

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA
CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

ARBITRAGEM Nº 24957/GSS/PFF

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA SUL-MATOGROSSENSE S.A.
(Requerente)

em face de

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

e

UNIÃO FEDERAL

(Requeridas)

RÉPLICA DA REQUERENTE

São Paulo, 19 de novembro de 2020

EMENTA

Inequívoca legitimidade passiva da União. Intervenção anômala absolutamente descabida e contraditória. União **(i)** é parte definida no preâmbulo, *na qualidade de contratante*, seja individualmente ou como Poder Concedente [Cl. 1.1.1(xxxv)]; e **(ii)** assumiu direitos obrigações no Contrato, tendo sido citada 17 vezes enquanto União, e mais de 30 vezes como Poder Concedente; portanto, **(iii)** possui interesse jurídico e econômico na demanda. Jurisprudência do STJ.

Inaplicabilidade do Decreto nº 10.025/19. Por disposição expressa do art. 16, o Decreto não se aplica a cláusulas compromissórias celebradas antes da sua edição, a não ser que o particular concorde, o que não é o caso. Inaplicabilidade da Lei nº 13.448/2017, que não é fundamento da presente Arbitragem.

Improcedência dos argumentos da ANTT:

Proposta da Requerente seguiu o mesmo padrão de deságio dos demais vencedores da 3ª Etapa. Não foi agressiva muito menos financeiramente inviável, tanto que não foi desclassificada pelo Poder Concedente.

Extraordinariedade dos eventos causadores do desequilíbrio. Fatos que fogem completamente da matriz de risco do Contrato. Eventos de força maior, cujo risco é atribuído pelo Contrato ao Poder Concedente de forma expressa. Extraordinariedade reconhecida pelo Governo Federal, pelo Congresso e pela própria ANTT. *Venire contra factum proprium* da ANTT: documento que agora tenta desqualificar foi elaborado pela SUINF e enviado pela Diretoria-Geral da Agência a autoridades públicas e líderes de organizações da sociedade civil.

Eventos imprevisíveis e extraordinários, devidamente estudados e comprovados no laudo técnico da Vallya, que levaram à inviabilidade da concessão:

- (i) Maior crise econômica interna da história republicana brasileira, ainda hoje não superada, que causou:**
 - a. **drástica redução do volume de tráfego:** variações negativas de 23%-34,7% entre o real e o projetado;
 - b. **radicais mudanças nas condições de financiamento e da taxa de juros:** premissas da precificação da proposta pela Requerente severamente impactadas. Contratos de financiamento com BNDES e CEF encerrados pelo não atingimento de parâmetros financeiros em razão da crise econômica; aumento de 50% da TJLP.
- (ii) Atraso incontroverso da emissão das licenças ambientais a cargo do Poder Concedente.** Risco contratual das Requeridas (Cls. 5.2.1 e 10.3.2,I). Emissão parcial da LI obrigou alterações do projeto previsto no Edital e na forma de execução da duplicação da pista.

- (iii) **Aumento extraordinário do preço dos insumos asfálticos.** Materiais asfálticos, cujo monopólio é da Petrobras, representam 30% a 45% dos custos com duplicação de rodovias. Novo comportamento contraditório: extraordinariedade do aumento dos insumos betuminosos reconhecida pelo Poder Concedente (Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU e Nota Técnica nº 080/2016/GEROR/SUINF).
- (iv) **Alteração legislativa e regulamentar que aumentou a tolerância máxima da pesagem de veículos de carga nas rodovias trouxe impactos financeiros para as concessionárias.** Fato incontroverso, reconhecido pela ANTT, pelo TCU e pela jurisprudência. Disputa quanto à metodologia. Requerente aguarda solução desde 2015. Pareceres técnicos demonstram a insubsistência do estudo da UFRGS, disponibilizado há 2 meses pela ANTT.
- (v) **Pandemia da Covid-19.** Outro evento de força maior (reconhecido pela AGU). Pleito administrativo já apresentado. Crise sanitária global que reduziu o tráfego de veículos projetado para 2020, acentuando ainda mais o desequilíbrio contratual.

Inequívoco direito da Requerente à indenização pela quebra do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Manutenção e ampliação da liminar judicial concedida à Requerente para impedir a aplicação ou, ao menos, a cobrança de penalidades até decisão final na Arbitragem.

- Risco de ruína imediata da Concessionária e, por conseguinte, da concessão, em caso de redução da TBP pela ANTT e aplicação de novas penalidades;
- Interesse público em gravíssimo risco, inclusive com possível comprometimento da continuidade dos serviços e o da capacidade de investimento para a segurança da rodovia;
- Inexistência de *periculum in verso*. Discussão da relicitação em andamento, de modo que as penalidades já aplicadas serão parte do aditivo a ser negociado (Lei nº 13.448/2017).

Precedente, em sede arbitral, que concedeu liminar semelhante à ora postulada: decisão que reconheceu que *“eventual diminuição da tarifa paga pelos usuários do serviço público – neste momento – é capaz de trazer maior risco aos seus usuários, tendo em vista a possibilidade de descontinuidade deste mesmo serviço ou – na melhor das hipóteses – queda na sua qualidade (ainda que atualmente deficiente)”*. (...) E que *“a diminuição da base tarifária poderia ensejar interrupção dos serviços públicos pela REQUERENTE, eventuais penalidades unilaterais, neste momento do contrato, também impactariam o mínimo eficiente da prestação de serviços, pois inviabilizariam o mínimo de execução do escopo contratual (da forma como é realizado hoje)”*. (Decisão cautelar proferida pelos ils. Árbitros Sérgio Antonio da Silva Guerra, Lauro Gama e Souza Junior e Luciano de Souza Godoy no Procedimento Arbitral CCI nº 23932/GSS/PFF).

ÍNDICE

| | | |
|--------|---|----|
| I. | RÉPLICA ÀS ALEGAÇÕES DA UNIÃO | 5 |
| I.1 | <i>BREVE SÍNTESE DAS ALEGAÇÕES DA UNIÃO</i> | 5 |
| I.2 | <i>INEQUÍVOCA LEGITIMIDADE PASSIVA UNIÃO</i> | 6 |
| II. | RÉPLICA ÀS ALEGAÇÕES DA ANTT | 11 |
| II.1 | <i>DA INSUBSISTÊNCIA DA PRELIMINAR INVOCADA</i> | 11 |
| II.2 | <i>PROPOSTA PERFEITAMENTE EXEQUÍVEL, RESPALDADA EM ESTUDOS SÓLIDOS E DENTRO DOS PADRÕES DE DESÁGIO</i> | 13 |
| II.3 | <i>MATRIZ DE RISCO DO CONTRATO</i> | 17 |
| II.4 | <i>DOS EVENTOS QUE DESEQUILIBRARAM O CONTRATO DE CONCESSÃO</i> | 21 |
| II.4.1 | <i>Imprevista e Imprevisível Crise Econômica</i> | 21 |
| II.4.2 | <i>Drástica Redução do Volume de Tráfego</i> | 26 |
| II.4.3 | <i>Mudanças nas Condições de Financiamento e Juros que alteraram as principais premissas da Concessão</i> | 31 |
| II.4.4 | <i>Atraso e Fragmentação do Licenciamento Ambiental a Cargo do Poder Concedente</i> | 38 |
| II.4.5 | <i>Aumento extraordinário dos insumos asfálticos</i> | 45 |
| II.4.6 | <i>Alteração legislativa que resultou no aumento na tolerância de pesagem dos veículos de carga</i> | 55 |
| II.4.7 | <i>Impactos decorrentes da pandemia do COVID-19</i> | 59 |
| II.5 | <i>A TESE DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO E A IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS DA AGÊNCIA PARA A MANUTENÇÃO DAS PENALIDADES APLICADAS</i> | 61 |
| II.6 | <i>ARGUMENTOS DA ANTT NÃO INFIRMAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0002451-66.2019.4.01.000</i> | 66 |
| II.7 | <i>CONCESSIONÁRIA CONTINUA RECEBENDO AUTOS DE INFRAÇÃO. NECESSÁRIA AMPLIAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA</i> | 71 |
| III. | PEDIDOS | 72 |

A presente **Réplica** é apresentada em peça única, por economia processual, para **rebat**er as **Respostas das Requeridas às Alegações Iniciais da Requerente**, apresentadas de forma autônoma em 19.10.2020.

I. RÉPLICA ÀS ALEGAÇÕES DA UNIÃO

I.1 *Breve síntese das alegações da União*

1. A União Federal diz-se parte ilegítima para figurar no presente procedimento arbitral. Sustenta que não há relação jurídica que a ligue aos fatos controvertidos ensejadores do reequilíbrio, os quais não teriam sido por ela praticados. Alega, ainda, que embora o contrato “*aluda à União em seu preâmbulo, não foi por esta celebrado, não se observando, nas assinaturas ao final, a aposição de assinaturas por qualquer representante da União*”¹.

2. De maneira absolutamente contraditória, pleiteia figurar neste procedimento arbitral como mera *interveniente anômala*, com fundamento na Lei nº 9.469/1997 e no Decreto nº 10.025/2019, reconhecendo que “*determinadas questões inseridas no objeto da demanda poderão trazer-lhe reflexos econômicos*”².

3. No mérito, traz uma miscelânea de argumentos: *(i)* discorre sobre o papel da União na infraestrutura rodoviária, à luz do quadro jurídico-normativo aplicável, e a competência do Ministério dos Transportes na aprovação do Plano de Outorga para a concessão da BR-163; *(ii)* diz que a matriz de riscos do Contrato era conhecida pela Requerente antes mesmo da apresentação de sua proposta na licitação, e que o reequilíbrio poderia prejudicar os usuários do serviço concedido (com aumento de tarifas); e *(iii)* por fim, afirma que a relicitação não implicaria confissão da inexecutabilidade do contrato.

4. Os argumentos de mérito da União serão rebatidos pela Requerente mais adiante, junto com a réplica aos argumentos de mérito da ANTT, eis que são praticamente idênticos. Por ora, cumpre demonstrar o absoluto descabimento da tese de ilegitimidade passiva aventada pela União.

¹ Item 22 da Resposta da União.

² Item 73 da Resposta da União.

1.2 Inequívoca legitimidade passiva União

5. Desde as Alegações Iniciais, logo em suas primeiras páginas³, a Requerente deixou claro que “é absolutamente improcedente a alegação de ilegitimidade passiva da União, já que, como se demonstrará no curso da presente Arbitragem, o Contrato define ‘Poder Concedente’ como englobando a União e a ANTT [Cláusula 1.1.1(xxxv)]”⁴.

6. De fato, a legitimidade passiva da União decorre, em primeiro lugar, de sua inequívoca condição de parte no ajuste.

7. Com efeito, diferentemente de outros contratos públicos celebrados única e exclusivamente em nome de entes da Administração Indireta e particulares, o Contrato que dá origem à presente disputa foi celebrado “de um lado, na qualidade de contratante”, pela “União, por intermédio da Agência da Nacional de Transportes Terrestres”, sendo, “em conjunto com a União, ‘Poder Concedente’”⁵:

Aos 12 dias do mês de março de 2014, pelo presente instrumento, **de um lado, na qualidade de contratante:**

- (1) **A UNIÃO, por intermédio da AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES,** autarquia integrante da Administração Federal indireta, com sede em Brasília, Distrito Federal, no Setor de Clubes Esportivos Sul, Trecho 3, Lote 10, Polo 8 do Projeto Orla, neste ato representada por seu Diretor-Geral em Exercício, Sr **JORGE LUIZ MACEDO BASTOS**, nomeado pela Deliberação nº 33, de 27 de fevereiro de 2014, publicada no Diário Oficial da União de 28 de fevereiro de 2014, residente e domiciliado em Brasília, Distrito Federal, com Cédula de Identidade RG nº 02858670-9 IFP/RJ, inscrito no CPF/MF sob o nº 408.486.207-04, por sua Diretora Interina **ANA PATRÍZIA GONÇALVES LIRA**, nomeada pelo Decreto de 7.703, de 20 de março de 2012, e pela Portaria MT nº 54, de 21 de março de 2012, publicado no Diário Oficial da União de 22 de março de 2012, residente e domiciliada em Brasília, Distrito Federal, com Cédula de Identidade RG nº 003.032.847 SSP/PA, inscrita no CPF/MF sob o nº 599.524.582-15, por sua Diretora Interina **NATÁLIA MARCASSA DE SOUZA**, nomeada pelo Decreto nº 7.703, de 20 de março de 2012, e pela Portaria MT nº 55, de 21 de março de 2012, publicada no Diário Oficial da União de 22 de março de 2012, residente e domiciliada em Brasília, Distrito Federal, com Cédula de Identidade RG nº 27860529-1 SSP/SP, inscrita no CPF/MF sob o nº 290.513.838-60 e por seu Diretor Interino **CARLOS FERNANDO DO NASCIMENTO**, nomeado pelo Decreto nº 7.703, de 20 de março de 2012 e pela Portaria MT nº 56, de 21 de março de 2012, publicada no Diário Oficial da União de 22 de março de 2012, residente e domiciliado em Brasília, Distrito Federal, com Cédula de Identidade nº 128097 OAB/RJ, inscrito no CPF/MF sob o nº 070.696.027-07 doravante denominada “**ANTT**”, **e em conjunto com a União, “Poder Concedente”;** e

³ Item 2, Nota de Rodapé 2, das Alegações Iniciais da MSVIA.

⁴ Item 2 das Alegações Iniciais.

⁵ Anexo M-002 – Contrato de Concessão celebrado em 12.03.2014.

8. O Contrato, outrossim, estabelece uma série de direitos e obrigações para as Partes, ora se referindo à ANTT ou à União individualmente, ora ao Poder Concedente. A União é expressamente citada 17 (dezessete) vezes ao longo do instrumento contratual, e o Poder Concedente (integrado pela União) mais de 30 (trinta) vezes.

9. Logo, tanto a interpretação literal quanto sistemática do Contrato e de suas respectivas cláusulas revelam que a União é **parte** no referido instrumento e, assim, deve *necessariamente* ser **parte** no presente procedimento.

10. Nem se alegue que, pelo fato de incumbir à ANTT a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro, não haveria a União que figurar no polo passivo. A Cláusula 22.3.1(ii) é clara no sentido de que a o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato pode, entre outras formas, ser feito por meio de pagamento “*pelo Poder Concedente*” – que é definido no preâmbulo contratual como ANTT “*em conjunto com a União*”, do que *exsurge a solidariedade entre ambas as Requeridas*. A própria União, aliás, reconhece taxativamente que “*representa, primariamente e, no limite, o denominado “Poder Concedente”*”⁶, nos exatos termos do art. 2º, I, da Lei nº 8.978/1995.

11. É incontroverso, assim, que a União integra o Poder Concedente para os fins do Contrato e é expressamente definida como *parte* no instrumento, o que justifica, sem sombra de dúvidas, sua legitimidade para figurar no polo passivo do presente procedimento arbitral.

12. Sendo parte do Contrato, não se justifica a pretensão da União de figurar na demanda como mera interveniente, com fundamento no art. 5º da Lei nº 9.469/1997⁷ e no art. 13, § 2º, do Decreto nº 10.025/2019⁸.

⁶ Item 97 da Resposta da União.

⁷ Art. 5º: “A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais”.

⁸ Art. 13, § 2º: “A União poderá intervir nas causas arbitrais de que trata este Decreto nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997”.

13. Ora, o Decreto nº 10.025/2019, como será detalhado ao longo da presente Réplica, sequer aplica ao caso em exame, por expressa dicção de seu art. 16⁹, considerando a data em que firmada a convenção da arbitragem (vide oposição da Requerente registrada na Ata de Missão)¹⁰.

14. Ademais, consoante a própria redação do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/1997, a intervenção anômala pleiteada pela União se justificaria caso o seu interesse no procedimento arbitral fosse *primordialmente econômico*¹¹ — o que não é o caso, dada a vasta gama de direitos e obrigações *jurídicas* assumidas pela União.

15. Aliás, a extensa preleção da União, em sua Resposta, acerca de seu interesse em relação à presente demanda (a justificar, supostamente, sua participação no processo) e do seu papel desempenhado na infraestrutura rodoviária e na aprovação do plano de outorga para a concessão¹², não esconde o seu interesse *jurídico* no feito. Muito ao contrário, o evidencia e escancara¹³.

⁹ Dispõe o Decreto: “Art. 16. O disposto neste Decreto não se aplica às arbitragens que tenham sido objeto de convenção de arbitragem firmada anteriormente à sua data de entrada em vigor, exceto quanto ao disposto no art. 14. Parágrafo único. Desde que seja estabelecido acordo entre as partes, as disposições deste Decreto poderão ser adotadas para as arbitragens que tenham sido objeto de convenção firmada anteriormente à data a que se refere o caput”. Vale ressaltar que, na assinatura da Ata de Missão, a Requerente registrou “desde já, que requer que não sejam aplicadas as disposições do Decreto no 10.025/19 à presente arbitragem”, afastando assim a possibilidade de acordo facultada pelo Decreto em relação ao tema.

¹⁰ Item 107 da Ata de Missão.

¹¹ II – O art. 5º da Lei n. 9.469/97 estabelece a possibilidade de intervenção pelos entes públicos nas causas onde forem demandantes ou demandadas autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas, para esclarecer questões de fato ou de direito **excepcionando a regra geral da assistência ao autorizar a intervenção das pessoas jurídicas de direito público nas causas cujas decisões possam ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica** III – No caso, verifico que o acórdão recorrido está em confronto com **orientação desta Corte** segundo a qual a intervenção de terceiros prevista no art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, não se confunde com aquela de que cuida o **art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997, visto que, nesta última, a intervenção legitima-se com o desiderato de demonstrar interesse econômico e não jurídico, como naquela**. AgInt nos EDcl no REsp 1726734/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018).

¹² Itens 117 a 141 da Resposta da União.

¹³ Assim é que o serviço de transportes rodoviário interestadual está previsto como competência material da União no art. 21, XII, e, da Constituição Federal. E nas palavras da própria União, “o Ministério da Infraestrutura é o órgão responsável pela formulação, coordenação e supervisão das políticas nacionais de transportes ferroviário, rodoviário, aquaviário, aeroportuário e aeroviário” (item 121 da Resposta), sendo que “a competência para definir a política de outorgas é do Ministério da Infraestrutura, por meio da Secretaria Nacional de Transportes Terrestres e da Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias” (item 127 da Resposta) e “os estudos específicos de viabilidade técnica e econômica para estruturação da exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre contam com a participação e orientação do Ministério” (item 130 da Resposta).

16. De fato, a própria União deixa claro o seu papel de **parte** na controvérsia, ao reconhecer que, para além de nominada direta e indiretamente dezenas de vezes no próprio Contrato, foi ela própria, através do Ministério dos Transportes, idealizadora do Plano de Outorga e responsável pela modelagem dos contratos de concessão em discussão e pelo Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica que balizou as propostas dos licitantes.

17. Não bastasse, grande parte da presente demanda tem por fundamento atos atribuíveis à União, e não à ANTT, como a avassaladora crise econômica que assolou (e ainda assola) o país, o atraso nas licenças ambientais a cargo do Poder Concedente, as deletérias mudanças legislativas e regulamentares, e o aumento extraordinário dos insumos asfálticos por empresa diretamente controlada pela União.

18. Acrescente-se, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça invocada pela União, referente à Anatel, não se aplica ao presente caso, pois diz respeito a fatos totalmente diversos. Se é para invocar a jurisprudência do STJ como baliza para definir a questão, não há qualquer dúvida de que a União é parte legítima para figurar no polo passivo da arbitragem. Isso porque a Corte tem **orientação jurisprudencial consolidada no sentido da legitimidade da União para figurar em demandas que tratem de reajuste de pedágio**, confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RODOVIA FEDERAL. CONTRATO DE CONCESSÃO. PEDÁGIO. REAJUSTE DE TARIFAS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. O feito comporta discussão acerca da legitimidade passiva da União, em demandas que discutem reajuste de pedágio instalado em rodovia federal em que ocorreu a delegação para o Estado.

2. Nessas hipóteses, **a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que "A União e a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT ostentam legitimidade para integrar o polo passivo de ação versando sobre reajuste de pedágio em rodovia federal**, ainda que haja delegação de sua administração e exploração ao Estado-membro" (AgRg no REsp 1.139.423/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 1º/12/2009, DJe 2/2/2010).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1399908/PR, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, j em 24/08/2020, DJe 31/08/2020)¹⁴

¹⁴ No mesmo sentido: AgInt no REsp 1546583/RS, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 02/03/2020; AgRg no REsp 1139423/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 02/02/2010. E invocando a pacificada jurisprudência do STJ, vide ainda, no TRF4, o seguinte recentíssimo julgado: AI 5041222-10.2020.4.04.0000/PR, Rel. Des. VÂNIA HACK DE ALMEIDA, j. em 10.11.2020.

19. Tampouco a jurisprudência do Tribunal de Contas da União socorre a Requerida, seja no sentido de sua exclusão do polo passivo, seja no sentido de que figure no procedimento como interveniente anômala, o que foi especificamente analisado no precedente a seguir:

SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. CONVÊNIOS DE DELEGAÇÃO ENTRE A UNIÃO E O ESTADO DO PARANÁ PARA ADMINISTRAÇÃO DE RODOVIAS FEDERAIS. (...). EXISTÊNCIA DE RISCO POTENCIAL À UNIÃO NA HIPÓTESE DE CONDENAÇÃO JUDICIAL POR PERDAS E DANOS EM FACE DE OMISSÃO NO SEU DEVER DE ZELAR PELO INTERESSE PÚBLICO. ASSUNÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT) NAS ATRIBUIÇÕES DO EXTINTO DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM (DNER) COMO INTERVENIENTE DA UNIÃO NOS CONVÊNIOS. (...) 15. Com efeito, resta evidente o interesse jurídico da União, não só em preservar a incolumidade do patrimônio público federal colocado sob a administração e exploração do Estado – e posteriormente concedido a um particular –, como, sobretudo, em garantir a correta utilização dos bens transferidos e assegurar a sua correspondente destinação pública, com o atendimento pleno aos fins almejados quando da celebração dos convênios de delegação, velando, outrossim, pela sua estrita aderência e compatibilidade aos objetivos traçados pela Lei n.º 9.277/1996. (...)

20. A propósito, curioso perceber que argumentos semelhantes aos ora aduzidos pelo Ministério dos Transportes para se eximir de quaisquer responsabilidades e ingerências nos contratos de concessão referentes às rodovias federais delegadas foram também deduzidos no bojo do AgRg no REsp 851421/PR apreciado pelo STJ (ementa já transcrita acima), conforme se depreende do seguinte trecho do Relatório do aludido processo: 'Alega a União que ingressou na relação de direito material como mera interveniente, por se tratar de rodovia federal delegada à exploração de Estado-membro. Aduz que 'a condição de interveniente admite, apenas, que a União receba do DER/PR, na forma da cláusula 4ª, 2, III, do convênio firmado entre a União e o Estado do Paraná, anualmente, as contas relativas às receitas e despesas realizadas pelo Estado ou pela concessionária na exploração da rodovia.' Acrescenta que 'não há qualquer ingerência da União sobre o valor das tarifas, nem sobre qualquer assunto atinente a recursos oriundos da concessão' (fl. 226).

Assim, sustenta que a causa interessa unicamente ao Estado do Paraná, bem como à autarquia federal a qual incumbe a administração das rodovias no Estado (DER/PR)'. (Trecho do Relatório do AgRg no REsp 851421/PR – STJ)

21. Tais argumentos, como visto, foram rechaçados pelo STJ, que reconheceu subsistir o interesse jurídico e econômico da União nas causas em que se discutem aspectos tarifários de rodovias delegadas a Estados e concedidas a particulares, razão pela qual não pode o Ministério dos Transportes se eximir de fiscalizar os contratos de concessão, posição essa atualmente defendida pela Pasta Ministerial, tanto perante o TCU, quanto perante o Poder Judiciário, como visto acima.

(Acórdão 1422/2017-TCU-PLenário. Processo 023.240/2015-6. Relator Augusto Nardes. Julgado em 05/07/2017)

20. Não há nenhum prejuízo, por outro lado, a que a União figure como parte. Na realidade, risco haveria, no que tange à higidez desse procedimento e à exequibilidade da futura sentença arbitral, se a União dele não participar.

21. É, ainda, de todo inócua sua alegação de que não lhe é imputável qualquer cobrança relacionada aos custos do procedimento arbitral e aos honorários advocatícios.

22. Na Ata de Missão firmada pelas Partes, foi acordado que não haverá incidência de condenação de honorários de sucumbência ou contratuais¹⁵. Ademais, é a Requerente quem vem antecipando todas as custas e despesas da presente arbitragem, diante da expressa negativa da ANTT e da União para tanto¹⁶.

23. Por todos esses motivos, a União deve permanecer na arbitragem, na condição de Requerida.

II. RÉPLICA ÀS ALEGAÇÕES DA ANTT

II.1 Da Insubstância da Preliminar Invocada

24. Ainda em sede preliminar, alega a ANTT que, de acordo com o inciso VIII do art. 3º do Decreto nº 10.025/2019¹⁷ e do art. 31 da Lei nº 13.448/2017¹⁸, haveria necessidade de decisão administrativa *definitiva* para que o juízo arbitral possa ser acionado, sendo que alguns dos pleitos formulados pela Requerente não atenderiam a esse requisito¹⁹.

25. A preliminar não prospera, e por um motivo muito simples: o Contrato de Concessão foi firmado em **12 de março de 2014**, e sua Cláusula 37, que dispõe sobre a resolução de controvérsias por meio de arbitragem, nada prevê acerca do pretense esgotamento prévio da esfera administrativa.

26. O fundamento jurídico para tal argumento da Agência é, novamente, o citado Decreto nº 10.025/2019. Ora, o texto de seu artigo 16 não poderia ser mais claro ao dizer que, *salvo acordo entre*

¹⁵ “161. As Partes concordam que não haverá incidência de condenação de honorários de sucumbência ou contratuais.”

¹⁶ Itens 125 e 136 da Ata de Missão.

¹⁷ Art. 3º: “A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: (...) VIII - a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo”.

¹⁸ 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.

¹⁹ Diz a ANTT no item 11 de sua resposta que “pretensões de reequilíbrio tais como ressarcimento por despesas com condicionantes ambientais relacionadas a áreas indígenas, quilombolas e sítios arqueológicos, ou mesmo o reequilíbrio decorrente dos efeitos da pandemia decorrente da COVID-19 sequer foram objeto de requerimento administrativo”. Ainda, no item 264 (v) da resposta, afirma a Agência, com relação ao pedido de reequilíbrio em razão da Lei dos Caminhoneiros, que “considerando que não há decisão definitiva quanto a esse reequilíbrio e nos termos do art. 3º, inciso VIII, do Decreto 10.025, de 2019 e art. 31 da Lei 13.448/2017, por ora, afigura-se inviável sua submissão à presente arbitragem”.

as partes, o Decreto **não se aplica** às arbitragens que tenham sido objeto de convenção de arbitragem firmada **anteriormente à sua data de entrada em vigor**²⁰.

27. Na assinatura da Ata de Missão, a Requerente registrou “*desde já, que requer que não sejam aplicadas as disposições do Decreto no 10.025/19 à presente arbitragem*”²¹. Assim, impossível cogitar-se de sua aplicação no presente caso, sem necessitar adentrar às críticas em torno da inconstitucionalidade da previsão do Decreto²².

28. Tampouco o art. 31 da Lei nº 13.448/2017, também aprovada posteriormente à celebração da cláusula compromissória do Contrato de Concessão em debate, serve de fundamento legal a justificar a preliminar da ANTT.

29. Referida lei estabelece diretrizes gerais *para prorrogação e relicitação* de contratos nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal. E, de fato, como já informado, há pedido de relicitação formulado em sede administrativa pela Requerente, que vem seguindo trâmite regular.

30. Ocorre que, como já destacado pela Requerente no item 35 de suas Alegações Iniciais, “*a indenização pelos investimentos em bens reversíveis realizados não amortizados ou depreciados*

²⁰ “Art. 16. O disposto neste Decreto não se aplica às arbitragens que tenham sido objeto de convenção de arbitragem firmada anteriormente à sua data de entrada em vigor, exceto quanto ao disposto no art. 14. Parágrafo único. Desde que seja estabelecido acordo entre as partes, as disposições deste Decreto poderão ser adotadas para as arbitragens que tenham sido objeto de convenção firmada anteriormente à data a que se refere o caput”.

²¹ Item 107 da Ata de Missão.

²² Aliás, mesmo a regra do exaurimento da instância administrativa, que – repita-se, não se aplica ao presente caso – é passível de duras críticas da doutrina administrativista. Nas palavras do Professor FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: “A nova exigência é inconstitucional. E é também contrária à lei e aos objetivos da arbitragem. Se a Constituição consagra a inafastabilidade da jurisdição estatal, a mesma regra tem de valer para a jurisdição arbitral que a substitui. Do contrário, a Administração pode protelar indefinidamente suas decisões, tolhendo a submissão da controvérsia à via jurisdicional, eleita pelas partes. O decreto viola a lei de arbitragem, pois ato infralegal não pode afastar a deferência legal à opção das partes pela arbitragem. Além disso, a restrição é contraditória. Se, como afirma o próprio decreto, a arbitragem será adotada quando a demora da solução do litígio puder causar prejuízo à utilidade contratada ou afastar investimentos, não há sentido algum em criar mecanismos de postergação da solução. Se mantida essa exigência de habitabilidade objetiva (não haver mais recurso administrativo possível), o tempo do processo ficará à mercê de uma das partes.”

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/retrocesso-no-avanco-da-arbitragem-administrativa-17122019#:~:text=Decreto%20federal%20recente%20regulamentou%20a,il%C3%ADcita%20do%20E2%80%9Cinterese%20p%C3%BAblico%E2%80%9D.>

vinculados ao contrato de parceria (...) não se confunde com a indenização por quebra do equilíbrio econômico-financeiro pretendida nesta Arbitragem” (grifo nosso). Ou seja, a Lei nº 13.448/2017 **não** é o fundamento para a presente arbitragem.

31. Na audiência para a assinatura da Ata de Missão, o Tribunal Arbitral deve se recordar que a Requerente propôs, excepcionalmente, a estabilização tardia da lide, para momento posterior às Alegações Iniciais, com o intuito de permitir a ampliação do objeto da arbitragem na eventualidade de surgirem divergências entre as Partes acerca do procedimento de relicitação. Única e exclusivamente por motivos de economia processual. No entanto, as Requeridas não concordaram com a proposta da Requerente, de modo que se houver nova disputa entre as Partes decorrente da relicitação, exigir-se-á a instauração de procedimento arbitral autônomo.

32. Assim, não há que se cogitar da aplicação da Lei nº 13.448/2017, que exige o exaurimento da via administrativa para **hipótese totalmente diversa da presente**, muito menos uma aplicação **retroativa**, como pretende a ANTT. Não há, desse modo, que se cogitar de falta de interesse de agir da Requerente em qualquer desses pleitos.

II.2 Proposta perfeitamente exequível, respaldada em estudos sólidos e dentro dos padrões de deságio

33. A ANTT argumentou que o lance apresentado pela Requerente no leilão do qual se originou o Contrato teria sido muito agressivo, com deságio de 52,74% sobre a tarifa-teto do leilão, e *“desconsiderando as projeções dos Estudos de Viabilidade”*²³.

34. O argumento é, com a devida consideração, absolutamente falho por diversos motivos.

35. Antes de tudo, a proposta está longe de ter sido agressiva como sugere a ANTT. Muito ao contrário, segue o mesmo padrão de deságio de todos os demais vencedores da Terceira Etapa, como demonstra a tabela a seguir:

²³ Item 37 da Resposta da ANTT.

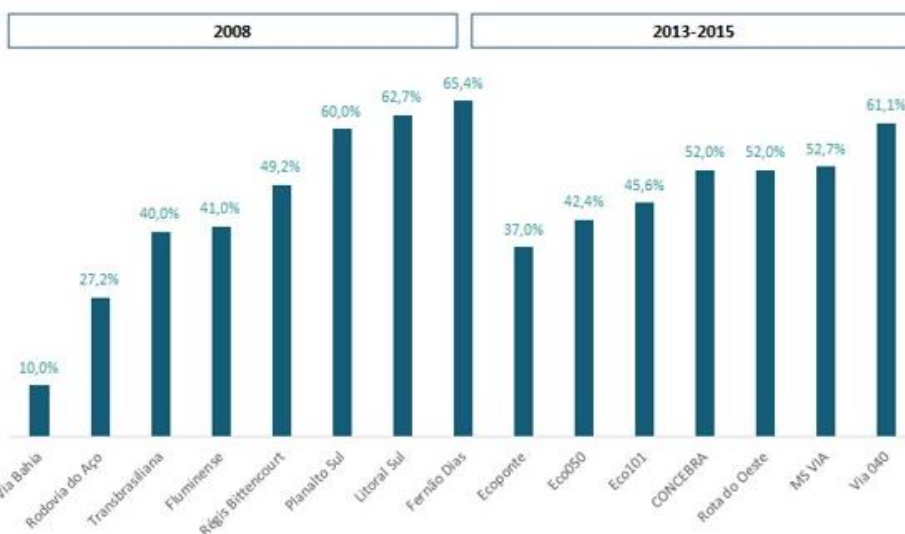
TABELA 38 – RESULTADO CONCORRÊNCIA 3ª RODADA

| TRECHO CONCEDIDO | CONCESSIONÁRIA | EXTENSÃO (km) | DESÁGIO |
|-------------------------|----------------|---------------|---------|
| BR-101/ES/BA | ECO 101 | 475,9 | 45,60% |
| BR-050/GO/MG | ECO 050 | 436,6 | 42,38% |
| BR-060/153/262/DF/GO/MG | CONCEBRA | 1.176,5 | 52,00% |
| BR-163/MS | MS VIA | 847,2 | 52,74% |
| BR-163/MT | CRO | 850,9 | 52,00% |
| BR-040/DF/GO/MG | VIA 040 | 936,8 | 61,13% |
| BR-153/TO/GO | GALVÃO | 624,8 | 45,99% |

Fonte: ANTT

36. Veja-se também a análise comparativa dos deságios ofertados nos leilões da Segunda e Terceira Etapas do Programa de Concessões Rodoviárias Federais²⁴:

GRÁFICO 55 – RESULTADO CONCORRÊNCIAS ANTT 2008 – 2015



Fonte: ANTT

²⁴ Anexo M-066 – Pleito de Reequilíbrio Econômico-Financeiro da MSVIA, em razão dos prejuízos causados pela pandemia do COVID-19.

37. Como se vê, a proposta formulada pela Requerente não destoia das propostas apresentadas pelas demais licitantes para os demais lotes, sendo inclusive inferior a deságios apresentados tanto na Segunda como na Terceira Etapas²⁵²⁶.

38. Nem se alegue que *“quanto maior o desconto ofertado, maior a disposição do então licitante de renunciar a uma receita futura em seu fluxo de caixa e, por consequência, maior o risco assumido quanto à obtenção de recursos, próprios ou de terceiros, para desincumbir-se das obrigações contratuais”*²⁷.

39. A sugestão da ANTT de quanto maior o desconto menor deve a proteção do contratado quanto a eventuais desequilíbrios não faz sentido tanto do ponto de vista jurídico ou econômico. Por beneficiar toda a comunidade de usuários e a própria economia do país, a obtenção do maior desconto possível é um dos objetivos centrais do procedimento licitatório. A lei brasileira, portanto, não pune, mas, ao contrário, incentiva a busca pelo maior desconto possível dentro dos cenários devidamente projetados e calculados no momento da licitação.

40. Frise-se que o valor da oferta pelo licitante não é uma proposta aleatória, fruto de mera disposição do licitante em correr maiores ou menores riscos. Justo ao contrário, é resultado de um complexo estudo do projeto, que toma por base as projeções de fluxos operacionais mirando em demanda, obras e serviços. Nesse sentido, esclarece a Vallya²⁸:

A apresentação destes valores de oferta por cada um dos participantes é fruto de intenso e profundo estudo realizado ao longo de meses (por muitas vezes chegando a anos). A análise de viabilidade econômico-financeira de um projeto se apoia, inicialmente, nas projeções de fluxos operacionais relacionados, principalmente, aos quantitativos de demanda, obras e serviços a serem empregados. Assim, ao participar de uma concorrência para uma concessão plena, cada licitante é responsável por

²⁵ Como anota a Vallya: *“Observando os resultados da etapa anterior, também se percebem elevados índices de desconto, sem que isso tenha implicado na inviabilidade destes contratos, como se lista na tabela a seguir”*. (Anexo M-067 - Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consultoria Vallya, p. 122).

²⁶ Como noticiado quando da licitação da BR-163/MT, também integrante da 3ª Etapa, o Governo Federal nunca considerou tais patamares de desconto agressivos e irresponsáveis. Pelo contrário, as propostas foram muito bem recebidas pelo Governo Federal: *“A presidente Dilma Rousseff comemorou nessa quarta-feira (27) o resultado do leilão de um trecho da rodovia BR-163, em Mato Grosso. Para ela, o deságio (valor abaixo do teto da tarifa de pedágio) de 52% oferecido pela empresa vencedora vai garantir mais competitividade aos produtos do agronegócio brasileiro”* (<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/11/presidente-dilma-comemora-resultado-de-leilao-da-br-163.html>)

²⁷ Item 35 da Resposta da ANTT.

²⁸ Anexo M-067 - Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consultoria Vallya, p. 123.

realizar seus próprios estudos que embasarão sua proposta de preço. Teoricamente, caso todos tivessem as mesmas projeções destes fluxos (ou tivessem se apoiado exclusivamente no EVTE) e busquem um mesmo retorno (custo de capital), todos ofereceriam o mesmo desconto.

41. Os dados acima apresentados demonstram que os licitantes dos leilões da 3ª Etapa do PROCROFE ofereceram descontos razoáveis sobre a tarifa-teto, todos confiantes nas expectativas econômicas, além das promessas e premissas apresentadas pelo Poder Concedente por ocasião da elaboração dos editais e realização dos leilões.

42. Evidenciam, também, que a proposta do Grupo CCR era totalmente compatível com o cenário e projeções econômicas registradas em sistemas do Banco Central, então vigentes. O histórico do Grupo CCR devidamente retratado no parecer técnico acostado a esta Réplica indica, com clareza, a solidez da Companhia e da seriedade da proposta apresentada, além de sua absoluta compatibilidade com o EVTE.

43. E mais: **fosse efetivamente o lance apresentado pelo Grupo CCR agressivo, aventureiro e irresponsável, como quer fazer crer a ANTT, caberia ao Poder Concedente desclassificá-lo**, com fundamento na legislação regente. Nesse sentido, dispõe a Lei nº 8.987/1995²⁹:

“Art. 15 (...)

§3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação”

²⁹ Em sentido semelhante: **Art. 20, II, b da Lei nº 10.233/2001**: “São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: [...] II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: [...] b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica”. **Art. 26, VI da Lei nº 10.233/2001**: “Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário: [...] IV – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros;”. **Art. 43, IV da Lei nº 8.666/1993**: “A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis”. Sobre o tema, refere-se ainda a doutrina: “A inexequibilidade manifesta da proposta também conduz à desclassificação. Essa inexequibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes ou supervenientes, verificados pela Administração. Em tais casos, aos quais se equipara o de preços muito elevados (arts. 44, § 3º, e 48, II), é lícito ao Poder Público rejeitar liminarmente a proposta, indicando os motivos que a tornam inexequível ou inaceitável em face de fatos que comprometam a viabilidade da oferta, embora aparentemente vantajosa para a Administração.” MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contratos Administrativos. Malheiros Editores, 15ª Edição, p. 202/203.

44. É evidente, assim, que o lance ofertado pelo Grupo CCR, que controla a Requerente, foi totalmente condizente com os parâmetros técnicos do edital e com as expectativas do mercado, e nada tinha de excessivamente agressivo. A ANTT tenta desviar o foco para as reais causas para o enorme desequilíbrio verificado, que definitivamente, como se verá adiante, não têm qualquer relação com o valor proposto para a tarifa.

II.3 Matriz de Risco do Contrato

45. A ANTT insistiu muito na temática da *matriz de risco* do Contrato, afirmando ser de conhecimento prévio de todos os licitantes, sendo que o *“risco conhecido é risco precificado”*, e que *“a tarifa cobrada pelo concessionário já considera todas as categorias de risco previamente alocadas à sua responsabilidade”*. Disse, ainda, que *“mesmo que admitida por hipótese a aplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos de delegação com o Estado (...) o critério para o reconhecimento da extraordinariedade do evento supostamente danoso ao interesse do concessionário deve ser bastante rigoroso”³⁰*.

46. As alegações da Requerida não prosperam. Como exposto nas Alegações Iniciais, é da própria matriz de risco do Contrato que se extrai que o caso fortuito ou força maior são riscos de responsabilidade do Poder Concedente (Cláusula 21.2.4), a justificar o reequilíbrio econômico-financeiro. E ainda que inexistisse referida previsão contratual, o ajuste, evidentemente, não seria imune à aplicação da teoria da imprevisão.

47. O próprio **PROF. MARÇAL JUSTEN FILHO**, citado pela Requerida, teve a oportunidade de *analisar minudentemente o Contrato em debate*, concluindo, em parecer já acostado a este procedimento arbitral, que:

“[a] regra contratual atribuindo a integralidade de certos riscos ao concessionário não é imune à ressalva da teoria da imprevisão. Ou seja, as obrigações e os riscos assumidos estavam limitados em vista das projeções possíveis quando ao futuro. Nenhuma regra contratual é apta a afastar a teoria da imprevisão. (...)”

o ponto relevante reside em que os eventos nocivos verificados a partir de 2014 escapam aos riscos assumidos, configurando-se os pressupostos para a recomposição da equação econômico-financeira (...)

³⁰ Item 57 da Resposta da ANTT, grifo no original.

A concepção da concessão, seja na versão contemplada no edital, seja nos aspectos pertinentes à proposta, foram impactados. (...)

Os eventos verificados atingiram todos os setores da economia brasileira. Não se tratou de uma situação delimitada, mas de uma crise sistêmica sem paralelos na história brasileira. (...) *Nem caberia contrapor que a elevação da onerosidade quanto à execução do Contrato teria decorrido de uma proposta elaborada em respaldo nos fundamentos econômicos exigíveis. (...)*

a Consulente [MSVia] formulou proposta compatível com as circunstâncias contemporâneas à sua elaboração. Não houve assunção de premissas inadequadas ou excessivas. Não se verificou formulação otimista ou a assunção irresponsável de riscos. (...)

*o rompimento da relação a compensar os efeitos nocivos verificados. (...) Mais ainda, **o próprio Contrato previu que, nas hipóteses de quebra da equação econômico-financeira em virtude de caso fortuito ou força maior, seria cabível a sua recomposição. A solução consagrada no Contrato apenas reitera a interpretação pacífica adotada no âmbito das concessões de serviço público***³¹.

48. Conforme se vê, o parecerista afirmou taxativamente não apenas a necessidade de aplicação da teoria da imprevisão ao Contrato, como salientou que *o próprio Contrato dispôs sobre a atribuição da responsabilidade ao Poder Concedente em decorrência de caso fortuito ou força maior*, nos termos da Cláusula 21.2.4. Como se não bastasse, concluiu pela absoluta extraordinariedade dos eventos que se abateram sobre o Contrato, a justificar a recomposição de equilíbrio contratual.

49. É vã, portanto, a tentativa da Requerida de descolar a teoria da imprevisão dos contratos de concessão regidos pela Lei nº 8.987/1995, ao argumento de que *“qualquer tentativa de qualificação de eventos como extraordinários devem ser tomados com bastante cautela e rigor”*³².

50. Como comprovado pela Requerente em suas Alegações Iniciais, a extraordinariedade dos eventos que se surtiram efeitos sobre o Contrato foi afirmada categoricamente pelo Governo Federal, pelo Congresso Nacional (culminando na edição de legislação para tentar contornar a situação) e pela própria ANTT, no *Diagnóstico e Alternativas frente à queda de desempenho das Concessões Rodoviárias Federais*³³.

51. Aliás, sobre o Diagnóstico em questão, a Requerida abre um tópico em sua peça com o intento de desacreditá-lo³⁴, afirmando que se trata de *“documento genérico e não abrange análise de dados*

³¹ Anexo M-031 – Parecer elaborado por Marçal Justen Filho, pp. 40-53.

³² Item 61 da Resposta da ANTT.

³³ Anexo M-003 – Diagnóstico e Alternativas frente à queda de desempenho das concessões rodoviárias federais, elaborado pela ANTT.

³⁴ Itens 100 a 105 da Resposta da ANTT.

de qualquer contrato de concessão específico” e de “peça apócrifa, ou seja, não foi assinado pelos técnicos da Agência e não foi submetido à deliberação da Diretoria-Colegiada (...) motivo pela qual não pode ser reconhecido como decisão tomada pela ANTT”.

52. As alegações da Requerida no ponto beiram a litigância de má-fé.

53. Ora, **o referido documento foi elaborado pela Superintendência de Exploração Rodoviária (“SUINF”), da própria ANTT**, portanto nada tem de apócrifo. Foi produzido a partir de Audiência Pública ocorrida em 14 de setembro de 2018 na Câmara dos Deputados para discutir os diversos impactos causados às concessões da 3ª Etapa, e **formalmente enviado por meio do Ofício Circular nº 01/2018, de 18 de setembro de 2018, da Diretoria Geral da ANTT**, a nada menos do que 11 autoridades públicas e líderes de organizações da sociedade civil³⁵, em mais uma evidência documental para a qual a Requerida pretende fechar os olhos.

54. Com o intuito de reforçar os seus relevantes fundamentos, a Requerente apresenta, nesta oportunidade, mais um documento a comprovar as conclusões da ANTT de que agora a Agência intenta se afastar: a cópia das Notas Taquigráficas da Audiência Pública ocorrida na Câmara dos Deputados³⁶. Representaram institucionalmente a ANTT, na ocasião, o titular da SUINF, Fábio Luiz Lima de Freitas, e o então Diretor-Geral da Agência, Mario Rodrigues Junior.

55. As falas das referidas autoridades são contundentes e bem demonstram o reconhecimento da extraordinariedade da crise econômica e de seus efeitos sobre os contratos de concessão da 3ª etapa, de forma bastante similar àquela retratada no *Diagnóstico*, que a Agência procura fazer tábula rasa na presente arbitragem.

56. Ao longo da apresentação de slides realizada durante a Audiência Pública e já acostada neste Procedimento Arbitral, afirmou de maneira segura o titular da SUINF:

³⁵ Anexo M-068 – Ofício-Circular nº 001/2018/DG/ANTT.

³⁶ Anexo M-069 – Notas Taquigráficas da Audiência Pública ocorrida na Câmara dos Deputados, em 14.8.2018.

“(…) entre 2015 e 2016, de fato, o PIB decresceu 7,4%. Na nossa projeção inicial para aquele que fez a oferta, o Governo e todas as instituições financeiras do País da época, como BACEN, davam em torno de 3%, 3,5% de crescimento. A mais pessimista era 2,5%. Na realidade, houve 7,5% de decréscimo. (...) O tráfego então, na média, em relação aos EVTEAs — Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental de proposta, caiu 13%.

(...)

Dado esse diagnóstico, que DEMONSTRA A CLARA INSOLVÊNCIA IMINENTE DESSES PROJETOS, nós temos, então, como agência reguladora, hoje três opções: a caducidade, a relicitação e a revisão quinquenal.”³⁷

57. Na sequência, também representando institucionalmente a Agência, o seu Diretor-Geral aproveitou para fazer, nas suas próprias palavras, *“um desabafo e um apelo”*, no sentido de conclamar apoio do Congresso, do TCU e do Ministério Público para que pudesse ser promovida a revisão quinquenal dos contratos, com a anuência dos órgãos de controle:

“Vejam bem, hoje a Agência está estudando as revisões quinquenais e está estudando a questão da relicitação. Nós já iniciamos alguns processos de caducidade, porque infelizmente não houve outro caminho. AGORA NÓS ESTAMOS CHEGANDO AO MOMENTO DO CAOS. AS CONCESSÕES NÃO VÃO SOBREVIVER. Ou todos nós tentamos criar instrumentos para que se resolva definitivamente isso ou haverá um caos. Nós teremos, daqui a não sei quanto tempo, ou relicitação ou caducidade na maioria das concessões. Essa é a realidade. Eu não estou aqui para discursar.

(...) [sobre a revisão quinquenal] **Acho que os órgãos de controle deveriam, se esse for o caminho, executar isso junto conosco. Hoje eu acho muito mais fácil trazer à análise antes do que fazer para depois ser analisado e ser aceito ou não.** Para nós e os nossos técnicos isso é difícil. Hoje é cada vez mais frequente, quando se pede a um técnico alguma coisa, ele dizer: *“Eu concordo, mas eu não vou assinar isso porque eu não sei o que o TCU ou os órgãos de controle vão fazer em relação a isso”*. Não estou acusando técnicos ou pessoas. Estou dizendo como isso funciona hoje e mostrando a nossa dificuldade”.³⁸

58. Como se vê, as Notas Taquigráficas nada mais fazem do que confirmar – uma vez mais – o reconhecimento institucional da ANTT da extraordinariedade da crise econômica de 2015-2016 e a inviabilidade das concessões da 3ª Etapa. Houve manifestações explícitas de representantes da Agência nesse sentido e ainda propondo a realização de revisão quinquenal para recomposição do desequilíbrio dos contratos, a qual, afinal, não foi levada a efeito, agravando ainda mais o verdadeiro *“caos”* (nas palavras do próprio Diretor da ANTT) vivenciado pelas concessionárias.

³⁷ Anexo M-022 – Apresentação “Concessões da 3ª Etapa Diagnóstico e Alternativas” da Comissão de Viação e Transportes, de 14.08.2018.

³⁸ Anexo M-069 – Notas Taquigráficas da Audiência Pública ocorrida na Câmara dos Deputados, em 14.8.2018, p. 11.

59. Por fim, destaque-se mais uma incorreção nas afirmações da ANTT, qual seja, de que “*este documento é genérico e não abrange a análise de dados de qualquer contrato de concessão específico*”³⁹, sendo que o Diagnóstico se refere especificamente a dados da MSVIA e da BR-163, objeto da concessão, ao menos três vezes⁴⁰:

| RODOVIA(S) | TRECHO(S) | EXT.(km) | CONCESS. | ASSINATURA CONTRATO | INICIO DO CONTRATO | PRAZO | FIM DO CONTRATO |
|-------------------------|---|---------------|---------------|---------------------|--------------------|----------------|-------------------|
| BR-101/ES/BA | Divisa RJ/ES - Entr. BA-698 | 475,9 | ECO 101 | 17/04/2013 | 18/04/2013 | 25 anos | 17/04/2038 |
| BR-050/GO/MG | Entr.com BR-040 - Divisa MG/SP | 436,6 | MGO RODOVIAS | 05/12/2014 | 06/12/2014 | 30 anos | 05/12/2044 |
| BR-060-153-262/DF/GO/MG | Entr. BR-251/DF – Entr.BR-381/MG | 1176,5 | CONCEBRA | 31/01/2014 | 01/02/2014 | 30 anos | 31/01/2044 |
| BR-163/MS | Divisa MT/MS – Divisa MS/PR | 847,2 | MS VIA | 12/03/2014 | 13/03/2014 | 30 anos | 12/03/2044 |
| BR-163/MT | Entr.o MT-220 – Divisa MT/MS | 850,9 | ROTA DO OESTE | 12/03/2014 | 13/03/2014 | 30 anos | 12/03/2044 |
| BR-040/DF/GO/MG | Entr. BR-251/DF – Juiz de Fora/MG | 936,8 | VIA 040 | 12/03/2014 | 13/03/2014 | 30 anos | 12/03/2044 |
| BR-153/TO/GO | Entr. da BR-060 em Anápolis - Entr.com a TO-070 | 624,8 | GALVÃO | 11/09/2014 | 12/09/2014 | 30 anos | 11/09/2044 |
| TOTAL | | 5348,7 | | | | | |

“**MSVIA – BR-163 MS** – (Início na divisa com o estado do MT e término na divisa com o PR) – Previsão de duplicar 806,3 km até abril de 2019. Hoje essa obra de duplicação encontra-se com 150km liberados ao tráfego até o momento (19%)”

| ANO | VIA040 | MGO | CONCEBRA | MSVIA | CRO |
|-------------|--------|-------|----------|--------------|--------|
| 2016 | 0,88% | 0,14% | 0,83% | 0,27% | -1,88% |
| 2017 | 2,65% | 1,19% | 1,77% | 2,17% | 0,00% |
| 2018 | 9,10% | 6,33% | 9,48% | 9,45% | 5,68% |

60. Portanto, é certo que a narrativa construída pela ANTT não resiste à realidade dos fatos.

II.4 Dos eventos que desequilibraram o Contrato de Concessão

II.4.1 Imprevista e Imprevisível Crise Econômica

61. A ANTT alegou que a crise econômica de 2015-2016 não justificaria a necessidade de recomposição do desequilíbrio do Contrato, eis que “*a existência de crises econômicas periódicas não pode ser encarada como circunstância extraordinária na economia mundial contemporânea*”⁴¹.

³⁹ Item 101 da Requerida da ANTT.

⁴⁰ **Anexo M-003** – Diagnóstico e Alternativas frente à queda de desempenho das concessões rodoviárias federais, elaborado pela ANTT, pp. 4 e 8.

⁴¹ Item 74 da Resposta.

Considerando que o Contrato em foco é de longo prazo, disse que riscos de crises econômicas são *“devidamente previsíveis e administráveis quando sob a égide de uma gestão eficiente”*⁴², imputando à Requerente uma suposta má gestão de recursos.

62. Contudo, esse argumento da ANTT ignora por completo que ela própria reconheceu que *“inferências estatísticas apontam para uma forte **imprevisibilidade** da recessão econômica vivida entre 2015 e 2016”* e que *“**mesmo nos cenários mais pessimistas que poderiam balizar as propostas econômicas ofertadas nos leilões das rodovias, é pouco provável que se considerasse hipóteses com menos de 0,27% de probabilidade de ocorrência**”*⁴³.

63. Independentemente do malabarismo argumentativo da ANTT, não se pode perder de vista que a crise de 2015-2016 foi a **pior crise da história republicana**, reconhecida como tal não só pela ANTT, mas também por diversas autoridades públicas⁴⁴.

64. A gravidade da crise de 2015-2016 foi tamanha que levou o Governo Federal a editar duas Medidas Provisórias, uma das quais convertida em lei justamente para tentar minorar os problemas dela decorrentes. Os efeitos da crise sobre os contratos de concessão rodoviária foram debatidos em Audiências Públicas no Congresso Nacional⁴⁵ e foram objeto de minucioso estudo elaborado no âmbito da SUINF, no Diagnóstico que agora a Requerida busca sublimar.

65. A leitura da Exposição de Motivos das Medidas Provisórias editadas pelo Governo Federal é suficiente para desmontar as infundadas alegações da Agência de que os prejuízos experimentados

⁴² Item 167, (i), da Reposta.

⁴³ **Anexo M-003** – Diagnóstico e Alternativas frente à queda de desempenho das concessões rodoviárias federais, elaborado pela ANTT, p. 1.

⁴⁴ Em matéria publicada na Folha de São Paulo, durante o governo Temer, consta o seguinte: “O presidente afirmou que o país vive a ‘pior crise de sua história’, decorrente do desequilíbrio das contas do governo. (...) A lista é longa e nos leva a algumas conclusões incontornáveis. **A crise que enfrentamos é a mais grave da história**” <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/09/1818339-a-culpa-nao-foi-minha-diz-temer-sobre-a-cri-se-no-brasil.shtml?origin=folha>, Acesso em 17.8.2020. No mesmo sentido, o então Secretário do Programa de Parcerias e Investimentos (PPI) Moreira Franco afirmou: “Temos consciência de que **o país vive a mais profunda crise econômica da nossa história**, e as consequências do ambiente de depressão se fazem presentes não só no dia a dia das pessoas, mas também afetam a vida das empresas e o próprio governo. Por isso, a necessidade de olhar o passado se impõe. (<https://oglobo.globo.com/economia/governo-vai-alterar-contratos-de-seis-rodovias-ja-leiloadas-19798278>, Acesso em 19.11.2020).

⁴⁵ **Anexos M-069** – Notas Taquigráficas da Audiência Pública ocorrida na Câmara do Deputados.

pela Requerente “*decorreram de sua conduta empresarial ineficiente*”⁴⁶, porquanto chamam atenção para o tamanho da crise experimentada, e de maneira bastante contundente:

Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 752/2017:

*“A Medida Provisória ora proposta **objetiva reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável”.***

Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 800/2017:

*“Com o início dos contratos, ao contrário do que se projetava para a economia brasileira, o que se constatou foi uma grave deterioração das variáveis macroeconômicas no cenário nacional nos últimos anos, com dois anos sucessivos de quedas expressivas no Produto Interno Bruto (PIB), de 3,8% em 2015 e 3,6% em 2016. Esse cenário trouxe restrições à liquidez financeira de outrora, inviabilizando a tomada de empréstimos de longo prazo nas condições veiculadas quando da elaboração do Programa de Investimentos em Logística - PIL. À época da realização dos leilões dos sistemas rodoviários em questão, o Brasil passava por período de forte crescimento econômico, tendo registrado crescimento médio anual do PIB de aproximadamente 4% no período 2010-2013. **A crise econômica atingiu fortemente a modelagem prevista para esses contratos, a partir das já mencionadas quedas no PIB.***
(...)

66. Portanto, a verdade é que a crise econômica de que trata a presente arbitragem nada tem de ordinária e nem faz parte dos ciclos econômicos de expansão e contração do sistema capitalista. Foi, ao revés, um período de recessão avassalador, verificado exclusivamente no Brasil e jamais experimentado na história recente do país, com notórias consequências deletérias nos mais diversos campos: social, econômico e político. No caso das concessões de rodovia da 3ª Etapa, as consequências foram severas que, como frisado nas Alegações Iniciais, o Governo foi forçado a editar duas Medidas Provisórias, uma delas criando um instituto jurídico novo – a relicitação – para buscar amenizar o problema, por meio da extinção antecipada de algumas das concessões afetadas pela crise, como é o caso, inclusive da própria BR-163/MS.

67. É evidente que os agentes econômicos, ao participar de licitações, não poderiam precificar crise de tamanha intensidade e extraordinariedade, especialmente se tratando de crise interna, que ocorreu apenas no Brasil. **Entender o contrário, seria, em última análise, negar a própria existência de eventos de força maior, que, como visto, consubstanciam risco atribuído ao Poder Concedente, nos expressos termos do contrato (Cláusula 21.2.4).**

⁴⁶ Item 167, (ii), da Resposta.

68. Os efeitos da crise, catastróficos e irresistíveis, não eram razoavelmente previsíveis para os analistas mais pessimistas, nem mesmo para o Tribunal de Contas da União, como também demonstrado pela Requerente em suas Alegações Iniciais, em acórdão que analisou *especificamente* o edital que deu origem ao Contrato em debate⁴⁷ – documento oficial cuja existência, mais uma vez, não foi objeto de consideração pela ANTT.

69. Como se vê, a narrativa de que parte a Requerida não encontra ressonância nos dados e fatos da realidade.

70. Como explica a Vallya, analisando a série histórica do PIB, *“não se tratou de uma crise ordinária ou até mesmo já observada na história da economia brasileira. A crise iniciada em 2014 foi a maior da história brasileira cuja principal consequência (queda no nível da atividade econômica) ainda não tinha sido superada até o final de 2019, seis anos depois”*^{48 -49}.

71. O gráfico abaixo traz uma conclusão amarga, mas elucidativa, para fins de comprovação do que aqui se expõe: *“Ao avaliar a média móvel de 6 anos das taxas de crescimento [linha vermelha do gráfico], conclui-se que **é a primeira vez na história do país que se atingiu um patamar negativo. Ineditismo que será ainda mais intenso considerando os recentes efeitos da pandemia causados pelo novo coronavírus**”*⁵⁰.

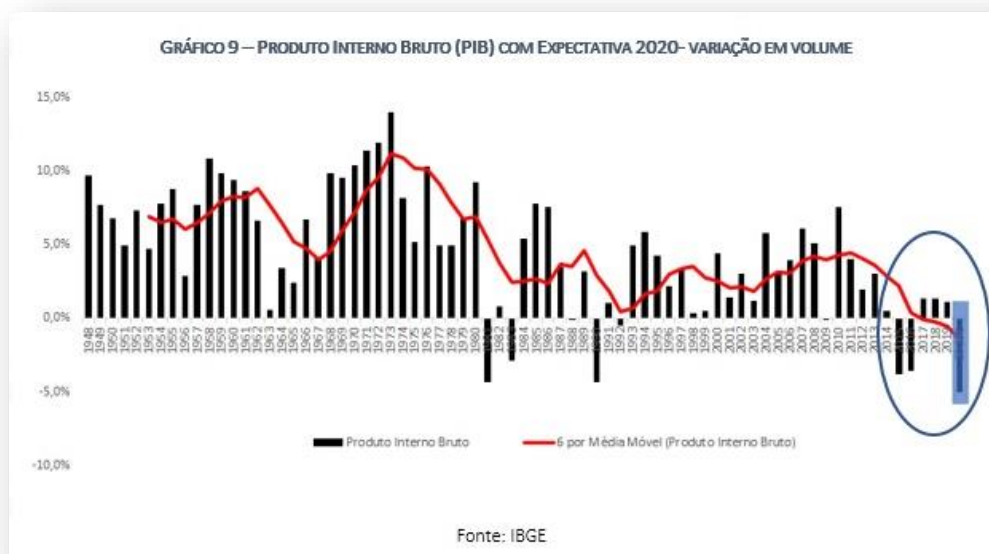
⁴⁷ Como se lê do Acórdão 3.033/2013 (M-019), a partir de observações da área técnica (“Sefid Transporte”), chegou-se a debater em minúcias, no Tribunal de Contas da União (“TCU”), se o percentual do PIB a ser utilizado no EVTE da licitação que deu origem ao Contrato em análise deveria ser de 2,5% ou 3,0%, **prevalecendo a utilização do percentual de 2,5%, considerado até mesmo conservador pelo TCU**

⁴⁸ **Anexo M-067** – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consultoria Vallya, p. 25.

⁴⁹ No mesmo sentido, é o estudo de Raul Velloso: *“Como se sabe, o resultado para o biênio 2015/2016 terá sido catastrófico: em 2015 o PIB brasileiro caiu 3,8% e, para 2016, as expectativas, de acordo com a mesma pesquisa Focus, coletadas em julho último, são de queda adicional de 3,2%, totalizando queda de 7% no período. Trata-se da maior contração do PIB desde 1900, quando se iniciou a série. Antes do biênio 2015/2016, o pior biênio da história havia ocorrido em 1931, quando o PIB contraiu 5,3%.*

Similarmente, se considerarmos o crescimento acumulado em três anos, o período de 2014/2016 também terá sido o pior da história, com queda do PIB de 6,9%. Até então, o pior triênio do período amostral havia sido na recessão do início dos anos 1980, quando o PIB caiu 6,3% entre 1981 e 1983. O terceiro pior triênio foi durante a Grande Depressão, com o PIB tendo caído 4,3% no período 1929/1931. Ou seja, o resultado da economia foi o pior de nossa história”. **Anexo M-021** – *“Recessão Extraordinária e o Abalo das Concessões de 2013”*, por Raul Velloso.

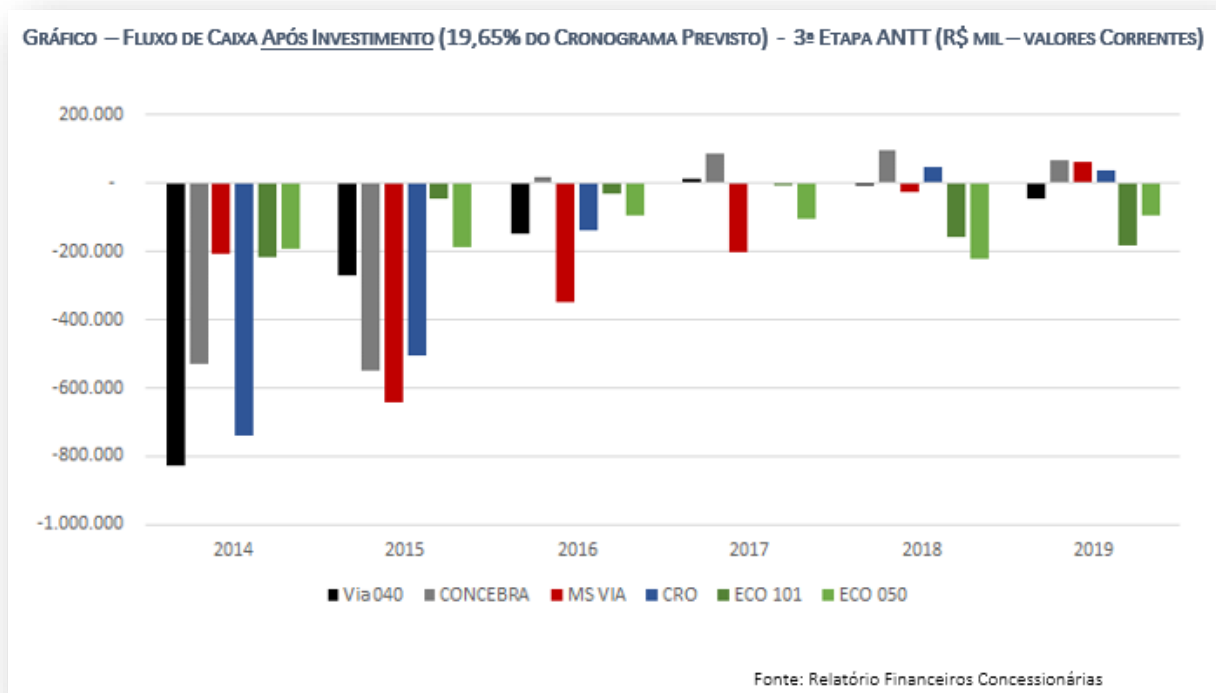
⁵⁰ **Anexo M-067** – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consultoria Vallya, p. 26.



72. Observe-se, ainda, que, ao invés de justificar e explicitar o porquê de acusar a Requerente de ter adotado uma “*conduta empresarial ineficiente*”, a ANTT preferiu silenciar.

73. Tampouco se pronunciou a Requerida sobre o fato de a crise não ter atingido somente a Requerente, mas também as demais Concessões da 3ª Etapa com maior volume de investimentos, como tecnicamente demonstrado pela Concessionária nas Alegações Iniciais⁵¹:

⁵¹ Interpretando o gráfico acima, observa a Vallya, que se percebe “*que as seis concessões elencadas amargaram severos prejuízos operacionais desde os respectivos inícios, além de não apresentarem, pelo menos até 2019, resultados operacionais que sinalizem a possibilidade de retorno sobre os investimentos realizados. O gráfico não considera a Galvão novamente pela decretação de caducidade, ou seja, seu cenário provavelmente seria ainda pior que as demais. No caso, é preciso atentar que são apenas seis anos de vigência dos contratos em projetos com duração de 30 anos. A partir de 2017, diante da restrição de crédito e redução abrupta nas demandas de tráfego previstas nos EVTE, as perdas foram minoradas com a suspensão ou prorrogação dos investimentos pelas empresas, medida imprescindível para sua solvência, o que não impediu a aplicação de penalidades pela ANTT, prejudicando ainda mais o fluxo de caixa operacional*” (Anexo M-020 – Sumário Executivo elaborado pela Consultoria Vallya, p. 29).



74. Em suma, as genéricas alegações da ANTT não têm o condão de alterar a realidade fática e jurídica aqui exposta, nem de desqualificar a robustíssima prova técnico-documental apresentada pela Requerente em suas Alegações Iniciais e reforçada nesta Réplica.

II.4.2 Drástica Redução do Volume de Tráfego

75. Além de negar a extraordinariedade da maior crise na era republicana brasileira, a Requerida afirmou que o volume de tráfego é risco da Concessionária, de acordo com a Cláusula 21.1.1 do Contrato, e que a flutuação de demanda deveria ser absorvida pela Requerente.

76. Para sustentar seu argumento, apresentou gráfico segundo o qual, em termos absolutos, as receitas percebidas pela Requerente se mantiveram em uma faixa estável ao longo dos 5 primeiros anos do contrato e aludiu à experiência de outros países que adotam modelagem contratual com compartilhamento do risco da demanda.

77. Mais uma vez, sem razão a Requerida.

78. Como já exposto nas Alegações Iniciais, o **risco de variação de volume de tráfego assumido pela Concessionária na Cláusula 21.1.1 do Contrato circunscreveu-se apenas ao risco ordinário, ou seja, decorrente das flutuações circunstanciais**. São, pois, aqueles riscos previstos ou previsíveis, que o participante da licitação é capaz de razoavelmente antecipar em seus cálculos e projeções.

79. Ou seja, enquanto a queda *ordinária* de volume de tráfego – decorrente de flutuações previstas ou previsíveis – é de responsabilidade da Concessionária, a queda extraordinária – impossível de ser prevista, projetada ou calculada pelos participantes da licitação –, configura evento de força maior, de responsabilidade do Poder Concedente, por expressa dicção contratual (Cláusula 21.2.4).

80. É relevante notar que a queda acumulada do PIB observada no período em questão é *ainda maior* do que a decorrente da pandemia, se considerada a expectativa do PIB para o próximo ano⁵².

81. E é absolutamente inócuo afirmar que “em termos absolutos, as receitas percebidas pela Requerente se mantiveram em faixa estável”, já que, em relação à expectativa de receita projetada nos estudos, houve grande retração. Isso porque, receita estável não significa saúde financeira do projeto, sobretudo quando for nitidamente inferior às projeções iniciais.

82. Consoante se observa do gráfico a seguir, elaborada pela Vallya, a perda de receita decorrente na queda de tráfego, em menos de 4 anos, cresceu vertiginosamente, chegando ao montante acumulado de R\$ 240 milhões, o que equivale a quase a receita tarifária auferida em um ano inteiro:

⁵² Considerando o Relatório FOCUS de outubro, a projeção atualizada de crescimento do PIB brasileiro em 2020 está em aproximadamente -5,0%, seguido por uma retomada da economia mais forte em 2021, da ordem de 3,3%, e posterior crescimento a uma taxa de 2,5% em 2022 e 2023.



83. A extraordinariedade da crise ocorrida em 2015-2016 já foi sobejamente demonstrada pela Requerente, inclusive nesta Réplica⁵³. E é o próprio Contrato que atribui ao Poder Concedente a responsabilidade por eventos de caso fortuito ou força maior.

84. Essa particularidade foi inclusive anotada pelo PROF. MARÇAL JUSTEN FILHO, em parecer já acostado a estes autos:

“Mais ainda, o próprio Contrato previu que, nas hipóteses de quebra da equação econômico-financeira em virtude de caso fortuito ou força maior, seria cabível a sua recomposição. A solução consagrada no Contrato apenas reitera a interpretação pacífica adotada no âmbito das concessões de serviço público”⁵⁴.

85. Ainda, com o intento de parametrizar o percentual de redução de tráfego que permitiria o reequilíbrio a partir de experiências alienígenas, a Requerida selecionou tendenciosamente o exemplo dos Estados do Texas e da Virgínia nos Estados Unidos da América, locais em que se

⁵³ O reflexo da crise no volume de tráfego das concessões rodoviárias foi, inclusive, especificamente reconhecido pelo Governo Federal na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 800/2017: “A retração econômica acarreta prejuízos às concessões rodoviárias em diferentes frentes. (...) a geração de receita por parte da concessão é drasticamente afetada devido à queda do volume de tráfego geral da rodovia. Esse movimento é ainda mais acentuado sobre os veículos pesados, os quais possuem forte elasticidade em relação ao comportamento do PIB, além de responderem pelos maiores multiplicadores tarifários. Destarte, a arrecadação das concessões vem se descolando sobremaneira das projeções realizadas quando da elaboração dos estudos de viabilidade que orientaram os lances ofertados nos leilões realizados.”

⁵⁴ Anexo M-031 – Parecer elaborado por Marçal Justen Filho, p. 53.

considera “ordinária e, portanto, sem direito ao reequilíbrio, oscilação negativa de receita de até 40%”⁵⁵.

86. Note-se que a afirmação da Requerida, nesse ponto, vem desacompanhada de quaisquer outros dados a respeito das concessões invocadas como precedentes. E não permite supor que as outras milhares de concessões rodoviárias existentes no mundo admitiriam o mesmo percentual de oscilação negativa sem direito ao reequilíbrio. Justo ao contrário, **o fato de a ANTT apenas ter sido capaz de aleatoriamente pinçar apenas 2 (dois) casos no mundo todo sugere que esta é a exceção – e não a regra.**

87. Não por outra razão, o próprio trabalho acadêmico utilizado pela ANTT apresenta exemplos diversos. Logo na sequência da referência aos dois casos nos Estados Unidos, a dissertação cita um projeto rodoviário na Coreia do Sul onde a queda de 30% extrapolaria o razoável para o risco de demanda. Um exemplo muito mais próximo da rodovia concedida é a PPP da Tamoios. Temos ali uma concessão nacional, com prazo de 30 anos e previsão de duplicação da pista em trecho consideravelmente menor. Neste caso, há compartilhamento do risco de demanda para qualquer alteração de receita superior a 10%⁵⁶.

88. Logo, a comparação do presente caso com o das rodovias norte-americanas citadas pela ANTT é completamente descabida e arbitrária. São inúmeras as variáveis passíveis que pesam na avaliação sobre o grau de oscilação negativa que enseja o direito ao reequilíbrio.

89. Como se percebe de um outro estudo que agora a Requerente traz à colação, realizado pela própria ANTT comparando contratos internacionais de concessão de rodovias⁵⁷, três dados relacionados à Indiana Toll Road são completamente distintos da presente : (i) trata-se de rodovia de 251km; (ii) o contrato tem prazo total de 75 anos; e (iii) não é prevista para a concessionária a obrigação de duplicação da rodovia.

⁵⁵ Item 98 da Resposta.

⁵⁶ Anexo M-070 - Dissertação de Mestrado de Maria Caroline dos Santos Rangel.

⁵⁷ Anexo M-071 – Estudo Internacional de Contratos de Concessão Rodoviária, também disponível no website da Agência: <https://portal.antt.gov.br/documents/363688/389038/Estudo+Internacional+de+Contratos+de+Concessão+de+Rodovias.pdf/7756481f-e494-1761-916d-48dc37428514?t=1592175951190>.

90. Para efeito de singela aproximação analítica, o Contrato da BR-163/MS refere-se a rodovia de 845,4 km (portanto, extensão mais do que tripla se comparada ao exemplo americano), tem duração de 30 anos (40% do período do contrato americano referido), e previa a duplicação integral da rodovia *nos primeiros cinco anos* do ajuste.

91. Esses três fatores cotejados já evidenciam que uma queda extraordinária de arrecadação tarifária no contrato brasileiro tem consequências muito mais graves do que no exemplo americano, no qual sequer são necessários investimentos para a duplicação da rodovia. Isso sem falar na disparidade entre os contextos econômicos de Brasil e EUA, que, por si só, já afetaria quaisquer especulações comparativas, tais como a pretendida pela ANTT.

92. É certo, assim, que singularizar como faz a Requerida um único dado de determinados estados norte-americanos para tentar afastar a pretensão indenizatória no presente caso é absolutamente atécnico e indevido. A ANTT claramente pretende comparar o incomparável, “apples and oranges” como se diz no jargão norte-americano.

93. Superado esse ponto, a demonstrar que o argumento invocado pela ANTT é inservível, a Requerente chama atenção novamente para o Volume Diário Médio Anual - VDMA esperado para a concessão, previsto no EVTE, era sempre muito superior àquele observado na prática:

TABELA 9 – VOLUME DE TRÁFEGO REAL VS EVTE – NÚMERO DE VEÍCULOS

| | Real | EVTE | % |
|-------------|------|------|--------|
| 2015 | 48,7 | 63,2 | -23,0% |
| 2016 | 46,3 | 65,3 | -29,1% |
| 2017 | 45,5 | 67,4 | -32,5% |
| 2018 | 46,0 | 69,6 | -34,0% |
| 2019 | 46,3 | 70,9 | -34,7% |

Fonte: EVTE e MSVia

94. Uma queda de cerca de 30% no volume de tráfego projetado de qualquer rodovia já configuraria, em qualquer caso, um cenário desastroso. Na hipótese sob análise, porém, a queda teve efeitos ainda mais devastadores, pois a brusca redução da receita ocorreu justamente nos primeiros

anos da concessão, um período crítico no qual deveriam ser realizados vultosos investimentos para as obras de duplicação de pistas em toda a rodovia concedida.

95. Impossível, assim, entender-se, como pretende a Requerida, que a redução no volume de tráfego estaria “dentro da normalidade”.

II.4.3 Mudanças nas Condições de Financiamento e Juros que alteraram as principais premissas da Concessão

96. Para buscar refutar o constatado desequilíbrio em razão da drástica alteração das condições de financiamento e das taxas de juros (premissas básicas para a estruturação e precificação da proposta da Requerente), a ANTT insistiu em dizer que a Cláusula 26.3 do Contrato alocaria o risco do financiamento exclusivamente à Concessionária.

97. Afirmou ainda, com suporte na Nota AST/DECRO nº 035/2020, que *“os impactos da crise na obtenção do financiamento foram nulos”*, que a Requerente teve acesso à linhas de crédito, mas não teria tido *“habilidade gerencial necessária para conferir continuidade ao referido contrato e garantir a normalidade do ciclo de desembolso de seus créditos bancários”*.

98. Ademais, aduziu que não haveria vinculação entre a Carta de Apoio dos Bancos Públicos e a execução do Contrato, que não houve reconhecimento da inviabilidade dos contratos de infraestrutura pelas Medidas Provisórias nº 752/2016 e nº 800/2016, e, por fim, invocou precedente constante de sentença parcial de mérito proferida nos autos do Procedimento Arbitral nº 23433/GSS/PFF que entende abonar a sua tese.

99. Também aqui os argumentos da Requerida ANTT não se sustentam.

100. Novamente, a Requerida insiste em misturar situações de risco ordinário e risco extraordinário, apegando-se à Cláusula 26.3 como se fosse a única norma cogente. A ANTT olvida que o próprio Contrato atribuiu ao Poder Concedente a responsabilidade por riscos de caso fortuito ou

força maior (Cláusula 21.2.4) e, que, ainda que assim não fosse, a teoria da imprevisão socorreria as concessionárias no caso de assunção de riscos extraordinários⁵⁸.

101. Ademais, a afirmação da Requerida de que “segundo esclarecimentos do próprio Banco financiador, os impactos da crise na obtenção do financiamento foram nulos” (item 126 de sua Resposta) tem por propósito induzir esse Tribunal Arbitral em erro.

102. De fato, a Requerente, diferentemente da maioria das demais concessionárias da 3ª Etapa, logrou celebrar contrato de financiamento de longo prazo com o BNDES⁵⁹. Contudo, apesar de regularmente iniciada a execução do contrato, *por conta dos efeitos diretos da crise econômica*, não foi possível dar continuidade à sua execução⁶⁰, já que os financiamentos foram aprovados pelo BNDES e pela Caixa Econômica Federal⁶¹ sob a condição resolutiva de a Requerente atingir *covenants* financeiros⁶², tais como um Índice de Cobertura sobre o Serviço da Dívida Projetado para 2020 (ICSD projetado) $\geq 1,2$.

103. Na prática, porém, os demais desembolsos não puderam prosseguir, seja pela discussão entre a Requerente e Requerida do cronograma de investimentos, seja porque o ICSD projetado não atingiria o limite mínimo de 1,2, tendo em vista que seu cálculo considera condições que se verificaram altamente desfavoráveis e totalmente alheias a ações ou omissões atribuíveis à Requerente, e que estão diretamente relacionadas à gravíssima crise econômica ocorrida, como bem esclarece a Vallya⁶³:

⁵⁸ Como observa MARÇAL JUSTEN FILHO em seu parecer acostado a estes autos, “[a] regra contratual atribuindo a integralidade de certos riscos ao concessionário não é imune à ressalva da teoria da imprevisão. Ou seja, as obrigações e os riscos assumidos estavam limitados em vista das projeções possíveis quando ao futuro. Nenhuma regra contratual é apta a afastar a teoria da imprevisão. M-031 – Parecer elaborado por Marçal Justen Filho.

⁵⁹ Anexo M-072 – Contrato de Financiamento com o BNDES.

⁶⁰ A última liberação de parcela do financiamento ocorreu em março de 2017. Isso se deve ao fato de que os desembolsos dos contratos de financiamentos aprovados tanto pelo BNDES quanto pela Caixa Econômica Federal ocorreram *pari passu* com o cronograma físico e financeiro dos investimentos. No mês de abril de 2017, a MSVIA requereu à ANTT a instauração de procedimento de revisão do Contrato de Concessão para que, em síntese, fossem renegociadas as condições contratuais, com ênfase, mas não se limitando a ele, ao cronograma de investimentos originalmente pactuado.

⁶¹ Anexo M-073 – Contrato de Financiamento com a Caixa Econômica Federal.

⁶² *Covenants* são compromissos assumidos pelas partes em contratos de financiamento que servem para avaliar a capacidade de pagamento do devedor.

⁶³ Anexo M-067 – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVIA elaborado pela Consultoria Vallya, p. 52.

Ainda há de se destacar que, independente de oferecer condições subsidiadas, os bancos públicos necessitam de sustentabilidade financeira. Assim, para que os financiamentos sejam aprovados, o projeto deve se provar rentável e com capacidade de pagamento do serviço da dívida (juros e amortização), medido pelo Índice de Cobertura de Serviço da Dívida (“ICSD”). De forma simplificada, o ICSD é uma relação entre a geração de caixa do projeto dividida pelo serviço da dívida. As condições ofertadas no momento da licitação exigiam um ICSD igual ou superior a 1,2, bastante alinhado com o que tradicionalmente é praticado. Este número significa que o projeto tem um potencial de gerar caixa (faturamento descontando custos e impostos) superior a 20% das obrigações com pagamentos das dívidas. Esse percentual adicional é necessário, pois trata-se de projeções e que embutem um nível de incerteza.

A crise econômica teve impacto duplicado no ICSD. A primeira parcela do efeito é de a queda brusca no tráfego e nas projeções de crescimento para o curto e médio prazo reduziram as receitas tarifárias do projeto. Mais grave ainda é que os custos para a operação de uma rodovia são quase fixos, ou seja, reduzem muito pouco independente do volume de tráfego. Assim registou-se um forte efeito negativo na geração de caixa (a perda de faturamento até 2019 é estimada em R\$ 240 milhões).

A segunda consequência gerada pela recessão foi a elevação das taxas de juros, incluindo a TJLP. À época da concorrência, a TJLP estava em 5% (valor considerado no EVTE) e se elevou para 7,5% em 2016. Isso representa um aumento no pagamento de juros de 50%. Considerando um financiamento de R\$ 3 bilhões, este valor adicional é de R\$ 75 milhões por ano. (...)

Com essa piora na capacidade de pagamento do empreendimento causada pela crise econômica, os desembolsos efetivos dos financiamentos aprovados tiveram seu valor bastante reduzido em relação ao que se é necessário para viabilizar os investimentos requeridos. **A redução destes valores financiados se deu, especialmente, pois o projeto se mostrou inviável considerando os reflexos da crise econômica.**

104. Como se vê, portanto, foi justamente em decorrência da crise econômica, extraordinária e imprevisível, que a Concessionária iniciou as discussões sobre as obrigações contratuais com relação aos investimentos, por não alcançar o ICSD que permite a regular execução do financiamento contratado.

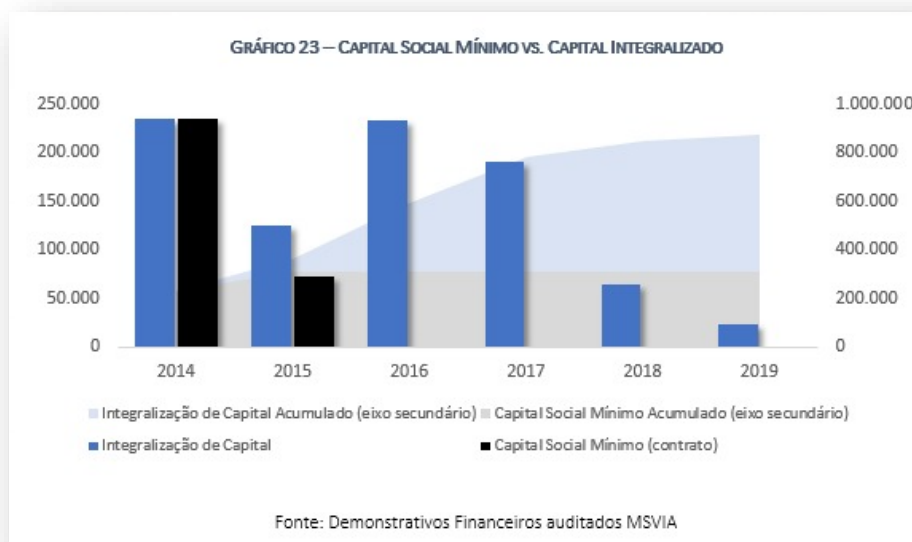
105. Também é errônea a afirmação da ANTT de que a suspensão da liberação dos créditos teria decorrido de falha na conduta gerencial da Requerente.

106. Na verdade, a restrição ao crédito e a interrupção dos desembolsos decorreram da superveniente inviabilidade do projeto, já que o não atendimento aos parâmetros de desempenho em virtude da crise econômica, além de outros fatores como a Lei dos Caminhoneiros, ocasionou uma redução do resultado operacional ao longo dos anos e a consequente revisão das projeções aplicáveis.

107. A Requerente fez tudo que estava ao seu alcance, porém não havia soluções alternativas capazes de mitigar os efeitos catastróficos da crise.

108. Lembre-se que os acionistas da CCR, além de prover as garantias aos credores no mesmo montante do saldo devedor do financiamento (R\$ 801 milhões), contribuíram com um aporte de capital de R\$ 871 milhões. Em outras palavras, o aporte dos acionistas foi superior ao total de empréstimo contraído, cenário totalmente atípico para uma concessão rodoviária.

109. Como destaca a Vallya, *“esta situação se torna ainda mais destoante do planejado ao comparar a integralização de capital realizada pelos acionistas com o montante exigido no contrato de concessão (capital social mínimo), representado no gráfico abaixo. O contrato exigia a integralização de R\$ 234 milhões em 2014, o qual foi efetuado pela CCR, e R\$ 73 milhões em 2015. Já em 2015 a CCR integralizou R\$ 125 milhões. Ao considerar todo período, o aporte de capital na MSVIA foi, portanto, 2,83 vezes superior ao mínimo exigido pelo Contrato de Concessão”*⁶⁴.



110. A necessidade de elevado aporte pelos acionistas, fruto de resultados operacionais insuficientes e da restrição ao mercado de crédito, chama mais atenção considerando que a CCR é,

⁶⁴ Anexo M-067 – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVIA elaborado pela Consultoria Vallya, p. 53.

indiscutivelmente, uma das empresas brasileiras com mais acesso ao mercado de capitais, além de uma das maiores companhias listadas na B3.

111. A emissão de debêntures de infraestrutura, como sugerido pela Requerida em sua Resposta, não seria a ferramenta adequada para atender a necessidade financeira do projeto, que demandava intensivos investimentos⁶⁵. Apenas para efeito de comparação, cumpria à Requerente realizar a duplicação de mais de 800km, enquanto que à MGO, única concessionária da 3ª Etapa que emitiu debêntures de infraestrutura, mencionada pela Requerida no item 157 de sua Resposta, cabia a duplicação de apenas 218,5km. Trazer para a discussão a MGO, única concessionária da 3ª Etapa que emitiu debêntures de infraestrutura, é claramente desproporcional e inadequado, pela notável diferença da intensidade de capital do projeto da MSVia frente à MGO. E vale mencionar que as debêntures são instrumento com prazo de pagamento de financiamento obtidos junto ao BNDES⁶⁶.

112. Tampouco seria suficiente para sanar os efeitos catastróficos da crise sobre os contratos de financiamento adotar a prática de capitalizar, ao saldo da dívida, o montante de juros referentes ao que exceder o limite de 6% da TJLP. Tal providência não altera o custo econômico do financiamento, limitando-se a postergar uma pequena fração do valor devido e a aumentar o valor das parcelas futuras da dívida⁶⁷.

⁶⁵ No caso da Requerente, o valor máximo aprovado pelos credores da MSVia para essa emissão foi de R\$ 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de reais), não sendo claramente a ferramenta adequada e/ou suficiente para atender à necessidade financeira do projeto, visto que nem os mesmos credores liberariam créditos adicionais à MSVia, tendo em vista o não atingimento da projeção do ICSD. A emissão de dívida no mercado de capitais conta com a prerrogativa de não ocorrência de eventos que possam afetar substancial e/ou adversamente a situação econômica e financeira da emissora. Novamente, a MSVia não poderia afirmar isso à qualquer investidor, tendo em vista o pleito de renegociação das condições do Contrato de Concessão que estava em curso junto à ANTT, bem como a Concessionária estava sob ameaça de instauração de processo de caducidade, nos termos da Resolução nº 5083, de 27 de abril de 2016, conforme Ofício nº 102/2018/SUINF, enviado em fevereiro de 2018 (**Anexo M-029**).

⁶⁶ Como esclarece Raul Velloso: “No Brasil, a situação é drasticamente diferente. Dadas nossas instituições, e com exceção do crédito imobiliário, somente o BNDES provê empréstimos de longo prazo. Excepcionalmente, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal, por serem bancos públicos e terem acesso a funding especial (como o FGTS), também oferecem algumas linhas de longo prazo, mas sempre no âmbito de uma política pública. Ou seja, dentro do sistema bancário nacional, a única opção de financiamento de longo prazo é com bancos públicos, notadamente o BNDES. Fora do sistema bancário, é possível se financiar, por exemplo, no mercado de títulos mobiliários, por exemplo, com a emissão de debêntures. (...) O problema é o custo, bastante acima da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), taxa-base do BNDES”. (**Anexo M-021** – “Recessão Extraordinária e o Abalo das Concessões de 2013”, por Raul Velloso).

⁶⁷ A medida, ademais, piora a projeção do ICSD, já que o saldo devedor aumenta com a capitalização dos juros.

113. Nem se alegue, por outro lado, que a Carta de Apoio dos Bancos Públicos não tem caráter vinculativo, “tratando-se de mera declaração de intenções”.

114. Recorde-se, nesse ponto, que primeira fase da 3ª Etapa PROCROFE, relativa ao leilão da BR-040 e da BR-116, acabou fracassando por conta da frustração dos investidores diante da falta de apoio por parte dos bancos públicos⁶⁸. Justamente para superar esse insucesso foi que o governo federal publicou a chamada Carta de Apoio, que não tinha outra intenção senão gerar confiança em potenciais investidores⁶⁹.

115. Por mais que a ANTT tente fechar os olhos para a realidade dos fatos, **o oferecimento do financiamento nos termos da Carta de Apoio definitivamente influenciou a decisão dos acionistas em participar do processo de licitação integrando a base objetiva do negócio**⁷⁰.

116. Nesse sentido, é a lição de FLÁVIO AMARAL GARCIA:

“As condições macroeconômicas de um país representam um dos principais pilares na atração de investimentos e na confiabilidade do ambiente de negócios. O mercado monetário, o mercado de crédito, o mercado de capitais e o mercado cambial compõem um conjunto de circunstâncias que são determinantes para a atração de recursos privados em contratos públicos, principalmente no setor de infraestrutura.

Questões como metas de inflação, a taxa de juros e câmbio são fundamentais na atração de recursos privados para negócios públicos. Esta conjuntura é decisiva para atrair em maior ou menor intensidade o setor privado, em especial o setor de infraestrutura (...)

Quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a própria matriz de risco) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, tem-se a quebra da base objetiva do negócio e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto”.

117. Foi com base nas condições de financiamento detalhadas no EVTE e na Carta de Apoio dos Bancos Públicos que os licitantes elaboram a sua proposta, especialmente considerando o fato de as

⁶⁸ <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-suspende-leilao-da-br-040-e-br-116-no-dia-30,141937e>

⁶⁹ <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/09/1337119-bancos-oficiais-baixam-custo-de-concessoes.shtml>

⁷⁰ GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.), Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 116-117).

obras de duplicação da rodovia encontrarem-se concentradas nos 5 primeiros anos da concessão, o que exigia imenso esforço financeiro por parte da Concessionária⁷¹.

118. Por fim, o precedente constante do Procedimento Arbitral nº 23433/GSS/PFF, referente à Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S/A, invocado pela Requerida, é completamente inaplicável à presente hipótese.

119. Diferentemente do presente caso, não se discute, naqueles autos, pedido de indenização decorrente de desequilíbrio econômico-financeiro por uma série de eventos (como é o caso presente), e sim a indenização devida pelos investimentos vinculados a bens reversíveis por força da **caducidade** do contrato.

120. No precedente invocado, a Concessionária Galvão não logrou obter nenhum financiamento e não fez nenhum investimento em obras de duplicação. Também sequer chegou a auferir receitas de pedágio ou formular pleito de relicitação, e essa foi a razão pela qual o tribunal arbitral afastou a argumentação de que os motivos expostos na Medida Provisória nº 752/2016, que deu origem à Lei nº 13.448, teriam valia para o caso.

121. Logo, além de a Requerente discordar – respeitosa porém veementemente – de diversas premissas *jurídicas* adotadas pela decisão, é preciso, acima de tudo, considerar as significativas diferenças *fáticas* entre os casos, que por si só afastam completamente sua aplicabilidade ao caso concreto.

⁷¹ As condições foram reforçadas pelo então Ministro dos Transportes CÉSAR BORGES, consoante documentado em matéria veiculada em 10 de junho de 2014 (posteriormente, portanto, à celebração do Contrato), no Jornal Valor Econômico. Leia-se o seguinte trecho da notícia: “O ministro se empenhou em enviar uma mensagem de tranquilidade aos vencedores dos últimos leilões de estradas (...) “Os compromissos de financiamento serão mantidos integralmente”, disse Borges ao Valor. “Quero dar uma garantia de que vamos cumprir exatamente o prometido. Se o [banco] privado achar que é desinteressante, a operação será feita pelos bancos públicos”, completou o Ministro.” Crédito para concessões de rodovias federais está garantido, diz Ministro”, Disponível em <https://valor.globo.com/brasil/coluna/credito-para-concessoes-de-rodovias-federais-esta-garantido-diz-ministro.ghtml>. Acesso em 17.08.2020.

II.4.4 Atraso e Fragmentação do Licenciamento Ambiental a Cargo do Poder Concedente

122. Como citado nas Alegações Iniciais, o atraso e fragmentação do licenciamento ambiental foram outro fator responsável por romper o equilíbrio da equação econômico-financeira do ajuste, impondo, por conseguinte, o pagamento de indenização à Requerente.

123. O atraso é incontroverso, reconhecido pela ANTT nesta Arbitragem⁷². As Partes controvertem apenas sobre os reflexos do atraso, já que a ANTT entende que a Concessionária não teve prejuízo considerando que a MSVIA não foi multada e não recebeu qualquer penalidade em decorrência desse atraso.

124. Contudo, é quase intuitivo que qualquer demora na emissão das licenças impacta severamente o cronograma contratual da Concessionária, haja vista que o cumprimento de várias outras obrigações contratuais dependiam da licença ambiental. Lembre-se, por exemplo, que a Requerente estava obrigada a finalizar a implantação de 10% das obras de duplicação totais da concessão em 18 meses a partir do marco do início contratual. Isso sem contar o prazo relacionado às obras de duplicação, licenciadas com atraso de **mais de um ano**⁷³.

125. Assim, é simplesmente **falsa** a afirmação da Requerida de que não houve prejuízos para a MSVIA *“em virtude do deslocamento do cronograma de investimentos provocados pelo retardo na expedição da Licença de Instalação”*.

126. É o que demonstra o laudo técnico elaborado pela Vallya, que conclui que *“apesar de a MSVIA ter cumprido com as obrigações precedentes para início da cobrança do pedágio, precisou incorreu em custo adicional não previsto para conclusão das obras iniciais no prazo de 18 meses (10% iniciais*

⁷² É o que consta da Resposta da ANTT às Alegações Iniciais: “194. Assim, tendo em vista que seria dever do Poder Concedente obter a licença prévia e a licença de instalação das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias no prazo contratual (Cláusulas 5.2.1 e 10.3.2 do Contrato - **Doc. R-01**), a Concessionária não foi multada ou recebeu qualquer outra penalidade em razão desse atraso. Não houve, assim, prejuízo para a Requerente, em virtude do **deslocamento do cronograma de investimentos** provocados pelo retardo na expedição da Licença de Instalação”.

⁷³ **Anexo M-040** – Memorando nº 144/2016/GEPRO/SUINF, enviado pela ANTT em 31.05.2016, com autorização para início das obras.

*de duplicação entre outras condições).*⁷⁴. Os prejuízos decorrentes do atraso são relacionados a custos extraordinários arcados pela Concessionária para buscar alternativas enquanto a licença não era emitida.

127. Lembre-se que, de acordo com as Cláusulas 5.2.1 e 10.3.2, I, do Contrato, era o Poder Concedente quem deveria obter a Licença de Instalação no prazo de 12 meses contados do início da concessão. É incontroverso que isso não ocorreu.

128. A Requerente precisou buscar diversas alternativas para que pudesse cumprir os marcos de duplicação iniciais e do primeiro ano de concessão. Assim, diligentemente, buscou o Poder Público e, então, foi realizada uma vistoria conjunta entre a Requerente, ANTT e IBAMA⁷⁵, na qual foram avaliados os trechos das rodovias previstos no projeto da concessão e a sua respectiva adequação aos critérios estabelecidos nas Portarias nº 288 e nº 289/MT/MMA, de 16 de julho de 2013.

129. Em decorrência, novamente por iniciativa da Concessionária, restou expedida a ASV nº 916/2014, em 14 de julho de 2014⁷⁶. Naquele momento, a Requerente poderia, em tese, dar início aos trabalhos de duplicação de pista. Contudo, a Autorização concedida trazia limitações práticas para a execução da proposta inicial da Requerente e como as obras foram realizadas com base em ASV e não na Licença de Instalação, além do refazimento de projetos, houve a execução de trabalhos temporários, gerando incontestáveis danos à Requerente⁷⁷.

⁷⁴ **Anexo M-067** – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consulta Vallya, p. 86. – *“Como demonstrado, a sequência de eventos preconizada no contrato de concessão leva a uma situação, como de fato ocorreu, de retrabalho para adequação dos projetos e replanejamento das obras para que possam ser consideradas as recomendações, mitigações e condicionantes decorrentes da análise pelo Órgão Ambiental. Adicionalmente, os bloqueios fragmentaram de tal maneira a sequência construtiva original dos trechos, que toda a logística de materiais, serviços, projetos e transporte de solo tiveram que ser refeitas, agravada pelo fato de que 32% dos trechos duplicados tinham extensões inferiores a 5 Km”*. (**Anexo M-067** – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consulta Vallya, p. 81.)

⁷⁵ **Anexo M-035** – Carta DE-00004/2014, enviada pela MSVIA em 21.03.2014.

⁷⁶ **Anexo M-037** – Autorização de Supressão de Vegetação (ASV) nº 916/2014; 1ª Autorização; posteriormente complementada pela Autorização de Supressão de Vegetação (ASV) nº 916/2014 - 1ª Retificação.

⁷⁷ É o que também conclui a Vallya: *“Fica constatado que para execução em menos de 18 meses entre a primeira solicitação e a conclusão das obras de duplicação e implantação das Praças de Pedágio, foi inevitável admitir que partes das obras, apesar de necessárias, foram temporárias e muitos projetos tiveram que ser refeitos gerando custos de mobilização, gerenciamento e projeto adicionais”* (**Anexo M-067** – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consulta Vallya, p. 86).

130. Mas não é só. Os prejuízos causados à Requerente reverberaram para muito além do atraso nas obras, já que, como mencionado nas Alegações Iniciais, a LI, além de atrasada, era **parcial, fragmentada e refletiu significativas alterações do projeto previsto no Edital e no Contrato de Concessão e na forma de execução dos serviços de duplicação.**

131. A esse respeito, a ANTT afirmou que *“a Licença concedida foi única e abrangia todo o trecho concedido”*. Contudo, a própria Requerida admitiu que *“alguns trechos estavam submetidos às condicionantes 2.1., 2.2 e 2.3, que limitavam, temporariamente, as obras nos trechos aos quais elas se referiam”*.

132. Ainda que as condicionantes sejam usuais, como aduziu a Agência, sua existência afasta o argumento de que a Licença Ambiental foi única e permitiria, sem qualquer ressalva, a realização das obras programadas pela Concessionária, nos termos do Contrato⁷⁸.

133. O gráfico da rodovia, apresentado pela ANTT com a intenção de demonstrar que havia uma grande extensão já liberada para execução de obras, supostamente com extensos trechos contínuos, não convence. Diversos dos trechos supostamente liberados sequer precisavam ser duplicados e, além disso, até por uma questão de custo, quando se realiza a duplicação, há necessidade de planejamento sobre onde começará e terminará a obra, quais serão os acessos, trevos e afins a serem construídos, dentre outros. Não há qualquer lógica em fragmentar esta espécie de projeto. Afinal, a Requerente realizaria diversas obras provisórias, gerando custos maiores para o próprio erário.

134. O laudo da Vallya demonstra isso⁷⁹. As obras temporárias, além de maior mobilização e desmobilização, geram custo adicional expressivo – cerca de R\$ 31 milhões – pelo refazimento e

⁷⁸ *“Desta forma, apesar de emitida, a LI não era efetiva e ainda prescindia de estudos complementares como o de emissão de ruídos, efluentes, gases, drenagem, entre outros para conclusão do Plano Básico Ambiental. Estes fatos acabaram por atrasar e impedir o início imediato de obras em toda a extensão de duplicação de 697,95 km dos 847,2km totais, caracterizando nova fragmentação de trechos, agora dentro do contexto da LI, em 21 trechos totalizando somente 119,52 Km para o segundo ano de meta de duplicação” (Anexo M-067 – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consulta Vallya, p. 90).*

⁷⁹ *“O fator de maior relevância neste processo foi a necessidade de construção de um número maior de obras de desvios temporários, adequações e soluções de continuidade da drenagem, refazimento de projetos e a busca por um novo balanço de massa na terraplanagem. O aumento do número destas obras decorre do fracionamento dos trechos de duplicação que, para sua consecução exigem a construção destas obras que são posteriormente demolidas ao final da*

revisão de projetos, novas jazidas e balanços de massas, desvios adicionais, perda de produtividade em trechos curtos e em decorrência de todo o gerenciamento necessário:

TABELA 34 – IMPACTO SOBRE CUSTOS MSVIA

| item | Descrição | R\$ |
|--------------|--|--------------------|
| a. | Balanço de massas | 1.226.124 |
| b. | Construção de Novas Agulhas | 6.085.502 |
| c. | Refazimento e revisão projetos | 7.494.727 |
| d. | Perda de produtividade trechos curtos até 5 km | 14.496.211 |
| e. | Gerenciamento | 6,24% 1.828.480 |
| TOTAL | | 31.131.044 |

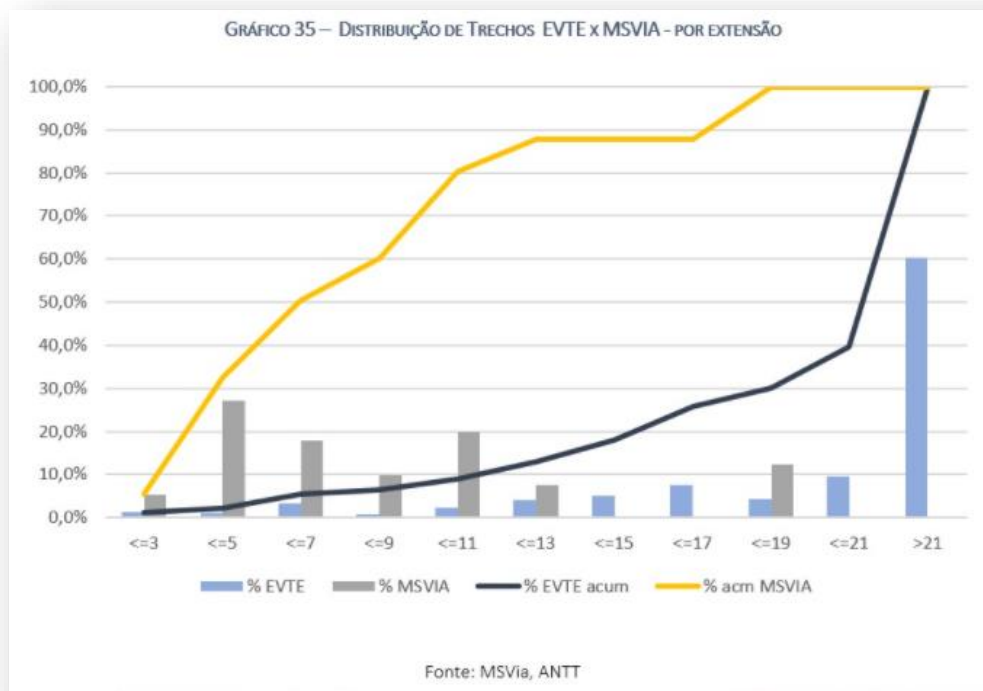
Fonte: MSVIA, Elaboração própria

135. Assim, não é razoável ou lógico admitir que a Concessionária duplicaria trechos não contíguos da rodovia, aguardando novas liberações dos órgãos responsáveis pelo licenciamento ambiental e verificação do atendimento a condicionantes.

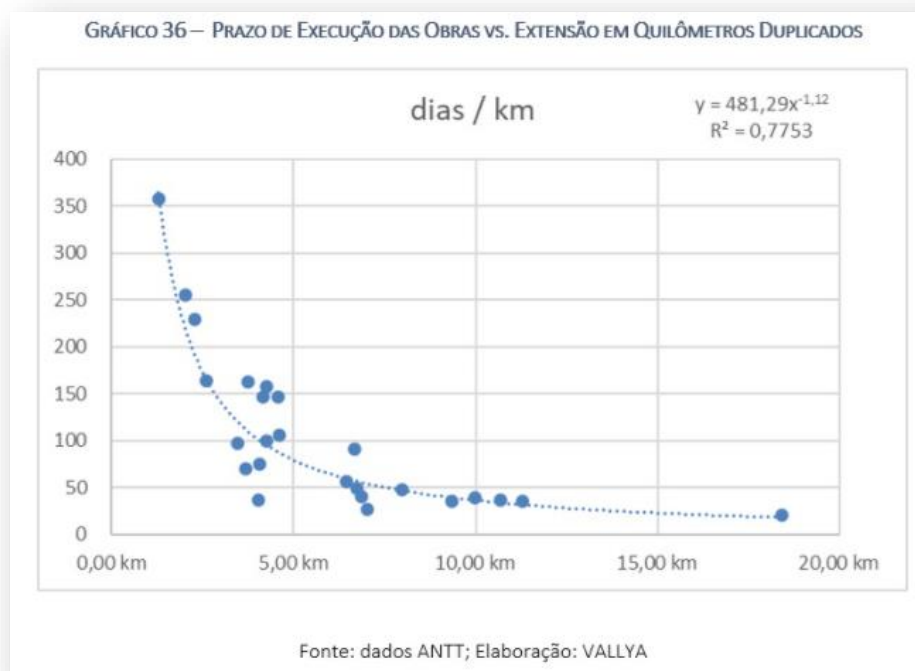
136. Igualmente, é fundamental considerar que a Requerente duplicou trechos muito distintos daqueles que eram previstos no EVTE. A Vallya elaborou importante gráfico que demonstra que *“enquanto o EVTE previa que 60% das obras de duplicação seriam compostas por trechos com mais de 21 quilômetros, a realidade demonstrou que mais de 60% dos trechos não chegavam a 9 quilômetros de extensão e mais 30% sequer chegavam a 5 quilômetros de extensão”*:

duplicação, portanto, tem caráter temporário e não contribuem com o aumento de receita, eficiência operacional, fluidez do tráfego ou conforto ao passageiro. Em última análise, as obras temporárias de desvios e drenagem em seu conjunto são acessórios de ligação entre cada trecho duplicado e o traçado original da rodovia que não são proporcionais à extensão do trecho, mas sim à quantidade de segmentos descontínuos de obras de duplicação.

Em termos de metodologia construtiva, todo o sequenciamento de movimentação de terra, considerando as áreas de empréstimos, jazidas, aterros e bota-fora foram alterados. A solução encontrada inicialmente previa a compensação total de volumes, ou seja, balanço zero entre áreas de empréstimos e bota-fora, corte e aterro dentro da própria faixa de domínio, e, uma vez que estas áreas não estavam mais disponíveis a única alternativa viável era buscar as referidas áreas fora da faixa de domínio, aumentando a distância de transporte, o custo com pagamento de royalty de jazida e o impacto ambiental da obra”. (Anexo M-067 – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVIA elaborado pela Consulta Vallya, pp. 81-82).



137. O resultado da fragmentação da licença é uma queda muito significativa de produtividade. Há outro gráfico relevante apresentado pela Vallya a este respeito, que demonstra que o tempo gasto para realizar a duplicação de trechos de 5 Km é muito maior do que o prazo necessário para executar trechos maiores:



138. Note-se que todos esses custos adicionais foram alocados contratualmente, de forma expressa, entre os **riscos atribuídos ao Poder Concedente**, por serem circunstâncias enquadradas no âmbito da Cláusula 21.2.

139. De fato, o Contrato de Concessão prevê que a Requerente não é responsável pelo atraso nas obras oriundo de demora na expedição de licenças ambientais **quando houver condicionantes ou impeditivos relacionados áreas indígenas, comunidades quilombolas, em áreas de pesquisa arqueológica e custos de planos ambientais**⁸⁰.

140. E nem se diga que o EVTE previa a existência destas áreas, como pretende fazer crer a Requerida. Apesar de constarem no Estudo, **o impacto previsto pela existência de área indígena no próprio documento era zero**. Mas, definitivamente, não foi o que se observou na prática⁸¹, já que

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

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

⁸¹ "Um dos pontos mais relevantes do relatório é a **análise de sensibilidade de riscos socioambientais**, que analisa entre vários fatores, a interceptação de terras indígenas e quilombolas, na qual a deliberação para autorização de intervenções

diversas exigências da FUNAI e do IBAMA trouxeram impacto muito relevante em relação a estas áreas.

141. A grande verdade é que, apenas após a vistoria conjunta com a ANTT e o IBAMA⁸² é que o próprio Poder Concedente pôde ter verdadeira dimensão dos impactos.

142. Fato é que, sendo assim, o planejamento da Requerente, ao menos durante o primeiro ano da concessão e execução dos 10% iniciais, restou comprometido pelo atraso inicial na emissão da Licença Ambiental e, posteriormente, pelo fato de que ela foi emitida parcialmente, fragmentada, com diversos trechos submetidos ao cumprimento de condicionantes como reconhecido pela própria ANTT.

143. A Concessionária sempre deixou este impacto demonstrado de forma clara. A título de exemplo, é o caso de citar correspondência enviada pela MSVIA ao IBAMA e à ANTT, por meio da qual informava que não poderia prosseguir no cumprimento dos prazos do PER em razão da necessidade de superação das condicionantes⁸³:

“Ressaltamos, ainda, que os trechos sensíveis identificados nos estudos ambientais da Rodovia BR-163/MS permanecem bloqueados em todo o processo das obras de duplicação, conforme condicionante da licença de instalação nº LI 1083/2015-2ª Retificação.

Antes as razões expostas, tão logo estejam superadas as condições suspensivas apresentadas a CCR MSVIA retomará as atividades inerentes à Licença de Instalação, inclusive com as execuções dos programas vinculados no PBA

144. Aliás, a ANTT se omitiu em analisar os pleitos a este respeito de execução das condicionantes, razão pela qual não subsiste a conclusão de que *“não houve pleito de reequilíbrio contratual por custos com o atendimento das referidas condicionantes, razão pela qual não podem esses supostos custos ser cobrados no presente processo”*. É entendimento da própria Agência de que somente após a execução da compensação ambiental é que se realiza o correspondente pleito de reequilíbrio.

*e obras é conjunta entre o IBAMA e da FUNAI e que neste estudo apontava como **risco 0 (zero)** em toda a sua extensão e não contribuía para a composição do nível de sensibilidade global, ou seja, o **Governo Federal não conhecia a extensão e a magnitude do impacto socioambiental nestes trechos**, porém era o responsável pela obtenção da LI e seu respectivo custo”(Anexo M-067 – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVIA elaborado pela Consulta Vallya, p. 76).*

⁸² Anexo M-035 – Carta DE-00004/2014, enviada pela MSVIA em 21.03.2014.

⁸³ Anexo M-074 - Carta PR 244/2018 enviada pela MSVIA ao IBAMA e à ANTT, em 29.10.2018.

145. A Requerida não pode negar, ademais, a existência de diversos trâmites administrativos e discussões entre ANTT, MSVIA e EPL que deixam claros os problemas enfrentados a respeito das condicionantes e áreas sensíveis⁸⁴.

146. Por todo o exposto, é inequívoco o dever de reequilibrar o contrato, também no que concerne ao licenciamento ambiental e às condicionantes.

II.4.5 Aumento extraordinário dos insumos asfálticos

147. É incontroverso que os insumos asfálticos integram o grupo dos principais itens para a execução de obras rodoviárias. Isso a ANTT não logrou rebater, e nem teria como. Conforme consta no Relatório Vallya, apresentado pela Requerente, *“os custos com materiais asfálticos representam de 30% a 45% do custo em obras de restauração rodoviária, e representam 22% do custo em obras de duplicação de rodovias”*⁸⁵.

148. Como se sabe, a necessidade de a Requerente obter grande volume de tais insumos era elevada principalmente no início da execução do Contrato, considerando o compromisso de recuperação do pavimento e o próprio objetivo de duplicação da rodovia nos 5 primeiros anos da concessão.

149. Também é cediço e incontroverso que o fornecimento de todos os insumos asfálticos é monopólio da Petrobras, sociedade de economia mista sob controle da Requerida União⁸⁶, e que, em

⁸⁴ **Anexo M-036** - Carta DE-000033/2014, enviada pela MSVIA em 19.05.2014, que narrava a troca de áreas a serem duplicadas pela Concessionária exatamente em razão de áreas sensíveis; **Anexo M-075** - Ofício 031/2019, enviado pela ANTT à MSVIA em 08.01.2019, encaminhando Ofício da EPL sobre áreas indígenas.

⁸⁵ **Anexo M-067** – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVIA elaborado pela Consulta Vallya, p. 53.

⁸⁶ Conforme Relatório da Administração de 2014 da Petrobras (pg. 4), à época do aumento dos insumos, a União Federal possuía 50,3% das ações ordinárias (capital votante) da Petrobras: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/relatorios-anuaiscentral-de-downloads/37c68a8ca45a0f8a770f143a49bd605cfe7d8ecf140e60d026e293ace6fa4172/relatorio_da_administracao_2_014.pdf (acesso em 8.11.2020).

novembro de 2014, decidiu alterar drasticamente a sua política de preços de materiais betuminosos⁸⁷.

150. Com isso, a estatal reajustou os preços dos insumos em patamares muito superiores aos índices de inflação, o que acabou por situar tais custos em valores substancialmente maiores àqueles originalmente orçados, e seguindo tendência contrária, inclusive, à queda verificada nos preços internacionais do barril de petróleo.

151. Apesar da resistência da ANTT, em sua Resposta, para admitir o desequilíbrio do Contrato causado pelo aumento dos insumos, é imprescindível registrar que um mês antes do Parecer nº 1.365/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-05.28 – “2º Parecer”) – que fundamenta a Resposta da ANTT nesta Arbitragem –, **a Requerida havia reconhecido expressamente o caráter extraordinário do aumento dos insumos betuminosos**, no pormenorizado Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU⁸⁸ (“1º Parecer”).

152. O 1º Parecer foi fundado na Nota Técnica nº 080/2016/GEROR/SUINF⁸⁹, que entendeu ser “fato que a majoração dos preços dos insumos asfálticos, na magnitude em que se deu, trouxe prejuízos ao equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão, em especial, às novas concessões, derivadas da 3ª etapa, pois estas ainda têm por obrigação a recuperação e duplicação de aproximadamente 5.000 km de rodovias, nos próximos 05 anos”.

153. É sintomático que, em uma oportunidade, a ANTT declare que “parece não haver dúvidas acerca da necessidade de que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, inclusive os de concessão de serviços públicos”⁹⁰, bem como que “outro não pode ser o entendimento desta PF-ANTT senão o de que é cabível, sim, o deferimento dos pleitos feitos à ANTT”⁹¹ e, um mês depois, apresente entendimento diametralmente oposto.

⁸⁷ Anexo M-005 – Ofício AB-MC/CPE/CIA - 112/14, de 24.11.2014; e Ofício AB-MC/CPE/CIA - 114/14, de 22.12.2014, ambos enviados pela Petrobras.

⁸⁸ Anexo M-076 - Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU.

⁸⁹ Anexo M-077 - Nota Técnica nº 080/2016/GEROR/SUINF.

⁹⁰ Anexo M-076 - Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, item 14.

⁹¹ Anexo M-076 - Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, item 17.

154. Além de se fundar na mesma Nota Técnica do 1º Parecer, o 2º Parecer não traz argumentos que **refutem as eloquentes conclusões que constaram do 1º Parecer, verbis:**

*“Dito de outra forma, os elementos que autorizam a revisão extraordinária do contrato de concessão se fazem, aqui, presentes (v. Nota Técnica nº. 080/2016/GEROR/SUINF, Itens 8 e 27): (i) o CBUQ - Concreto Asfáltico Usinado a Quente e demais insumos asfálticos são alguns dos **principais itens da tabela de custos de qualquer sociedade empresarial** que tenha, dentre suas finalidades, revestir vias urbanas e rodovias; (ii) a PETROBRAS S.A. é a **única fornecedora de produtos asfálticos em solo nacional**, de maneira que não havia outra opção aos delegatários do serviço que não adquirir da PETROBRAS S.A. os produtos (insumos) aqui referidos; (iii) **não houve correlação entre o preço do petróleo, seja no mercado mundial, seja no nacional**, que diminuiu durante o ano de 2014, e o aumento dos preços dos insumos asfálticos, **o que caracteriza uma situação extraordinária e imprevisível**, já que estes derivam do processo de refinamento daquele (**álea contratual extraordinária e extracontratual**), capaz de quebrar a relação econômico-financeira estabelecida durante os leilões das concessões, ou seja, capaz de provocar grande desequilíbrio contratual, já que situação caracterizadora de evidente diferença entre o quadro vivenciado no momento em que licitados os trechos rodoviários e o, atualmente, se vive”.*

155. A mudança de entendimento da ANTT, portanto, não convence, e isso se avulta quanto mais se adentra no mérito deste pleito, como se verá a seguir.

156. Conforme já mencionado nas Alegações Iniciais, o aumento extraordinário dos insumos já foi expressamente reconhecido pelo TCU, na ocasião em que legitimou a Instrução de Serviço/DG 2, editada pelo DNIT, que dispõe sobre os critérios para o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos em face do acréscimo dos custos de aquisição de materiais betuminosos.

157. O Acórdão nº 1604/2015⁹² estabeleceu alguns critérios para que o DNIT efetuasse o reequilíbrio dos contratos, caso a caso, no âmbito administrativo, o que fez com que o DNIT, diante da **“recente alta, surpreendente e imprevisível”** dos insumos, emitisse a Instrução de Serviço (IS)/DG nº 15⁹³, com disposições referentes ao critério de reequilíbrio sobre o aumento verificado entre novembro de 2014 e janeiro de 2015, que trouxe **“considerável impacto aos negócios do setor rodoviário”**.

⁹² Anexo M-052 – Acórdão 1604/2015 - TCU-PLENÁRIO.

⁹³ Anexo M-054 - Instrução de Serviço (IS)/DG no 15, de 21 de julho de 2016.

158. Apesar dos sólidos fundamentos apresentados pelo TCU, a ANTT tenta afastar a aplicação do conteúdo do acórdão no caso concreto, sob o entendimento de que não se mostraria *“adequada a comparação com os contratos do DNIT”*.

159. Ocorre que, independentemente das diferenças legais entre os contratos de serviço público e os de obras ou prestação de serviços, a verdade é que os fatos ocorridos que deram ensejo ao reequilíbrio econômico naquele caso **são exatamente os mesmos** da presente demanda, tendo sido comprovadamente reconhecidos como imprevisíveis e extraordinários⁹⁴.

160. Independentemente se regidos pela Lei nº 8.666/93 ou pela Lei nº 8.987/95, a duração dos contratos não se presta a descaracterizar a pertinência de ambos os casos, inclusive porque, como já exposto, os insumos asfálticos seriam de especial importância à Requerente nos 5 primeiros anos, período em que teria que realizar as obras de duplicação da rodovia. Por essa razão, não faz sentido a afirmação da ANTT de que *“em um contrato de tão longo prazo – 30 (trinta) anos – há de se esperar flutuações no preço dos insumos asfálticos”*.

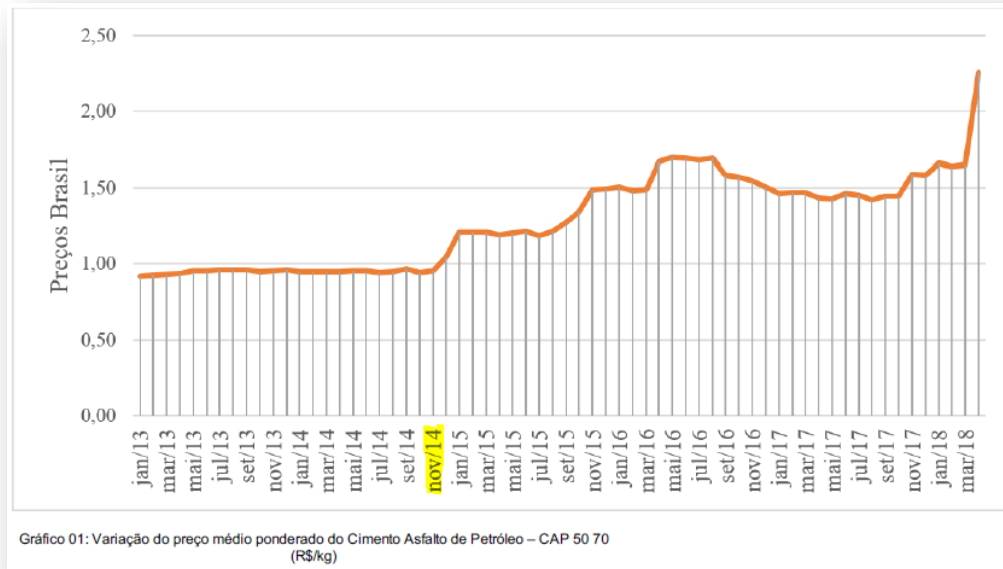
161. Ora, não se pode considerar que as variações se diluem ao longo do prazo contratual, principalmente quando existem obrigações relevantes que demandam vultosos investimentos com curto prazo para cumprimento, como é o caso da duplicação das rodovias. É evidente que as variações de mercado nos preços dos materiais betuminosos *“impactam significativamente os valores de investimento em obras de restauração e duplicação e, conseqüentemente, seu fluxo de caixa”*⁹⁵, o que coloca óbice na execução do Contrato logo no seu início⁹⁶.

⁹⁴ Aliás, tanto o DNIT quanto a ANTT são entidades da administração pública indireta que, contratualmente ou pela própria previsão do art. 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93, se responsabilizaram pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, nas hipóteses de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária, como é o caso do aumento dos insumos.

⁹⁵ Anexo M-020 - Sumário Executivo elaborado pela Consultoria Vallya, p. 13.

⁹⁶ O mesmo era o entendimento da ANTT no 1º Parecer: *“As concessões provenientes da 1ª e 2ª Etapa são concessões mais maduras, onde grande parte dos investimentos em obras já foi realizado, restando, majoritariamente, investimentos na operação e manutenção das rodovias. Já as concessões provenientes da 3ª Etapa, são concessões jovens, licitadas no biênio 2013-14, que ainda tem por obrigações a restauração e duplicação de, aproximadamente, 5.000 km de rodovias nos próximos 05 anos, sendo, portanto, mais suscetíveis aos impactos dos reajustes de insumos anunciados”* (Anexo M-076 - Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, p. 2).

162. O aumento atípico e acentuado foi, de fato, matemático e bastante visível⁹⁷:



163. Trata-se de **variação inédita de 34,87%** no preço do cimento asfáltico, somente entre novembro de 2014 e janeiro de 2015, considerando os preços praticados pela ANP. Conforme restou apurado no Acórdão do TCU, “de janeiro/2013 em diante, data a partir da qual o Sicro 2 contemplou a mudança metodológica de cálculo dos custos referenciais de insumos betuminosos, até a primeira alta anunciada pela Petrobras (novembro/2014) – apresentou **oscilações pequenas e, de maneira acumulada, sempre se situou dentro de uma faixa de variação de 10%**”⁹⁸. Daí porque se reconheceu como notória “a **atipicidade da curva** de preços desses materiais após as altas do final de 2014” suficiente a legitimar os procedimentos administrativos “que levaram em consideração este **evento imprevisível** como motivador da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro”⁹⁹.

164. Nesse sentido, ao contrário do que tenta emplacar a ANTT, é certo que aludido aumento foi de todo imprevisível à época da celebração do Contrato, em 12.03.2014, e na ocasião do Edital, em 17.12.2013.

⁹⁷ Anexo M-055 - Nota Técnica nº 2579/2018/ASSTEC/GAB.

⁹⁸ Anexo M-052 – Acórdão 1604/2015 - TCU-PLenário, item 28.

⁹⁹ Anexo M-052 – Acórdão 1604/2015 - TCU-PLenário, item 29.

165. E nem se alegue que os fatos relevantes da Petrobras, anteriores ao leilão dos contratos da 3ª Etapa, afastariam o caráter imprevisível desses aumentos. Tais documentos – juntados pela Requerida como **R-19**, **R-20** e **R-21** – preveem a metodologia de precificação a ser praticada pela Petrobras para alinhamento dos preços domésticos do diesel e da gasolina (combustíveis) aos preços internacionais, o que não possui qualquer relação direta com o CAP (produto asfáltico), pertinente ao presente pleito.

166. Apesar de serem produtos derivados do petróleo, possuem finalidades e mercados distintos, de modo que as respectivas políticas de preços não se confundem e não acompanham as mesmas oscilações.

167. De todo modo, ainda que tais informações fossem relevantes à elaboração da proposta, não foram capazes de mensurar a dimensão do aumento ocorrido no fim de 2014, eis que o reajuste de 4% da gasolina e de 8% do diesel discrepam, e muito, dos 35% verificados nos insumos asfálticos, somente entre novembro de 2014 e janeiro de 2015.

168. Com efeito, é dado que a forte elevação do preço do asfalto foi **muito acima** do que ocorreu com os demais derivados do petróleo¹⁰⁰:

Tabela 1: Inflação acumulada pelo IPCA, petróleo e derivados, entre janeiro de 2013 e junho de 2016

| | Inflação acumulada jan/13 a jun/16 |
|---------------------------------|---------------------------------------|
| IPCA | 30,2 |
| Gasolina | 32,7 |
| Gás de botijão | 34,0 |
| Gás encanado | 19,8 |
| Óleo Diesel | 41,8 |
| Asfalto | 88,2 |
| Petróleo internacional (em R\$) | -23,7 |

Fonte: IPCA e derivados do petróleo: IBGE; Asfalto; ANP; Preço internacional do petróleo convertido em reais: FMI (índice de preço do petróleo) e Bacen (taxa de câmbio).

¹⁰⁰ Anexo M-021, “Recessão Extraordinária e o Abalo das Concessões de 2013”, por Raul Velloso pgs. 31/32.

169. E mais: o aumento exacerbado dos insumos asfálticos se deu “***à revelia e na contramão da tendência do mercado internacional, pois os preços do barril de petróleo entraram em declínio enquanto os preços dos insumos nas refinarias aumentaram quase 2 vezes, inclusive com aumentos maiores que a inflação medida pelo IPCA***”¹⁰¹. Ou seja, não aconteceu da forma prevista nos fatos relevantes divulgados pela petroleira, muito pelo contrário.

170. O mesmo se aplica ao frágil argumento da ANTT de que “*a mídia especializada já apontava a insustentabilidade da política de preços que vinha sendo adotada pela Petrobras*”. Isso porque, não bastasse a Requerida pretender, mais uma vez, emplacar suposta previsibilidade fundada em preço de combustível, a ANTT alude que a Requerente deveria ter considerado o conteúdo de uma reportagem jornalística para a elaboração de sua proposta, o que sugere, inclusive, certo descompromisso com a habilitação da concessionária no leilão que, em verdade, exige profunda análise econômico-financeira, baseada em dados concretos.

171. Por outro lado, se é para adentrar o campo da *mídia especializada*, fato é que ela corrobora os fatos apresentados pela Requerente. De modo efetivo, a mídia apontou que, na ocasião do aumento em 2014, a “*alta acumulada de mais de 30%*” foi considerada “*surpreendente e imprevisível*”, considerando, até mesmo, que “*o último aumento repassado ao setor havia sido de cerca de 10%, em 2008*”. Corrobora, também, que os materiais asfálticos “*representam até 40% do custo do empreendimento*”¹⁰².

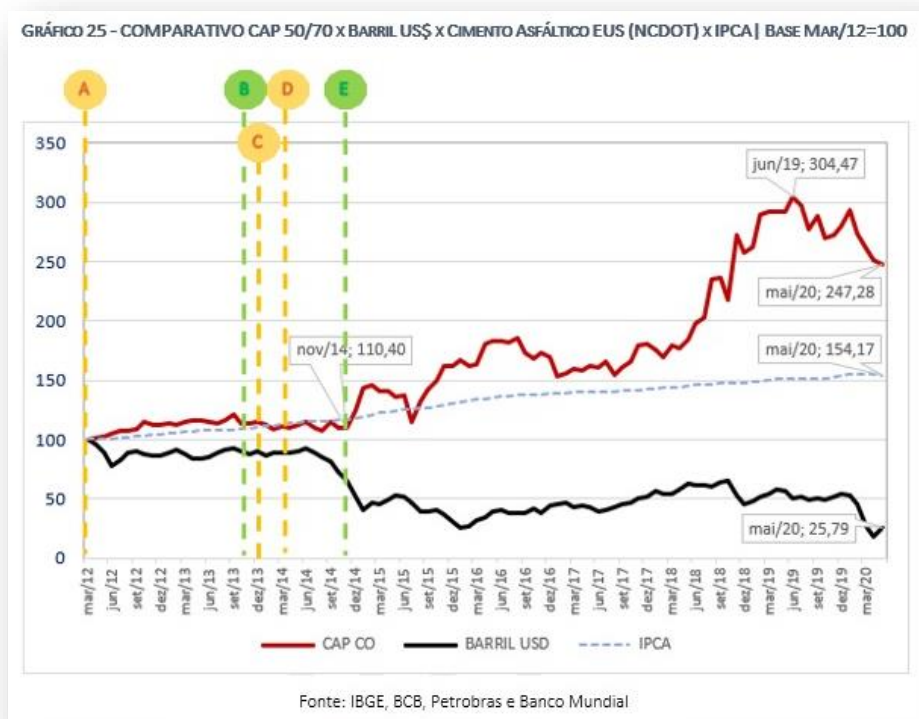
172. E também não se sustenta a alegação de que “*Petrobras é ente distinto da União*”, que possui “*autonomia decisória para definir os preços dos insumos em regime de livre concorrência*”. Ora, não se trata de livre concorrência, mas de incontroverso monopólio da Petrobras¹⁰³.

¹⁰¹ **Anexo M-067** – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consulta Vallya, p. 59.

¹⁰² <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/01/1576467-petrobras-eleva-preco-do-asfalto.shtml?cmpid=comptw&origin=folha> (acesso em 9.11.2020).

¹⁰³ Confrontando diretamente o quanto alegado pela ANTT, o estudo do Professor Raul Velloso refuta que “*por mais que se argumente que a Petrobras, apesar de ser uma empresa estatal, tem governança autônoma, é de conhecimento público que a União, sua controladora, interfere diretamente sobre os atos da empresa*”. (**Anexo M-021** – “*Recessão Extraordinária e o Abalo das Concessões de 2013*”, por Raul Velloso, p. 32)

173. Consoante demonstrado pela Vallya, o aumento dos insumos não só foi muito acima da inflação, como também ocorreu na contramão dos preços do barril de petróleo¹⁰⁴:



174. Restou apurado pela Vallya que “até final de 2016, o preço do CAP 50-70 tinha subido mais de 200% frente a uma queda de 33% do preço do barril de petróleo” e que, “em números atualizados de maio de 2020, o preço do CAP 50-70 aumentou 147% frente a uma queda de 19% do barril”¹⁰⁵.

175. Desta feita, é certo que a elevação desse insumo não decorre de alterações habituais aos mercados, de álea ordinária das concessionárias. Ao contrário, coloca-se no campo dos fatores extraordinários, caracterizando circunstância contemplada pela teoria da imprevisão.

176. Mas não é só. A ANTT claramente manobra para desviar as razões do presente pleito, alegando que outros insumos teriam observado uma variação de preços inferior ao índice de inflação

¹⁰⁴ Anexo M-067 – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consulta Vallya.

¹⁰⁵ Anexo M-067 – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consulta Vallya, p. 59.

oficial, como seria o caso do aço e do cimento, amplamente utilizados pela Requerente, com o objetivo de tentar amenizar o drástico aumento do custo dos materiais betuminosos.

177. Ora, essa suposta “compensação” não possui suporte contratual ou jurídico, em nada influenciando a análise objetiva que se pede ao Tribunal acerca dos insumos asfálticos.

178. Observe-se que, apesar de aqui, curiosamente, considerar conveniente o uso da inflação como parâmetro razoável, a ANTT é incapaz de justificar por que seria supostamente ordinário os insumos asfálticos destoarem da curva inflacionária, em 2014.

179. De todo modo, o aumento do CAP foi tamanho que mesmo a variação inferior à inflação dos demais insumos não foi suficiente para compensar a oneração dos custos da Requerente, inclusive porque os insumos asfálticos, como já expostos, são muito mais utilizados nos 5 primeiros anos da Concessão, nas obras de duplicação. É o que comprovou o Relatório da Vallya¹⁰⁶:

Pela análise de sensibilidade entre os insumos, por meio da comparação entre razão da participação de cada um, **chegamos a 8 vezes para cimento e 31 vezes para aço, ou seja, qualquer variação do cimento ou do aço para cima ou para baixo precisaria ser 8 ou 31 vezes maior para compensar qualquer variação de preço dos insumos asfálticos**

[...]

Conclui-se, portanto, que **os preços de mercado do cimento e aço resultaram em variações relativas finais de alta da ordem de 13% (139,72 / 123,02), enquanto os insumos asfálticos de 69,9% não restando dúvidas da existência de intervenção exógena na variação dos preços dos insumos asfálticos. A esperada compensação da variação de preço entre insumos e materiais, ou seja, a compensação da variação por meio da diversificação, não é capaz de anular a variação dos insumos asfálticos uma vez que tem forte concentração e sofreu uma alta excepcional, caracterizada por imprevisibilidade e comportamento atípico em relação a variação de outros preços de materiais do mercado de construção.**

180. Além disso, o TCU, no âmbito do já mencionado Acórdão, reconheceu “*a possibilidade de um insumo isolado ser o responsável pelo desequilíbrio contratual diante da manutenção da equação econômica original da cesta dos demais itens contemplados na proposta*”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Anexo M-067 – Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVia elaborado pela Consulta Vallya, p. 63.

¹⁰⁷ Anexo M-052 – Acórdão 1604/2015 - TCU-PLENÁRIO. E continua: “22. A esse respeito, o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal preceitua que ‘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’, ou seja, **o balanço afeto ao equilíbrio de**

181. Sendo assim, por todas as razões acima expostas, resta flagrante que o aumento drástico nos insumos asfálticos caracteriza evento de álea extraordinária do Contrato, expressamente previsto nas Cláusulas 21.2.4 e 21.2.21. Está mais do que evidente que aludido aumento não ocorreu dentro de um cenário de normalidade, apto a se subsumir à Cláusula 21.1.6, como pretende a ANTT.

182. Por derradeiro, a ANTT ainda distorce o presente pleito de reequilíbrio, afirmando que seu acolhimento traria *“problemas práticos insolúveis”*, pois abriria *“a possibilidade de controle acerca da variação dos custos de uma incontável série de insumos relacionados ao contrato”*, e que esse problema teria sido levado em consideração na evolução da modelagem contratual da 1ª para a 3ª Etapa.

183. Não é verdade. Os contratos da 1ª Etapa do PROCROFE foram estruturados ainda sob a condução do Ministério dos Transportes, que contava com a participação do extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER). Ou seja, a ANTT sequer existia.

184. Além disso, o contexto da 1ª Etapa era de instabilidade política e econômica, decorrente de período de hiperinflação (saneado pelo Plano Real), de modo que havia *“certa previsibilidade em relação a potenciais riscos de fortes quedas na atividade econômica e, por consequência, a sua devida precificação no modelo de negócio”*¹⁰⁸.

185. Para que não reste qualquer linha sem resposta, o trecho do precedente arbitral apresentado pela ANTT é de todo impertinente. A uma, porque, como já exposto, o contexto fático daquela arbitragem era completamente distinto da presente. E a duas, porque sequer foi objeto daquela

preços deverá ser feito em relação às medidas de contorno adotadas pela empresa vencedora no momento do certame licitatório. 23. No caso em exame, o instituto jurídico é o da revisão (ou recomposição) de preços e funda-se no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993 e na teoria da imprevisão, que requer o atendimento dos seguintes requisitos: i. fato imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alheio à vontade das partes; e ii. desequilíbrio econômico ou financeiro elevado no contrato, impondo onerosidade excessiva a uma das partes ou a ambas, eventualmente”.

¹⁰⁸ Anexo M-003 – Diagnóstico e Alternativas frente à queda de desempenho das concessões rodoviárias federais, elaborado pela ANTT, p. 3.

arbitragem o pleito do aumento dos insumos asfálticos, de modo que o recorte está absolutamente fora de contexto.

186. Por todo o exposto, resta incontestado a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, nos termos da Cláusula 21.2.21, diante do aumento drástico e imprevisível dos insumos asfálticos.

II.4.6 Alteração legislativa que resultou no aumento na tolerância de pesagem dos veículos de carga

187. Na sua Resposta, a ANTT alega, em síntese, que o desequilíbrio econômico-financeiro causado pela promulgação da Lei nº 13.103/2015 teria sido considerado em 5 revisões tarifárias, bem como que tal desequilíbrio *“sequer deveria ser tratado no âmbito do processo arbitral (...)”* pois seria *“competência legal da ANTT para regular o contrato e aplicar a metodologia adequada (...)”*, além de não haver *“decisão definitiva da ANTT sobre o tema”*¹⁰⁹.

188. Afirma, também, que *“até que se chancele a metodologia definitiva a ser aplicada, a ANTT nada mais fez que seguir o quanto determinado no Acórdão nº 290/2018-Plenário do TCU, promovendo uma revisão de valores em todos os contratos de concessão de rodovias vigentes segundo as premissas determinados pelo Acórdão da Corte de Contas (...)”*¹¹⁰.

189. Pois bem. Repita-se, de início, que a alegação de que a exigência de esgotamento da instância administrativa impede o uso desta via arbitral, com fundamento no inciso VIII do art. 3º, do Decreto nº 10.025/2019, bem como no art. 31 da Lei nº 13.448/2017, foi devidamente refutada pela Requerente nesta Réplica (vide itens 25-32).

¹⁰⁹ Item 257 da Resposta da ANTT.

¹¹⁰ Item 257 da Resposta da ANTT.

190. De todo modo, é certo que nenhuma das revisões tarifárias indicadas pela Agência houve por bem recompor todos os prejuízos que vêm sendo suportados pela Concessionária em razão do evento em questão, desequilíbrio esse já reconhecido, inclusive, pela própria ANTT¹¹¹.

191. Passados 5 anos da promulgação da referida lei e da submissão de pedido administrativo de reequilíbrio pela Requerente, a ANTT não foi, até o momento, capaz de apresentar uma solução definitiva à Concessionária, justificando, inutilmente, agora, em sede arbitral, que se trata de um tema complexo e que o estudo contratado para definição da metodologia aplicável demanda o empenho de 7 profissionais de vasto currículo.

192. Inclusive, nas próprias palavras da ANTT, o estudo encomendado pela Agência deveria inicialmente ser concluído no prazo de 12 meses, *“mas, justamente pela complexidade do objeto, já se arrasta por mais de 02 (dois) anos”*¹¹², o que revela verdadeira confissão de um atraso que é verdadeiramente inaceitável, porquanto gera cada vez mais prejuízos à Requerente e às demais concessionárias da 3ª Etapa.

193. Veja-se que a Agência também informou, em sede administrativa, que o estudo em questão seria objeto de aplicação *“nas próximas revisões da tarifa do pedágio”*¹¹³, sendo que a revisão tarifária prevista contratualmente para ocorrer em 14.9.2020, sequer se verificou.

194. São, como se vê, inúmeras promessas não cumpridas, em franco desrespeito ao art. 9, § 4º, da Lei de Concessões, e com resultados catastróficos para a Concessionária.

195. Com efeito, desde 2015, não só a Requerente pleiteia a recomposição contratual pelos impactos causados pela Lei dos Caminhoneiros, como também já apresentou estudos e soluções¹¹⁴

¹¹¹ Veja-se, nesse sentido, que a própria ANTT reconhece, nos itens 255 e 256 de sua resposta que *“(1) a edição da Lei n. 13.103/2015 trouxe sim um desequilíbrio ao contrato; (2) a ANTT reconheceu esse desequilíbrio administrativamente”* sendo que **“o ponto de divergência reside na metodologia** a ser utilizado para cálculo do reequilíbrio que será concedido em definitivo” (grifo no original).

¹¹² Item 252 da Resposta da ANTT.

¹¹³ Anexo M-059 – Ofício Circular SEI/ANTT nº 786/2020/SUROD/DIR-ANTT, de 04.06.2020.

¹¹⁴ Anexo M-005 – Estudo do Efeito das Alterações na Legislação de Tolerância de Cargas Rodoviárias, elaborado pela MSVIA em abril de 2016.

a fim de se chegar a uma resposta definitiva para a implementação do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, sendo injustificável e inaceitável que, após tantos anos, o estudo encomendado pela ANTT só seja concluído no curso da Arbitragem e não reflita o severo desequilíbrio efetivamente causado pelo aumento da tolerância de pesagem dos veículos de carga¹¹⁵, conforme será explicitado mais adiante.

196. A mora do Poder Público em apresentar um estudo definitivo não pode ser justificada com a mera alegação de que, nas palavras da Requerida, *“afigura-se inviável tratar um tema tão complexo, sobre o qual tem se debruçado a Agência há anos, em uma simples perícia de engenharia ou algo do gênero”*¹¹⁶.

197. A eterna indefinição quanto à metodologia a ser adotada para calcular o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato viola o direito à razoável duração do processo, o princípio da eficiência e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, previstos na Constituição arts. 5º, LXXVIII, 37, *caput*, e XXI, respectivamente), causando enormes prejuízos à Concessionária¹¹⁷.

198. Observe-se, ademais, que o próprio TCU determinou que a revisão dos contratos por conta das alterações não tolerância de pesagem deveria levar em consideração a particularidade de cada contrato, sendo certo que o Relatório Final da UFRGS, lamentavelmente, não parece seguir essa determinação¹¹⁸.

¹¹⁵ É importante destacar que, **outrora, a ANTT chegou a concordar e adotar valor próximo ao valor pleiteado pela MSVIA para reequilibrar o Contrato**, utilizando-se da metodologia de Fluxo de Caixa Marginal, calculado pelo estudo solicitado pelo DNIT junto à Universidade Federal de Santa Catarina, antes da ANTT, por meio da Superintendência de Exploração de Infraestrutura Rodoviária – SUINF, modificar o seu posicionamento, aplicando o que foi determinado pelo Acórdão nº 290/2018 do TCU.

¹¹⁶ Item 258 da Resposta da ANTT.

¹¹⁷ Como observam Denise Nefussi Mandel e Maurício Portugal Ribeiro: *“Aparentemente, os Governos (e as agências reguladoras, que, atualmente, raramente são independentes do Governo) em vista da situação de crise econômico-financeira, adiam a decisão dos pleitos de reequilíbrio com o objetivo de evitar o desgaste político e as consequências econômico-financeiras para o Poder Concedente que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro eventualmente causaria. A demora na solução dos pleitos de reequilíbrio, contudo, do ponto de vista econômico-financeiro representa na prática a realização de financiamento do Poder Concedente junto ao concessionário.”* <https://migalhas.uol.com.br/depeso/227206/o-atraso-em-reequilibrar-contratos-de-concessao-e-ppp-pode-ser-enquadrado-como-improbidade-administrativa>.

¹¹⁸ **Anexo M-008** – Acórdão no 290/2018 do TCU: *“(…) concluiu-se assistir razão aos representantes da ANTT e da ECO101 quanto à existência de fundamentos contratuais e legais que autorizem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da BR-101/ES/BA. Todavia, considerou-se, em atenção ao princípio da motivação dos atos administrativos (art. 2º, da Lei 9.784/1999), que a revisão tarifária deve ser precedida de estudos que dimensionem*

199. Isso porque a Região Centro-Oeste brasileira, na qual a BR-163 está localizada, é uma das principais exportadoras de produtos agropecuários do Brasil, tendo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA reconhecido que as *“rodovias BR-163 e BR-364 principais para escoar a produção de soja da região Centro-Oeste para os portos de exportação no Sul e Sudeste”*¹¹⁹.

200. No mesmo sentido, Roessing e Lazzaroto afirmam que *“a BR 163 e a BR 364 são as principais rodovias para se escoar a produção de soja do Centro-Oeste brasileiro para os portos de exportação das regiões Sul e Sudeste, responsáveis por cerca de 80% de todo o volume embarcado do complexo soja do País. A rodovia BR 163 interliga as áreas produtoras do Centro-Oeste ao porto de Paranaguá (PR), enquanto a rodovia BR 364 liga os estados de Mato Grosso e Rondônia ao porto de Santos.”*¹²⁰

201. Diante disso, não há como negar que a Rodovia BR 163/MS é majoritariamente utilizada por caminhões ligados ao escoamento de produtos agropecuários, tendo as normas que aumentaram a tolerância de pesagem para veículos de carga causado um impacto muito mais prejudicial à rodovia administrada pela Requerente, quando comparada com rodovias que têm carros de passeios como os seus principais usuários.

202. Sendo assim, por basear-se em premissas e dados insustentáveis, tem-se que a aplicação da metodologia provisória sugerida pelo Estudo da UFRGS, e adotada pela ANTT, traduz em resultados equivocados em razão da desconsideração do tipo de pavimento e características do tráfego, que corresponde, em grande parte, a veículos pesados.

203. Apresenta a Requerente, nesse sentido, Estudo realizado pelo Professor José Leomar Fernandes Júnior¹²¹, em que são formuladas críticas ao Estudo da UFRGS entre as quais podem ser destacadas as seguintes:

o real efeito do aumento da tolerância no peso por eixo na manutenção do pavimento, considerando as particularidades de cada rodovia.”

¹¹⁹ Correa e Ramos (2010), por exemplo, analisam a situação das rodovias BR-163 e BR-364,8 principais para escoar a produção de soja da região Centro-Oeste para os portos de exportação no Sul e Sudeste (...). O AGRONEGÓCIO E OS DESAFIOS DA INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTE NA REGIÃO CENTRO-OESTE, último acesso em 09.11.2020. <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9031/1/O%20Agroneg%C3%B3cio%20e%20os%20desafios.pdf>

¹²⁰ ROESSING, A. C.; LAZZAROTTO, J. J. A cultura da soja no Brasil: evolução recente. EMBRAPA: Londrina, dez. 2000.

¹²¹ **Anexo M-078** - Estudo realizado pelo Professor José Leomar Fernandes Júnior.

“O tráfego rodoviário não provoca danos iguais a cada passagem, em virtude da heterogeneidade de tipo de veículo (rígido, articulado), carga por eixo, frequência e número de solicitações, tipo de eixo (simples, tandem duplo, tandem triplo), tipo de suspensão (feixe de molas, pneumática), tipo de rodagem (simples, dupla, com pneu extralargo), tipo de pneu (diagonal, radial), pressão de enchimento dos pneus, velocidade (tempo de aplicação da carga) e ponto de aplicação de carga (variação lateral da trajetória dos veículos)”.

“O Estudo da UFRGS (2020) não deveria ter sido aprovado para utilização imediata nos contratos de Concessão, pois, além de se basear em premissas e dados questionáveis e incoerentes e fazer simulações complexas e extensas, como evidenciam suas mais de 4.000 páginas, é limitado em função do método adotado, o que pode conduzir a resultados enviesados em função do tipo de pavimento e das características do tráfego considerados”.

204. Logo, ao contrário do que foi sustentado pela Agência, é perfeitamente possível e até mesmo recomendável que seja produzida prova pericial neste procedimento arbitral para determinar a correta recomposição do equilíbrio à Concessionária, observando-se as particularidades da BR-163/MS, como determinado pelo Tribunal de Contas da União.

II.4.7 Impactos decorrentes da pandemia do COVID-19

205. Quanto ao pleito de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da pandemia do COVID-19, a ANTT argumentou que (i) as alegações da Requerente seriam genéricas; (ii) a Requerente não saberia e nem poderia saber o real impacto da pandemia do COVID-19 no Contrato de Concessão, sendo necessária uma análise ao caso concreto por parte da Requerida para que se verifique eventuais prejuízos; (iii) não teria havido requerimento de reequilíbrio do contrato na esfera administrativa e; (iv) o inciso VII do art. 3º do Decreto nº 10.025/2019 e o art. 31 da Lei nº 13.448/2017 determinam que as controvérsias deveriam ter uma decisão definitiva da autoridade administrativa antes de ser submetida ao Tribunal Arbitral.

206. De início, cumpre à Requerente esclarecer que **apresentou na esfera administrativa Proposta de Reequilíbrio de apuração do impacto econômico-financeiro da Pandemia COVID-19 junto à ANTT, no dia 04 de setembro de 2020¹²², tão logo foi possível concluir o estudo técnico que demonstrou o desequilíbrio causado pela pandemia**, estudo esse elaborado pela consultoria de tráfego Perplan, liderada pelo Professor Percival Bisca, da Universidade Estadual de Campinas.

¹²² Anexo M- 079 - Carta PR-000455/2020.

207. De maneira geral, em sua Proposta de Reequilíbrio apresentada, a Requerente foi categórica ao demonstrar, de forma concreta, o nexo de causalidade entre a pandemia e a redução da utilização da rodovia, que ocasionou perda de receita se **comparado com a projeção da curva de tráfego esperada para o ano de 2020, caso a pandemia não tivesse afetado as atividades da Concessionária.**

208. Segundo o estudo da Perplan¹²³, é possível projetar que perda de receita total da Concessionária diante da pandemia corresponde a aproximadamente R\$ 14,8 milhões, ou seja, 6% abaixo da projeção estimada para o ano de 2020, demonstrando o efetivo prejuízo sobre as receitas da Concessionária, nos termos da tabela abaixo:

| | Cenário PERPLAN | Cenário COVID | Δ | Var. % |
|--------------|---------------------------|---------------------------|---------------------------|--------------|
| Mar | R\$ 23.546.915,77 | R\$ 22.699.145,80 | -R\$ 847.769,97 | -3,6% |
| Abr | R\$ 21.270.977,61 | R\$ 18.302.637,10 | -R\$ 2.968.340,51 | -14,0% |
| Mai | R\$ 22.654.173,36 | R\$ 21.533.181,60 | -R\$ 1.120.991,76 | -4,9% |
| Jun | R\$ 23.847.560,66 | R\$ 23.859.844,20 | R\$ 12.283,54 | 0,1% |
| Jul | R\$ 29.352.230,19 | R\$ 27.183.280,70 | -R\$ 2.168.949,49 | -7,4% |
| Ago | R\$ 28.060.628,31 | R\$ 27.285.488,29 | -R\$ 775.140,02 | -2,8% |
| Set | R\$ 25.529.921,62 | R\$ 22.304.886,92 | -R\$ 3.225.034,70 | -12,6% |
| Out | R\$ 26.059.373,05 | R\$ 24.901.900,28 | -R\$ 1.157.472,77 | -4,4% |
| Nov | R\$ 23.416.818,35 | R\$ 23.380.544,43 | -R\$ 36.273,92 | -0,2% |
| Dez | R\$ 23.951.235,13 | R\$ 21.473.263,35 | -R\$ 2.477.971,78 | -10,3% |
| TOTAL | R\$ 247.689.834,05 | R\$ 232.924.172,68 | -R\$ 14.765.661,37 | -6,0% |

Perda de Arrecadação Projetada – ano 2020

209. Como já observado nas Alegações Iniciais, a Advocacia-Geral da União emitiu o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU¹²⁴, concluindo que a pandemia do novo coronavírus “*pode ser classificada como evento de ‘força maior’ ou ‘caso fortuito’, caracterizando ‘álea extraordinária’ para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes*”, o que, segundo a AGU, deve ser analisado à luz do contrato e do efetivo impacto sobre as receitas ou despesas da Concessionária.

¹²³ Anexo M-080 – Estudo elaborado pela Consultoria de Tráfego Perplan.

¹²⁴ Anexo M-060 – Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU.

210. Com efeito, a matriz de risco do Contrato determina serem riscos de responsabilidade ao Poder Concedente o caso fortuito ou força maior¹²⁵, sendo cabível a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão diante da variação negativa da receita experimentada pela Concessionária em decorrência da pandemia.

211. Quanto ao argumento de que seria necessária uma decisão definitiva em sede administrativa antes de se pleitear o reequilíbrio perante este Tribunal Arbitral, a Requerente, mais uma vez, reitera serem inaplicáveis referidas normas, remetendo o Tribunal aos itens 25-32, a fim de evitar desnecessária repetição.

II.5 A tese da exceção de contrato não cumprido e a improcedência dos argumentos da Agência para a manutenção das penalidades aplicadas

212. Antes de tudo, esclareça-se que não é pretensão da Requerente discutir, nesta seara, os equívocos em relação ao enquadramento das sanções e os respectivos valores de cada uma das penalidades aplicadas. A discussão apresentada pela Requerente diz respeito à *razão de ser* das penalidades e aos motivos pelos quais elas não poderiam ter sido aplicadas.

213. Como exposto nas Alegações Iniciais, a ANTT reconheceu categoricamente a inviabilidade da Concessão, o que leva, como corolário lógico, à absoluta impossibilidade de a Requerente dar cumprimento a todas as obrigações contidas no PER. Todavia, a Agência seguiu aplicando penalidades em desfavor da Concessionária, sem que fosse tempestivamente reequilibrado o Contrato, como exige o art. 9º, § 4º, da Lei de Concessões¹²⁶, acentuando ainda mais o desequilíbrio e a desproporcionalidade verificados.

214. É simplista e falacioso o argumento da ANTT de que a Requerente defenderia que o desequilíbrio contratual autorizaria o *descumprimento* do pacto. O que a Requerente sustentou e sustenta é que, diante de um desequilíbrio verdadeiramente monumental, como se constatou no

¹²⁵ Cf. Item 21.2, subitens 21.2.4 do Contrato de Concessão (**Anexo M-002**).

¹²⁶ Art. 9º, §4º: “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

presente caso, não há possibilidade de *integral e efetivo* cumprimento do que fora contratado¹²⁷, problemática, aliás, devidamente reconhecida pela Medida Provisória que deu origem à Lei de Relicitações¹²⁸. É por isso que, como já citado, a Concessionária optou por concentrar a aplicação de seus recursos na preservação e ampliação da segurança da rodovia, com eficiente e ampla rede de prestação de serviços de atendimento ao usuário¹²⁹.

215. Assim, o pedido da Requerente para que as penalidades sejam invalidadas decorre da inexecutabilidade parcial do Contrato causada pela demora e, ao final, verdadeira omissão da ANTT principalmente em reequilibrá-lo, ou seja, próprio da onerosidade excessiva. Isso sem considerar casos que, também, dependiam de expressa manifestação da ANTT, como quanto à análise dos projetos para melhorias de acessos, marginais e contornos, pontos a respeito dos quais a Requerida também ficou omissa e, ainda assim, continuam dando ensejo à penalização da MSVIA.

216. A este respeito, deve-se citar o fato de que no último dia 13/10/2020, a Requerente recebeu 7 outras penalidades por descumprimento do PER¹³⁰. Dentre elas, são representativas as de nº 371/2020 - referente à não implantação de interconexões previstas no PER – e nº 376/2020 - relacionada à não implantação de vias marginais também previstas no PER. Ambas possuem valor superior ao limite de R\$ 10.000.000,00 (R\$ 29,2 milhões e R\$ 12 milhões, respectivamente) e, portanto, somam apenas estas duas, um custo de R\$ 20 milhões para MSVIA.

¹²⁷ De se lembrar que a Concessão contratada entre as partes tinha previsão de um grande dispêndio financeiro nos primeiros anos de Contrato. Na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 800/2017, o próprio Governo Federal reconheceu que estas Concessões ficam mais vulneráveis, o que só se agrava com a cobrança de penalidades: *“quando um grande volume de investimentos concentrados em um curto espaço de tempo, no caso as duplicações, é contextualizado com a grave crise econômica, com os problemas enfrentados pelas concessionárias em relação aos financiamentos e à variação da demanda, percebe-se que o projeto fica, de fato, sujeito a uma vulnerabilidade considerável. **Aumenta-se, com isso, o risco do descumprimento das obrigações contratuais pelas concessionárias, o que por sua vez leva à aplicação das penalidades respectivas, o que promove o agravamento das condições financeiras da empresa, e o que resulta, ao fim, na paralisação do serviço, em prejuízo aos usuários da via**”*.

¹²⁸ Nesse sentido, enunciou a Medida Provisória nº 752/2016 em sua Exposição de Motivos: “A Medida Provisória ora proposta objetiva reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais **a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável**” (grifo nosso).

¹²⁹ Anexo M-063 – Apresentação “MSVIA - Serviço de Atendimento ao Usuário” da MSVIA, com respectivos gráficos.

¹³⁰ Anexo M-081 – Tabela Compilada de Penalidades.

217. Absolutamente descabidas as penalidades, seja pela situação da completa inexecutabilidade do contrato, seja pelo fato de que a própria ANTT se omite e atrasa a análise da implantação de diversas das melhorias previstas no PER. E não apenas as duas ora mencionadas. Todas aquelas citadas na planilha anexada pela MSVIA, lembrando-se que muitas outras sequer estão listadas pelo fato de que a Requerente optou por seu pagamento ou manutenção das discussões na seara administrativa, por não guardarem explícita relação de causalidade com os eventos em discussão neste procedimento arbitral.

218. Por outro lado, ainda que a ANTT suscite o tema da exceção do contrato não cumprido, como se fosse aplicável pura e simplesmente por se tratar de ente público, registra-se entendimento mais moderno da doutrina e jurisprudência que contraria frontalmente o argumento da ANTT

219. No que tange ao trecho transcrito no item 298 da Resposta da ANTT, relativo a artigo acadêmico de autoria de um dos patronos da Requerente, não há afirmação de que a exceção do contrato não cumprido *não se aplica à Administração Pública*, pelo contrário. A despeito de o **PROF. ARNOLDO WALD** reconhecer que no campo do Direito Administrativo vigora o princípio da continuidade das obras públicas – o que a Requerente não pretende discutir – fato é que a aplicação de tal princípio não é absoluta, tanto assim que **há, hoje, uma flexibilização desta área do Direito e a inclusão de fórmulas de Direito Privado no âmbito administrativo**. É o que se conclui da leitura de outros segmentos do texto, que foram omitidos pela ANTT em sua Resposta:

“(…) Não só no campo legal, mas também na área contratual, ocorreu a famosa ‘revolução dos fatos contra o direito’, à qual alude a doutrina francesa.

Efetivamente, fundadas seja na teoria da imprevisão, seja nos princípios da boa-fé e da lealdade, que devem inspirar os contratos, a doutrina e a jurisprudência reconheceram a necessidade de permitir a revisão dos contratos administrativos, de tal modo que seus objetivos pudessem ser realizados (...).

Enquanto no direito privado as eventuais modificações surgidas podem levar à rescisão do contrato, ou à sua paralisação, com base na *exceptio non adimpleti contractus* (art. 475 do Novo Código Civil), ao contrário, no campo do Direito Administrativo, **vigora, em tese, o princípio da continuidade das obras públicas**, que leva a manutenção do contrato, **com a necessária recomposição de preços e a eventual dilação de prazos** (...).

A doutrina recente reconhece que existe, nesses contratos, **uma obrigação de cooperação, mais densa no seu conteúdo do que as de boa fé e de lealdade**, pois estas importam em simples omissão da conduta de má-fé, enquanto aquela **impõe um comportamento ativo de negociação construtiva**. (...)

A flexibilidade do Direito Administrativo contemporâneo, no setor econômico e, particularmente, nos aspectos referentes às relações negociais mantidas pelo estado com os particulares, com vistas à

execução de obras vinculadas às concessões de serviços públicos, é um dos traços essenciais do Direito Administrativo-Econômico hodierno. (...)

Na realidade, podemos assinalar duas tendências paralelas e complementares. **De um lado, flexibiliza-se o Direito Administrativo, nele incluindo-se fórmulas de direito privado com as adaptações necessárias**” (grifos aditados)¹³¹.

220. Igualmente, o **PROF. MARÇAL JUSTEN FILHO** reviu a posição que tinha em 1997, ano de publicação do trecho citado pela ANTT no item 299 de sua Resposta, e passou a reconhecer, mais recentemente, que a lei outorga ao particular determinadas faculdades que são assemelhadas à exceção do contrato não cumprido, sendo inclusive possível:

“A exceptio non adimpleti contractus adquire configuração específica no campo dos contratos administrativos. Como regra, a Administração não tem o dever de cumprir as suas obrigações antes que o particular o faça. (...)

Mas a lei outorga ao particular, em inúmeras hipóteses, faculdades assemelhadas à exceção de contrato não cumprido. Assim, o particular não pode ser constrangido a executar sua prestação quando ela dependa, casualmente, de providência prévia a cargo da Administração. Aliás, a permanência desse estado de coisas autoriza, inclusive, a rescisão do contrato (art. 78, XVI).

É cabível a recusa do particular em executar sua prestação se a Administração deixar de cumprir determinação legal. É o caso da alteração unilateral do contrato, que depende, por força de lei, da recomposição da equação econômico-financeira”¹³².

221. Assim, ainda que se admita a necessidade da prestação continuada do serviço pela Concessionária, tal obrigação não pode ser imposta ao particular de maneira desmedida, sem qualquer contrapartida, especialmente em um contexto como o presente, em que houve claro desequilíbrio contratual, dando direito ao recebimento de indenização pela Requerente e, ainda, impondo o afastamento de todas as penalidades que foram aplicadas contra ela.

222. Afinal, a proporcionalidade e a razoabilidade são cânones basilares do direito constitucional e administrativo pátrio. Como cediço, o teste da proporcionalidade exige a conformidade aos três subprincípios que a norteiam, quais sejam, (i) pertinência, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade *stricto sensu*.

¹³¹ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a lei de concessões*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 51-54.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo* – 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 562-563.

223. No caso, a continuidade de aplicação de penalidades pela Agência, inclusive com ameaça de acionamento das garantias contratuais¹³³, em um contexto de gravíssima distorção da equação financeira do Contrato, claramente não é adequada e não se coaduna com o fim visado pela concessão. Aliás, a medida é inadequada justamente em razão do princípio da continuidade do serviço público, eis que agrava ainda mais a situação financeira da Requerente. Tampouco é necessária do ponto de vista da ANTT, que poderia ter suspenso sua exigibilidade e cobrança, *sponte propria*, sobretudo porque as Partes estão negociando a relicitação da concessão, e se mostra desproporcional, em sentido estrito, frente às imposições para a Concessionária.

224. Por outro lado, não se mostra razoável sacrificar o cumprimento dos parâmetros mínimos da concessão por parte da Requerente em razão do pagamento de elevadas penalidades – que só foram aplicadas em virtude do desequilíbrio. Para **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, a razoabilidade significa *“que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente inválidas -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.”*¹³⁴.

¹³³ Anexo M-082 – Ofício SEI nº 10.179/2020/CIPRO/SUINF/DIR-ANTT.

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

225. A jurisprudência do STJ caminha nesse mesmo sentido, admitindo a invocação da *exceptio non adimplet contractus*¹³⁵, assim como foram proferidas decisões em arbitragens similares à presente¹³⁶.

226. No caso em análise, mesmo diante de reiterados pleitos administrativos apresentados pela Requerente, nos quais comunicou a Agência acerca dos problemas de remuneração e da impossibilidade de execução de obras, o Poder Concedente continua lavrando novas autuações, sendo que, desde as Alegações Iniciais, além das sete penalidades já citadas, foram aplicadas outras três, totalizando, portanto, dez infrações, no absurdo valor de aproximadamente R\$ 45 milhões¹³⁷.

227. Por essas razões, a Requerente reitera os pedidos (i) de ampliação da tutela cautelar neste procedimento, a fim de sejam suspensas as penalidades já aplicadas e se impeça as Requeridas de lavrar novas autuações no curso da presente Arbitragem; e (ii) ao final, seja declarada a nulidade de todas as infrações.

II.6 Argumentos da ANTT não Infirmam a Necessidade de Manutenção da Tutela de Urgência Concedida no Agravo de Instrumento Nº 0002451-66.2019.4.01.000

228. Como demonstrado pela Requerente em suas Alegações Iniciais, a Des. Maria do Carmo Cardoso acertadamente deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal no bojo do Agravo de Instrumento nº 0002451-66.2019.4.01.0000 para “suspender os efeitos da Deliberação 1025 ANTT,

¹³⁵ Cite-se, entre outros, o seguinte precedente do C. Superior Tribunal de Justiça: “**CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRÍNCIPE.** 1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93. Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula mater da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as “condições efetivas da proposta”. (...) 3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (*ad impossibilia memo tenetur*). 4. **Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da *exceptio non adimplet contractus* imputável à administração, a fortiori, implica admitir sustar-se o “início da execução”, quando desde logo verificável a incidência da “imprevisão” ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso. 5. Recurso Ordinário provido.” (RMS 15154/PE, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ de 02.12.2002, grifo nosso).**

¹³⁶ **Anexo M-065** – Ordem Processual nº 03 do Procedimento Arbitral nº 23932/GSS/PFF e **Anexo M-083** – Ordem Processual nº 06 do Procedimento Arbitral nº 23960/GSS/PFF.

¹³⁷ **Anexo M-081** – Tabela Compilada de Penalidades.

de 26.11.2019, até que apreciados os conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo juízo arbitral”.

229. Isto em decorrência dos inúmeros eventos extraordinários, imprevisíveis, que extrapolam os riscos assumidos pela Concessionária e que geraram o desequilíbrio agudíssimo do Contrato de Concessão, culminando na relicitação pleiteada em sede administrativa¹³⁸, que segue seu regular curso. São estes eventos, reiterados na presente Réplica, que comprovam a existência de *fumus boni iuris* em favor da Requerente.

230. Além de ignorar vários argumentos da Requerente, em sua Resposta a ANTT silenciou a respeito de precedente arbitral citado pela Requerente, no qual, em situação muito similar à da Requerente, o tribunal arbitral não só manteve a liminar judicial, como a ampliou em favor da concessionária.

231. É o que ocorreu no **Procedimento Arbitral nº 23932/GSS/PFF**, que envolve a Concessionária BR-040¹³⁹ e é presidido pelo il. Árbitro que também preside o presente caso, cujos trechos, perfeitamente aplicáveis ao presente caso, já foram transcritos pela Requerente nos itens 163 e 164 de suas Alegações Iniciais.

232. E este não é o único precedente favorável à tese sustentada pela Requerente. No **Procedimento Arbitral nº 23960/GSS/PFF**, promovido pela Rota do Oeste – Concessionária Rota do Oeste S.A., foi igualmente mantida a tutela de urgência concedida judicialmente para que *“não sejam aplicados pela Requerida à Requerente descontos tarifários e penalidades, inclusive eventual declaração administrativa de caducidade, relacionados aos eventos e pleitos discutidos na presente arbitragem, de modo a preservar o eventual direito da Requerente ao reequilíbrio pactuado em virtude dos eventos e pleitos discutidos na presente arbitragem”*¹⁴⁰.

¹³⁸ O processo de relicitação, aliás, já foi atestado técnica e juridicamente, por meio da Deliberação nº 337, de 21 de julho de 2020, da ANTT. Atualmente, o termo está em negociação.

¹³⁹ **Anexo M-065** – Ordem Processual nº 03 do Procedimento Arbitral nº 23932/GSS/PFF.

¹⁴⁰ **Anexo M-083** – Ordem Processual nº 06 do Procedimento Arbitral nº 23960/GSS/PFF.

233. Ou seja, diante da inexecutabilidade dos Contratos da 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais, os tribunais arbitrais têm mostrado sua preocupação com os descontos tarifários e penalidades aplicadas às concessionárias e os vem afastando, com o fim de propiciar a continuidade da prestação de serviços essenciais por parte dos entes privados.

234. Ainda que os precedentes não sejam vinculantes, fato é que em se tratando de casos com causas de pedir e pedidos idênticos, seu efeito é muito mais do que meramente persuasivo, mesmo porque há coincidência inclusive entre os julgadores dos casos. E, no final do dia, a preocupação de qualquer julgador passa, inexoravelmente, pela coerência do sistema e pela segurança jurídica que deve advir em casos análogos.

235. Com esse panorama em vista, é importante afastar os argumentos apresentados pela ANTT.

236. De início, é totalmente descabido apontar para o tempo transcorrido para o proferimento da decisão cautelar como se fosse um argumento que desabone a decisão de lavra de uma desembargadora federal tão experiente. Ainda que se pudesse cogitar desse absurdo, fato é que, a despeito das tentativas da ANTT, a decisão foi mantida em sede judicial.

237. Igualmente, no que concerne aos argumentos sobre os Fatores C e D, não subsistem as colocações da ANTT. A posição da Requerida é no sentido de que a Requerente estaria sendo beneficiada financeiramente pela decisão judicial, em razão da tarifa praticada não refletir os descontos decorrentes da não realização dos investimentos contratuais previstos.

238. A grande verdade, porém, é que se o Contrato tivesse sido efetivamente reequilibrado, no tempo e modo devidos, a tarifa atualmente praticada seria diferente, significativamente maior, e a Concessionária não teria requerido a instauração de um processo de relicitação ou a indenização neste Procedimento.

239. Assim, a manutenção da tutela concedida judicialmente é medida que se impõe, independentemente da relcitação, para permitir exatamente a continuidade dos serviços pela Concessionária e não levá-la à total ruína financeira enquanto aguarda a conclusão desta Arbitragem.

240. Neste sentido, e ao contrário do que afirma a ANTT, foi também comprovada a presença do *periculum in mora*. O prejuízo financeiro representado pela redução da TBP, no percentual de quase 54% como foi imposto pela Agência, impactaria a Requerente na ordem de R\$ 150 milhões de reais por ano¹⁴¹.

241. A ANTT afirmou que a Requerente não teria demonstrado que a referida redução a colocaria em situação falimentar. Sustentou, inclusive, não ser crível a informação da Concessionária, já que sua arrecadação seria superior à devida. Porém, sem razão.

242. A Requerente informou, em suas Alegações Iniciais, que a comprovação dos efeitos da redução da tarifa em suas contas estava feita na própria Medida Cautelar, à qual fez explícita referência.

243. Naquela peça, está demonstrado que *“o tímido lucro obtido no 2º trimestre de 2018 (+ R\$3,02 milhões) se converteu em prejuízo no 2º trimestre de 2019 (- R\$4,36 milhões), alcançando um prejuízo acumulado de R\$ 37,69 milhões no 3º trimestre de 2019, de maneira que as perdas adicionais de receita à MSVIA geradas pela redução da Tarifa Básica de Pedágio poderão afetar a prestação de serviços pela Autora e o cumprimento de suas obrigações contratuais”*. **Repita-se: a Concessionária que já apresenta prejuízos contábeis e, em caso de redução da tarifa, o prejuízo seria majorado em cerca de R\$ 150 milhões/ano.**

244. Também não subsiste o argumento da ANTT de que haveria *periculum in mora* inverso já que (i) a decisão judicial impediria o exercício da atividade regulatória da ANTT, a qual influenciaria a

¹⁴¹ Em caso de redução efetiva, o que só se admite para argumentar, é importante notar que a minuta do Aditivo de Relicitação afirma que eventuais valores poderão ser pagos pela União à Concessionária posteriormente: “9.4. Eventual VALOR CONTROVERSO da indenização e demais haveres e deveres decorrentes de decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, em conformidade ao previsto no §2º do art. 11 do Decreto nº 9.957/2019, serão apurados e pagos posteriormente.”

Concessionária a cumprir o Contrato e (ii) o seguro prestado pela Requerente seria insuficiente para quitar as penalidades que lhe foram aplicadas.

245. Quanto ao primeiro ponto, não há qualquer impedimento ao exercício da função fiscalizatória da ANTT. O que há, e não pode ser diferente diante da precária situação financeira da concessão, é a impossibilidade de tornar ainda mais oneroso o Contrato a ponto de impedir que a Concessionária continue prestando os serviços até que seja concluído o processo de relicitação ou determinado o reequilíbrio contratual pelo Tribunal Arbitral.

246. A este respeito, é importante notar que a própria ANTT reconheceu, perante o TCU (TC nº 008.508/2020-8) que os valores recebidos a maior pelas concessionárias estão sendo apurados e haverá apuração de haveres e deveres da outorga ao final, que permitirá eventuais descontos via Fator C¹⁴².

247. E, quanto ao segundo, ainda que grande parte do valor do seguro esteja comprometida com eventual quitação das penalidades, como demonstrado acima, muitas delas deverão ser invalidadas e outras – sequer listadas neste feito – estão sendo quitadas pela Requerente. Além disso, não há qualquer quantia recebida a maior pela Requerente. A produção de provas neste feito só demonstrará sua posição de credora, o que já deve estar claro para o Tribunal diante dos documentos apresentados com as Alegações Iniciais e no presente momento.

248. Sendo assim, imprescindível a manutenção da tutela de urgência para impedir que a ANTT realize qualquer redução na TBP no âmbito da concessão, durante as próximas revisões tarifárias até a decisão final nessa Arbitragem.

¹⁴² Anexo @ - TC nº 008.508/2020-8. Igualmente, nos termos da Lei nº 13.448/2017, caso deferida a relicitação, eventual multa ou receita excedente será deduzida da parcela da indenização a ser recebida pela MSVIA, não havendo qualquer periculum ou prejuízo ao erário.

II.7 Concessionária continua recebendo autos de infração. Necessária ampliação da tutela de urgência

249. A Resposta da ANTT não rebate, tecnicamente, o pleito da Requerente para que haja ampliação da tutela de urgência para (i) suspender a exigibilidade das penalidades aplicadas em desfavor da MSVIA e (ii) impedir a aplicação de novas penalidades até que concluída a presente Arbitragem, sob pena de inviabilizar, por completo, a manutenção do Contrato.

250. Os argumentos por ela lançados confundem-se com as questões atinentes à suposta regularidade dos próprios autos de infração e ao pedido de reforma da tutela de urgência concedida em favor da Requerente.

251. Em razão disso, entende a MSVIA já estarem apresentados os argumentos de fundo que justificam a ampliação da tutela concedida nos termos acima mencionados.

252. Ainda assim, é importante reforçar o pedido, já que apesar de todos os flagrantes abusos sofridos pela Requerente, e mesmo diante dos argumentos trazidos nas Alegações Iniciais, a ANTT continua a aplicar diversas e vultosas penalidades contratuais à Requerente¹⁴³.

253. Desde a apresentação das Alegações Iniciais pela Requerente foram recebidas 10 (dez) novas penalidades, conforme mencionado no parágrafo 226, as quais estão sendo debatidas administrativamente¹⁴⁴.

¹⁴³ Registre-se aqui, por oportuno, o próprio desabafo do Diretor-Geral da ANTT na Audiência Pública ocorrida na Câmara dos Deputados na qual foi proposta a revisão dos contratos da 3ª Etapa, já referida nesta Réplica: “A Agência, por outro lado, tem a obrigação de fiscalizar e de regulamentar. A Agência tem determinações a cumprir, porque é cobrada por isso. Nós já estamos no quinto ano das licitações. **A Agência está começando a soltar 1 quilo de multas, principalmente pela não execução dos investimentos previstos para os 5 primeiros anos, como se disse aqui, referentes às duplicações.** Isso a Agência tem que fazer. **Vai solucionar o problema? Não vai solucionar o problema. Mas nós temos que tomar essa atitude, porque somos cobrados por isso.** Como eu disse antes, para ser gestor hoje, desculpem-me, tem que começar fazendo curso para ser herói, porque você simplesmente é avaliado em tudo e, como dizem, está na lei. É fácil, não é? **Aplicar penalidade, multa, é muito fácil, mas solucionar o problema é difícil.** Ou melhor, não é difícil, basta ter vontade.” Anexo M-069 – Notas Taquigráficas da Audiência Pública ocorrida na Câmara dos Deputados, em 14.8.2018.

¹⁴⁴ Anexo M-081 – Tabela Consolidada de Penalidades.

254. Esta conduta evidencia, sobremaneira, o perigo advindo para a Requerente caso não sejam estendidos os efeitos da liminar judicial. As penalidades recebidas representam valor milionário e acabam prejudicando, ainda mais, a saúde financeira da Concessionária.

255. Reforça-se, assim, o pleito para a ampliação da tutela cautelar já concedida, (i) suspendendo-se a exigibilidade das penalidades aplicadas em desfavor da MSVIA e (ii) impedindo a aplicação de novas penalidades até que concluída a presente Arbitragem.

III. PEDIDOS


256. Diante de todo o exposto, a MSVIA requer sejam rejeitados todos os pedidos formulados pelas Requeridas e **reitera todos os pedidos constantes de suas Alegações Iniciais**, solicitando a esse Tribunal Arbitral:

- (i) a **confirmação da tutela de urgência** concedida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região para manter suspensos os efeitos da Deliberação nº 1.025 da ANTT, impedindo-se que a ANTT reduza a tarifa básica de pedágio praticada na concessão até o julgamento final do mérito deste procedimento arbitral;
- (ii) a **ampliação da tutela de urgência** para suspender a exigibilidade das penalidades aplicadas em desfavor da MSVIA e impedir a aplicação de novas penalidades até que concluída a presente Arbitragem, ou ao menos que novas penalidades somente sejam cobradas pela ANTT após o desfecho da Arbitragem, sob pena de inviabilizar a manutenção do Contrato;
- (iii) a **declaração do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**, em razão dos eventos narrados nos Capítulos III destas Alegações Iniciais, seja mediante a subsunção da hipótese ao disposto nas Cláusulas 21.2.3, 21.2.4, 21.2.5, 21.2.9, 21.2.10, 21.2.11, 21.2.16 e 21.2.21; seja, subsidiariamente, caso afastada a aplicação da Cláusula 21.2.4, mediante a declaração de nulidade das Cláusulas 21.1.1, 21.1.13, 26.1 e 26.3, porquanto estão em desacordo com diversas normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, notadamente o art. 37, XXI, da Constituição Federal; o art. 9º, §4º, 10 da Lei nº 8.987/1995; e os arts. 57, § 1º, II; 58, §§ 1º e 2º; e 65, II, “d”; e 124 da Lei nº 8.666/1993;

- (iv) a anulação das penalidades indevidamente aplicadas à Concessionária em virtude do descumprimento de obrigações inviabilizadas em razão dos eventos narrados no Capítulo III destas Alegações Iniciais;
- (v) a condenação das Requeridas, solidariamente, ao pagamento de indenização à Requerente em decorrência do desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, na forma do Contrato e das leis de regência, inclusive quanto às perdas experimentadas pela Requerente no dia 30.11.2019, quando foi aplicada a redução da TBP em decorrência da Deliberação ANTT nº 1.025 de 26.11.2019; e
- (vi) a condenação solidária das Requeridas a reembolsarem à Requerente todas as custas e despesas incorridas com a presente arbitragem.

São Paulo, 19 de novembro de 2020


ARNOLDO WALD


MARINA GAENSLY BLATTNER


CLARISSA MARCONDES MACÉA


MARCELA MELICHAR SUASSUNA


MARIANA TAVARES ANTUNES


RICCARDO GIULIANO FIGUEIRA TORRE


LETÍCIA ZUCCOLO P. DA COSTA DANIEL


ARNOLDO DE PAULA WALD


ANA LUIZA DE ALCÂNTARA FERREIRA

| RÉPLICA, DE 19.11.2020 | |
|------------------------|--|
| ANEXOS | DOCUMENTOS |
| Anexo M-066 | Pleito de Reequilíbrio Econômico-Financeiro da MSVIA, em razão dos prejuízos causados pela pandemia do COVID-19 |
| Anexo M-067 | Relatório de avaliação econômica do contrato de concessão da MSVIA elaborado pela Consultoria Vallya – e seus respectivos anexos |
| Anexo M-068 | Ofício-Circular nº 001/2018/DG/ANTT |
| Anexo M-069 | Notas Taquigráficas da Audiência Pública ocorrida na Câmara dos Deputados, em 14.08.2018 |
| Anexo M-070 | Dissertação de Mestrado de Maria Caroline dos Santos Rangel |
| Anexo M-071 | Estudo Internacional de Contratos de Concessão Rodoviária |
| Anexo M-072 | Contrato de financiamento com o BNDES |
| Anexo M-073 | Contrato de financiamento com a Caixa Econômica Federal |
| Anexo M-074 | Carta PR 244/2018 enviada pela MSVIA ao IBAMA e à ANTT, em 29.10.2018 |
| Anexo M-075 | Ofício 031/2019, enviado pela ANTT à MSVIA EM 08.01.2019 |
| Anexo M-076 | Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU |
| Anexo M-077 | Nota Técnica nº 080/2016/GEROR/SUINF |
| Anexo M-078 | Estudo realizado pelo Professor José Leomar Fernandes Júnior |

| | |
|--------------------|--|
| Anexo M-079 | Carta PR 000455/2020 |
| Anexo M-080 | Estudo elaborado pela Consultoria de Tráfego Perplan |
| Anexo M-081 | Tabela compilada de penalidades |
| Anexo M-082 | Ofício SEI nº 10.179/2020/CIPRO/SUINF/DIR-ANTT |
| Anexo M-083 | Ordem Processual nº 06 do Procedimento Arbitral nº 23960/GSS/PFF |
| Anexo M-084 | Acórdão nº 008.508/2020-8 |