spread de risco do banco, prazo de amortização, carência de juros e principal, modelo de amortização (SAC ou Price), entre outros, aplicando-as em outro fluxo de caixa, este sim alavancado (FCA)" (grifou-se).

327. Ou seja, seguindo-se “as melhores práticas usuais”, seria impensável definir o valor-teto da tarifa a ser previsto no Edital de Licitação por meio da elaboração de um estudo de viabilidade no qual não fosse considerado o fluxo de caixa alavancado (do acionista) – i.e., no qual não fosse considerado o nível de retorno gerado pelo projeto para os potenciais investidores, ou pelo menos o custo de financiamento no cálculo da TIR de projeto a ser usada no fluxo, lembrando-se, para esse fim que a TIR de projeto desalavancada mencionada pela requerida é produto de um cálculo ponderado entre o custo esperado de capital próprio e de terceiros.

328. No presente caso, a análise no EVTEA do fluxo de caixa alavancado construído conforme as premissas de financiamento contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos era ainda mais crucial, uma vez que, conforme explicado nas Alegações Iniciais, o modelo das concessões rodoviárias da 3ª Etapa PROCROFE, integrantes do Programa de Investimento em Logística - PIL (“PIL”) do Governo Dilma, dependia dessas condições inéditas de financiamento subsidiado ofertado pelo Governo por meio dos Bancos Públicos para se viabilizar. Como demonstrado nas Alegações Iniciais (§§ 469 e 470), mesmo caso fossem adotadas condições de financiamento utilizadas pelo BNDES em projetos similares anteriormente à Carta de Apoio dos Bancos Públicos, revela-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 no relatório elaborado pela Consultoria Tendências (C - 32):

Condição de Financiamento	Tarifa-Teto (R\$)
---------------------------	-------------------



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Carta de Apoio dos Bancos Públicos	0,0550
BNDES – Infraestrutura	0,0656
Condições de mercado	0,0753

Elaboração: Tendências.

329. Em outros termos: os Editais da 3ª 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 a potenciais investidores **se e somente se fossem adotadas as condições excepcionalmente subsidiadas** que mantinham o projeto economicamente sustentável. Dito de outra maneira: caso não fossem consideradas as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e o Poder Concedente quisesse manter o projeto como uma concessão comum, seria necessário aumentar o valor da tarifa-teto prevista no EVTE.

330. Assim, independentemente da existência de documento da Secretaria do Tesouro Nacional (Doc. R1-067) que revisou (de forma genérica e com base em premissas de financiamento próprias) o WACC a ser considerado nos projetos de concessão de rodovia do Programa de Investimento em Logística - PIL, o WACC que foi considerado especificamente no EVTEA da Concessão da BR-163/MT considerou, sim, como “custo de capital de terceiros”, as premissas de financiamento informadas no próprio item 4.3 do EVTEA, conforme demonstrado nas Alegações Iniciais.

331. Em resumo, portanto, tem-se que o EVTEA considerou, sim, tanto o fluxo de caixa não alavancado (do projeto) quanto o fluxo de caixa alavancado (do acionista) – adotando como premissa de financiamento as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Banco Públicos – para definir e



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

justificar o valor-teto da tarifa de pedágio constante do Edital de Licitação. Na verdade, caso este Tribunal Arbitral fosse formado por Mestres e Doutores em Economia e Finanças, as afirmações de que o valor da tarifa-teto resultante do EVTEA foi definido unicamente com base no fluxo de caixa não alavancado (de projeto) e de que o fluxo de caixa alavancado (do acionista) e as condições de financiamento oferecidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos foram irrelevantes para a definição de tal valor soariam tão absurdas quanto soa absurda para Mestres e Doutores em Direito a afirmação da Requerida de que “[o] Poder Concedente poderia muito bem não fazer o EVTEA, estipular uma tarifa-teto e publicar o edital sem qualquer informação acerca de em quais dados teria se baseado para fixar essa tarifa” à vista da obrigação de motivação dos seus atos.

Da duvidosa menção à ação da CONCEBRA

332. A ANTT tenta induzir esse Tribunal Arbitral a erro ao mencionar a ação judicial movida por outra concessionária da 3ª Etapa PROCROFE, a CONCEBRA, contra o BNDES e a própria ANTT. A Requerida pretende equiparar situações e processos que são absolutamente distintos, como faz ao afirmar (§178) que “A requerente sabe do descabimento da sua pretensão, tanto que não há notícia nos autos de que tenha de alguma forma processado o BNDES. Não o fez justamente porque reconhece não ter o bom direito. Inclusive, de modo análogo, outra Concessionária de Rodovia da mesma etapa, a Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. – CONCEBRA, tentou sustentar a tese de vinculação do BNDES à Carta de Apoio dos Bancos Públicos, nos autos do processo nº 0012434-56.2017.4.015101, e teve seu pedido julgado improcedente, com trânsito em julgado, conforme se depreende da sentença (Doc. R1-064) e da petição de desistência de recurso (Doc. R1-065)”. São alguns os equívocos que a ANTT pretende induzir este tribunal a cometer, como será visto adiante ao insinuar a equiparação de situações.

333. Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que as situações de CRO e CONCEBRA são absolutamente distintas. Em momento algum a Requerente alegou ter havido comportamento contraditório dos Bancos Públicos pela não concessão do empréstimo-ponte, ao contrário do que alega a Requerida. A Requerente entende e tem defendido ao longo deste procedimento que os Bancos



Públicos foram afetados pela materialização da crise no setor de crédito, sem que houvesse conduta atribuível aos Bancos Públicos. O comportamento contraditório em discussão nesta Arbitragem decorre das condutas do Poder Concedente ao (i) utilizar os Bancos Públicos como instrumento de política pública federal para o setor de transporte quando da modelagem contratual e licitação da Concessão e, em um segundo momento, alterar essa mesma política pública, restringindo a concessão dos financiamentos veiculados e (ii) não somente deixar de reequilibrar o Contrato de Concessão uma vez havido o evento de desequilíbrio, mas também inviabilizar a continuidade da Concessão, negando todas as saídas apresentadas pela Requerente, que envolviam a alteração no tempo das obrigações contratuais de investimento.

334. Ainda, a ação judicial movida pela CONCEBRA tem como objeto e propósito a renegociação do empréstimo ponte celebrado pela CONCEBRA com o BNDES. Tal fato fica evidente com a mera leitura do pedido feito pela parte autora da ação

335.

“Por todo o exposto, concedida a tutela provisória de urgência, nos termos do art. 300 do CPC, as autoras confiam na procedência desta demanda, com a suspensão do vencimento da dívida materializada pelo Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito no 14.2.0495.1 e todos os seus consectários (v.g., penalidades, vencimento cruzado de outros contratos, inscrição em cadastros de restrição de crédito), até que (i) o BNDES conceda a CONCEBRA o financiamento de longo prazo, e efetue o desembolso da primeira parcela do mesmo; (ii) as partes renegociem os termos do financiamento e cheguem a bom termo, com a formalização deste consenso; ou (iii) na impossibilidade de ambos, ocorra o trânsito em julgado da sentença que determine o reequilíbrio contratual da relação jurídica travada entre as partes.”

336. Neste sentido é que a “relação jurídica travada entre as partes” é a relação entre CONCEBRA e BNDES, não o contrato de concessão com a ANTT, visto que, mais adiante, a autora pede que se julgue procedente a ação “para reequilibrar



financeiramente o Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1, condenando o BNDES a suportar a extensão de seu prazo de pagamento para 25 anos, com a aplicação de carência de 5 anos, e a incidência de TJLP, vigente à época da licitação, acrescida de 2% ao ano”.

337. Em relação à ANTT, *“as autoras requerem também a confirmação por sentença da tutela provisória de urgência consistente na suspensão da obrigatoriedade de entrega do Planejamento Anual de Concessão Ano 2017/2018 (Ano 2), assim como das respectivas obrigações de investimento constantes da Frente de Ampliação e Melhorias e de quaisquer penalidades provocadas pela inércia”.* **Não é, portanto, objeto daquela ação o impacto econômico-financeiro no contrato de concessão da CONCEBRA da não concessão do empréstimo de longo prazo**, matéria esta que atualmente está sendo discutida pela CONCEBRA contra ANTT também no foro arbitral.

338. Além disso, discutiu-se na ação eventual coligação contratual do financiamento com o contrato de concessão, fundamento que jamais foi objeto de discussão da presente arbitragem.

339. Por fim, em relação à menção de que a CONCEBRA teria desistido da ação judicial, essa afirmação evidencia ou profunda incompreensão dos fatos ou má-fé argumentativa da Requerida. Isso porque pretende induzir esse Tribunal Arbitral a concluir, equivocadamente, que a CONCEBRA teria desistido da ação judicial por ter reconhecido a inviabilidade de seu pedido. Nada mais distante da verdade. Em primeiro lugar, porque a desistência da ação judicial se deu não por reconhecimento da improcedência dos pedidos, **mas em virtude da renegociação do empréstimo ponte com o BNDES**. Tal é o disposto no comunicado feito pela TPI e CONCEBRA ao mercado do dia **27 de dezembro de 2019**.⁶⁷

“A TPI - Triunfo Participações e Investimentos S.A. (“Companhia”) (B3: TPIS3) e sua subsidiária Concebra –

⁶⁷

Disponível

em:

<http://siteempresas.bovespa.com.br/consbov/ArquivosExibe.asp?site=&protocolo=728038>.

Acesso em 26 de maio de 2020.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. (“Concebra”) informam ao mercado e a seus acionistas que chegaram a um acordo junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para que as condições vigentes no empréstimo-ponte aprovado para a Concebra em junho/14 fossem repactuadas.

Dessa forma, o novo formato do financiamento obtido contempla, dentre outros fatores, o perdão dos encargos moratórios através de um bônus de adimplemento. A repactuação prevê a destinação de 27% do faturamento da concessionária, em condições de normalidade, arrecadado mensalmente, para pagamento do serviço da dívida, além da mudança de indexador de TJLP + 2% a.a para TLP + 2% a.a

Por fim, o saldo da dívida, sem considerar os encargos moratórios, atualizado em dezembro/19 é de cerca de R\$ 792 milhões.”

340. Como a ação judicial da CONCEBRA se destinava primordialmente a “reequilibrar financeiramente o Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1”, uma vez obtida a renegociação junto ao BNDES é compreensível que haja a disposição da CONCEBRA em desistir da ação, sendo tal desistência, talvez, até mesmo um dos aspectos negociados na novação realizada com o banco.

341. É bastante curioso, nesse sentido, que a Requerida traz ao conhecimento dos árbitros a disposição da CONCEBRA de desistir da ação judicial, mas é absolutamente silente em relação aos motivos para tanto, incluindo o comunicado *supra*. Nesse sentido, é absolutamente falaciosa a pretensão de extrair da desistência do recurso judicial qualquer tipo de conclusão a respeito da procedência das alegações da CONCEBRA naquele processo. Tanto é que a CONCEBRA continua perseguindo o reequilíbrio econômico-financeiro de seu contrato de concessão pelo desequilíbrio havido em virtude das alterações de condições de financiamento em sede arbitral. Muito menos seria razoável a inferência que a desistência do recurso da CONCEBRA naquele processo tenha qualquer sinalização sobre o direito em discussão no presente caso.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

342. Também estranhamente não menciona a Requerida o fato de que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União já se manifestou, ainda em representação relacionada ao contrato de concessão da CONCEBRA (C - 233)⁶⁸, no sentido de reconhecer a procedência da alegação de desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da materialização da crise econômica, que impactou restritivamente o mercado de crédito no setor de infraestrutura. Confira-se:

“O ponto específico a que nos referimos trata dos efeitos da não concessão do empréstimo de longo prazo pelo BNDES à Concebra no tocante ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão.

A argumentação jurídica desenvolvida pela recorrente, suportada pelo coeso conjunto probatório juntado ao feito, nos conduz a nova percepção sobre essa questão pontual.

Reconhecemos que as evidências trazidas ao processo revelam que houve natural precificação por todos os licitantes da concessão da promessa feita pelos bancos públicos de empréstimo subsidiado. O ambiente de firme expectativa dessa participação governamental está nitidamente provado com a soma dos elementos trazidos ao processo. E são evidências tanto contemporâneas ao cenário pré-licitação, como depoimentos e matérias veiculadas na mídia em momentos posteriores. (...)

Ocorre que, consoante alega a Concebra, embora a empresa tenha atendido aos requisitos para a celebração da avença, o adiamento da celebração do contrato, que se associou, em sequência, à alteração da política governamental de financiamento, marcada pela mudança dos quadros de direção dos bancos públicos. Tudo isso resultou na “não finalização da contratação do Financiamento de

⁶⁸ Proc. TC-014.618/2015-0



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Longo Prazo, com severos prejuízos ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões da 3ª Etapa”. A Concebra aguardou dez meses entre a referida decisão da Diretoria do BNDES e a negativa da assinatura desse empréstimo de longo prazo pelo mencionado banco.

Esse é um quadro que evidencia a clara presença de premissas conformadoras de um desequilíbrio econômico do contrato, em feição assemelhada à figura conhecida como fato do príncipe, em que situações supervenientes criadas pela Administração afetam a equação econômica financeira do contrato.

Nessa equação os agentes econômicos legitimamente levaram em conta na composição de preço o financiamento subsidiado de bancos públicos, sob o signo do princípio da confiança e à luz de formais manifestações institucionais. Portanto, é natural admitir que o recuo dessa concessão financeira teria sido capaz de impor gravame ao contratado de modo a ensejar o reequilíbrio contratual.

Parece-nos nítido ser injusto e ofensivo à segurança jurídica impor ao particular que contrata com o Estado o dever de arcar com os ônus de uma alteração posterior de política governamental.

Não desconhecemos que o contrato de concessão continha cláusula (item 26.1) a prever que a concessionária era “a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão”.

Porém, não nos parece razoável interpretá-la em sua rasa literalidade, pois tal interpretação conduz a uma situação de ofensa ao princípio da legítima confiança – consectário do princípio constitucional da segurança jurídica. Essa interpretação literal importaria admitir ser justo que o



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Estado crie uma situação de danosa surpresa, ao gerar a firme e legítima expectativa nos agentes econômicos de sua participação, para, depois, frustrar essa expectativa impondo ao particular o inteiro ônus dessa sua ausência. A boa-fé que deve presidir a relação entre particular e o Estado não admite sinais contrários de um mesmo agente, em desfavor do outro. (...)

De todo modo, entendemos que o quadro narrado, com as evidências documentais trazidas pela empresa, converge consistentemente para o reconhecimento inicial de que houve afetação do equilíbrio econômico financeiro para o qual teria concorrido a demora da assinatura do financiamento de longo prazo, fato relacionado à mudança de orientação de política de concessão de financiamento pelos bancos públicos.

343. Ou seja: o BNDES, ao concordar com a renegociação do empréstimo ponte, certamente também considerou as manifestações favoráveis à CONCEBRA por um órgão que, naturalmente pela sua posição institucional, costuma adotar posturas mais conservadoras relativamente ao erário. O MP-TCU dar razão tão expressamente ao pleito da CONCEBRA é mais um elemento indicador do reconhecimento do impacto da crise no setor de rodovias.

II.10. Aumento no preço dos insumos asfálticos

344. Trata-se de pleito relativo ao aumento do preço dos insumos asfálticos, por força da mudança repentina na sistemática de preços por parte da Petrobras. Como demonstrado nas Alegações Iniciais, referido aumento teve grande impacto no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão. A Requerida negou em definitivo, administrativamente, o reequilíbrio devido à Concessionária. Em sua Resposta nesta arbitragem, a Requerida também manifestou sua discordância em relação ao direito pleiteado pela Requerente.



Assim, serão reiterados, a seguir, os fatos e argumentos que embasam o pedido de reequilíbrio-econômico financeiro da Concessionária.

345. Em primeiro lugar serão enunciados os fatos incontroversos referentes à presente disputa. Em seguida, será exposto o ponto de discordância entre Requerente e Requerida e serão apresentados argumentos sobre o enquadramento dos fatos ocorridos, a alocação de riscos contratual e os riscos assumidos na Concessão, que evidenciarão a procedência do pleito da Requerente. Por fim, serão dispostas as conclusões que derivam da argumentação trazida.

Fatos incontroversos relativos ao pleito

346. Cumpre, preliminarmente, ressaltar os fatos incontroversos que dizem respeito ao presente pleito, narrados nas Alegações Iniciais da Requerente e não contestados pela Requerida em sua Resposta.

347. Como exposto pela Requerente (§ 517 das Alegações Iniciais), o Contrato de Concessão previu um significativo volume de investimentos em obras de pavimentação, como as de expansão de capacidade, de conserva (prévia e de rotina), restauração e manutenção. Tais obras, naturalmente, demandariam a utilização de um grande quantitativo de insumos para sua execução, em especial insumos asfálticos como o Cimento Asfáltico de Petróleo – CAP, não apenas no início da execução contratual, com as atividades de expansão de capacidade – essas concentradas nas obras de duplicação de toda a rodovia nos primeiros 5 dos 30 anos da concessão (§§ 3 a 5 das Alegações Iniciais da Requerente) – mas durante todo o prazo da Concessão, com o objetivo de manutenção dos parâmetros de desempenho nas atividades de restauração e manutenção.

348. Como a quase totalidade do custo de produção do asfalto é, direta ou indiretamente, a aquisição e processamento do petróleo, o preço do CAP está diretamente relacionado ao preço do petróleo. O monopólio setorial é detido pela Petrobras, sociedade de economia mista controlada pela União. Os fornecedores de tais insumos atuam como meros distribuidores da mistura asfáltica. Logo,



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

eventual aumento dos preços dos insumos do asfalto pela Petrobras leva necessariamente todos os distribuidores a, em pouco tempo, ajustar também os seus preços. **Portanto, a Petrobras acaba por controlar, direta ou indiretamente, o preço de tais insumos no mercado nacional** (§ 518 das Alegações Iniciais da Requerente).

349. Não decorrido nem um ano da assinatura do Contrato de Concessão, contudo, em 24/11/2014, **a Petrobras alterou substancialmente sua política de fixação de preços**, promovendo reajustes que elevaram o valor dos insumos asfálticos derivados do petróleo. Inicialmente, 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 (Doc. C-168 das Alegações Iniciais), totalizando um aumento acumulado de cerca de 35% (§ 520 das Alegações Iniciais da Requerente). Relembre-se a figura 28 das Alegações Iniciais.

350. Enquanto a Petrobras procedia aos constantes reajustes e elevações de preços dos insumos em questão em âmbito nacional, **o valor do barril de petróleo bruto, principal insumo para a produção de asfalto, registrava baixas históricas** (§ 521 e Figura 29 das Alegações Iniciais da Requete).

351. Também é incontroverso, como foi demonstrado nas Alegações Iniciais da Concessionária, que os eventos aqui discutidos não envolveram apenas a variação em si dos preços dos insumos betuminosos, com seu aumento repentino e alarmante. **O que aconteceu foi que a Petrobras – frise-se, uma entidade da Administração federal indireta – mudou, de repente, a forma como estabelece o preço dos insumos betuminosos para o mercado de distribuição** (§§ 522 a 524 e Figuras 30 e 31 das Alegações Iniciais da Requerente).

352. Assim, até o fim de 2014, os preços dos insumos betuminosos eram represados pela Petrobras e permaneciam consideravelmente estáveis ao longo do tempo. A partir do fim de 2014, entretanto, **houve alteração repentina na sistemática de determinação dos preços de insumos betuminosos pela**



Petrobras e os preços passaram a flutuar, inclusive em descompasso com os preços praticados em âmbito internacional para sua principal matéria prima, o petróleo (§§ 522 a 524 das Alegações Iniciais da Requerente). A Figura 30 das Alegações Iniciais da Requerente ilustra claramente esse ponto.

353. Ainda, **restou incontroverso que a mudança súbita, pelo Governo Federal, da forma de fixação de preços dos insumos betuminosos gerou aumentos sucessivos e relevantes nos preços do CAP,** em variação muito superior a de outros insumos e custos comuns às concessões rodoviárias (§ 524 e Figura 31 das Alegações Iniciais). Todos esses fatos, incontroversos, embasam a procedência do pleito da Requerente, como se passará a demonstrar.

354. Requerente e Requerida discordam quanto aos efeitos dos fatos narrados no item anterior sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo em vista a matriz de distribuição de riscos contratual. Para a Requerente, conforme exposto nas alegações iniciais, o aumento repentino e imprevisível nos preços dos insumos asfálticos, em razão de alteração súbita na sistemática da determinação de preços por parte do Governo Federal, constituiu caso fortuito ou força maior, evento situado na álea extraordinária, sendo também possível a caracterização dos eventos como fato do príncipe, inserido na álea administrativa. O risco dos eventos aqui narrados, tanto pela ocorrência de caso fortuito ou força maior quanto pela ocorrência de fato do príncipe, é alocado ao Poder Concedente, sendo necessário e devido, portanto, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

355. Em contrapartida, a Requerida alega que o risco quanto aos fatos narrados havia sido alocado expressamente à Requerente no Contrato de Concessão, não cabendo reequilíbrio econômico-financeiro. A alocação desse risco à Concessionária, para a Requerida, estaria em consonância com a distribuição de riscos típica de uma concessão, por se tratar de projeto de investimento de longo prazo. Para a Requerida, caberia à Concessionária suportar o risco por flutuações no preço do CAP. A Agência afirma, ainda, que a Concessionária deveria ter previsto a insustentabilidade da política de preços praticada pela Petrobras. Essa argumentação não merece prosperar, como se passará a demonstrar.



A caracterização na álea extraordinária

356. A Requerida, sem conseguir questionar os fatos narrados, tenta alegar que o ocorrido representaria mera flutuação no preço do CAP (§ 217 da Resposta da Requerida), que deveria ter sido esperada em um contrato de Concessão de 30 anos. Todavia, os fatos incontroversos acima expostos (e melhor detalhados nas Alegações Iniciais) deixam evidente **a total impossibilidade de qualquer tipo de previsão ou controle pela Concessionária sobre o preço dos insumos asfálticos, monopolizados pela Petrobras, bem como a magnitude do impacto dos aumentos nos preços dos insumos asfálticos no Contrato de Concessão**, em vista da majoração em um total de cerca de 35% justamente no início da Concessão, em que se deveria duplicar a rodovia nos 5 (cinco) primeiros anos.

357. Nesse sentido, é absolutamente equivocada a afirmativa da Requerida de que, por haver até então represamento de preços *“a então licitante já deveria ter antevisto a insustentabilidade de tal política de preços e trabalhado com cenários de normalidade econômica”* e que a Concessionária estaria buscando *“lucros às custas de subsídios estatais, como se fosse a normalidade para um período de execução contratual de 30 (trinta) anos”* (§ 212 da Resposta da Requerida).

358. Veja-se que o que ocorreu aqui não foi uma variação de preços em cenário de normalidade, esperada no longo prazo de uma concessão, mas uma mudança súbita e em percentual relevante de uma política de fixação de preços por parte da Petrobras, que à época da licitação já havia sido estabelecida há muito. **É absurdo supor que licitantes poderiam prever quando o Governo Federal ia mudar sua política de determinação de preços, ou que pudessem estimar seus impactos.**

359. Nesse sentido, além do fator de extraordinariedade relativo à relevância percentual da variação em si, cabe reiterar que seria até mesmo possível considerar que a alteração da forma de estabelecimento de preços pela monopolista Petrobras, uma entidade vinculada à administração federal indireta controlada pelo Poder Concedente, poderia ser conceituada como **fato do**



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

príncipe (§§ 519 e 539 a 549 das Alegações Iniciais da Requerente).⁶⁹ No âmbito do Contrato de Concessão, os riscos derivados da ocorrência de fato da Administração ou de fato do príncipe foram alocados ao Poder Concedente, na subcláusula 21.2.21.

360. Ressalte-se que, independentemente de o evento acima ser classificado especificamente como caso fortuito, força maior, fato do príncipe, fato da administração ou mais abstratamente no âmbito da teoria da imprevisão, a consequência normativa é a mesma: comprovada a extraordinariedade e imprevisibilidade dos eventos a seguir descritos, deve haver o reequilíbrio econômico-financeiro por força legal e contratual em relação a tais fatos (§§ 549 a 561 das Alegações Iniciais da Requerente). Esse tratamento uniforme, que fica claro no artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993, também encontra respaldo doutrinário,⁷⁰ além de ser reconhecido pela própria ANTT, em sua Resolução nº 675/2004.⁷¹

361. Reitere-se, quanto aos eventos aqui discutidos, **que a imprevisibilidade da ocorrência dos atos da Petrobras que importaram a majoração do preço dos insumos asfálticos já foi reconhecida pelo TCU, no Acórdão 1.604/2015.** Naquela oportunidade, o tribunal entendeu que tal evento caracteriza uma álea econômica extraordinária, devido ao imprevisível e substancial aumento de

⁶⁹ Como visto nas Alegações Iniciais (§§539 a 549 das Alegações Iniciais da Requerente), fato do príncipe 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 príncipe, 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* 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 552).

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 544."

⁷¹ Resolução ANTT nº 675/2004: "Art. 2º-A Nas revisões extraordinárias serão consideradas as repercussões, decorrentes, única e exclusivamente, de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito, fato da Administração, alteração unilateral do contrato, ou fato de príncipe que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária. (Acrescentado pela Resolução nº 5.172, de 25.8.16)."



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

custos, na forma do art. 65, II, d) da Lei 8.66/93, gerando desequilíbrio econômico-financeiro (§525 das Alegações Iniciais da Requerente).

362. O mesmo entendimento foi esposado pelo 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 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” (§526 das Alegações Iniciais da Requerente).⁷² Decisão recente da Justiça Federal, inclusive, reiterou o acolhimento do direito ao reequilíbrio de contratos frente às altas de preços de material betuminoso, determinando que o DNIT inserisse na nova metodologia criada pela Instrução de Serviço nº. 10/2019 os contratos de rodovia que sofreram desequilíbrio no decorrer do ano de 2018.⁷³

363. O posicionamento inicial da Procuradoria Federal junto à ANTT, por meio do Parecer 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (Doc. C – 172 das Alegações Iniciais), emitido em 09/06/2016, também foi no sentido de que seria necessário promover o reequilíbrio econômico-financeiro em razão da variação de custos decorrente do aumento do valor dos insumos betuminosos pela Petrobras, principalmente nos casos de contratos de concessão que se encontram em suas fases iniciais (§ 527 das Alegações Iniciais da Requerente).

A alocação do risco em questão no Contrato de Concessão

364. Em sua Resposta, a fim de sustentar que o risco pelos eventos aqui discutidos cabia à Requerente, a Requerida afirma, referindo-se à Concessionária, que “o contrato é claro em lhe atribuir o risco de variação de preços superior ao índice de inflação eleito para o reajuste tarifário” (§ 209 da Resposta da Requerida). A Agência tenta defender que o Contrato “aloca expressamente os riscos pela flutuação dos preços

⁷² Considerações presentes no preâmbulo de ambas as Instruções de Serviço.

⁷³ Decisão de 01 de junho de 2020 da 9ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal na Ação Civil Pública 1020832-27.2018.4.01.3400.



de insumos” à Requerente (§ 213 da Resposta da Requerida), o que estaria supostamente expresso nas subcláusulas 21.1, 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19.

365. Tal alocação de riscos, inclusive, segundo a Requerida, consistiria em “*opção regulatória de modelagem contratual, conscientemente tomada antes do processo licitatório e válida para todos os contratos da 3ª Etapa de Concessões do PROCROFE*”. Essa opção seria diversa da modelagem adotada no contrato da ECOSUL, que integra a 1ª Etapa de Concessões e que contém disposição expressa prevendo a revisão da tarifa básica no caso de modificações substanciais e imprevisíveis nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos (§ 210 da Resposta da Requerida). Por esses motivos, o pleito da Requerida teria sido negado.

366. A argumentação da Requerida, contudo, não se sustenta. Primeiro porque, como se pode depreender da literalidade das cláusulas acima transcritas, os dispositivos citados não disciplinam especificamente risco relacionado ao aumento repentino dos preços dos insumos asfálticos, mas tratam, de modo genérico, de custos relacionados a obras e serviços ou à inflação.

367. Além disso, é fundamental perceber, consoante exposto nas alegações iniciais da Requerente (§ 528 das Alegações Iniciais da Requerente), que essas cláusulas dispõem sobre a distribuição dos **riscos ordinários** da Concessão, que aloca à Concessionária os riscos sobre os custos de obras, custos de execução dos serviços e variação inflacionaria **em um ambiente de normalidade**. Os eventos aqui discutidos, entretanto, envolvendo variação repentina e imprevisível de 35% no preço de insumos asfálticos por mudança na sistemática de fixação de preços por parte do Governo Federal, não dizem respeito a uma flutuação normal do preço dos insumos nem à distribuição ordinária de riscos prevista no contrato, mas, sim, à **álea extraordinária econômica e administrativa**.

368. Nesse sentido, como amplamente demonstrado nas Alegações Iniciais (§§ 440 a 461 e 529 a 531 das Alegações Iniciais da Requerente), a ocorrência de caso fortuito ou força maior pelo imprevisível e excepcional aumento dos preços dos insumos asfálticos pela Petrobras é **evento integrante da álea extraordinária**



econômica e mesmo álea extraordinária administrativa, no caso de fato do príncipe (§§ 539 a 549 das Alegações Iniciais da Requerente) – **suplantando a alocação usual dos riscos em circunstâncias ordinárias**. Ressalte-se que a própria literalidade das cláusulas contratuais citadas pela Requerida e transcritas acima evidencia esse ponto, pois o *caput* da cláusula 21.1 faz ressalva expressa em relação às hipóteses e disposições da Cláusula 21.2 do Contrato de Concessão. **Ou seja, aplica-se o disposto na cláusula 21.1, “com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2”**. Dentre as hipóteses da Cláusula 21.2 estão os dispositivos relativos ao risco de caso fortuito ou força maior e de fato do príncipe ou fato da administração ao Poder Concedente, respectivamente nas subcláusulas 21.2.4 e 21.2.21.⁷⁴

369. Assim, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, ou mesmo de fato do príncipe, como vastamente demonstrado, **materializa evento extraordinário cujo risco é direcionado ao Poder Concedente e prevalece em relação aos riscos ordinários atribuídos a Concessionária** (§§ 440 a 461, 529 a 531 e 539 a 549 das Alegações Iniciais da Requerente). **Eventual entendimento contrário simplesmente aniquilaria a efetividade da alocação de riscos extraordinários feita pelo próprio Contrato de Concessão nas subcláusulas 21.1 c/c 21.2.4 e 21.2.21**. Afinal, de nada adiantaria essa disposição específica disciplinando as consequências da ocorrência de caso fortuito, força maior e fato do príncipe se, materializados tais fatos, fossem utilizadas as mesmas regras aplicadas em situações de normalidade, relativas aos riscos ordinários (§ 531 das Alegações Iniciais da Requerente).

370. Esclarecido esse primeiro ponto, cumpre debruçar-se sobre a segunda linha de argumentação intentada pela Requerida: a de que a modelagem do contrato da Requerente decorreria de racionalidade própria regulatória, tomada antes do processo licitatório, divergindo do modelo de contrato adotado no caso da ECOSUL, o qual trouxe previsão expressa de que haveria revisão da tarifa básica em caso de modificações substanciais e imprevisíveis nos preços dos principais

⁷⁴ 21.2.4 Caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência. (...)
21.2.21 fato do príncipe ou fato da administração que provoque impacto econômico financeiro no Contrato



insumos. A suposta modelagem diversa levaria, segundo a Requerida, à negativa do pleito aqui discutido (§§ 210 e 211 da Resposta da Requerida)

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

372. Ainda, a comparação com o contrato da ECOSUL trazida pela Requerida não faz sentido no presente contexto, sendo absolutamente impossível imputar à ANTT uma racionalidade própria no caso da ECOSUL. **Isso porque a ANTT sequer existia à época que essa cláusula foi elaborada, tendo sido introduzida no contrato por meio de aditivo datado de 07 de junho de 2000,⁷⁵ sendo que a agência somente viria a ser criada um ano após, pela Lei 10.233 de 05 de junho de 2011.**

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

Sobre as diferenças de uma Concessão para um contrato de prestações de serviços da Lei 8.666/93

374. Ao mencionar o reconhecimento pelo TCU e DNIT da *imprevisibilidade e extraordinariedade* da variação do preço do CAP, a Requerente pretendeu destacar, para além do reconhecimento dos fatos em si, a sua caracterização como caso fortuito e força maior. Contudo, a Requerida, em mais uma tentativa de distorcer afirmações da Concessionária para induzir esse tribunal a erro, se

⁷⁵ Disponível em http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/03_aditivo_do_contrato_primeiro_aditivo_20090727contratoecosulprimeiroaditivo.pdf. Acesso em 02 de junho de 2020.



defende por meio da afirmação de que a Requerente visaria a comparar sua situação “*com contratos de alocação de riscos legalmente fixados, tais quais os contratos de empreitada regidos precipuamente pela Lei nº 8.666/93*” (§ 213 da Resposta da Requerida), como se a Requerente ignorasse as diferenças entre os diferentes tipos de contrato administrativo. Para isso, transcreve trechos doutrinários que dispõem sobre as diferenças entre concessões e contratos de prestação de serviços da Lei 8.666/93 (§§ 214 e 215 da Resposta da Requerida).

375. Ora, o que a Requerida sugere como leitura das alegações da Requerente, em uma tentativa tosca de distorcer o afirmado nas Alegações Iniciais, é absolutamente falso. Salienta-se que em nenhum momento a Requerente afirmou que o seu Contrato de Concessão e a matriz de risco por ele definida eram idênticos àqueles relativos a contratos de prestação de serviços da Lei 8.666/1993. É evidente que a Requerente não ignora, ao contrário do que quer fazer crer a Requerida, “*que os contratos de concessão de serviço público trazem peculiaridades e objetivos que os diferenciam dos contratos de prestação de serviços regidos pela Lei nº 8.666/93*” (§ 216 da Resposta da Requerida). A Requerente também não nega, ao revés do que sugere a Requerida, que a concessão é um projeto de longo prazo, sujeito a variações, nem muito menos ignora que o proponente deve considerar os riscos ao formular a sua proposta (§ 216 da Resposta da Requerida). Não se está negando que a Concessionária assumira riscos no Contrato de Concessão.

376. O que se afirma aqui é que, **de acordo com a própria matriz de riscos do contrato de Concessão, como demonstrado, o risco por aumento repentino e extraordinário do preço dos insumos asfálticos por ocasião de mudança da sistemática de fixação de preços pelo Governo Federal**, reconhecido por TCU, ANTT e inicialmente pela própria Procuradoria como evento afeto à álea extraordinária, **é risco do Poder Concedente**.

377. Ainda que a Requerida pretendesse se desvencilhar da responsabilidade pela ocorrência de tais eventos alegando (indevidamente) que as previsões do artigo 65, II, d) da Lei nº 8.666/93 não seriam aplicáveis ao Contrato de Concessão, **seu argumento encontra óbice intransponível na alocação de riscos promovida**



pela subcláusula 21.1 e 21.2.4 do Contrato de Concessão, ou mesmo na subcláusula 21.2.21.

378. Nesse contexto fica evidente, pela própria modelagem do Contrato de Concessão, que a afirmativa da Requerida de que *“mais uma vez, a Concessionária pretende privatizar lucros e socializar prejuízos”* (§ 217 da Resposta da Requerida) é mais um exemplo de equívoco da Requerida. Não há aqui qualquer tentativa de privatizar custos, muito pelo contrário. A atribuição de riscos afetos à álea extraordinária (econômica ou administrativa) ao Poder Concedente está no âmbito das melhores práticas na modelagem de concessões de serviço público e tem como objetivo evitar que o custo seja socializado injustamente.

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

380. Por fim, deve-se destacar que a alegação, por parte da Requerida, de que *“da mesma forma que não houve reequilíbrio no caso de aumento, a ANTT jamais baixou a tarifa quando o preço do CAP atingiu suas mínimas históricas”* (§ 217 da Resposta da Requerida) é irrelevante para a análise do presente pleito. Por evidente, o passado regulatório da ANTT, relativo a outros contratos, ao qual a Agência faz alusão ao falar de *“mínimas históricas”* do CAP não tem nenhuma consequência lógica em relação aos fatos e ao evento de desequilíbrio aqui narrado e comprovado.



381. Afinal, o que se discute neste pleito não é o comportamento histórico da ANTT em sua regulação de contratos pretéritos, mas, sim, o direito a reequilíbrio econômico-financeiro devido à Concessionária por ter havido mudança imprevisível, repentina e extraordinária na forma como o Governo Federal fixava os preços dos insumos betuminosos, ocasionando aumentos sucessivos consideráveis e alterando o equilíbrio do Contrato de Concessão. Cabe reiterar que cada contrato é único e que cada evento de desequilíbrio deve ser analisado de forma individual. Ainda, não se pode olvidar que as situações que a ANTT tenta comparar são absolutamente díspares. O impacto de eventual redução do preço do CAP em contratos já em vigência, com investimentos realizados, é reduzido. O impacto do aumento extraordinário e imprevisível do CAP justamente na vigência dos 5 (cinco) anos em que se deveria duplicar 100% (cem por cento) a rodovia, como aqui demonstrado, é de grande magnitude, afetando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

382. Diante de todo o exposto, fica evidente que o aumento repentino dos preços dos insumos asfálticos devido à mudança na sistemática de determinação de preços por parte do Governo Federal impactou fortemente o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, prejudicando a Concessionária. Como demonstrado, **os eventos caracterizaram caso fortuito ou força maior, ou mesmo fato do príncipe**, riscos alocados ao Poder Concedente, que, **segundo o comando da cláusula 21.1 se sobrepõem à distribuição ordinária de riscos da Concessão, ensejando a aplicação das cláusulas 21.2.4 e mesmo 21.2.21 do Contrato de Concessão.**

II.11. Aplicação do Fator D sobre o Fluxo de Caixa Marginal

383. Trata-se de discussão a respeito do âmbito de incidência do desconto e acréscimo de reequilíbrio aplicados por meio do Fator D em relação à tarifa. Como demonstrado nas alegações iniciais (§550), 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 1ª, 2ª e 3ª Revisões Ordinárias.**

384. Em sua defesa, a ANTT:

- i. Reconhece que (§223) *“Esse mecanismo vai incidir sobre o fluxo de caixa original, se estamos diante de uma obra originalmente pactuada. A polêmica é, em caso de atraso de obra nova, que, portanto, integra o fluxo de caixa marginal – FCM, como haveria esse reequilíbrio”*;
- ii. Por outro lado, alega que a TBP resulta tanto do fluxo de caixa original quanto do fluxo de caixa marginal (§225);
- iii. Alega que a área técnica do TCU compartilhava do entendimento de que *“numa avaliação preliminar, que o desconto de reequilíbrio deve incidir sobre as tarifas calculadas no fluxo de caixa original (revisão ordinária) e marginal (extraordinária)”* (§226 e Doc. R1-070);
- iv. Aduz que a Concessionária teria aquiescido com tal cálculo ao não impugnar ou manifestar discordância em relação aos cálculos da 1ª, 2ª e 3ª ROs (§228), somente se insurgindo em 2019, *“quando já havia perdido a faculdade processual de impugnar os cálculos”* (§230);
- v. O entendimento anterior – que aplicava o Fator D sobre tanto o fluxo de caixa original quanto o marginal – não era ilegal ou contrário ao contrato, e, sendo *“nova interpretação”* a sua aplicação apenas ao Fluxo de caixa original, disciplinada pela Resolução 5.850/2018, seria vedada a retroação da aplicação de tal resolução a revisões tarifárias já consolidadas com fundamento tanto na lei de processo administrativo federal quanto na lei de introdução às normas do direito brasileiro.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

385. As alegações da Requerida serão refutadas nos tópicos abaixo, demonstrando que é incontroverso que a Concessionária foi lesada pela aplicação do Fator D sobre a parte da TBP relativa aos reequilíbrios efetivados por fluxo de caixa marginal, e que não há que se falar em preclusão administrativa ou prescrição da pretensão da Requerente em relação a este ponto, motivo pelo qual é absolutamente irrelevante o fato de a Concessionária ter pleiteado seu direito após a implementação da Resolução 5.850/2018.

Sobre a natureza do Fator D e porque é imperícia a sua aplicação para além da Tarifa Básica de Pedágio

O que é o fator D?

386. Mecanismo para a redução da tarifa de pedágio pelo descumprimento de obrigações de realizar investimentos para:

- (a) Aumento de capacidade da rodovia;**
- (b) Cumprimento de indicadores de desempenho da rodovia.**

387. A intenção é que o fator D seja um mecanismo de reequilíbrio automático pelo descumprimento dessas obrigações do concessionário. Para isso, ele foi calculado e previsto no contrato de modo a manter proporcionalidade entre o custo das **Obrigações Originárias** (previstas no contrato que foi a licitação) e a **Tarifa Básica de Pedágio**, prevista no edital de licitação da concessão.

Contrato de concessão é alterado para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a ser pago por acréscimo tarifário

388. A tarifa de pedágio ao usuário passa a ter dois elementos, desconsiderando, para fins de simplificação, a questão do arredondamento (que não é objeto de discussão):

Tarifa de Pedágio = Tarifa Básica de Pedágio + Tarifa de Reequilíbrio

No qual:



A **Tarifa Básica de Pedágio** é a prevista originalmente no edital de licitação para remunerar o cumprimento das **Obrigações Originais**, isso é aquelas previstas originalmente no contrato de concessão. Essa seria a tarifa que prevaleceria, com os devidos reajustes, para toda a vigência do Contrato de Concessão caso ele nunca fosse impactado por um evento de desequilíbrio econômico-financeiro;

A **Tarifa de Reequilíbrio** é calculada por meio da metodologia do fluxo de caixa marginal para indenizar o concessionário pelos desequilíbrios havidos e que não sejam reequilibrados por meio de outros fatores, como indicado pela cláusula 22.6.4, quais sejam: o Fator C (para eventos de desequilíbrio que causem somente perda de receita) e Fator D (para antecipação de determinadas obras).

Porque é erro crasso da ANTT fazer incidir o Fator D sobre a tarifa adicional?

389. Como dito acima, o Fator D (o percentual de desconto tarifário previsto no contrato originário) foi calculado considerando a relação entre o custo de cumprimento das **Obrigações Originais** e a **Tarifa Básica de Pedágio**.

390. Ao aplicar o Fator D (que foi calculado pela relação Tarifa Básica de Pedágio/Obrigações Originárias) no caso presente de descumprimento de Obrigações Originárias a ANTT aplica ao valor da **Tarifa ao Usuário (valor total da tarifa)**, um desconto que deveria incidir apenas sobre uma parte dela (que é a **Tarifa Original**).

391. Com essa imperícia, a ANTT realiza uma redução na tarifa maior que a devida e desequilibra o contrato de concessão. A ANTT “desconta” do reequilíbrio devido à Concessionária por um determinado evento parte da indenização em função do atraso de outra obrigação.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Exemplo

392. Suponha-se que logo após a assunção do Sistema Rodoviário um furacão tenha passado em determinado trecho do Setor Rodoviário, ou que um meteoro tenha caído sobre ele. Os custos incorridos pela Concessionária com os reparos necessários e as receitas perdidas até a retomada das atividades serão obviamente passíveis de reequilíbrio em função do caso fortuito e força maior havidos, conforme a cláusula 21.2.4.

393. Esses custos adicionais e receitas perdidos serão reequilibrados por meio de Fluxo de Caixa Marginal e no exemplo hipotético, para fins de simplificação, supõe-se que irão acrescentar R\$ 0,01000 (um mil centésimo de milésimo de real) à Tarifa Básica de Pedágio - R\$ 0,02638 (dois mil, seiscentos e trinta e oito centésimos de milésimos de real), segundo a cláusula 1.1. (xlv) do Contrato de Concessão).

Tarifa de Pedágio = 0,01000 + 0,02638 = R\$ 0,03638

394. O equívoco da ANTT está em, ao aplicar o Fator D, fazê-lo sobre a integralidade da tarifa (R\$ 0,03638), impactando tanto a parte da tarifa que é afeta à tarifa original quanto aos R\$ 0,01000 que são devidos a título de reequilíbrio.

395. Ao não segregar a aplicação do Fator D, a ANTT desconta o reequilíbrio (R\$ 0,01000) efetuado, que passa a ser incompleto. Com isso, a Concessionária sofre uma perda injustificada de receita.

Do direito da Concessionária e do reconhecimento pela ANTT

396. Como indicado nas alegações iniciais (§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 22.5 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 ensejem impacto exclusivamente na receita ou verba da Concessionária (reequilibrados por Fator C), a exemplo de novas obras e serviços não previstos originalmente no PER.

397. Nesse sentido, o Contrato de Concessão é bastante claro, desde sua origem, que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro efetuada por meio do Fluxo de Caixa Marginal não comporta aplicação do Fator D:

“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).*

398. Na verdade, a própria Requerida reconhece, em sua Resposta neste procedimento arbitral (§223), que *“Esse mecanismo vai incidir sobre o fluxo de caixa original, se estamos diante de uma obra originalmente pactuada. A polêmica é, em caso de atraso de obra nova, que, portanto, integra o fluxo de caixa marginal – FCM, como haveria esse reequilíbrio”*. **Ou seja, resta incontroverso que o Fator D somente pode incidir no fluxo de caixa original.**

399. Em relação à segunda parte do trecho destacado, há uma informação despudoradamente falsa. Não há qualquer polêmica no atraso de obras novas (não previstas originalmente no PER e incluídas com o reequilíbrio efetuado por meio de Fluxo de Caixa Marginal), porque **nesses casos a ANTT faz a correção no próprio Fluxo de Caixa Marginal** daquela obra. Em outros termos, não há a aplicação de Fator D para o atraso de obras novas, extra-PER e incluídas no curso do contrato.

400. Foi justamente o que ocorreu no caso do chamado “Trecho 2,3km”, em Rondonópolis. A ANTT retirou, na 4ª RO, no próprio Fluxo de Caixa Marginal, o valor que a CRO já havia recebido anteriormente quando a obra foi incluída no PER, como visto do Ofício nº 15413/2019/GEREF/SUINF – Nota técnica nº 3024/2019/GEFIR/SUINF (ora em anexo - C - 234):



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

20. Com relação às obras de duplicação do Trecho 2,3 km – Fase I, a Concessionária por meio do Ofício nº 2.641/2019 (1198091), de 30/08/2019, apresentou a atualização do plano de trabalho das obras de duplicação do referido trecho, com o objetivo de postergar o prazo de conclusão para outubro de 2019.

21. Em resposta, por meio do Ofício SEI nº 11.625/2019/COINFRS/URRS-ANTT (1250593), de 05/09/2019, a Concessionária recebeu a não objeção de postergação do prazo de conclusão das obras do Trecho 2,3 km – Fase I para outubro de 2019.

22. Essas obras estavam previstas para serem executadas durante o 5º ano concessão, mas de acordo com os percentuais de execução informados pela Concessionária e aceito pela equipe de fiscalização e supervisão do contrato de Concessão, por meio do Parecer nº 15/2019/COINFRS/URRS (213035), de 29/04/2019, foi de 19,9 % executados durante o 5º ano Concessão.

23. Dessa forma, propõe-se a adequação do Cronograma Financeiro da Concessão, devido a inexecução apurada de 80,1%, conforme disposto abaixo:

Cronograma físico-financeiro - 1.7 - Obras de Duplicação 2,3 Km Rondonópolis Fase 01 - Km 117+300 ao 119+400 - (valores em R\$ - data base: maio/2012) - Concessionária CRO								
Descrição	Tipo ⁽¹⁾	Fluxo ⁽²⁾	Total	3º Ano	4º Ano	5º Ano	6º Ano	7º Ano
Vigente	Inv	FCM	5.143.631,11	-	-	5.143.631,11	-	-
Proposta	Inv	FCM	5.143.631,11	-	-	1.023.582,59	4.120.048,52	-

(1) Tipo: INV - Investimento / COP - Custo Operacional

(2) Fluxo: FCO - Fluxo de Caixa original / FCM - Fluxo Marginal

Valores a preços iniciais de maio/2012.

401. Ou seja, a Requerida nesta arbitragem apresenta afirmação contrária à própria prática da agência, o que representa claramente mais uma tentativa da ANTT de levar este tribunal a erro.

402. Ao invés de efetivamente reequilibrar o Contrato de Concessão, a metodologia incorreta aplicada pela ANTT no âmbito da 1ª, 2ª e 3ª Revisões Ordinárias gerou novos desequilíbrios para a CRO, como narrado nas Alegações Iniciais. A ANTT causou um dano à Concessionária ao promover reequilíbrios incompletos em tais revisões. Se a agência concorda que interpretação era incorreta - se não era incorreta, por qual motivo foi então alterada? – é forçoso reconhecer que sua aplicação tinha como consequência a implementação de um reequilíbrio menor do que deveria efetivamente ser, causando, portanto um desequilíbrio na própria origem do reequilíbrio. E se causa desequilíbrio, trata-se de dívida contratual, a ser paga.

403. Assim é que o posicionamento de que se trata de mera “interpretação nova” e prospectiva é equivocado, pois a própria Requerida já reconheceu que a não aplicação da metodologia correta gerou desequilíbrios econômico-financeiros



para as concessionárias da 3ª Etapa (v. Nota Técnica 095/2018/GEREF/SUINF), com as modificações que vieram a integrar a Resolução 5.850, de **julho de 2019**

404. E não se argumente que a interpretação conferida pela Requerida anteriormente à Resolução 5850/2018 era admissível em sua origem, de modo que seria mera escolha hermenêutica da Requerida a opção pela aplicação anterior e que levou aos desequilíbrios. Ainda que uma interpretação textual apressada indique que os valores incorporados à tarifa em reequilíbrio pelo Fluxo de Caixa Marginal sejam componentes da TBP, tal leitura não pode prosperar.

405. Isso porque **é inválida a interpretação que conduz ao vago, inexplicável, contraditório ou absurdo**. Na hermenêutica deve-se sempre preferir a inteligência que faz sentido à que não faz. E, ainda que possa fazer sentido textual, semântico, **a interpretação da Requerida era absurda do ponto de vista lógico e econômico-financeiro**. Trata-se de brocardo aplicável a qualquer interpretação de texto jurídico com valor normativo.⁷⁶ Confira-se, nesse sentido, a lição de Francesco Ferrara:⁷⁷

*Dentre os entendimentos que se pode extrair de uma norma, deve ser descartado aquele que conduz ao absurdo. Por absurda, aqui, se entende a interpretação que: a) leva à ineficácia ou inaplicabilidade da norma, tornando-a supérflua ou sem efeito (como será visto na 2ª regra, a lei não tem palavras nem disposições inúteis); b) **conduz a uma iniquidade**: o preâmbulo constitucional diz que a justiça é um valor supremo da sociedade brasileira, e o art. 3º, I, da Constituição diz que é objetivo permanente da República (e de suas leis, por extensão) construir uma sociedade justa; c) **infringe a finalidade da norma ou do sistema**; d) **conduz a um resultado irrealizável, impossível, ou contrário à lógica**; e) **conduz a uma colisão com princípios constitucionais ou regentes do sub-sistema a que se refere a norma**: os princípios são vetores de interpretação, e constituem super-normas que indicam os fins e a*

⁷⁶ Dantas, San Tiago. Programa de Direito Civil. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1979, v.I, p.139.

⁷⁷ Ferrara, Francesco. Como Aplicar e Interpretar as Leis. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 34



lógica específica de um determinado sistema ou sub-sistema; f) conduz a uma antinomia com normas de hierarquia superior, ou com normas do mesmo texto legal, situações onde não pode haver antinomia (vide a 3ª regra, infra); g) conduz a uma fórmula incompreensível, de inviável aplicação prática”(grifos nossos)

406. Em todas essas situações aplica-se a lição de Ferrara, para quem nessas hipóteses será preciso recorrer à interpretação lógica. Como destacado no trecho acima, o caso em análise pode ser enquadrado nas seguintes hipóteses:

- i. conduz a uma iniquidade”: considerando que a ANTT ao mesmo tempo reequilibra e desequilibra o Contrato de Concessão ao aplicar o Fator D incorretamente;
- ii. “infringe a finalidade da norma ou do sistema”, considerando que a finalidade do reequilíbrio econômico-financeiro é restaurar o concessionário ao estado anterior ao que se verificava antes da ocorrência do evento de desequilíbrio, de modo a neutralizar seus efeitos, o que não ocorre caso o reequilíbrio implementado seja descontado indevidamente;
- iii. “conduz a um resultado contrário à lógica”, considerando que não faz sentido lógico e econômico-financeiro que o valor do reequilíbrio por determinado evento consistente do fluxo de caixa marginal seja reduzido, considerando que ele tem natureza jurídica de pagamento de uma dívida contratual do Poder Concedente com a Concessionária;
- iv. “conduz a uma colisão com princípios constitucionais ou regentes do sub-sistema a que se refere a norma”, considerando a necessidade de integridade do reequilíbrio como 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;⁷⁸ além disso, o artigo 10 da Lei 8987/1995 é expresso na necessidade de manutenção das condições de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, o que não ocorre quando a ANTT tenta reequilibrar por meio de Fluxo de Caixa Marginal e, ao mesmo tempo, o desequilibra por meio da aplicação do Fator D sobre os valores que foram usados para o pagamento da dívida contratual.

407. Ainda, a ANTT tenta induzir esse tribunal a erro fazendo parecer que haveria uma posição determinada pela área técnica do TCU que concordasse com a postura da agência, mas omite os parágrafos imediatamente antes e após o trecho citado (§226) pela ANTT na sua Resposta. Uma análise completa do documento fonte do trecho recortado pela agência demonstra que a questão tratava de ponto de dúvida da área técnica e motivo de consulta e diligência aos interessados, como agência e concessionário.⁷⁹ Não se tratava de posição definitiva da área técnica, mas de mera análise textual preliminar, sendo que o concessionário interessado sequer tinha sido ouvido anteriormente a essa manifestação.

408. Ademais, a ANTT omite que no mesmo documento a área técnica do TCU é um tanto crítica em relação à atuação da própria agência, e muitas vezes demonstra uma profunda incompreensão, por parte da área técnica do TCU, em relação ao funcionamento de um contrato de concessão da 3ª Etapa PROCROFE. Cite-se, apenas exemplificativamente, o trecho em que a área técnica do TCU

⁷⁸ 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)

⁷⁹ “73. Não restou esclarecido no exame dos processos administrativos, sobre quais valores esses percentuais iriam incidir. Isso porque há menção no processo administrativo de que o desconto deveria incidir apenas sobre a tarifa calculada no fluxo de caixa original, sem considerar as tarifas marginais decorrentes das revisões extraordinárias (peça 20, p. 87), representando uma mudança de entendimento da agência reguladora em comparação com as revisões anteriores. (...)”

77. Desse modo, cabe diligenciar à ANTT para que informe qual o critério adotado quanto à incidência do desconto de reequilíbrio.



aponta (§27) “falhas na atuação da ANTT que explicam o fato de as tarifas de pedágio da BR-101/ES/BA terem sofrido constantes aumentos, apesar do notório descumprimento das metas de investimentos”, ignorando que os processos de revisão e reajuste tarifário e sua independência com a função fiscalizadora e os mecanismos detidos pela agência (Fator D, multas) para coibir inexecuções contratuais. É plenamente legítimo que a tarifa seja majorada – seja pelo reajuste automático anual, seja pela necessidade de reequilíbrios econômico-financeiros – ainda que o concessionário em questão tenha inexecutado as metas de investimento, devendo ser aplicadas as sanções, caso tais inexecuções não decorram justamente da materialização de eventos cujo risco fora alocado ao Poder Concedente, como é exatamente o caso em discussão nesta arbitragem.

Da inexistência de preclusão administrativa ou prescrição

409. Como visto, o Contrato de Concessão em sua origem já indicava, em uma interpretação integral e adequada, que o Fator D não poderia incidir sobre a parte da TBP composta pelos reequilíbrios do Fluxo de Caixa Marginal. Contudo, na 1ª, 2ª e 3ª Revisões Ordinárias, o Poder Concedente fez incidir erradamente o Fator D sobre a TBP somada aos Fluxos de Caixa Marginal. O desequilíbrio causado pela aplicação de tal entendimento sempre foi pauta regulatória travada com a agência, incluída ainda no começo de 2017 (ou seja, logo após o desequilíbrio causado na 1ª Revisão Ordinária) na agenda regulatória da ANTT por meio de projeto específico.⁸⁰

410. Vendo a morosidade e resistência da ANTT em realizar as ações necessárias para solucionar o impacto negativo causado em seu contrato, a CRO apresentou,

⁸⁰ Cf. “**Nome do Projeto:** Definição dos preceitos de revisão tarifária para as concessionárias da 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais

Resumo: Esclarecer os procedimentos específicos de revisão tarifária não tratados nos contratos de concessão da 3ª Etapa, Fase I e III, do Programa de Concessão de Rodovias Federais (concessões sem plano de negócios). Definir regras claras para o processo de revisão tarifária, de forma a manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Será detalhado, a maneira com a qual deve ser operacionalizada a interface entre a tarifa do Fluxo de Caixa Marginal, utilizado para a inclusão de investimentos não previstos no contrato, a Tarifa de contrato e os Fatores de reequilíbrio: D, C, X e Q, nos contratos de concessão da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais. Espera-se obter normativo de forma a complementar



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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. 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 posteriormente editar a Resolução nº 5.850, **de 16 de julho de 2019**.⁸¹

411. Nesse ponto, é **absolutamente falaciosa e factualmente incorreta a afirmação da Requerida (§234)** de que “a ANTT se antecipou à própria requerente”. A data de protocolo do Ofício CRO 2.308/2019 (**27 de fevereiro de 2019**) e a data de publicação da Resolução 5.850/2019, equivocadamente datada pela ANTT de 2018, é de **17 de julho de 2019**. Percebe-se que mais uma vez a ANTT tenta induzir esse tribunal a erro, e o entendimento anterior à publicação da referida Resolução era sim uma prática administrativa equivocada.

412. E ainda que só tenha apresentado formalmente pleito em fevereiro de 2019, não incide a alegada preclusão. Em primeiro lugar, a própria ANTT trata a aplicação do Fator D como algo sujeito a revisão, posto que a **agência vem revisando nos últimos 2 anos os cálculos do Fator D aplicados em todos os anos anteriores (C - 235)**.⁸² Além disso, não há nada no Contrato de Concessão ou na legislação aplicável que permita tal inferência, inclusive a própria Resolução 675/2004, citada pela Requerida, não apresenta qualquer dispositivo nesse sentido e, muito pelo contrário, sequer delimita temporalmente a possibilidade

os contratos de concessão da 3^a Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais no que tange aos procedimentos de revisão tarifária. (Processo nº 50500.202870/2016-24)

Data da Inclusão da Agenda:

15/02/2017

Inclusão Formalizada pelo Ato da Diretoria:

RESOLUÇÃO Nº 5.290, DE 15 DE FEVEREIRO DE 2017”. Disponível em <http://governanca.antt.gov.br/AgendaRegulatoria/Paginas/Detailhamento.aspx?IDD=268>

⁸¹ 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.

⁸² No Ofício nº 13403/2019/GEFIR/SUINF, ora juntado em anexo (C - 235).



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

de apresentação das informações relativas à **perda de receita causada pela ANTT à Concessionária.**

413. Também as normas legais citadas pela agência conferem razão à Requerente. Em especial, a lei de processo administrativo federal, a lei 9.784/99, dá o **poder-dever de a administração pública anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade (art. 53)**. Como exposto na seção acima, os atos da ANTT causaram dano à Requerente em violação à proteção constitucional e legal dada aos concessionários de serviços públicos a respeito da necessária manutenção a todo o tempo do equilíbrio econômico-financeiro de seus contratos (art. 10 da Lei 8.987/1995).

414. Sendo assim, não pode prosperar o argumento de preclusão aventado pela agência, seja pela contradição com o próprio comportamento da ANTT de revisar o emprego do Fator D em anos posteriores à sua implementação, seja pelo fato de que a Requerida tem o dever de revisar seus atos que violem a legislação, como é o caso dos danos por ela causados ao equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

415. Por fim, apenas para que não se discuta tal absurda possibilidade, também não haveria que se falar na decadência ou prescrição da exigibilidade de tais dívidas contratuais tidas pelo Poder Concedente com a Concessionária, considerando as disposições do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que prevê um prazo de cinco anos para isso em seu art. 1º.

II.12. Incorreção da Aplicação de Fator D de Área Trincada

416. Esta seção trata de pleito de reequilíbrio da Requerente relacionado à aplicação equivocada, pela ANTT, do Fator D de Área Trincada, a qual lhe causou significativa perda de receita.



417. Conforme destacado em Alegações Iniciais, é o item 3.1.1 do PER que determina a avaliação do parâmetro referente à área trincada, numerado como indicador 6 da Tabela I do Anexo 5 ao Contrato de Concessão. O desconto aplicado deve ser, segundo o disposto no PER, de 0,00144% por quilômetro que se encontre em desacordo com parâmetros contratuais.

418. O item 3.1.1 do PER apresentou a seguinte tabela com as determinações de parâmetros de desempenho relativos ao percentual de área trincada máxima na rodovia:

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			

419. Após os trabalhos iniciais, portanto, o método para o cálculo da porcentagem de área trincada máxima é alterado, de modo a coexistirem dois parâmetros simultâneos para diferentes parcelas da rodovia.

A divergência entre a Requerente e a Requerida sobre a metodologia de aplicação do Fator D sobre área trincada

420. A ANTT não havia assentado plenamente uma metodologia de cálculo adequada quando do pedido de reequilíbrio realizado pela Requerente. Como já se explicou anteriormente no âmbito deste procedimento arbitral, a agência se equivocara em relação ao cálculo do Fator D de Área Trincada, o que foi reconhecido pelo Parecer Técnico 357/2017/GEFOR/SUINF.

421. Em sua Resposta às Alegações Iniciais, a ANTT indicou que o parâmetro do indicador referente ao percentual de área trincada será verificado em relação à área total, conforme apontara a Requerente em Alegações Iniciais. A agência



ressaltou, no entanto, que tal análise deveria ser realizada a partir, primeiramente, da segmentação da rodovia em trechos homogêneos, para que a avaliação dos percentuais estabelecidos pelo PER pudesse ser efetivada.

422. É, de fato, possível, como afirmou o próprio Tribunal Arbitral na Ordem Processual nº 06, o uso da divisão do Sistema Rodoviário em segmentos homogêneos de um quilômetro para a análise de área trincada, desde que essa segmentação seja posteriormente analisada de forma a se considerar os respectivos percentuais **relativos à área total da rodovia**.

423. No entanto, persiste desentendimento da ANTT em relação à metodologia aplicada para a definição de quais segmentos homogêneos comporiam cada parcela da indicação técnica determinada pelo PER. Ou seja, a questão fundamental controvertida, neste pleito, refere-se às premissas para a aplicação da metodologia de cálculo do Fator D conforme determinada pelo PER.

Da equivocada alegação da Requerida de que o método utilizado seria o menos prejudicial à Requerente

424. A ANTT afirmou, na peça de Resposta às Alegações Iniciais, que teria aplicado solução e metodologia “*que menos prejudicaria a Concessionária.*” (§247). O fundamento para o argumento da ANTT de que a metodologia aplicada seria a mais benéfica para a Requerente decorre da afirmação de que os segmentos homogêneos de 1km avaliados foram alocados de tal modo que aqueles com melhores índices de desempenho foram submetidos à regra de maior rigor e aqueles com piores índices de desempenho foram submetidos à regra de menor rigor, para os anos em que há uma duplicidade de parâmetros a serem avaliados (e.g. 15% para 60% da área da rodovia e 20% para 40% da rodovia, como aplicável na monitoração de 24 e 36 meses).

425. Explica-se: como há a necessidade de se dividir a rodovia de modo a se aplicarem, simultaneamente, dois parâmetros técnicos a segmentos percentuais distintos do Sistema Rodoviário, alega a ANTT de que primeiramente é



necessário definir quais segmentos homogêneos serão avaliados em cada cômputo.

426. A alegação da ANTT, em relação a esse ponto, é de que a solução de alocar os trechos com menores índices de área trincada à avaliação que os submete ao teste mais rigoroso e os trechos com maiores índices de área trincada à avaliação que os submete ao teste menos rigoroso seria adequada e mais favorável à Concessionária.

427. Tal raciocínio, no entanto é equivocado. Ainda que, sob uma primeira impressão, possa parecer que esse tipo de metodologia é a mais favorável à Requerente, esse resultado não é, de modo algum, necessário. Isso porque nem sempre a alocação dos segmentos homogêneos dessa forma levará à melhor análise da adequação dos trechos com menores índices de área trincada.

428. Para demonstrar como é arbitrário e infundado o raciocínio da ANTT, pode-se utilizar um exemplo simplificado, utilizando a equivocada forma de avaliação da ANTT, lastreada em segmentos homogêneos e na alocação arbitrária de cada segmento a uma “parte” da rodovia. Que fique claro que o exemplo abaixo não representa a posição da Concessionária proposta em suas Alegações Iniciais, servindo, neste caso, apenas para demonstrar como é falsa a alegação da Requerida de que seu método é o que mais favorece a Requerente.

429. Suponhamos a existência de cinco segmentos homogêneos hipotéticos de um quilômetro, nomeados como segmentos A, B, C, D e E, com percentuais distintos de área trincada:

A – 11% de área trincada

B – 12% de área trincada

C – 21% de área trincada

D – 22% de área trincada

E – 23% de área trincada



430. Imaginemos, em seguida, que o parâmetro para avaliação seja que 40% da rodovia deva conter porcentagem de área trincada inferior a 10%, enquanto 60% da rodovia deve conter porcentagem de área trincada inferior a 20%. Nesse cenário, caso se analisassem os trechos hipotéticos a partir da metodologia defendida pela ANTT em sua Resposta às Alegações Iniciais, nenhum dos trechos seria considerado adequado, muito embora se perceba de imediato que pelo menos os trechos A e B poderiam se enquadrar no parâmetro de trechos com porcentagem de área trincada inferior a 20%.

431. A perplexidade causada por esse resultado não é sem razão. Destrinchando-se melhor a hipótese criada, verifica-se a explicação para tanto. Ora, se temos cinco segmentos homogêneos representando a totalidade de um Sistema Rodoviário, cada um desses trechos representa 20% (1/5) da rodovia.

432. O primeiro parâmetro determina que 40% (2/5) da rodovia devam conter porcentagem de área trincada inferior a 10%. Nessa situação hipotética, 40% do Sistema Rodoviário representam exatamente dois dos cinco segmentos homogêneos analisados. Se utilizamos a metodologia da ANTT para escolher quais segmentos serão analisados sob esse critério, menos rigoroso, devemos tomar, então, os dois segmentos com melhor desempenho em relação à área trincada para essa primeira análise – os segmentos A e B:

A – 11% de área trincada

B – 12% de área trincada

433. Note-se que nenhum dos dois segmentos alcança o parâmetro indicado de 10%, de modo que os dois, segundo esse raciocínio, seriam considerados inadequados.

434. Em seguida, seriam submetidos ao critério mais rigoroso os demais trechos, representando os 60% (3/5) de extensão restante da rodovia. Aqui, 60% da rodovia significam exatamente três dos cinco segmentos homogêneos analisados. Seguindo-se a metodologia defendida pela ANTT, uma vez que os dois segmentos homogêneos A e B já teriam sido alocados à avaliação segundo o



critério mais exigente, os demais trechos (C, D e E), de desempenho inferior em relação à porcentagem de área trincada, deveriam ser avaliados em relação ao parâmetro menos rigoroso. Assim, os segmentos homogêneos C, D e E, para satisfazer o referido parâmetro, deveriam conter porcentagem de área trincada inferior a 20%, para que fossem considerados adequados. Relembre-se, no entanto, as especificidades de cada um desses segmentos em relação às suas áreas trincadas:

C – 21% de área trincada

D – 22% de área trincada

E – 23% de área trincada

435. Percebe-se que nenhum dos três trechos (C, D e E) resistiria ao teste sob esse segundo critério, menos rigoroso, já que todos contém porcentagem de área trincada maior que 20%.

436. Se adotássemos, por outro lado, metodologia diversa para a análise dos mesmos segmentos, segundo os mesmos parâmetros, seria possível verificar resultado menos prejudicial à Concessionária, como se passa a demonstrar. Frise-se: não se trata abaixo da metodologia proposta pela Concessionária em suas Alegações Iniciais, apenas de exemplo hipotético para demonstrar como é falsa a alegação de que o método da ANTT seria mais benéfico à Requerente.

437. Novamente, os parâmetros são: 40% (2/5) da rodovia deve conter porcentagem de área trincada inferior a 10%, enquanto 60% (3/5) da rodovia deve conter porcentagem de área trincada inferior a 20%. Os segmentos homogêneos analisados nessa segunda hipótese também permanecem os mesmos (A, B, C, D e E).

A – 11% de área trincada

B – 12% de área trincada

C – 21% de área trincada

D – 22% de área trincada

E – 23% de área trincada



438. Suponhamos, então, que o critério fosse o inverso do defendido pela ANTT em sua Resposta às Alegações Iniciais. Nesse caso, os segmentos com pior desempenho seriam submetidos ao parâmetro mais rigoroso, enquanto os segmentos com melhor desempenho seriam submetidos ao parâmetro menos rigoroso. Considerando-se esse novo cenário, verifica-se que dois dos trechos passariam a ser avaliados como adequados, resultado que, nitidamente, é muito menos prejudicial à Concessionária.

439. Observe-se que, em primeiro lugar, seriam submetidos os trechos com maior índice de área trincada ao critério mais severo (40% da rodovia com porcentagem de área trincada inferior a 10%). Como 40% (2/5) da rodovia representam exatamente dois dos cinco trechos listados, deveríamos tomar os trechos com pior desempenho (D e E) e analisá-los segundo esse critério. Sem dúvidas, ambos os trechos falhariam no teste, pois contêm índices de área trincada superiores a 10%.

440. Em seguida, seriam submetidos os trechos com menor índice de área trincada ao critério menos exigente (60% da rodovia com porcentagem de área trincada inferior a 20%). Uma vez que 60% (3/5) da rodovia equivale exatamente a três dos cinco segmentos listados, deveríamos então submeter os três trechos restantes (A, B e C), de melhor desempenho, a esse parâmetro menos rigoroso. Nesse caso, os segmentos A e B seriam considerados adequados, pois ambos possuem índices de área trincada inferiores a 20%; dentre os três segmentos A, B e C, apenas o segmento C seria considerado inadequado.

441. Conforme já antecipado anteriormente, caso se aplicasse essa metodologia diversa hipotética, portanto, o resultado final contaria com dois dos cinco trechos considerados adequados e três dos cinco trechos considerados inadequados.

442. Note-se, portanto, como é simples demonstrar, com uma mera inversão da metodologia aplicada pela ANTT, que o raciocínio da agência em relação à não prejudicialidade de seu método adotado é equivocado. No cenário hipotético criado, com a aplicação da sua metodologia – supostamente “a que menos



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

prejudicaria a Concessionária” – nenhum dos trechos seriam considerados adequados, enquanto a aplicação de lógica inversa à defendida na Resposta às Alegações Iniciais levaria ao reconhecimento de dois dos cinco trechos analisados como adequados.

**Da ausência de fundamento Contratual para a aplicação
da metodologia da Requerente**

443. Outros dois argumentos aduzidos pela ANTT em sua defesa são de que: (i) seu entendimento estaria explícito no Manual de Fiscalização de Rodovias (Doc. R1-071) (§246); (ii) sua análise levaria em consideração, sim, a área; e de que, apesar de considerar a área, “o PER exige que isso se faça a partir de trechos homogêneos de 1km” (§248).

444. Em relação ao Manual de Fiscalização de Rodovias, é preciso considerar que se trata de documento interno da Requerida e datado de 2016, sendo, portanto **posterior ao Contrato de Concessão**. Tal documento não pode ser utilizado de forma a realizar alteração superveniente do Contrato de Concessão, ainda que de forma não expressa, mas por meio de interpretação que altere o sentido do Contrato de Concessão e do PER. Ademais, o próprio trecho citado pela Requerida, do item 11.2.5 do Manual de Fiscalização é claro em dispor que “o parâmetro será verificado em relação à área total da rodovia ponderando-se a área trincada de cada segmento e sua extensão”.

445. Em relação ao segundo ponto, afirma a ANTT que seria demanda do PER, em seu item 4.2.1, que o cálculo fosse realizado considerando os segmentos homogêneos de 1km. Como bem demonstrou a própria Requerida na citação feita em seu §248, o item 4.2.1 do PER diz respeito aos Relatórios de Monitoração do Pavimento, que são documentos em que a Concessionária apresenta o estado da rodovia. Tais documentos servem apenas para apresentação de informações a respeito do Sistema Rodoviário. Eles apenas relatam – como o nome indica – o estado do pavimento. Para tanto, divide a rodovia em segmentos de 1km.



446. Se o **formato de apresentação das informações** em relação ao pavimento deve ser em divisões de 1km, daí não se extrai necessariamente que o cálculo da área trincada deva ser feito a partir da mesma segmentação, ainda mais considerando que o **próprio PER, em seu item 3.1.1**, como visto, exige que a unidade de cálculo do parâmetro em questão seja a *área* da rodovia, não segmentos homogêneos de 1km.

Da contradição interna da Agência

447. Como relatado nas Alegações Iniciais (§§592 e 593), a Concessionária se manifestou, por meio do Ofício CRO 1.611/2017 (C - 191), explicando que a metodologia adotada pela ANTT na 3ª 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. Por meio do Parecer Técnico nº 357/2017/GEFOR/SUINF (C - 193) a GEFOR reconheceu que a metodologia para verificar o cumprimento do parâmetro de desempenho relativo à Área Trincada foi erroneamente calculado e que o método aplicado no caso da Requerente “*se difere daquela que normalmente é utilizada nas demais concessões*”:

“[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)



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

448. Como é possível ver da documentação anexa, a metodologia aplicada para outras concessionárias da 3ª Etapa PROCROFE segue o padrão adotado pela própria COINF no caso da Concessionária, de acordo com os ditames contratuais. Destaca-se trecho de parecer da análise do Relatório de Monitoração da concessionária da BR-050 (ECO050), feito pela COINF de Minas Gerais (Parecer Técnico nº 98/2020/COINF/MG/URMG):

III.1 Condições de Superfície - (Percentual de Área Trincada – TR, flechas nas trilhas de rodas, áreas afetadas por trincas interligadas e área exsudada)

9. O relatório referente às condições de superfície do pavimento, pela verificação de percentual de área trincada (TR), flechas nas trilhas de rodas, área afetadas por trincas interligadas e área exsudada, foi elaborado de acordo com o modelo proposto pelo Ofício-Circular nº 009/2016 GEFOR/SUINF, bem como em atendimento às exigências normativas e do PER.

10. Ressalta-se que o percentual de área trincada (TR) é um indicador de fadiga do revestimento asfáltico, sendo importante na determinação da vida restante dos pavimentos.

11. Os parâmetros de desempenho exigidos no PER para o final do 6º ano de concessão, considerando os devidos ajustes previstos no 1º Termo Aditivo ao Contrato, são:

- * Percentual de área trincada máximo de 15% em 100% da rodovia;
- * Flechas nas trilhas de rodas máxima de 7 mm, medidas sob corda de 1,20 m, em 100% da rodovia;
- * Ausência de áreas exsudadas superiores a 1 m².
- * A ausência de áreas afetadas por trincas interligadas de classe 3 em 100% da rodovia.

12. Vale citar que, para o trecho recebido pela Concessionária, do DNIT, em novembro de 2017, deverão ser considerados, em conformidade com o 1º Termo Aditivo ao Contrato, os parâmetros de desempenho relativos a 24 meses de concessão. Os segmentos que se enquadram nessa situação estão localizados na rodovia BR-050/MG entre os quilômetros zero e 65,7 e entre os quilômetros 174 ao 180:

- * Percentual de área trincada máxima de 20% em 60% da rodovia e 15% em 40% da rodovia;
- * Flechas nas trilhas de rodas máximo de 15 mm em 100% da rodovia;
- * Ausência de áreas exsudadas superiores a 1 m².

13. De acordo com o relatório, foram monitorados, em todo o trecho sob a jurisdição da MGO Rodovias, 101.854,80 m² de área na rodovia BR-050/MG, com 0,97% de áreas trincadas, 106.056,00 m² de área na rodovia BR-050/GO, com 0,21% de áreas trincadas e 11.404,80 e 15.498 m² de área no contorno rodoviário de Uberlândia, com 0,11% de área trincada. Pelos resultados apresentados pela concessionária, não houve descumprimento ao parâmetro de percentual de área trincada exigidos pelo PER nos trechos concedidos à ECO 050.

449. Note-se como, nos parágrafos 12 e 13 acima, é levada em consideração a **área da rodovia** com trincamento, não a quantidade de segmentos homogêneos em que a área do segmento em si é superior ou inferior aos parâmetros, mesmo considerando que para o 24º mês há um duplice critério de avaliação, dividindo-se a rodovia na proporção de 60%/40%.

450. Como integrante da 3ª Etapa PROCROFE, a ECO050 está sujeita ao mesmo Manual de Fiscalização, mesmos ditames do PER e contrato de concessão (obviamente, com diferenças quanto às informações de cada sistema rodoviário). Contudo, não lhe foi exigida qualquer segregação da rodovia, bem como não há a apresentação da área trincada por segmento homogêneo, tal qual foi solicitado à CRO por meio do Ofício nº 227/2016/COINF-URRS/SUINF (C-188 das Alegações Iniciais).

451. Enfim, fica claro que a metodologia aplicada pela GEFOR no caso da ANTT na 1ª, 2ª, 4ª RO é um ponto fora da curva em relação não somente à lógica do Contrato de Concessão, mas à própria prática da agência em relação às demais



rodovias com contratos equivalentes, o que denota uma clara e repreensível violação à isonomia no tratamento por parte da administração pública.

Do cálculo adequado do TR para aplicação do Fator D

452. Por fim, alega a Requerida que *“a concessionária se equivoca no seu entendimento, pois alega que a ANTT está efetuando o cálculo por km e não pela área total. Como foi demonstrado acima, a ANTT realiza o cálculo em relação à área total. A diferença é a metodologia aplicada para definição de quais seguimentos [sic] homogêneos comporiam cada parte do parâmetro técnico a ser analisado, ou seja: quais seguimentos [sic] de rodovias estariam na parte menos rigorosa da rodovia que se exigiria 20% de TR ou quais seguimentos [sic] de rodovias estariam na área mais rigorosa, na qual se exigiria 15% de TR”*.

453. Contudo, como demonstrado nas Alegações Iniciais e nesta Réplica, a Requerente entende que o seguinte método deve ser adotado, conforme o exemplo abaixo explicado.

454. Após a realização da monitoração do trecho, a Concessionária elencou os segmentos homogêneos (“SH”) do Sistema Rodoviário, conforme solicitado por meio do Ofício nº 227/2016/COINF-URRS/SUINF, em ordem crescente (segmento menos trincado para o mais trincado). É possível verificar a porcentagem de trincamento em cada SH na coluna “%TR” da Tabela 2 disponibilizada abaixo.

455. Foram apresentados os parâmetros do item 3.1.1 do PER por prazo de atendimento nas colunas finais da tabela, em que temos:

- **9 meses: trincamento máximo de 20% da área total da rodovia;**
- **24 meses: trincamento máximo de 20% em 60% da rodovia e trincamento máximo de 15% em 40% da rodovia;**
- **36 meses: trincamento máximo de 20% em 40% da rodovia e trincamento máximo de 15% em 60% da rodovia;**
- **48 meses: trincamento máximo de 20% em 20% da rodovia e trincamento máximo de 15% em 80% da rodovia;**
- **60 meses: trincamento máximo de 15T da área total da rodovia.**



456. Para os períodos que compreendem 24º mês ao 48º mês, a rodovia foi segregada em duas partes, de acordo com o período correspondente. Para a definição de quais segmentos homogêneos fariam parte de cada parte da rodovia segregada, adotou-se que nos segmentos menos trincados (de acordo com a coluna “%TR”) seria aplicado o parâmetro mais exigente (15% de área trincada). Para segmentos homogêneos mais trincados seria aplicado o parâmetro menos exigente (20% de área trincada).⁸³

457. De forma bem visual (colunas com os parâmetros para 9, 24, 36, 48 e 60 meses da Tabela 2), é possível perceber que o parâmetro mais exigente avança ao longo dos anos concessão, ou seja, espera-se que a Concessionária atue na recuperação e adequação do pavimento para o pleno atendimento do parâmetro.

458. Nesse exemplo numérico, foi adotado uma rodovia fictícia de 50 km de extensão e, para uma mesma monitoração (dados na Tabela 2), foram calculadas as % para cada período/ano concessão, considerando a separação da rodovia conforme a exigência de cada parâmetro. Diferente do que a ANTT adota na análise dos dados da CRO, os valores expostos na Tabela 1 abaixo correspondem a % de área trincada em relação a área total da Rodovia, tal qual exige o parâmetro do PER.

TABELA 1

Área total (m²)	359.600	24º mês		
		PER - Área máxima trincada permitida		Monitoração (m²)
40% da rodovia	143.840	15%	21.576	4.320
60% da rodovia	215.760	20%	43.152	32.976
Área total (m²)	359.600	36º mês		
		PER - Área máxima trincada permitida		Monitoração (m²)
60% da rodovia	215.760	20%	43.152	26.496
40% da rodovia	143.840	15%	21.576	10.800
Área total (m²)	359.600	48º mês		
		PER - Área máxima trincada permitida		Monitoração (m²)
80% da rodovia	287.680	15%	43.152	22.032
20% da rodovia	71.920	20%	14.384	15.264
Área total (m²)	359.600	60º mês		
		PER - Área máxima trincada permitida		Monitoração (m²)
100% da rodovia	359.600	15%	53.940	37.296

⁸³ A ANTT traz essa separação em sua defesa.



TABELA 2

Rodovia	Pista	Nº Faixas	Largura de Faixa (m)	Área TR (m²)	Área Total (m²)	% TR	Área TR SH	Área Total SH	Área trinçada	9 meses	24 meses	36 meses	48 meses	60 meses					
BR070	Simples	2	3,6	0,0	259,2	0,00%	0	7.200	-	100%	10,37%	40%	3,01%	60%	5,01%	80%	7,47%	100%	10,37%
BR070	Simples	2	3,6	0,0	259,2	0,00%	0	7.200	-										
BR070	Simples	2	3,6	0,0	259,2	0,00%	0	7.200	-										
BR364	Simples	2	3,6	0,0	259,2	0,00%	0	7.200	-										
BR364	Simples	2	3,6	5,2	259,2	2,00%	144	7.200	144,00										
BR364	Simples	2	3,6	5,2	259,2	2,00%	144	7.200	144,00										
BR364	Simples	2	3,6	5,2	259,2	2,00%	144	7.200	144,00										
BR364	Simples	2	3,6	5,2	259,2	2,00%	144	7.200	144,00										
BR364	Simples	2	3,6	5,2	259,2	2,00%	144	7.200	144,00										
BR364	Simples	2	3,6	10,4	259,2	4,00%	288	7.200	288,00										
BR364	Simples	2	3,6	10,4	259,2	4,00%	288	7.200	288,00										
BR364	Simples	2	3,6	10,4	259,2	4,00%	288	7.200	288,00										
BR364	Simples	2	3,6	10,4	259,2	4,00%	288	7.200	288,00										
BR364	Simples	2	3,6	15,6	259,2	6,00%	432	7.200	432,00										
BR364	Simples	2	3,6	15,6	259,2	6,00%	432	7.200	432,00										
BR364	Simples	2	3,6	15,6	259,2	6,00%	432	7.200	432,00										
BR364	Simples	2	3,6	15,6	259,2	6,00%	432	7.200	432,00										
BR364	Simples	2	3,6	20,7	259,2	8,00%	576	7.200	576,00										
BR364	Simples	2	3,6	20,7	259,2	8,00%	576	7.200	576,00										
BR364	Simples	2	3,6	20,7	259,2	8,00%	576	7.200	576,00										
BR364	Simples	2	3,6	20,7	259,2	8,00%	576	7.200	576,00										
BR364	Simples	2	3,6	25,9	259,2	10,00%	720	7.200	720,00										
BR364	Simples	2	3,6	25,9	259,2	10,00%	720	7.200	720,00										
BR364	Simples	2	3,6	25,9	259,2	10,00%	720	7.200	720,00										
BR364	Simples	2	3,6	25,9	259,2	10,00%	720	7.200	720,00										
BR364	Simples	2	3,6	25,9	259,2	10,00%	720	7.200	720,00										
BR364	Simples	2	3,6	31,1	259,2	12,00%	864	7.200	864,00										
BR163	Simples	2	3,6	31,1	259,2	12,00%	864	7.200	864,00										
BR163	Simples	2	3,6	31,1	259,2	12,00%	864	7.200	864,00										
BR163	Simples	2	3,6	31,1	259,2	12,00%	864	7.200	864,00										
BR163	Simples	2	3,6	31,1	259,2	12,00%	864	7.200	864,00										
BR163	Simples	2	3,6	36,3	259,2	14,00%	1.008	7.200	1.008,00										
BR364	Simples	2	3,6	36,3	259,2	14,00%	1.008	7.200	1.008,00										
BR163	Simples	2	3,6	41,5	259,2	16,00%	1.152	7.200	1.152,00										
BR163	Simples	2	3,6	41,5	259,2	16,00%	1.152	7.200	1.152,00										
BR163	Simples	2	3,6	46,7	259,2	18,00%	1.296	7.200	1.296,00										
BR163	Simples	2	3,6	46,7	259,2	18,00%	1.296	7.200	1.296,00										
BR364	Simples	2	3,6	51,8	259,2	20,00%	1.440	7.200	1.440,00										
BR163	Simples	2	3,6	51,8	259,2	20,00%	1.440	7.200	1.440,00										
BR163	Simples	2	3,6	57,0	259,2	22,00%	1.584	7.200	1.584,00										
BR163	Simples	2	3,6	57,0	259,2	22,00%	1.584	7.200	1.584,00										
BR070	Simples	2	3,6	62,2	259,2	24,00%	1.728	7.200	1.728,00										
BR364	Simples	2	3,6	62,2	259,2	24,00%	1.728	7.200	1.728,00										
BR163	Simples	2	3,6	67,4	259,2	26,00%	1.872	7.200	1.872,00										
BR364	Simples	2	3,6	67,4	259,2	26,00%	1.872	7.200	1.872,00										
BR364	Simples	2	3,6	72,6	259,2	28,00%	2.016	7.200	2.016,00										
Ate 15% (mais exigente - pista duplicada)										-	ok	ok	ok	ok					
Até 20% (menos exigente)										ok	ok	ok	não ok	-					

II.13. Não aceite das obras de duplicação

459. O pleito de reequilíbrio abordado nesta seção se refere à recusa da ANTT de reconhecer a totalidade das obras de duplicação realizadas pela Requerente, o que afetou a aplicação do Fator D previsto contratualmente. Tal equívoco realizado pela agência gerou perdas graves de receita à Concessionária. Como demonstrado nas Alegações Iniciais, 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 duplicada de vias**, conforme informado no Ofício CRO 874/2016 (C-195). Tal medida ultrapassou em 44,8 km (quarenta e quatro vírgula oito quilômetros) a meta de expansão estabelecida no PER (item 3.2.1.1) para o ano 1.



460. Essa antecipação da implantação de pistas ensejou a aplicação do Acréscimo de Reequilíbrio correspondente, previsto no cômputo do Fator D, de acordo com a Cláusula 22.6 e Anexo 5 do Contrato de Concessão. Era devida, portanto, a alteração proporcional da TBP, representando acréscimo compatível com a metodologia de cálculo do Fator D. Contudo, a agência não reconheceu determinados trechos da meta de duplicação como cumpridos. Os seguintes trechos foram desconsiderados pela ANTT no cômputo da meta de duplicação: (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). **Dessa forma, apenas foi considerada a execução de 114,4 km (cento e quatorze vírgula quatro quilômetros) de extensão para o Ano 1,**⁸⁴ enquanto o valor verdadeiro de extensão das obras de ampliação realizadas pela Concessionária foi de 117,4 km (cento e dezessete vírgula quatro quilômetros). Tais trechos permanecem sendo considerados pela agência como não cumpridos, passando a ser contabilizados, nas revisões seguintes, para a aplicação de Desconto de Reequilíbrio.

461. A seguir serão contrapostos os argumentos da Requerida para os três casos de injustificada negativa de recebimento das obras e consideração da referida extensão no cálculo do Fator D.

Diamante 03 (§§ 627 a 635)

462. Como já afirmado em sede de Alegações Iniciais, a Requerente verificou a absoluta desnecessidade funcional (que foi confirmada pela Requerida em sua fiscalização) de instalação da rótula (rotatória) no lado sul do dispositivo rodoviário diamante, rotatória essa que constava do anteprojeto.. **É que a via que se ligava ao diamante é mera passagem intermitente entre propriedades lindeiras, não fazendo qualquer sentido em termos de planejamento viário a solução original.**

⁸⁴ Confira-se o Parecer Técnico nº 106/2016/GEFOR/SUINF (C-196), que subsidiou a 1ª Revisão Ordinária.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

463. Em razão dessa constatação, a Requerente fez ajustes ao projeto executivo, acrescentando uma alça de acesso na MT-040 e retirando a referida rótula. Isso porque essa nova configuração garantiria o acesso aos usuários do posto de combustível localizado nesse entroncamento, atendendo às necessidades locais reais.

464. A Requerida tanto em sede administrativa como em suas Alegações Iniciais nesta arbitragem, reconheceu 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. Como a função da MT-040 é apenas servir de ligação a pequenas propriedades rurais, o acesso ao Sistema Rodoviário dessas propriedades permaneceria garantido com as alterações realizadas no projeto.

465. A inclusão de rotatória somente faria sentido se houvesse rodovia com interligação à oeste do dispositivo. Como tal configuração não estava presente, constatou-se que a nova concepção do dispositivo atenderia plenamente às necessidades de deslocamento dos usuários. Ademais, verificou-se por meio de Estudo de Capacidade do Diamante 03 (C-205), desenvolvido pela empresa Infraplan Consultoria, **que o dispositivo construído pela Requerente atenderia plenamente ao tráfego projetado até o ano 2044.**

466. Apesar desses fatos, devida e tempestivamente explicados à ANTT, a agência resiste em reconhecer o cumprimento da meta da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço relativa à construção desse dispositivo. Em sua Resposta às Alegações Iniciais, a agência segue afirmando que *“o dispositivo executado não corresponde exatamente à obrigação contida no PER”* como justificativa para a reiterada negativa.

467. Note-se que a própria ANTT admite, em sua peça de Resposta às Alegações Iniciais, no parágrafo 252, que o dispositivo executado é *“adequado tecnicamente”* para solucionar o problema do tráfego local. No entanto, repete a alegação de que ele não atenderia ao estabelecido no PER. O argumento é que a construção do



dispositivo “*não demanda toda a aplicação do valor do investimento previsto para o caso de ter sido construído o dispositivo original*”.

468. Na mesma manifestação, a ANTT sustentou ter optado por “*uma decisão intermediária, ao aceitar dispositivo diverso do contratado, mas com remuneração compatível ao que foi efetivamente executado*”. De acordo com a lógica – claramente equivocada – desenvolvida no parágrafo 253 da referida peça, a Requerente teria sido beneficiada, já que “*(1) não foi multada pela inexecução da obra pactuada originalmente; (2) deixou de arcar com os custos de ter que refazer a obra; (3) sujeitou-se a um esforço financeiro muito menor, na medida em que executou obra de menor valor*”. Trata-se de mais uma informação inverídica apresentada pela Requerida, na tentativa da ANTT de levar esse tribunal arbitral a erro.

469. Equivoca-se gravemente a ANTT ao indicar que a Requerente teria se “*beneficiado*” por não ter sido multada pela construção do dispositivo em seus novos moldes. Pelo contrário, não se poderia imaginar aplicar punição à Concessionária por empregar solução que, como atestado pela própria ANTT, era adequada à solução das necessidades de tráfego do local. Não se trata, portanto, de benefício concedido pela ANTT à Requerente, mas sim de uma decorrência lógica da impossibilidade de aplicação de penalidades pelo fiel atendimento do interesse público promovido pelo Contrato de Concessão.

470. Ainda assim, a primeira tentativa da Requerida de levar esse tribunal a erro pela distorção dos fatos é a de que não teria sancionado a Requerente. Como demonstram os arquivos anexos, **a Requerente foi autuada pela Requerida** nos seguintes Autos de Infração, em evidente exercício de sua pretensão punitiva que se arrasta pendente desde 2016:

- **AI 2425, de 11 de outubro de 2016:** alegando a execução de obra em desacordo com o projeto (atualmente aguardando análise do recurso apresentado pela Requerente) (C - 236);
- **AI 31/2019/GEFIR, de 10 de maio de 2019:** atraso na entrega da obra (arquivado curiosamente em **31 de março de 2020, já com a presente arbitragem instaurada**) (C - 237);



471. O equívoco da ANTT em sua argumentação técnica pode ser observado a partir de alguns fatores principais: (i) a manutenção da caracterização do dispositivo como diamante; e (ii) a adequação da solução empregada à realidade do Sistema Rodoviário no trecho; (iii) a lógica das concessões de serviço público.

472. Em primeiro lugar, destaca-se que o **dispositivo construído não deixa de atender ao conceito de interseção do tipo diamante do Manual de Projeto de Intersecções do DNIT (C-206)**, conforme explicado no parágrafo 631 das Alegações Iniciais da Requerente.

473. Em segundo lugar, ressalta-se que a verificação do cumprimento de obrigações pela Concessionária deve ocorrer de tal forma que sejam consideradas as melhores e mais eficientes formas de alcance do interesse público a que se destina a prestação de serviços objeto do Contrato de Concessão, tendo-se em conta as circunstâncias reais de execução dessas obrigações.

474. Afinal, a manifestação da ANTT em sua Resposta às Alegações Iniciais da Requerente suscita a seguinte questão: entende a agência ser preferível que a Concessionária tivesse realizado obras desnecessárias para a construção de dispositivo que reconhecidamente não era o mais adequado e eficiente para o atendimento das necessidades de tráfego no local? Decerto não parece lógico que se demande a execução de uma obrigação sem atenção às características específicas que ajudam a determinar a melhor solução para a área, considerando ademais que em uma concessão de serviços públicos o que importa é a adequação das soluções ao Sistema Rodoviário, não a realização de uma obra em si – que é o objeto de um contrato de obra pública, este regido pela lei 8.666/93, de maneira que deve-se avaliar toda integração do Sistema Rodoviário.

475. Na verdade, a Requerente sequer se vinculou a projeto básico ou executivo no Edital. Foram apresentados aos licitantes somente aspectos elementares de anteprojeto, propícios à elaboração, pela Concessionária, dos projetos básico e executivo. Em vias de sua execução, o projeto da obra foi revisado tendo em vista a constatação de que a construção do dispositivo como havia sido originalmente



concebido não era a melhor alternativa para o local. Essa revisão não representa, portanto, uma indisposição da Concessionária em realizar as obras sob sua responsabilidade, mas sim seu zelo em determinar as mais eficientes formas de cumprir suas obrigações.

476. Ainda mais absurda é a afirmação da ANTT de que a Requerente teria se beneficiado por ter “[deixado] *de arcar com os custos de ter que refazer a obra*”. No mesmo sentido do argumento anterior, seria absolutamente disparatada eventual exigência de que a Concessionária refizesse a obra. Como já atestou a Requerente e a própria ANTT, trata-se de dispositivo implementado que atende perfeitamente às necessidades de tráfego do trecho, sendo “*adequado tecnicamente*”, nas palavras da agência, para solucionar os problemas do local e **que, ao fim e ao cabo, teve seu projeto aprovado pela Requerida**. Portanto, a não exigência de refazimento da obra pela ANTT não é benefício estendido à Concessionária; pelo contrário, a atuação da agência em sentido diverso é que seria absolutamente desproporcional e inaceitável.

477. Ademais, a alegação de que o dispositivo construído foi menos custoso do que teria sido a implementação do dispositivo original não é fundamento para a negação do cumprimento das obras para o alcance das metas de duplicação, nem está de acordo com a lógica das concessões de serviço público. Frise-se que não se trata de contrato de obra pública em regime de custos unitários, em que os contratados devem atender fielmente às especificações de projeto e ser remunerado de acordo com os insumos efetivamente gastos. Note-se que o atendimento das metas de duplicação não se baseia nos gastos da Concessionária, mas sim na efetiva implementação dos trechos de rodovia e dispositivos, atendendo aos objetivos de ampliação de capacidade do Sistema Rodoviário, objetivo esse que foi fielmente cumprido pela Concessionária.

Ponte sobre o Rio Correntes (§§ 636 a 649)

478. Em suas Alegações Iniciais, a Requerente esclareceu que as obras de expansão de capacidade da Ponte sobre o Rio Correntes, que liga os estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, envolvem o limite do trecho sob



responsabilidade da CRO e o início do trecho sob controle da concessionária MSVIA, delegatária da Requerida na BR-163/MS.

479. À Requerente foi atribuída obrigação de 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, nos limites do Estado do Mato Grosso. Já a ligação com a BR-163/MS, inserida no estado do MS, deveria ser complementada por obras da MSVIA.

480. Embora a Requerente tenha concluído devidamente as obras para implementação do trecho da ponte sob sua responsabilidade, a MSVIA não completou suas obrigações, restando concluir a construção da cabeceira sul de acesso à ponte.

481. Esse fato impediu que se liberasse o acesso do trecho duplicado da ponte para o tráfego vindo do Estado do Mato Grosso, uma vez que a ponte está ainda incompleta devido ao inadimplemento das obrigações da MSVIA, responsável pelo trecho localizado no Estado do Mato Grosso do Sul, área fora do Sistema Rodoviário assumido pela Requerente.

482. Apesar de esse histórico ter sido detalhadamente explicado pela Requerente à ANTT tanto em sede administrativa quanto nas Alegações Iniciais apresentadas no âmbito do presente procedimento arbitral, a ANTT insiste em negar o cumprimento das obrigações da Requerente relativas à construção da ponte para fins do cômputo das metas de duplicação.

483. Em sua Resposta às Alegações Iniciais, a ANTT se limitou a repetir o raso argumento de que *“não houve aceite por parte da ANTT porque a obra não foi concluída, entendida como tal aquela apta a ser aberta ao tráfego.”* A agência cita a Cláusula 10.3 do Contrato de Concessão⁸⁵ como fundamento para sua negativa,

⁸⁵ Contrato de Concessão, Cláusula 10.3: *“10.3 Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias e da Frente de Serviços Operacionais*



sem, entretanto, dialogar com os fundamentos trazidos pela Requerente em suas Alegações Iniciais.

484. Ora, como pode a ANTT exigir, como condição para o reconhecimento do cumprimento das obrigações da Requerente, a conclusão de obras que sequer estavam inseridas no Sistema Rodoviário, sob sua responsabilidade, mas sim sob responsabilidade de outra concessionária? Novamente, a ANTT escolhe se aferrar a uma linha de argumentação exageradamente literal do Contrato de Concessão para negar o direito da Requerente ao reconhecimento do cumprimento de suas obrigações.

485. Como se pode depreender a partir das razões da Requerente, a abertura da ponte ao tráfego dependia da conclusão das obras de encargo da MSVIA, fato absolutamente fora da esfera de controle da Requerente. Não pode a Requerente, portanto, ser penalizada por descumprimento praticado por outro concessionário; tampouco lhe poderia ser exigido que realizasse obra fora do seu Sistema Rodoviário. Afinal, conforme já destacado na peça de Alegações Iniciais, 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.**

486. A não abertura da via ao tráfego decorreu, portanto, de impedimento fático e jurídico incontornável pela Requerente, não refletindo, de modo algum, sua concorrência para esse resultado. Desse modo, é absolutamente incabível e ilógica a insistência da ANTT em negar o cumprimento das metas de duplicação pela Requerente em relação ao trecho em questão, dado que as obras que efetivamente lhe cabiam foram devidamente concluídas.

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. (...)"



KM entre o km 94,9 e km 96, 7 da BR-163/MT (§§ 650 a 659)

487. Como demonstraram as Alegações Iniciais da Requerente, a Concessionária realizou as obras necessárias para que o trecho entre o km 94,9 e km 96,7 da Rodovia BR-163/MT, parte integrante da meta de duplicação estabelecida no item 3.2.1.1 do PER, se encontrasse duplicado e adequado para a Classe 1-A. Contudo, a ANTT desconsiderou o trecho para o cômputo da extensão construída para alcance da meta de duplicação do Ano 1.

488. Na Resposta às Alegações Iniciais apresentada pela ANTT na presente arbitragem, o único argumento levantado para sustentar a negativa da agência em relação ao pleito da Requerente sobre este item é o de que não teria havido o efetivo investimento para duplicação, uma vez que a Concessionária já recebeu o trecho com multifaixas. Assim, segundo a ANTT, *“por não ter havido o devido investimento, também não foi considerado na tarifa como se a Concessionária tivesse de fato investido.”*

489. Contudo, a **Requerida ignora que o trecho em questão é contabilizado, no PER (item 3.2.1), como parte integrante da meta de 453,6km de duplicação. Isso fica mais claro no Apêndice A do PER, em que a “situação” do trecho foi caracterizada como “PAV – rodovia pavimentada, pista simples”.**

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
163BMT0565	ENTR MT-299	ENTR MT-370	14,0	48,0	34,0	PAV	
163BMT0570	ENTR MT-370	ENTR MT-040	48,0	77,0	29,0	PAV	
163BMT0575	ENTR MT-040	ENTR MT-040(A)	77,0	86,0	9,0	PAV	
163BMT0577	ENTR MT-040(A)	ENTR MT-471	86,0	102,0	16,0	PAV	



490. Ou seja: o trecho não se encontrava, para os fins do próprio PER, como duplicado, mesmo considerando que estava em multifaixas, cabendo à Concessionária realizar as intervenções cabíveis. Caso a Requerida insista em afirmar que o trecho já estava duplicado por estar em multifaixas, deveria então reclassificar o trecho, saindo da meta original de duplicação, passando a classificar o trecho como já duplicado. Isso faria com que fosse alterada a meta de duplicação da rodovia, reduzindo-a para considerar a retirada do trecho a duplicar, agora classificado como duplicado. Como implicação lógica, deveria a ANTT recalcular toda a aplicação do Fator D, considerando a meta reduzida.

491. Em termos claros: ou a ANTT considera, como comanda o Apêndice A do PER, que o trecho estava em pista simples, ainda que multifaixas, a ser duplicado – e o contabiliza na meta de duplicação da Concessionária; ou a ANTT considera que o PER deveria ter classificado o trecho como duplicado, excluindo-o da meta de duplicação da rodovia e recalculando toda a aplicação do Fator D para resto da rodovia.

492. Ressalta-se que, na Resposta às Alegações Iniciais, a ANTT não se opôs à afirmação da Requerente sobre a adequação do uso de defensas metálicas no referido trecho. Dessa forma, **permaneceu incontroversa a alegação da Requerente acerca da conformidade da utilização das defensas metálicas na via, em vez de barreiras New Jersey.**

Conclusão

493. Diante do exposto, deve ser reconhecido que a desconsideração, pela ANTT, das obras realizadas pela Requerente impactou direta e negativamente o Contrato de Concessão, causando a perda injustificada de receitas pela Requerente por meio da aplicação indevida do Fator D. Essa conduta configurou a ocorrência de evento de desequilíbrio ocasionado por fato da administração, 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.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

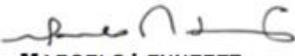
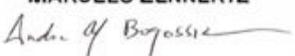
III. Conclusão e pedidos

494. Diante de todo o exposto, a Requerente solicita a rejeição dos argumentos apresentados pela Requerida, haja vista seus inúmeros equívocos apresentados em cada item acima, e reafirma os pedidos apresentados nas Alegações Iniciais, solicitando o prosseguimento da arbitragem em relação a todos os Eventos de Desequilíbrio e a decisão pela recomposição da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão em relação a todos os 13 (treze) Eventos de Desequilíbrio.

495. Além disso, solicita novamente que 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.

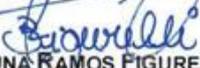
496. Por fim protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive pela juntada de documentos adicionais quando oportuno.

15 de junho de 2020.


MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO

MARCELO LENNERTZ

ANDRE MARTINS BOGOSSIAN

ANTÔNIO AUGUSTO BASTOS


RUY JANONI DOURADO

RUBENS PIERONI CAMBRAIA

BRUNA RAMOS FIGURELLI



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

- 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



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- 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
- 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



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- 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
- 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



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- 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
- 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



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- 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
- 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
- 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, Contrato 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/GEREF/SUINF
- C - 179 Memorial de cálculo do pleito de Aumento no preço dos insumos asfálticos
- C - 180 Ofício 2.308/2019
- 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 Incorreção 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
- C - 208 Relatório de Vistoria nº 001/2016/GEFOR/SUINF
- C - 209 Ofício nº 5.271/2019/CPROJ/GEENG/SUINF/DIR-ANTT



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- 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

Lista de documentos juntados nesta Réplica

- C - 228 Parâmetros de desempenho Contratos CREMA
- C - 229 Ofício 884/2015/GEINV/SUINF
- C - 230 Ofício CRO 100/2014
- C - 231 Notícia da Agência Infra de 19 de maio de 2020
- C - 232 Parecer nº 02/AADMA/CGU/AGU/2014
- C - 233 Parecer MP – TCU – Proc. TC-014.618/2015-0



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

- C - 234 Ofício nº 15413/2019/GEREF/SUINF – Nota técnica nº 3024/2019/GEFIR/SUINF
- C - 235 Ofício nº 13403/2019/GEFIR/SUINF, em que a ANTT revisa todos os anos do cálculo do Fator D da Frente de Ampliação.
- C - 236 AI 2425
- C - 237 AI 31/2019/GEFIR

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.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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 3ª 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.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

Lei 13.448/17 – Lei Federal nº 13.448 de 05 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação 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.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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.



PORTUGAL RIBEIRO

Advogados

DOURADO & CAMBRAIA
ADVOGADOS

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.