



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

PROCEDIMENTO ARBITRAL CCI 24595/PFF
CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CCI

**MANIFESTAÇÃO SOBRE A LIMINAR CONCEDIDA NO ÂMBITO DA
MEDIDA CAUTELAR PRÉ-ARBITRAL DE N. 1014379-79.2019.4.01.3400**

CONCEBRA – CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A.
(Requerente)

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT
(Requerida)

TRIBUNAL ARBITRAL

Flávio Amaral Garcia
Patrícia Ferreira Baptista
Sérgio Nelson Mannheimer



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

SUMÁRIO

I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO	2
II - DA AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO (<i>FUMUS BONI IURIS</i>)	5
II.1 Crise econômica teria afetado o volume de tráfego na rodovia.....	6
II.2. Mudanças na política de crédito subsidiado dos bancos públicos;.....	8
II.3 Sentença proferida na ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101	9
II.4 Atraso na emissão e transferência da Licença Ambiental de Instalação	12
II.5 Aumento do limite máximo de tolerância do peso bruto transmitido por eixo, em razão da edição da Lei nº 13.103/2015 (“Lei dos Caminhoneiros”)	14
II.6 Edição da Instrução Normativa nº 1.731/2017, editada pela Receita Federal e que estabeleceu novas obrigações para as Concessionárias	15
II.7 Alteração da alíquota da CIDE-Combustíveis pelo Decreto nº 8.395/2015	16
II.8 Despesas com estudos e projetos para os contornos rodoviários de Goiânia e de Campo Florido, bem como com o viaduto viário de interligação ao aeroporto de Goiânia-GO.....	17
II.9 Aumento extraordinário do preço do CAP – Cimentos Asfálticos de Petróleo.....	18
II.10 Execução de condicionantes ambientais a cargo da ANTT, bem como restauração de segmentos do Sistema Rodoviário a cargo do DNIT	19
II.11 Da inexistência de omissão ou mora administrativa.....	20
III. DO PERICULUM IN MORA INVERSO	22
IV. DOS REQUERIMENTOS.....	27
V - DOCUMENTOS.....	28

1. A **AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT**, já qualificada como Requerida no procedimento arbitral em epígrafe, representada pelos membros da Advocacia-Geral da União infra-assinados, em obediência ao cronograma instituído na Ata de Missão, vem apresentar manifestação sobre o cabimento da revogação da liminar concedida no âmbito da Ação Cautelar Pré-Arbitral de n. 1014379-79.2019.4.01.3400, que tramitou perante a 3ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária do Distrito Federal, pelos fatos e fundamentos jurídicos colacionados a seguir:

I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO

2. Trata-se de procedimento arbitral instaurado com vistas à solução de controvérsias decorrentes do Contrato de Concessão relativo ao Edital nº 004/2013 (doc. R-01), que tem por objeto a exploração da infraestrutura e prestação de serviços atinentes ao Sistema Rodoviário da BR-060, BR-153 e BR-262-DF/GO/MG.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

3. Sustenta o requerente ter havido uma série de eventos causadores de desequilíbrio do contrato, sem que a Agência tivesse tomado as providências cabíveis para o consequente restabelecimento da equação econômico-financeira.

4. Assim, antes mesmo da formulação de requerimento de arbitragem, propôs a ação cautelar pré-arbitral nº 1014379-79.2019.4.01.3400, que tramita perante a 3ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária do Distrito Federal. Na petição inicial (doc. R-06), listou como eventos causadores de desequilíbrio:

- a) crise econômica que afetou o volume de tráfego na rodovia;
- b) mudanças na política de crédito subsidiado dos bancos públicos;
- c) atraso na emissão e transferência da Licença Ambiental de Instalação;
- d) aumento do limite máximo de tolerância do peso bruto transmitido por eixo, em razão da edição da Lei nº 13.103/2015 (“Lei dos Caminhoneiros”);
- e) edição da Instrução Normativa nº 1.731/2017, editada pela Receita Federal e que estabeleceu novas obrigações para as Concessionárias;
- f) alteração da alíquota da CIDE-Combustíveis pelo Decreto nº 8.395/2015;
- g) despesas com estudos e projetos para os contornos rodoviários de Goiânia e de Campo Florido, bem como com o viaduto viário de interligação ao aeroporto de Goiânia-GO;
- h) aumento extraordinário do preço do CAP – Cimentos Asfálticos de Petróleo;
- i) execução de condicionantes ambientais a cargo da ANTT, bem como restauração de segmentos do Sistema Rodoviário a cargo do DNIT.

5. Alega ainda que, ao ser obrigada a executar um contrato manifestamente desequilibrado, acabará por não cumprir com as obrigações pactuadas e será duramente apenado pela ANTT, inclusive, com possibilidade de sofrer processo administrativo sancionador passível de aplicação da pena máxima de caducidade da concessão.

6. O juízo da 3ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária do Distrito Federal deferiu a medida liminar (doc. R-07), basicamente se atendo à suposta alteração da política de fomento dos bancos públicos. Consta da tutela de urgência o seguinte:

A decisão liminar possui três características básicas : precariedade ; sumariedade de cognição ; inaptidão para formar coisa julgada.

No caso concreto , presentes os requisitos legais para deferimento de pedido liminar .

Aqui , há de se registrar o princípio da confiança legítima .



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Os empréstimos liberados por banco de fomento não estão sequer próximos dos valores de outrora, o que, sem sombra de dúvidas, muda o equilíbrio econômico-financeiro, elemento de contrato administrativo.

Sendo assim, com base na legítima confiança do administrado, defiro a tutela de urgência nesta ação cautelar (referibilidade comprovada) para assegurar que, até a resolução do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – ou seja, pela apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo Tribunal Arbitral –, a requerida se abstenha de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos questionados nos pleitos de reequilíbrio/revisionais já ofertados, impor novas obrigações de investimento e promover redução tarifária, até o tribunal arbitral se pronunciar, ou a Agência, em sua autotutela buscar solução da lide.

7. Em seguida, confirmou a liminar em decisão assim fundamentada (doc. R-08):

Na espécie, compulsando a documentação constante nos autos, verifico que a parte autora apresentou proposta de revisão do contrato de concessão (fls. 442/485) indicando o desequilíbrio econômico-financeiro que norteava a relação contratual, de modo que, dentre os motivos que contribuíram para o respectivo cenário, aponta descumprimento de obrigações pela Ré – licenciamento ambiental – e de investimentos afetos ao Poder Público.

Contudo, não há notícia nos autos que tais questões foram devidamente apreciadas pela ANTT, logo, entendo razoável que sejam obstadas as medidas gravosas aplicadas pela Ré à autora até que seja o contrato e seus termos apreciados na esfera arbitral.

Assim, entendo cabível a concessão das medidas acautelatórias pretendidas pela parte autora até que sejam dirimidas as controvérsias pelo juízo arbitral, notadamente quanto ao desequilíbrio econômico financeiro.

Forte em tais razões, RATIFICO a decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 106/109), cujos efeitos tornam-se estáveis até revisão posterior judicial, ou resolução arbitral, como a espécie exige.

Declaro extinto o processo, com fundamento no art. 304, §1º[2], do Código de Processo Civil.

8. Percebe-se que, na decisão terminativa (2ª decisão), o magistrado desconsidera a fundamentação do seu antecessor quando da apreciação da liminar (que usava como fundamento a alteração da política de financiamento dos bancos públicos) e justifica a concessão da tutela no fato de a ANTT supostamente não ter apreciado administrativamente os pleitos da Concessionária. Ambos, contudo, sequer fundamentam o *periculum in mora*.

9. Conforme será demonstrado a seguir, não há nos autos qualquer fundamento apto a manter a tutela cautelar concedida pelo Poder Judiciário.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

II - DA AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO (*FUMUS BONI IURIS*)

10. Nenhum dos eventos listados pelo requerente como causadores de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato pode ser utilizado como fundamento para a manutenção da tutela cautelar. Também não houve mora por parte da ANTT capaz de gerar desequilíbrio do contrato.

11. Quanto aos requisitos para concessão de liminares em arbitragem, importante destacar a doutrina nacional no sentido de que a concessão de tutelas provisórias deve ser fundamentada na análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*:

Na arbitragem, a concessão de tutela provisória deve observar também os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. A Lei de Arbitragem poderia dispor diversamente desses requisitos, mas preferiu silenciar a respeito. Por essa razão, devem-se buscar esses requisitos no direito processual brasileiro (sede da arbitragem). (...) O fundamento não é exatamente este, mas sim o fato de que esses requisitos integram o direito processual brasileiro. Coincidentemente esses requisitos estão dispostos no estatuto processual civil, mas poderiam não estar e ainda assim se aplicariam à arbitragem. (FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo código de processo civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. *In* 20 anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz. Coordenação de Carlos Alberto Carmona.. [et al] (coordenadores). 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 483.)

12. Ora, assentado que as tutelas de urgência exigem demonstração da plausibilidade do direito invocado, não faz sentido a concessão de liminares com fundamento em tese jurídica frontalmente contrária ao Contrato celebrado pelas partes. Conforme será demonstrado, os eventos de reequilíbrio listados pela requerente: (i) ou se enquadram como risco contratualmente atribuído ao concessionário; (ii) ou já foram reequilibrados e a discussão remanesce apenas quanto ao valor, o que demandaria prova técnica complexa, inviável de ser produzida e apreciada em sede de cognição sumária própria das tutelas de urgência; (iii) ou não foram apreciadas pela ANTT porque a Concessionária ainda não apresentou toda a documentação necessária a que o pleito pudesse ser avaliado.

13. **Enfim, se é certo que o moderno direito administrativo não tolera que o Estado tenha prerrogativas de supremacia absoluta em detrimento dos direitos assegurados aos particulares (ainda que em relações especiais de sujeição), também não se pode admitir o outro extremo, qual seja, desconsiderar completamente o contrato e o mérito da análise administrativa das questões sob presunção absoluta de que a Administração Pública erra, age de má-fé ou tem alguma espécie de fetiche em promover a bancarrota das Concessionárias. Por isso, é preciso insistir que este Tribunal avalie concretamente o *fumus boni iuris*, análise essa que faltou ao Poder Judiciário.**



ADVOACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

II.1 Crise econômica teria afetado o volume de tráfego na rodovia

14. O contrato de concessão, na subcláusula 21.1.1, é bastante claro ao alocar ao Concessionário o risco pelo volume de tráfego:

21 Alocação de Riscos

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

21.1.1 volume de tráfego em desacordo com as projeções da **Concessionária** ou do **Poder Concedente**, com exceção do disposto na subcláusula 22.5 e na aplicação do **Fator C**;

15. Assim, ainda que eventualmente tenha havido redução do volume de tráfego e que o volume observado não corresponda às projeções da Concessionária, esta assumiu o risco por esse fato.

16. Veja que o contrato é claro em não admitir reequilíbrio em razão da redução do tráfego, justamente por se tratar de risco alocado à Concessionária. Não se pode admitir que em juízo de cognição sumária próprio das tutelas de urgência, o contrato seja simplesmente desconsiderado com base em argumentos heterodoxos de uma suposta extraordinariedade da redução de tráfego experimentada pela requerente.

17. Ora, em vez de preservar o texto contratual, pretende a requerente que este Tribunal, em análise perfunctória, afaste a aplicação do contrato em nome de uma suposta e futura demonstração técnica de que suportou evento extraordinário. Mais do que isso, ao pretender existir um direito de reequilíbrio decorrente da variação do tráfego, o Poder Judiciário promoveu verdadeira revisão da matriz de risco do contrato, em ofensa ao *pacta sunt servanda* e do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

18. Nesse ponto, cabe um esclarecimento adicional. Em nenhum momento houve por parte a ANTT reconhecimento de que a crise econômica afetou de tal monta os contratos de modo a justificar uma ampla revisão contratual. O Ofício do Diretor-Geral interino juntado pela requerente (DOC 12 do requerimento de arbitragem) apenas comunicava a diversas autoridades públicas (Congresso, TCU, MPF, Associações diversas, Ministério dos Transportes etc) a situação precária pela qual passavam boa parte das Concessionárias da 3ª etapa de concessões do PROCROFE e de que a Agência não dispunha dos instrumentos adequados para resolver o problema. Se o caso fosse de simples revisão dos contratos, a ANTT teria o dever de fazê-lo, não encaminhar ofícios. O documento mencionado chama a atenção justamente para essa inviabilidade de a própria Agência tomar a iniciativa de uma verdadeira quebra contratual em desfavor do usuário. Haveria necessidade, em última análise, de autorização legislativa que



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

permitisse a desoneração dos Concessionários em relação a parte dos encargos assumidos, numa espécie de **REFIS RODOVIÁRIO**, a depender de um debate amplo no Congresso Nacional.

19. Nesse contexto, é que surge a Medida Provisória nº 800/2017 a qual, embora de constitucionalidade duvidosa, foi editada pela Presidência da República com vistas a permitir o adiamento de algumas obrigações contratuais sem o imediato reequilíbrio contratual em favor do usuário, ou seja, possibilitaria um desequilíbrio temporário do contrato em favor do Concessionário, que se capitalizaria às custas daquele que paga a tarifa de pedágio. Talvez pela gravidade do que a MP 800/2017 representava, não houve sua conversão em lei no parlamento e, por consequência, a ANTT deixou de dar prosseguimento à chamada reprogramação de investimentos.

20. Importante destacar, que referida Medida Provisória dispunha o seguinte:

Art. 1º A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT **poderá realizar, de comum acordo com as concessionárias,** a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais cujos contratos prevejam concentração de investimentos em seu período inicial, uma única vez, observadas as diretrizes estabelecidas nesta Medida Provisória e na regulamentação específica do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, que definirá os termos e as condições para: (grifo nosso)

21. Embora a Deliberação ANTT nº 91, de 21 de fevereiro de 2018 tenha autorizado a celebração do aditamento, não houve comum acordo com a Concessionária, que se recusou a assinar (nesse sentido, confira-se Informação Eletrônica nº 233/2018/CIPRO/SUINF – doc. R-09). Ou seja, sequer haviam sido constituídas as relações jurídicas entre as partes, quando a MP perdeu eficácia. Portanto, não há que se falar em aplicabilidade do §11 do art. 62 da Constituição, que assim dispõe:

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

22. Com a perda de vigência da MP, cai por terra o fundamento jurídico para que a ANTT pudesse quebrar o contrato com vistas a efetivar uma ampla reformulação que favorecesse a Concessionária.

23. *Mutatis mutandis*, admitir como plausível a tese da Concessionária significa dizer que, como a carga tributária do país é alta, qualquer contribuinte tenha o direito líquido e certo, independentemente de autorização legislativa, de exigir da Receita Federal o parcelamento de seus débitos em condições favoráveis (REFIS).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

24. E mais, conforme será analisado mais à frente, tramita na Subseção Judiciária do Rio de Janeiro ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101 com sentença que já refutou completamente o argumento da Concessionária quanto à suposta justificativa para uma ampla revisão contratual em decorrência da crise.

25. Observa-se, portanto, que a crise financeira não deve ser tomada como fundamento para a manutenção da liminar, na medida em que confronta diretamente o texto contratual.

II.2. Mudanças na política de crédito subsidiado dos bancos públicos;

26. Também no que se refere ao financiamento, a requerente mais uma vez desconsidera a matriz de riscos prevista no contrato, que assim dispõe:

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

21.1.13 aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;

26 Financiamento

26.1 A **Concessionária** é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da **Concessão**, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no **Contrato**.

26.3 A **Concessionária** não poderá invocar qualquer disposição, cláusula ou condição dos contratos de financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para eximir-se, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no **Contrato**.

27. O risco do financiamento é do Concessionário. Este, inclusive, pode optar por executar suas obrigações valendo-se de capital próprio. Se houve ou não alteração da política de concessão de financiamentos por parte do BNDES ou dos demais Bancos Públicos, cabe à Concessionária acionar esses bancos públicos, se entender que foi de alguma forma lesada.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

28. Ademais, se analisarmos com maior detalhe o documento intitulado “Carta de Apoio dos Bancos Públicos” (DOC 07), observa-se que os próprios bancos condicionaram o financiamento, nos seguintes termos:

O enquadramento das operações e o estabelecimento das condições definitivas do financiamento dependerão da análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz das Políticas de Crédito e Operacionais das instituições financeiras.

29. Ora, desde a época da licitação, o Concessionário não tinha qualquer garantia dos Bancos Públicos quanto à liberação de financiamento para o empreendimento. Muito menos a ANTT garantiu esse financiamento. Pelo contrário, nem o edital nem o contrato de concessão forneceram esse respaldo ou geraram qualquer expectativa no Concessionário.

30. E mais, no documento do BNDES juntado pela requerente no âmbito da ação cautelar (doc. R-10), o motivo invocado para cancelamento do financiamento consiste justamente na ausência do cumprimento das condições exigidas pelo Banco, em coerência com o que já havia sido anunciado na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Seguramente, essas questões serão mais bem detalhadas ao longo do procedimento arbitral, mas o que se tem evidente no momento é que a própria Concessionária deu causa ao término do financiamento.

31. Portanto, mais uma vez cabe insistir não ser cabível o reconhecimento de *fumus boni iuris* quando a tese da requerente contraria frontalmente o texto do contrato e de sentença judicial que em breve transitará em julgado.

II.3 Sentença proferida na ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101

32. Não bastasse toda argumentação expendida acima quanto aos itens II.1 (argumento da crise) e II.2 (argumento da falta de financiamento), importante destacar que tramita na 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro a ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101 proposta pela requerente em face da ANTT e do BNDES. Na petição inicial (doc. R-11), pede a requerente o seguinte:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

128. Em ordem de cumulação simples, as autoras requerem também a confirmação por sentença da tutela provisória de urgência consistente na suspensão da obrigatoriedade de entrega do Planejamento Anual de Concessão Ano 2017/2018 (Ano 2), assim como das respectivas obrigações de investimento constantes da Frente de Ampliação e Melhorias e de quaisquer penalidades provocadas pela inércia, até que **(i)** o BNDES conceda à CONCEBRA o financiamento de longo prazo, e efetue o desembolso da primeira parcela do mesmo; **(ii)** as partes renegociem os termos do financiamento e cheguem a bom termo, com a formalização deste

consenso; ou **(iii)** na impossibilidade de ambos, ocorra o trânsito em julgado da sentença que determine o reequilíbrio contratual da relação jurídica travada entre as partes.

129. As autoras também creem que V.Exa. julgará procedente esta ação para reequilibrar financeiramente o Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1, condenando o BNDES a suportar a extensão de seu prazo de pagamento para 25 anos, com a aplicação de carência de 5 anos, e a incidência de TJLP, **vigente à época da licitação**, acrescida de 2% ao ano.

33. Após regular trâmite processual, **foi proferida sentença (doc. R-12) que, a um só tempo, descarta as teses da requerente: (i) quanto à qualificação da crise macroeconômica como evento extraordinário apto a garantir a revisão do contrato; (ii) quanto à mudança na política de financiamento. Vejamos alguns trechos da sentença:**

Fls. 1.031:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Como bem delineado pelo réu BNDES em sua contestação, às fls. 905/906, toda a narrativa e argumentação da parte autora toma como premissa o fato de que o Programa de Investimento em Logística do Governo Federal – PIL asseguraria, de pleno direito de forma automática, a contratação de recursos com os bancos públicos, **o que não é verdade.**

Da leitura do documento juntado pela parte autora às fls. 107/110 dos autos, percebe-se que não há que se falar em direito subjetivo de contratação automática no tocante a recursos de bancos públicos, o que afasta o argumento utilizado pela parte autora de que ela estaria numa posição jurídica capaz de assegurar o exercício da faculdade de exigir do BNDES a celebração de contrato de financiamento:

Fls. 1.040:

No tocante aos argumentos utilizados pela parte autora, seja contra a ré ANTT, seja contra o réu BNDES, não se encontram presentes os requisitos constantes dos arts. 317, 476 e 478 do Código Civil aptos a permitir a revisão judicial do(s) contrato(s), tendo em vista inexistir qualquer situação de ocorrência de fatos imprevisíveis, fora da álea razoável dos contratos, a implicar desproporção manifesta no negócio jurídico.

Fls 1.041:

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS, EXTINGUINDO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, na forma dos artigos 355, I e 487, I, ambos do CPC.

34. **Destaca-se ainda que, ao tempo da apreciação da presente manifestação pelo Tribunal Arbitral, muito provavelmente referida sentença terá transitado em julgado, uma vez que BNDES e CONCEBRA assinaram petição de desistência do recurso protocolada pela própria Concessionária (doc. R-14). Nesse cenário provável, teríamos decisão com**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

força de coisa julgada, reconhecendo a improcedência das principais teses levantadas pela requerente.

35. Resta evidente, portanto, a ausência de plausibilidade do direito invocado, desta vez respaldada por sentença judicial em vias de transitar em julgado.

II.4 Atraso na emissão e transferência da Licença Ambiental de Instalação

36. No que se refere à obtenção da licença ambiental de instalação, tem razão o requerente ao afirmar tratar-se de obrigação que incumbiria ao Poder Concedente, nos termos do quanto disposto nas subcláusulas seguintes do contrato de concessão:

5.2 O Poder Concedente deverá:

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

(...)

10.3.2 A licença de instalação prevista na subcláusula 5.2.1 será disponibilizada a Concessionária em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1 do PER, de acordo com as seguintes condições.

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

37. Assim, em decorrência de tais atrasos, a ANTT jamais apenou a Concessionária.

38. Por outro lado, o fato de não estar disponível a licença ambiental propiciou uma vantagem econômica ao Concessionário, que teve adiado os desembolsos necessários à realização das obras que dependiam da manifestação dos órgãos ambientais. Como forma de deixar o contrato equilibrado, o próprio instrumento contratual traz uma forma automática de reequilíbrio, o Fator D, nos termos seguintes:

22.6.4 A Concessionária declara ter pleno conhecimento e reconhece que:

(...)

(ii) o Desconto ou Acréscimo de Reequilíbrio, determinado pela avaliação anual de desempenho e execução de obras, é um mecanismo pactuado entre as Partes para reequilibrar o Contrato nos casos de atraso ou inexecução de obras e serviços ou no caso de antecipação de determinadas obras, e será aplicado de forma imediata e automática pela ANTT;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

(iii) a redução ou aumento do valor da Tarifa Básica de Pedágio em decorrência da aplicação do Desconto ou Acréscimo de Reequilíbrio não constitui penalidade contratual ou receita adicional, mas sim mecanismo preestabelecido no Contrato para manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro; (grifo nosso)

39. Esse dispositivo contratual, inclusive, já foi reconhecido como válido em outro processo arbitral (CCI 23238 GSS/PFF), conforme se depreende do documento R-15 em anexo. Na ocasião, pontuou o árbitro de emergência:

171. Nesse contexto, em análise sumária, as distinções realizadas pela PARTE REQUERIDA no que diz respeito às diferenças conceituais entre as penalidades contratuais e o Desconto de Reequilíbrio parecem fazer sentido ao Árbitro de Emergência. O reequilíbrio contratual, destarte, não constituiria penalidade. Isso autoriza concluir, no atual âmbito, que a penalidade está atrelada à apuração da culpa da SOLICITANTE pelo atraso ou inexecução dos serviços. O reequilíbrio, por sua vez, visa tão somente manter o contrato financeiramente equilibrado em razão da existência de fato objetivo da incorrência – ou atraso – de investimentos previstos.

172. Por isso, parece ser incabível discutir quanto à aplicação do Desconto de Reequilíbrio quem, o que e qual motivo gerou a incompatibilidade entre o Cronograma Planejado e o Cronograma Real – que no caso se deu pelo atraso na obtenção da licença de instalação.

173. Importa verificar se, dentro de cada ano de execução do Contrato, que tem seu início e término compatíveis com o Cronograma Real, consubstanciou-se ou não o investimento originalmente previsto à data-base planejada para término daquele período conforme o Cronograma Planejado.

174. Não se nega que o Contrato entabulado entre as PARTES seja complexo, capaz de dar ensejo a interpretações distintas, como já destacado na presente Ordem, e que poderão ser objeto de maior desenvolvimento pelas PARTES no curso do procedimento



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

arbitral instaurado, inclusive autorizando, se o caso, a alteração do entendimento ora firmado.

175. Contudo, em sede de cognição sumária, entende o Árbitro de Emergência que a interpretação sistemática de suas cláusulas não demonstra a probabilidade do direito da SOLICITANTE, pelo que descabida, por ora, a suspensão do Desconto de Reequilíbrio

40. Quanto aos custos de mobilização e demais despesas, já foram devidamente reequilibradas, conforme reconhecido na Nota Técnica nº 15/2017/GEINV/SUINF (doc. R-16). Vale destacar o seguinte trecho da Nota Técnica nº 25/2017/GEINV/SUINF (doc. R-17):

Proposta SUINF

111. Na análise apresentada por meio da Nota Técnica nº 015/2017/GEINV/SUINF, foram definidas as premissas para o cálculo do reequilíbrio devido ao custo de desmobilização do canteiro, uma vez que a obra de duplicação da rodovia foi paralisada devido ao atraso na emissão da Licença de Instalação.

112. Assim, foi proposto o reequilíbrio no valor de R\$ 8.590.376,09 (oito milhões, quinhentos e noventa mil, trezentos e setenta e seis reais e nove centavos), a preços iniciais, além da remuneração de custos administrativos, no valor de R\$ 536.039,47 (quinhentos e trinta e seis mil e trinta e nove reais e quarenta e sete centavos), a preços iniciais.

41. Portanto, houve sim o devido reequilíbrio, tudo conforme determina o Contrato de Concessão. Eventual apuração quanto à correção do valor demandaria análise mais aprofundada ao longo do procedimento arbitral.

II.5 Aumento do limite máximo de tolerância do peso bruto transmitido por eixo, em razão da edição da Lei nº 13.103/2015 (“Lei dos Caminhoneiros”)

42. A alegação de desequilíbrio em razão do aumento do limite máximo de tolerância de peso bruto transmitido por eixo também não procede. No âmbito da 4ª Revisão Extraordinária



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

do Contrato de Concessão nº 004/2013, aprovada por meio da Resolução nº 5.236, de 14/12/2016, foram incluídos custos operacionais devido ao aumento dos custos de manutenção do pavimento decorrente da Lei 13.103/2015 (Lei dos Caminhoneiros). Nesse sentido, extrai-se da Nota Técnica nº 211/2016/GEROR/SUINF (doc. R-18):

4.2.2 Da 4ª Revisão Extraordinária da TBP

30. Por meio da Nota Técnica nº 039/2016/GEINV/SUINF, a GEINV encaminhou à GEROR a proposta de inclusão, no Fluxo de Caixa Marginal da concessionária, do investimento correspondente à Manutenção do Pavimento em virtude do aumento do limite de peso bruto transmitido por eixo decorrente da “Lei dos Caminhoneiros” (Lei nº 13.103/2015). O valor do investimento está referenciado a maio de 2012.

43. Posteriormente, a 6ª Revisão Extraordinária, aprovada por meio da Resolução nº 5.410, de 31/08/2017 (doc. R-19), retificou a alteração da tarifa básica de pedágio de acordo com determinação cautelar do Tribunal de Contas da União – TCU em processo de Representação TC nº 014.318/2015-0, de modo a não utilizar valores superiores aos constantes dos estudos de viabilidade que balizaram o certame do referido contrato de concessão, com o deságio proposto pela licitante vencedora.

44. Veja que a ANTT prontamente reequilibrou o contrato para fazer face ao incremento de custos decorrentes da Lei nº 13.103/2015 e, em seguida, ajustou a conta para atender a determinação do TCU, mas **jamais deixou de promover o reequilíbrio**. Cabe, contudo, esclarecer que o tema é bastante complexo, motivo pelo qual o reequilíbrio foi efetivado a título provisório, até que a Agência conclua os estudos necessários a aferir a metodologia mais justa para promover esse tipo de reequilíbrio.

II.6 Edição da Instrução Normativa nº 1.731/2017, pela Receita Federal, que estabeleceu novas obrigações para as Concessionárias

45. O pleito de reequilíbrio em decorrência da Instrução Normativa nº 1.731/2017 foi objeto de análise na Nota Técnica SEI nº 377/2019/GEFIR/SUINF/DIR (doc. R-20) e não foi acolhido em razão de inércia imputada à própria Concessionária em apresentar o projeto executivo e orçamento de acordo com as exigências da Resolução ANTT nº 1.187/2005, conforme trecho transcrito a seguir:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

105. Por meio de Despacho datado de 26/02/2019, a COFOR/GEFIR esclarece, acerca da implantação do Documento Fiscal Eletrônico, que o desequilíbrio foi gerado pelas instruções normativas da Receita Federal do Brasil nº 1.731/2017 e nº 1.768/2017, sendo que estas substituíram a Instrução Normativa nº 1.099, de 15 de dezembro de 2010, incumbindo, basicamente, novas obrigações constantes no processo de emissão de documento fiscal por parte das Concessionárias de rodovias federais.
106. Aquela Coordenação ressalta, ainda, que tais obrigações, além de não previstas em contrato, podem gerar impactos operacionais na praça de pedágio, ensejando a aquisição de equipamentos de forma a mitigar prejuízo aos parâmetros de desempenho no processo de cobrança tarifária.
107. Desta maneira, considerando o conteúdo do despacho da Coordenação de Fiscalização Operacional de Rodovias Concedidas (COFOR), esta GEFIR, por meio do Ofício nº 158/2018/GEFIR/SUINF, de 18/06/2018, informou à Concebra que novos investimentos são incorporados ao Programa de Exploração da Rodovia (PER) via Fluxo de Caixa Marginal, mediante análise e aprovação de projetos executivos, conforme previsto no artigo 22 da Resolução ANTT nº 1.187/2005, no Capítulo VI – Das Alterações do Programa de Exploração.
108. E, desta maneira, a GEFIR, por meio do Ofício nº 158/2018/GEFIR/SUINF, de 18/06/2018, solicitou o Projeto Executivo e orçamento referente à implantação das melhorias relacionadas na Carta CNB DIR 0482/2018, cujo escopo das intervenções propostas deverá estar devidamente justificado.
109. Por meio da Proposta de Revisão Tarifária, Carta CNB DIR 0092/2019, de 07/02/2019, a Concebra encaminhou os orçamentos apresentados pelas Empresas a serem Contratadas, as Notas Fiscais emitidas bem como os comprovantes dos pagamentos efetuados pela Concessionária.
110. No entanto, não foi identificado o recebimento por esta Agência do projeto executivo e orçamento de acordo com as exigências da Resolução 1.187/2005, solicitados pela GEFIR por meio do Ofício citado anteriormente.
111. Ante o exposto, até que o referido projeto e orçamento seja enviado pela Concebra e analisado pela ANTT, sugere-se o indeferimento do pleito de reequilíbrio da Concessionária.

46. Note-se que a unidade técnica destacou que “não foi identificado o recebimento por esta Agência [ANTT] do projeto executivo e orçamento de acordo com as exigências da Resolução 1.187/2005, solicitados pela GEFIR por meio do Ofício citado anteriormente”. Para ter atendido seu pleito de reequilíbrio, não pode a concessionária apresentar requerimentos e documentações em desacordo com a regulamentação da ANTT.

47. Dessa forma, mais uma vez percebe-se ter a Concessionária omitido as verdadeiras razões do indeferimento do pleito para induzir a erro o Poder Judiciário.

II.7 Alteração da alíquota da CIDE-Combustíveis pelo Decreto nº 8.395/2015

48. No que se refere às alterações tributárias referentes à CIDE-Combustíveis, o pleito da Concessionária foi devidamente apreciado pela ANTT, porém, indeferido, com fundamento no exposto no Parecer n. 00573/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (doc. R-21). Em síntese, foram dois os motivos que levaram ao indeferimento.

49. Primeiramente, a Concessionária não demonstrou que a alteração da legislação tributária tenha impactado no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse ponto, é preciso registrar que o próprio índice eleito para reajustar a tarifa de pedágio, o IPCA, já contempla em grande medida a variação da CIDE-Combustíveis, conforme esclarecido pela área técnica da ANTT no Ofício nº 87/2016/GEROR/SUINF (doc. R-22):



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

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

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

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

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

50. Em segundo lugar, foi observada a norma regulatória que rege as revisões contratuais, a saber, Resolução nº 675, de 04 de agosto de 2004 (doc. R-23), que assim dispõe:

Art. 2º Nas revisões ordinárias serão considerados:

I – relativamente ao exercício anual anterior:(Alterado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

(...)

c) criação, alteração e extinção de tributos ou de encargos decorrentes de disposições legais, de comprovada repercussão nos custos da concessionária;

51. Perceba que a Concessionária precisa alegar na revisão ordinária do ano seguinte, a alteração na legislação tributária que entende ter impactado no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, no caso concreto, a Concessionária não o fez.

52. Portanto, também quanto à CIDE-Combustíveis, não cabe qualquer reequilíbrio.

II.8 Despesas com estudos e projetos para os contornos rodoviários de Goiânia e de Campo Florido, bem como com o viaduto viário de interligação ao aeroporto de Goiânia-GO



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

53. Quanto a esses temas, o contrato já foi reequilibrado, conforme se depreende da análise constante da Nota Técnica nº 010/2018/GEINV/SUINF, itens III.B.d., III.B.e. e III.B.f., que segue anexa (doc. R-24). Descabe aqui, nesse momento de cognição sumária, um maior aprofundamento nas discussões quanto á extensão do reequilíbrio, mas o fato é que a Concessionária foi sim reequilibrada por tais despesas.

II.9 Aumento extraordinário do preço do CAP – Cimentos Asfálticos de Petróleo

54. No caso do aumento supostamente extraordinário do CAP, também não pode prosperar o argumento da Concessionária, uma vez que o contrato é claro em lhe atribuir o risco de variação de preços superior ao índice de inflação eleito para o reajuste tarifário, senão vejamos:

21 Alocação de Riscos

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

21.1.6 custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da **Concessão**, exceto nos casos previstos na subcláusula 21.2 abaixo;

21.1.7 custos para execução dos serviços previstos nas **Frentes de Recuperação e Manutenção, Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, Conservação e Serviços Operacionais** de todas as **Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço;**

21.1.19 possibilidade de a inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da **Tarifa de Pedágio** ou de outros valores previstos no **Contrato** para o mesmo período;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

21.3 A Concessionária declara:

- (i) ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no **Contrato**; e
- (ii) ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua **Proposta**.

21.4 A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no **Contrato venham a se materializar.**

55. Embora o tema tenha sido tratado com maior minúcia no Parecer nº 1.365/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (doc. R-25), cabe aqui reiterar que o texto contratual deixa claro que a flutuação dos preços de insumos asfálticos fica à cargo da Concessionária.

56. Ora, é evidente que num contrato de 30 (trinta) anos haverá flutuações no preço do CAP e, da mesma forma que não houve reequilíbrio no caso de aumento, a ANTT jamais baixou a tarifa quando o preço do CAP atingiu suas mínimas históricas. Mais uma vez, a Concessionária pretende privatizar lucros e socializar prejuízos.

II.10 Execução de condicionantes ambientais a cargo da ANTT, bem como restauração de segmentos do Sistema Rodoviário a cargo do DNIT

57. No que se refere às condicionantes ambientais a cargo da ANTT, a requerente limita-se a fazer alegações vazias, sem qualquer detalhamento acerca de qual obrigação se refere e mesmo se houve pleito de reequilíbrio junto à Agência. Também não junta documentos que permitam à requerida identificar qual o motivo da insatisfação da Concessionária.

58. Quanto à restauração de segmentos do Sistema Rodoviário a cargo do DNIT, o tema foi objeto de análise nas já citadas Notas Técnicas nº 15/2017/GEINV/SUINF, de 22/03/2017 (doc. R-16) e nº 25/2017/GEINV/SUINF, de 18/05/2017 (doc. R-17), com destaque para o seguinte trecho da primeira manifestação da ANTT:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

142. Desta maneira, também não ha como considerar que os custos com a recuperação do pavimento não eram possíveis de se precificar à época da licitação, pois fazem parte do escopo dos serviços obrigatórios da Concessionária.

143. Cabe ressaltar ainda que os estudos indicativos desenvolvidos para elaboração do Edital de licitação previram a execução de serviços no

pavimento desses trechos na fase de trabalhos iniciais e de recuperação. Apesar de tais estudos serem considerados somente como indicativos, fica claro que são serviços possíveis de previsão e precificação pelos licitantes.

59. Dessa forma, mais uma vez, não há que se falar em direito ao reequilíbrio.

II.11 Da inexistência de omissão ou mora administrativa

60. A exposição detalhada das razões pelas quais cada um dos eventos citados pela requerente foi avaliado e o respectivo reequilíbrio contratual indeferido ou deferido parcialmente revela claramente que não houve omissão ou mora administrativa em apreciar todos os pleitos submetidos à ANTT. Repita-se, todos, absolutamente todos os eventos com potencialidade de trazer desequilíbrio contratual foram apreciados.

61. Nos termos da regulamentação que rege a matéria, a já citada Resolução nº 675/2004, esses ajustes contratuais são feitos por ocasião das denominadas revisões ordinárias e extraordinárias. Vejamos as avaliações próprias de cada uma dessas modalidades de revisão:

Art. 2º Nas revisões **ordinárias** serão considerados:

I – relativamente ao exercício anual anterior:

- a) as receitas complementares, acessórias ou alternativas à receita principal ou de projetos associados, com base nos valores faturados pela concessionária;
- b) os recursos para desenvolvimento tecnológico e verba de laboratório, conforme previsão contratual, quando não utilizados em projetos aprovados pela ANTT;
- c) criação, alteração e extinção de tributos ou de encargos decorrentes de disposições legais, de comprovada repercussão nos custos da concessionária;
- d) os recursos para aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal e demais verbas, conforme previsão contratual, quando não utilizadas integralmente.

II - as diferenças de receita, apuradas entre as datas contratualmente estabelecidas para o reajuste do ano anterior e do presente, decorrentes de:

- a) aplicação, quando da concessão do reajuste anterior, do índice de reajuste tarifário



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

provisório e do índice definitivo;
b) arredondamento da tarifa do reajuste anterior, conforme previsão contratual;
c) defasagem decorrente de eventual concessão de reajuste tarifário em data posterior ao contrato;

III – as repercussões decorrentes de inexecuções, antecipações e postergações de obras e serviços previstos nos cronogramas anuais do Programa de Exploração da Rodovia

Art. 2º-A. Nas revisões **extraordinárias** serão consideradas as repercussões:

I - decorrentes, única e exclusivamente, de fato de força maior, caso fortuito, fato da Administração, fato do príncipe ou alteração unilateral do contrato pelo Poder Concedente, em caráter emergencial, ou da ocorrência de outras hipóteses previstas expressamente no contrato de concessão;

II - que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária, ou que comprometa ou possa comprometer a solvência da Concessionária e/ou continuidade da execução/prestação dos serviços previstos neste Contrato.

60. Observe que, a depender do evento potencialmente causador de desequilíbrio, a apreciação da ANTT far-se-á no âmbito da revisão ordinária ou no âmbito de revisão extraordinária.

61. Situação diversa ocorre nas chamadas Revisões Quinquenais. Estas, embora possam culminar com uma alteração tarifária, têm por objetivo precípuo adaptar o Sistema Rodoviário, que é dinâmico, às necessidades dos USUÁRIOS, inclusive com participação social destes. Essa adaptação se faz mediante alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços. Nesse sentido, confira-se o disposto na Resolução nº 675:

Art. 2º-B Nas revisões quinquenais serão consideradas as repercussões decorrentes de modificações por: alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras e serviços, com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário. (Acrescentado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

Parágrafo único. Quinquenalmente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ser submetida ao Processo de Participação e Controle Social a fim de garantir o direito de manifestação de todos os interessados. (Acrescentado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

62. Diferentemente das revisões ordinárias e extraordinárias, que constituem direito da Concessionária de periodicamente ter apreciados pela Agência seus pleitos de reequilíbrio, as revisões quinquenais têm finalidade diversa. Buscam atender pleitos dos USUÁRIOS, não do Concessionário. Evidentemente, se o acolhimento de um pleito do usuário impactar no equilíbrio do contrato, haverá a devida revisão tarifária. Mas o importante é que, se a ANTT, por qualquer motivo, deixar de promover a revisão quinquenal, não há qualquer prejuízo ao Concessionário, na medida em que resta preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (justamente porque não houve alteração do contrato) e, por conseguinte, este não pode exigir qualquer conduta



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

da Agência. O usuário sim tem total interesse nas adaptações do Sistema Rodoviário para satisfação de suas necessidades.

63. Portanto, ao insistir que a ausência de revisão quinquenal prejudicou de alguma forma o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Concessionária induziu o Poder Judiciário a erro, tratando a revisão quinquenal como se esta tivesse o mesmo objetivo de reequilíbrio das revisões ordinária e extraordinária.

III. DO PERICULUM IN MORA INVERSO

III.1. Grave lesão à ordem administrativa

64. A tutela de urgência concedida pela 3ª Vara Federal do Distrito Federal determinou que a ANTT se abstinhasse de “de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos questionados nos pleitos de reequilíbrio/revisão já ofertados, impor novas obrigações de investimento e promover redução tarifária”.

65. Nos termos proferidos, a decisão judicial efetivamente inviabiliza o exercício da fiscalização estatal do contrato administrativo celebrado, bem como impede o desempenho das competências legais da ANTT em seu papel de ente gestor da concessão federal outorgada, causando grave lesão à ordem administrativa.

66. De fato, a decisão judicial mencionada impossibilita a gestão do contrato de concessão celebrado, conferindo à Concessionária não apenas imunidade pelo inadimplemento de obrigações contratuais *já identificadas*, mas também permitindo que outros ainda possam ocorrer impunemente. De forma resumida, o Poder Judiciário permitiu que a concessão outorgada pela Administração Pública seja explorada à completa revelia não apenas das normas *contratualmente* previstas, mas até das disposições *legais* aplicáveis às atividades do concessionário.

67. Ao assim proceder, o MM. Juízo da 3ª Vara Federal do Distrito Federal invadiu seara indiscutivelmente reservada à Administração Pública, impossibilitando a gestão de atividade concedida, como bem salientado na ementa de caso recentemente julgado pelo E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cujo trecho é adiante transcrito:

A concessão ou a caducidade da concessão são matérias estritamente administrativas e como tal, compete ao Poder Concedente, seu controle finalístico, visando o bem público.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

O eventual controle judicial é sempre a posteriori e nunca preventivo ou repressivo da típica atividade administrativa. Além disso, como premissa maior do acórdão, as empresas concessionárias de serviço público não se submetem ao regime restritivo da recuperação judicial ou, pior, da falência; se não podem cumprir com as obrigações assumidas no contrato de concessão, cabe ao poder concedente declarar a caducidade da concessão por inadimplemento contratual.

(BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 22ª Câmara Cível. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 0008768-17.2017.8.19.0000. Rio de Janeiro, 26.06.2018)

68. Imunizar o inadimplemento de obrigações contratuais de qualquer consequência sancionatória representa desvirtuamento dos diplomas legais que regem a especial relação entre particular e Poder Público na concessão de bem ou serviços públicos. Equivale a inviabilizar o *mínus* da Administração como gestora dos interesses coletivos e promotora do bem-estar da sociedade.

69. Assim, ao se requerer que o Tribunal Arbitral revogue a decisão liminar conferida, pretende-se devolver à Administração Pública os poderes administrativos que decorrem do regular exercício de sua atividade fiscalizatória, bem como do cumprimento das regras contratuais e dispositivos legais que as amparam, ressaltando-se que eventuais sanções só são aplicadas pela ANTT *após* o exercício do direito de defesa, observado o devido processo legal, como determinado pela Constituição e leis que vinculam a atividade da Agência. Mas, há de se ponderar que a mesma Constituição que garante ao administrado direito à ampla defesa em processos administrativos o faz também por considerar que a Administração Pública pode aplicar sanções aos particulares após conclusão de tais processos (art. 5º, LV c/c LIV).

70. Ademais, prevê também a Constituição Federal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

71. A decisão judicial em comento, ao engessar a atuação da ANTT sobre o contrato de concessão celebrado, invade as competências do Poder Concedente, retira os instrumentos de gestão do contrato previstos em Lei e no ajuste e imobiliza o ativo nas mãos da Concessionária. Esvazia as prerrogativas do Poder Concedente, inclusive em detrimento da vontade do Poder Constituinte Originário, como se percebe pela leitura do inciso I do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal acima transcrito.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

72. Essa situação, imposta pela liminar proferida pelo Juízo federal de primeira instância, fragiliza extremamente – o que é intuitivo – o exercício dos poderes regulatório e fiscalizatório da ANTT.

73. As funções regulatória e fiscalizatória da Agência ficam comprometidas se os agentes do setor regulado têm a percepção de que o adimplemento de obrigações durante a execução de contrato de concessão é questão de menor importância, sempre aberta à discussão e paralisação *litis limine*. É evidente que este tipo de situação enfraquece a Administração Pública, de modo que a liminar do Juízo gera grave lesão à ordem administrativa, com possível efeito multiplicador de caráter *antipedagógico* para os agentes do mercado, na medida em que cria um incentivo ao não cumprimento do contrato e à eterna contestação de suas cláusulas.

74. Ademais, o acolhimento da tese da extraordinariedade como fundamento para desmerecer a alocação de riscos do contrato gera um debate acerca da situação inversa, ou seja, em casos como da 1ª Etapa de Concessões, nas quais o cenário econômico acabou se tornando muito mais favorável aos concessionários com o passar dos anos, a ANTT será cobrada, sobretudo pelos órgãos de controle, para efetivar um “reequilíbrio” inverso, com redução de tarifas e, em última análise, controle dos lucros do investidor. Num cenário de contratos complexos com milhares de itens impactando no custo da Concessionária aliado à assimetria de informações entre o privado e a Agência tem-se a própria inviabilidade da regulação.

75. O efeito deletério de decisões judiciais cautelares sobre o exercício de competências administrativas foi bem identificado em texto de JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS, de que se retira o trecho adiante transcrito:

Estará a causar grave lesão à ordem administrativa a medida liminar ou a sentença que a pretexto de garantir direito privado, ou interesse secundário de outro ente público (i) interrompa o regular exercício da função administrativa — imperativo da consecução do interesse público; (ii) interrompa ou suspenda a prestação adequada de serviço público; (iii) transfira para o Magistrado decisão de competência exclusiva daquele legitimado constitucionalmente para o exercício da função administrativa.
(SANTOS, José Anacleto Abduch. A Lesão à Ordem Pública como Fundamento de Suspensão dos Efeitos de Medida Liminar e de Sentença. *Revista Brasileira de Direito Público*. v. 3, n. 11, p. 211-219, out./dez. 2005.)

76. Além de limitar indevidamente o exercício das competências da Agência, a decisão judicial proferida traz inegável perigo de irreversibilidade de seus efeitos.

77. **Em verdade, é a própria Concessionária quem admite dificuldades financeiras para a execução de suas obrigações contratuais. Tal como já relatado linhas acima, apenas 11% (onze por cento) das obrigações contratuais referentes às obras previstas**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

no contrato de concessão celebrado foram adimplidas, apesar da aferição integral de tarifas pela Concessionária.

78. A situação irregular da concessionária em relação às suas obrigações põe em dúvida sua capacidade de executar o contrato celebrado nos níveis de qualidade exigidos pelas cláusulas de serviço da concessão, bem como levam ao questionamento sobre sua eventual solvência em caso de julgamento desfavorável pelo Tribunal Arbitral.

79. Nesse passo, a decisão liminar do Poder Judiciário, ao imunizar a Concessionária das consequências jurídicas de seu inadimplemento, permite que os potenciais prejuízos ao serviço público concedido se acumulem durante todo o trâmite da arbitragem, em prejuízo do Poder Concedente (e, por consequência, da sociedade). Mantida a ineficiência operacional da Concessionária nos termos observados, não restará qualquer esperança futura de indenização dos usuários pelos prejuízos apurados no presente processo arbitral.

80. É preciso ressaltar que o mesmo risco não seria observado no caso da revogação da medida liminar em favor da ANTT pelo Tribunal Arbitral.

81. De fato, em caso de eventual derrota da Agência no presente processo arbitral, a Concessionária poderá ser indenizada integralmente de todos os prejuízos sofridos, não havendo que se falar em risco de insolvência do Tesouro Nacional. Desse modo, fica evidente que a medida liminar concedida trouxe evidente perigo de *irreversibilidade* dos danos causados à sociedade, devendo ser revista pelo Tribunal Arbitral no presente momento.

III.2. Grave lesão ao usuário

82. Não bastasse a completa ausência de plausibilidade do direito invocado e o grave dano à ordem administrativa, é preciso ainda ressaltar que as tutelas de urgência desconsideraram completamente toda a razão de ser de um programa de concessões rodoviária, qual seja, atender ao usuário. Este terceiro interessado é completamente ignorado nas decisões emanadas do Poder Judiciário.

83. Conforme documentação que segue anexa (doc. R-26), as liminares vigentes premiam o Concessionário inadimplente, ao permitir a cobrança de um valor de tarifa totalmente desproporcional ao serviço disponibilizado ao usuário. Vejamos alguns dados relevantes.

84. Conforme Parecer 361/2019/GEFIR/SUINF/DIR (doc. R-27), de um total de 647,8km (seiscentos e quarenta e sete quilômetros e oitocentos metros) previstos para duplicação até o 5º ano de concessão, a CONCEBRA duplicou apenas 72,16km (setenta e dois quilômetros



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

e cento e sessenta metros), ou seja, **apenas 11% (onze por cento) do devido**. Os recursos destinados a cumprir os 89% (oitenta e nove por cento) das obrigações restantes estão sendo usados obviamente para fazer caixa para a Concessionária e rentabilizar o negócio.

85. Não é demais lembrar que esse altíssimo nível de descumprimento contratual acompanhado da manutenção de um valor de tarifa relativamente alto, põe em xeque o próprio modelo de concessões. O usuário tem a sensação de que melhor seria determinar a realização das obras pelo DNIT. Ou então, imputa à ANTT a pecha de ineficiente, corrupta, instituição idealizada para servir unicamente aos interesses das Concessionárias.

86. Conforme ressaltado pela área técnica, “a título de exemplo, um usuário que transite por todo o sistema rodoviário, no trajeto Belo Horizonte-Goiânia-Brasília (BR-262/BR-153/BR-060), passando pelas 11 (onze) Praças de Pedágio, ao invés de pagar R\$31,90 (trinta e um reais e noventa centavos), valor equivalente ao atual nível de prestação do serviço, permanece a pagar R\$50,30 (cinquenta reais e trinta centavos), desembolsando **R\$ 18,40 (dezoito reais e quarenta centavos) a mais** do que deveria por força da determinação judicial.

87. Em exemplo ainda mais gravoso, e com consequências ainda maiores, dados os efeitos sobre a cadeia produtiva do País, um caminhão de 6 (seis) eixos que transite pelo mesmo hoje paga R\$301,80 (trezentos e um reais e oitenta centavos) em detrimento dos R\$191,40 (cento e noventa e um reais e quarenta centavos) que deveriam ser pagos caso autorizada a revisão tarifária, ou seja, os caminhoneiros nessa situação desembolsam **R\$110,40 (cento e dez reais e quarenta centavos) a mais por viagem** em virtude da decisão judicial.”

88. Veja que estamos tratando de um público altamente heterogêneo de usuários com destaque para uma imensa população de vulneráveis que seguramente desconhecem qualquer meio de tentar reaver o que foi pago a maior. Aliás, trata-se de uma população que terá consciência de estar pagando uma tarifa de pedágio cara, sem ter a mínima noção de que, mesmo a Concessionária estando descumprindo o contrato, o regulador não foi capaz de tomar as medidas cabíveis para a redução tarifária.

89. Enquanto um pouco provável provimento favorável à Concessionária poderia ser facilmente precificado e pago ao Concessionário, os prejuízos causados aos usuários diretos e indiretos são difusos e praticamente impossíveis de serem restaurados.

90. Enfim, o único cenário que traz segurança jurídica essencial para projetos de longo prazo dessa natureza é a revogação da tutela de urgência concedida, em respeito estrito às disposições contratuais.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

IV. DOS REQUERIMENTOS

91. Diante do exposto, com destaque para refutação das teses da requerente na sentença proferida na ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101 (24ª Vara Federal do Rio de Janeiro-RJ) e demonstrada a implausibilidade do direito invocado, bem como o perigo na demora inverso, requer sejam revogadas as tutelas de urgência concedidas pelo Poder Judiciário no âmbito da ação cautelar nº 1014379-79.2019.4.01.3400 (3ª Vara Federal do DF), de modo a restabelecer a Deliberação ANTT nº 964, de 30 de outubro de 2019 (doc. R-28), com eficácia *ex tunc*.

Brasília, 31 de janeiro de 2020.

PAULO ROBERTO MAGALHÃES DE CASTRO WANDERLEY
Procurador Federal

EMANOEL GONÇALVES DE CARVALHO
Procurador Federal

VICTOR V. CARNEIRO DE ALBUQUERQUE
Procurador Federal

ANDRÉ LUÍS MACAGNAN FREIRE
Advogado da União

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO
Advogada da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

V - DOCUMENTOS

Índice de documentos juntados pela requerida ANTT	
Número	Descrição
R-01	Contrato de Concessão Edital nº 004-2013
R-02	1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão
R-03	Programa de Exploração da Rodovia - PER
R-04	Ata de Missão – sugestão ANTT
R-05	Cronograma Processual – sugestão ANTT
R-06	Petição inicial da ação cautelar nº 1014379-79.2019.4.01.3400
R-07	Decisão liminar proferida na ação cautelar nº 1014379-79.2019.4.01.3400
R-08	Decisão terminativa proferida na ação cautelar nº 1014379-79.2019.4.01.3400
R-09	Informação Eletrônica nº 233/2018/CIPRO/SUINF
R-10	Documento do BNDES, explicitando as razões do cancelamento do financiamento
R-11	Petição inicial da ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101
R-12	Sentença proferida na ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101
R-13	Correspondência eletrônica acerca da ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101
R-14	Petição da CONCEBRA de desistência do recurso
R-15	Decisão do árbitro de emergência
R-16	Nota Técnica nº 15/2017/GEINV/SUINF
R-17	Nota Técnica nº 25/2017/GEINV/SUINF
R-18	Nota Técnica SEI nº 211/2016/GEROR/SUINF/DIR
R-19	Resolução ANTT nº 5.410/2017
R-20	Nota Técnica SEI nº 377/2019/GEFIR/SUINF/DIR
R-21	Parecer n. 00573/2017/PF-ANTT/PGF/AGU
R-22	Ofício nº 87/2016/GEROR/SUINF
R-23	Resolução nº 675, de 04 de agosto de 2004
R-24	Nota Técnica nº 010/2018/GEINV/SUINF
R-25	Parecer nº 1.365/2016/PF-ANTT/PGF/AGU
R-26	Correspondência eletrônica da área técnica da ANTT
R-27	Parecer 361/2019/GEFIR/SUINF/DIR
R-28	Deliberação ANTT nº 964, de 30 de outubro de 2019