



Advocacia-Geral da União
Procuradoria-Geral Federal
Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT
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**

TRÉPLICA

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

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT
(Requerida)

TRIBUNAL ARBITRAL

Flávio Amaral Garcia
Patrícia Ferreira Baptista
Sérgio Nelson Mannheimer



Sumário:

I – INTRODUÇÃO	4
I.1. Personalidade jurídica própria do BNDES e da legalidade da prova produzida ..	6
II – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS DE REEQUILÍBRIO	11
II.1. Frustração da demanda em razão da crise econômica: entendimento no Procedimento Arbitral 23433/GSS/PFF (Caso da Concessionária Galvão)	11
II.2. Medida Provisória nº 752/2016 e “documento diagnóstico”	13
II.3. Reflexos da crise nas receitas da concessão	15
II.4. Lance agressivo no leilão e renúncia de receita	18
II.5. Dificuldades na obtenção de financiamento	25
II.5.1 EVTEA e Financiamento dos Bancos Públicos	26
II.6. Aumento do Preço dos Insumos Asfálticos (CAP)	29
II.6.1. Da não configuração do aumento dos insumos asfálticos como caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou fato da administração	30
II.6.2. Da inaplicabilidade do Acórdão TCU n.º 1.604/2015.....	35
II.6.3. Da inexistência de manifestação da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres reconhecendo a extraordinariedade e imprevisibilidade do aumento do CAP	40
II.6.4. Síntese	45
II.7. Alterações no Contorno de Goiânia/GO	46
II.8. Implantação do Sistema de Informações Rodoviárias (SIR).....	49
II.9. Aumento do Limite de Peso Bruto por Eixo (Lei nº 13.103/2015).....	55
II.10. Instrução Normativa RFB nº 1.731/2017	62
II.11. Elevação da Alíquota da CIDE Combustíveis	63
II.12. Atraso do Licenciamento Ambiental	69
II.12.1. Da antecipação do cronograma de obras sem previa anuência da ANTT	72
II.12.2. Da dissociabilidade entre as obras da FRENTE DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE E MANUTENÇÃO DE NÍVEL DE SERVIÇO e a FRENTE DE RECUPERAÇÃO”	74
II.12.3. Da incidência do dever de mitigar o próprio prejuízo	76



II.12.4. Síntese.....	79
II.13. Intervenções emergenciais e adequações de obras de responsabilidade do DNIT	80
II.14. Inexecução dos Contratos CREMA.....	81
II.15. Aplicação do Fator Q	87
III – REQUERIMENTOS FINAIS	89
IV – LISTA DE DOCUMENTOS	90



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 atendimento aos prazos estabelecidos na Ata de Missão, vem apresentar sua **TRÉPLICA**, nos termos seguintes:
2. Por dever de síntese, a ANTT buscará não repetir, aqui, o conteúdo das manifestações anteriores, que ficam integralmente reiteradas.

I – INTRODUÇÃO

3. Antes de adentrar no mérito de cada um dos pleitos de reequilíbrio, é preciso desmistificar a imagem que a **Requerente** parece buscar construir de si mesma: uma empresa vítima das circunstâncias, solapada inadvertidamente por uma crise econômica inédita na história do sistema de produção capitalista, com altíssimas repercussões no **Contrato de Concessão** assinado.
4. Nota-se que a **Requerente não trouxe fatos novos** capazes de infirmar as razões já apresentadas pela Requerida em sua **Resposta às Alegações Iniciais**, senão, os mesmos argumentos estritamente retóricos e as costumeiras ofensas à Agência e aos servidores da instituição.
5. Em especial, percebe-se uma tentativa de ignorar completamente todo pano de fundo em que se desenrola a regulação no ordenamento jurídico pátrio. Conforme salientado na **Resposta às Alegações Iniciais**, o propósito de toda uma série de reformas legislativas que culminaram com a reforma do Estado e a criação das Agências Reguladoras é justamente garantir profissionalização, promoção de competitividade, blindagem em face de interesses políticos imediatistas, apreço pela técnica e pela segurança jurídica. Isso só é possível com observância do direito setorial incorporado no contrato.



6. Nesse ponto, **a alocação de riscos deve ser respeitada como pré-requisito essencial à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro** da relação contratual. Ignorar a matriz de riscos simplesmente com base em declarações de terceiros ou reportagens de jornais é se afastar do que restou contratado e mesmo do ordenamento jurídico como um todo. Nunca é demais lembrar que **a presente arbitragem é de direito**, conforme preconiza o §3º do art. 2º da Lei nº 9.307/96¹.

7. Com efeito, é importante ter em perspectiva que **nem todo evento que traz impactos econômicos no contrato resulta em seu desequilíbrio**. A noção de desequilíbrio é necessariamente jurídica, na medida em que decorre do tratamento do referido evento conferido pelo contrato firmado entre as partes.

8. Assim, a título de exemplo, a redução de tráfego, por si só, traz um impacto negativo no faturamento da concessão. Isso não significa, contudo, que a mera ocorrência do evento gere um estado de desequilíbrio do contrato. **Para aferição do desequilíbrio contratual é preciso, primeiro, avaliar a alocação de riscos do contrato** e, não menos importante, perscrutar a **resposta do regulador àquele evento**. Se o risco foi alocado à Concessionária, não haverá desequilíbrio pela mera redução do volume de tráfego. Por sua vez, se o evento foi alocado como risco do Poder Concedente, haverá justificativas para uma pretensão de reequilíbrio somente se a Agência não procedeu às revisões cabíveis na forma prevista no contrato.

9. **Desvirtuar a matriz de riscos do contrato prejudica não somente os usuários, mas também as próprias empresas concorrentes no leilão**, em detrimento da competitividade que deve pautar as concorrências públicas.

10. Ademais, diversamente dos contratos de empreitada típicos da Lei nº 8.666/93, os contratos de concessão traduzem **empreendimentos de longo prazo**, no caso dos autos, **30 (trinta) anos**. Dentro desse período, é natural que haja oscilações tanto dos

¹ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. (...) § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#)



custos quanto das receitas que integram o fluxo de caixa da concessão. Inclusive, da forma em que modelado o contrato, é previsível que **os primeiros anos exijam investimentos mais vultosos do que as receitas**, motivo pelo qual é importante que o Concessionário tenha consciência de ter assumido a responsabilidade pelo aporte de recursos próprios ou de terceiros. Naturalmente, **os últimos anos da concessão terão retornos maiores**, na medida em que os investimentos de maior vulto já terão sido executados e amortizados.

11. Portanto, é absolutamente equivocada a leitura do contrato de concessão e do equilíbrio econômico-financeiro que lhe é subjacente como se se tratasse de um contrato instantâneo, um negócio jurídico que se esgota com a imediata prestação (investimentos na rodovia e disponibilização do serviço) e contraprestação (tarifa). Trata-se, em verdade, de contrato de longuíssimo prazo, no qual **o equilíbrio deve ser aferido sempre tendo como perspectiva o fluxo de caixa ao longo de 30 (trinta) anos de execução contratual**. Essa é a lógica econômica e jurídica que permeia a criação de um contrato de concessão, desde a sua idealização no âmbito da política pública, passando pelos estudos de viabilidade e culminando com a celebração do instrumento contratual em si, que é, de fato, a corporificação do direito setorial a ser observado pelas partes.

12. Faz-se necessário ainda esclarecer a natureza jurídica do BNDES e afastar a tentativa superficial da Requerente de desqualificar a prova produzida por um banco público ao afirmar que o mesmo estaria a serviço da ANTT, e que, portanto, as provas produzidas não merecem o devido valor probatório.

13. Embora a Requerida faça esse **apelo para observância do contrato**, não se furtará de enfrentar todos os argumentos lançados pela Requerente, ainda que destituídos de fundamento jurídico, conforme tópicos a seguir.

I.1. Personalidade jurídica própria do BNDES e da legalidade da prova produzida

14. A Requerente, em uma tentativa descabida de desqualificar o valor probante de documento produzido pelo BNDES, sugere que um ente com personalidade jurídica própria



e, portanto, distinta da Requerida, fabricou uma resposta a pedido da ANTT e supostamente totalmente destorcida da realidade.

15. Ora Senhores Árbitros, um dos pilares argumentativos da Requerente se funda na não obtenção do empréstimo junto ao BNDES, que teria rompido a equação econômico-financeira do contrato de concessão. Assim, a Requerida apenas solicitou esclarecimentos ao banco público, o que foi feito por meio da Nota BNDES AST/DECRO nº 031/2020 (R-39), da mesma forma que tais esclarecimentos poderiam ter sido solicitados pela Requerente ou mesmo por este Tribunal Arbitral. Com efeito, a Requerente poderia ter trazido cópia integral de todas as tratativas mantidas com o BNDES, no entanto, limita-se a juntar notícias jornalísticas, documentos selecionados e e-mails – sem a devida contextualização.

16. O BNDES é empresa pública, pessoa jurídica distinta da ANTT, e para tanto basta uma rápida leitura da Lei n.º 5.662, de 21 de junho de 1971:

Art. 1º O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), autarquia federal criada pela Lei número 1.628, de 20 de junho de 1952, fica enquadrado, nos termos e para os fins do § 2º do artigo 5º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, **na categoria de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio**, com a denominação de Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) e vinculação ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, nos termos do artigo 189 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Parágrafo único. O capital inicial da empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), dividido em ações do valor, cada um, de Cr\$10.000,00 (dez mil cruzeiros), pertence na sua totalidade à União Federal, e é constituído pelo valor, na data desta lei, do ativo líquido na autarquia extinta, podendo ser aumentado através da reinversão de lucros e de outros recursos que, na forma da legislação em vigor, a União destinar a êsse fim.

Grifamos

17. É de clareza solar que a ANTT, agência reguladora com personalidade jurídica de direito público, não possui qualquer ingerência naquela empresa pública (BNDES), que



possui personalidade jurídica de direito privado, com vistas a determinar a confecção de qualquer documento probatório que se insere nas competências legais desta outra pessoa jurídica, com a qual não mantém nenhum vínculo, seja de subordinação, seja de vinculação.

18. Ademais, a Lei n.º 13.303/2016 (Estatuto jurídico das Estatais), em seu art. 89, esclarece que, mesmo em face do órgão com o qual mantém vinculação – no caso, Ministério da Economia (órgão integrante da União) – não há qualquer redução ou supressão de sua autonomia, tampouco ingerência na sua administração e funcionamento, *verbis*:

Art. 89. O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, **não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica** que autorizou a criação da entidade supervisionada **ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento**, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

19. Já se percebe a incorreção do argumento, na medida em que **a União não concede crédito diretamente às empresas ou investidores na modalidade de financiamento**. Esse tipo de operação se enquadra como exploração de atividade econômica que somente pode ser exercida por instituição financeira privada (ex. Bancos Privados) ou empresa estatal criada com essa finalidade, a saber, os Bancos Públicos, os quais são parte completamente estranhas ao contrato de concessão.

20. Justamente por serem as instituições financeiras pessoas jurídicas distintas e não possuírem competência para estabelecer os planos de outorga no setor de transportes terrestres, cuja aprovação é de competência do Ministério da Infraestrutura e a implementação e regulação são de competência da **ANTT**, o contrato não traz qualquer dispositivo que mencione esses Bancos ou que atribua ao **Poder Concedente** a responsabilidade pela concessão de financiamento pelos Bancos Públicos. Ao contrário, conforme amplamente demonstrado na **Resposta as Alegações Iniciais** o contrato expressamente aloca o risco de financiamento para a Requerente.



21. No Procedimento Arbitral 23433/GSS/PFF sob a administração da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, e que envolve a Concessionária Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A como Requerente, a ANTT e a União como Requeridas, o Tribunal Arbitral, em decisão do dia 10/09/2020 (R-106), reconheceu que o BNDES e a ANTT possuem personalidades jurídicas distintas:

277. As pessoas jurídicas do BNDES, da UNIÃO FEDERAL e da ANTT não se confundem. Logo, se a REQUERENTE não concordou com as razões pelas quais seu crédito afinal foi negado pela instituição financeira, poderia ter se insurgido, na via própria, contra o próprio BNDES.

22. Assim, a Requerente não logrou êxito em desconstituir a nota produzida pelo BNDES, já que não enfrentou as informações contidas no documento, limitando-se a requerer, sem qualquer plausibilidade jurídica, a relativização da prova.

23. Acrescenta-se, ainda, mais uma tentativa da Requerente em confundir este Tribunal Arbitral ao afirmar que o Ministério Público Federal (MPF) na Ação Civil Pública n. 1001854-57.2018.4.01.3802, requereu o ingresso da União por entender que o BNDES faz parte da sua estrutura, por um pretenso nexos causal entre a não liberação do financiamento e a redefinição da política pública de crédito adotada pelo BNDES.

24. Ora senhores Árbitros, é necessário esclarecer que o MPF foi induzido a erro pela Requerente que, ao peticionar em 16/06/2020 (R-108), no juízo estatal, sob o pretexto de fato superveniente, arguiu a suposta necessidade da União integrar o polo passivo da lide, tanto sob o aspecto da resolução consensual (vez que a Concessionária ingressou com pedido de relicitação nos termos da Lei nº 13.448/2017) quanto sob o aspecto da sua responsabilização diante do não fornecimento do empréstimo de longo prazo do BNDES por mudança de política de crédito.

25. Outrossim, cabe mencionar que a União ainda não se manifestou perante o Juízo Estatal por estar na fruição do prazo de citação, para então esclarecer a sua ilegitimidade passiva na ACP que tramite na Subseção Judiciária de Uberaba/MG, no que se refere a



eventual responsabilização por não fornecimento de financiamento pelo BNDES, tendo em vista que, repise-se trata-se de pessoa jurídica com personalidade jurídica própria.

26. De toda sorte, nem a União nem o BNDES, ambas com personalidades jurídicas próprias conforme exaustivamente demonstrado, foram acionadas pela Requerente para eventual discussão de responsabilidade pelo não fornecimento do empréstimo de longo prazo.

27. Diante dessas considerações, depreende-se que é atribuível somente à Requerente a culpa pela não obtenção do financiamento junto ao BNDES ou qualquer outra instituição bancária, conforme corroboram as informações prestadas pelo BNDES (R-39).



II – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS DE REEQUILÍBRIO

II.1. Frustração da demanda em razão da crise econômica: entendimento no Procedimento Arbitral 23433/GSS/PFF (Caso da Concessionária Galvão)

28. A **Requerente não traz argumentos novos na sua réplica** e apenas busca a todo momento vincular os altos níveis de inexecução contratual à crise econômica experimentada pelo Brasil entre 2014 e 2016, mormente pelo faturamento inferior às suas projeções e pelas supostas alterações nas condições de financiamento ofertadas pelos Bancos Públicos.

29. No entanto, cabe mais uma vez reiterar que se tratar de risco atribuído à Concessionária, conforme subcláusula 21.1.1 do contrato de concessão (R-01):

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**;

30. O grande impacto causado no fluxo de caixa da concessão não se deve à crise, e sim à decisão que caberia exclusivamente à própria **Requerente**, ao formular seu lance no leilão. Isso sem se descurar que o risco pela flutuação da demanda e, por conseguinte, das receitas da concessão, foi claramente alocado à Concessionária.

31. Importa destacar mais uma vez que **a existência de crises econômicas periódicas não pode ser encarada como circunstância extraordinária na economia mundial contemporânea**, conforme já exaustivamente demonstrado pela Requerida.



32. Assim, a crise econômica não é um evento imprevisível e extraordinário que assegure direito ao reequilíbrio contratual, o que foi reconhecido pelo Tribunal Arbitral no Procedimento Arbitral 23433/GSS/PFF (R-106):

287. O que a REQUERENTE alega no caso concreto é que a crise econômica gerou a não obtenção do financiamento, a qual, por sua vez, teria gerado impossibilidade de cumprimento das obrigações ou onerosidade excessiva para o seu cumprimento (desequilíbrio contratual). Ora, **o impacto sobre o Contrato não deriva da crise econômica, mas sim da não obtenção do financiamento, risco que, conforme já visto, as PARTES expressamente atribuíram à Concessionária em seu instrumento contratual (cláusulas 26.1 e 21.4 do Contrato). A alegação de caso fortuito ou força maior não merece, portanto, prosperar no caso concreto.**

VII.7 TEORIA DA IMPREVISÃO

288. **A crise econômica que assolou o Brasil em meados dessa década não pode tampouco ser enquadrada, no caso concreto, como evento imprevisível e extraordinário para fins de reequilíbrio contratual, como pretende a REQUERENTE.**

289. Como se sabe, a Teoria da Imprevisão, nos termos em que foi incorporada na legislação brasileira, somente pode ser aplicada diante de eventos extraordinários e imprevisíveis (Código Civil, arts. 317 e 478) ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis (Lei de Licitações, art. 65, II, d), que sejam posteriores à celebração do contrato e tornem a execução das obrigações excessivamente onerosas para uma das partes.

(...)

291. De todo modo, **ainda que se tomasse como verdadeira a argumentação da REQUERENTE, não foi a crise econômica em si que tornou suas obrigações excessivamente onerosas, mas sim a não obtenção do financiamento esperado, sendo certo que o risco da não obtenção foi, conforme já registrado, contratualmente atribuído à Concessionária.** Assim, não há que se falar em direito ao reequilíbrio contratual.

33. Portanto, a alegação genérica acerca da existência de um evento não é condição bastante para assegurar direito ao reequilíbrio contratual. Nesse sentido, o professor Floriano Marques disserta que a aferição do desequilíbrio passa por quatro etapas:



(i) a constatação da ocorrência de algum evento com potencial para afetar o equilíbrio inicial;

(ii) a **verificação quanto à responsabilidade, à luz das disposições contratuais, pelo risco associado ao evento ocorrido;**

(iii) a **avaliação do impacto do evento**, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio; e

(iv) a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo.

(MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 192.)

34. Assim, é preciso avaliar a matriz de riscos previstos no contrato e, conforme subtópicos a seguir, aferir se houve efetivo impacto desse evento nas receitas e/ou despesas da concessão a ensejar o reequilíbrio econômico financeiro do contrato. Não atendidos esses requisitos, não há que se falar em direito a reequilíbrio.

II.2. Medida Provisória nº 752/2016 e “documento diagnóstico”

35. O tema já foi suficientemente abordado na Resposta às Alegações Iniciais, à qual a Requerida faz remissão.

36. No que se refere à **Medida Provisória nº 752/2016**, posteriormente convertida na **Lei nº 13.448/2017**, a própria Requerente (§19 e seguintes da Réplica) admite que sua **edição se deveu a fatores exclusivamente políticos**. É justamente o que tem defendido a ANTT. O legislador, por razões estritamente políticas, buscou criar um instituto (relicitação) que permitisse a devolução amigável das concessões que, não fosse por essa nova possibilidade introduzida no ordenamento jurídico, caminhariam para a caducidade.

37. Veja que **não se trata de reconhecimento de desequilíbrio contratual**. Para tanto, a legislação então vigente e o próprio contrato já ofereciam mecanismos suficientes a que se procedesse ao respectivo reequilíbrio. Buscou-se evitar, por uma opção política, a caducidade da concessão, a qual pressupõe descumprimento contratual grave



pelo Concessionário. Assim, o que a **referida medida provisória reconhece indiretamente é justamente a ocorrência de graves descumprimentos contratuais** que ensejariam a instauração de procedimentos aptos a desaguar na aplicação da caducidade.

38. Quanto ao chamado “**documento diagnóstico**” (R-107), cabe, nesta oportunidade, apenas destacar a recente decisão de outro Tribunal Arbitral que avaliou o mesmo documento e teve entendimento semelhante àquele já defendido pela ANTT nesses autos, ou seja, trata-se de documento que **não revela reconhecimento de direito ao reequilíbrio**. Senão vejamos (R-54):

57. Em resumo, o Tribunal não enxerga *fumus boni iuris* a justificar a manutenção da medida liminar por entender, por ora, que: [i] inexistem provas ou fortes indícios dos efeitos sofridos pela Requerente em decorrência da crise de 2.014; [ii] o Contrato não garante que tais efeitos serão considerados na revisão quinquenal; e [iii] inexistente demonstração ou forte indicio de que a não realização da revisão quinquenal tenha gerado efeitos sobre a totalidade das obrigações de investimento previstas no Contrato.

58. O doc. RTE011, sobre o qual a Requerente joga todas as luzes, não altera essa conclusão, ao menos por ora⁵⁶. Isso porque o estudo em questão [i] é genérico, não tratando especificamente do Contrato discutido nesta Arbitragem; e [ii] não parece reconhecer direito das concessionárias ao reequilíbrio econômico-financeiro de seus respectivos contratos em decorrência de imprevisibilidade da crise de 2.014. Ao que tudo indica, o documento expõe as alternativas das quais a Requerida poderia se valer em face do alto nível de inadimplemento dos contratos de concessão, tratando da caducidade, da relicitação e da revisão. Apesar de expor preferência pela última solução, o estudo não aparenta ser suficiente para falar em reconhecimento de direito da Requerente por parte da Requerida.

39. Mais uma vez, salta aos olhos a necessidade de uma avaliação concreta do impacto de determinados fatos no contrato de concessão, para se aferir se houve realmente algum desequilíbrio.



II.3. Reflexos da crise nas receitas da concessão

40. A constatação acerca da existência ou não de crise macroeconômica, tomada isoladamente e descontextualizada, não passa de mera abstração. Para que adquira algum significado, sobretudo para que seja de alguma forma considerada como apta a trazer reflexos no Contrato de Concessão, é preciso avaliar em concreto seus reais impactos.

41. No caso da concessão em análise, esses **impactos foram mínimos sob a ótica econômico-financeira.**

42. Embora seja facultada à Concessionária a exploração de receitas alternativas, a maior parte das entradas no fluxo de caixa da concessão advêm da arrecadação tarifária, que, por sua vez, decorre do volume de tráfego. A Requerida utilizou os dados do ano concessão, ao invés do ano civil utilizado pela Requerente, não para distorcer eventuais dados, mas para simplificar, uma vez que são os dados utilizados nos Fluxos de Caixa marginais durante as revisões tarifárias. A simplificação é possível visto que o que se pretende é **chamar atenção para o efeito ordinário do impacto no volume de tráfego** em comparação com os contratos existentes em outros países.

43. No que diz respeito à questão trazida sobre a receita da lei dos caminhoneiros, não procede a alegação da Requerente no parágrafo §77, tendo em vista que a única diferença entre os cálculos realizados pela ANTT e pela Concebra foi a localização da receita (já reequilibrada provisoriamente) da perda dos eixos suspensos, pois os dados do EVTEA continham esse tráfego (anterior a lei) e a projeção real está contabilizada com a perda. Assim, enquanto a ANTT extraiu o volume de tráfego (cuja receita já foi devidamente reequilibrada provisoriamente) dos dados do EVTEA permitindo visualizar o mais próximo do impacto da crise econômica no tráfego, a CONCEBRA o adicionou no tráfego real. O que permite **exatamente a mesma comparação.**

44. Outra questão fundamental a ser considerada por este Tribunal é que, nos anos da alegada crise econômica, a Requerida traz na réplica que os percentuais anuais e



acumulados foram **ainda menores que nos anos posteriores**, descaracterizando o impacto da crise na concessão em 2015 e 2016:

Ano	Percentual de perda acumulada	Percentual de perda anual
2015	-4,07%	-1,73%
2016	-8,05%	-10,20%

45. Nesse mesmo período entre 2014 a 2015, conforme apontado na Manifestação da Requerida sobre a Ordem Processual n.º 4, a SeinfraRodoviaAviação do Tribunal de Contas da União identificou **indícios de irregularidades relacionados a utilização de recursos da contrato com o BNDES** para doações eleitorais, transferência à Concessionária de Viracopos, dentre outros (R-41 e R-43).

46. Ademais, as comparações de contratos de concessão de outros países trazidas pela Requerida na **Resposta à Alegações Iniciais** as quais foram rebatidas pela Requerente na **réplica**, apenas teve o intuito de demonstrar que o impacto ocorrido está inserido na álea ordinária do contrato. Desta feita, a alegação da Concessionária de que o contexto econômico de um país influencia no percentual que define uma eventual extraordinariedade não procede pelos seguintes motivos:

- Um, porque o mecanismo de compartilhamento de receita estava previsto nos contratos de concessão arrolados como exemplos, para baixo ou para cima, diferente do contrato de concessão que é objeto de análise, na qual todo risco de tráfego é alocado à concessionária (política pública), o que deveria ter sido considerado na proposta da licitante;
- Dois, os contratos citados são Parceria Público-Privada (PPP), cujo modelo necessita de subsídios do governo, como o compartilhamento de risco de receita que, muito embora ajude a concessão quando há uma queda de tráfego maior do que os percentuais lá estabelecidos, também há reequilíbrio a favor do usuário em função de um aumento de tráfego nos mesmos percentuais.



47. Assim, os modelos trazidos pela Requerida na resposta inicial foram usados como parâmetro para avaliar o suposto impacto extraordinário alegado pela Requerente, que não se confirma.

48. **Ademais, dentre as Concessionárias que integram a 3ª Etapa de Concessões do PROCROFE, as receitas da Requerente está entre as que mais subiram, conforme gráfico a seguir (extraído do R-59);**

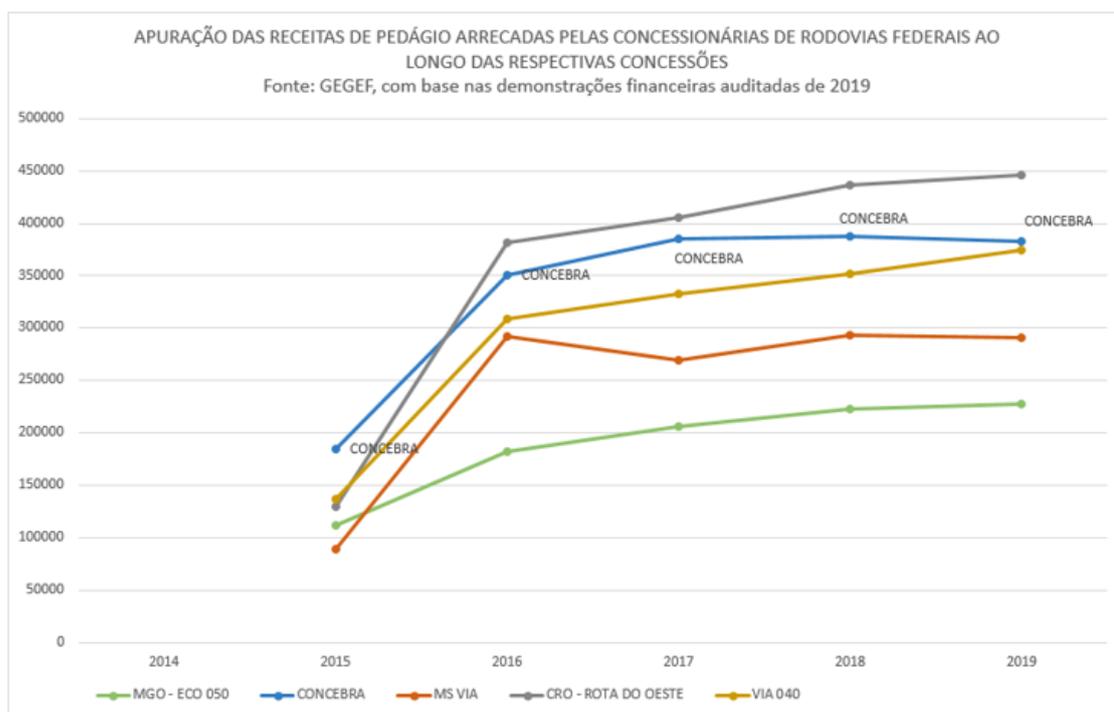


Gráfico 7 - Apuração das receitas de pedágio arrecadadas pelas Concessionárias de rodovias federais da 3ª Etapa, no período de 2009 a 2019, ano a ano (em Reais x 1000) Exceto Rodovia Presidente Dutra. Fonte GERET, com base nas demonstrações auditadas. Data de atualização: 04/06/2020.

49. A partir da análise desses dados, nota-se claramente a total inconsistência das informações trazidas no documento intitulado “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais” (R-107). Não por acaso, o suposto “estudo” está apócrifo e jamais passou pelo crivo do órgão máximo da Agência, a Diretoria Colegiada.

50. A tentativa de utilizar exposições de motivos de atos normativos também se revela totalmente incoerente com as peculiaridades da concessão administrada



pela **Requerente**. A rigor, no **Sistema Rodoviário em questão não houve crise, e sim crescimento econômico**.

51. Com efeito, os dados acima revelam claramente não ter sido a crise a causa do baixo nível de execução contratual pela Concessionária.

II.4. Lance agressivo no leilão e renúncia de receita

52. Assentado que não houve impactos da crise na concessão, que a matriz de riscos invocada na **Resposta às Alegações Iniciais** encontra respaldo no texto contratual, cabe desvendar os reais motivos das dificuldades financeiras pelas quais passa a **Requerente**.

53. A origem dessas dificuldades se inicia com o lance ofertado em leilão. Na ocasião, a **Requerente** sagrou-se vencedora em razão da oferta de deságio de **52% (cinquenta e dois por cento)** sobre a tarifa teto (**não alavancada, diga-se**). As propostas apresentadas pelas licitantes foram as seguintes:

Classificação	Proponente	Lance	Deságio
1	Triunfo Participações e Investimentos S.A.	R\$ 0,02851	52,00%
2	Investimentos e Participações em Infraestrutura S.A. - Invepar	R\$ 0,03437	42,13%
3	Consórcio Via Capital	R\$ 0,03493	41,19%
4	Consórcio Rodovias Federais 2013	R\$ 0,03683	37,99%
5	Companhia de Participações em Concessões - CPC	R\$ 0,04668	21,41%

Tabela 8—Propostas apresentadas para o Edital 004/2013. Fonte: Nota Técnica nº 75/2015/GEFOR/SUINF, de 11/06/2015 (R-40).

54. Esse expressivo deságio ofertado significa que a **Requerente** praticamente desconsiderou todas as projeções do **EVTEA**, na medida em que assumiu a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações contratuais se dispendo a ser remunerada por uma tarifa inferior à metade da tarifa teto calculada pelo **Poder**



Concedente. Muito embora o **EVTEA** seja meramente indicativo, não se pode admitir que a **Requerente** invoque tais estudos prévios apenas quando lhe convém.

55. Enfim, o fato é que tamanho deságio rendeu a vitória no certame, mas teve consequências que deveriam ter sido antevistas e gerenciadas pela **Requerente**. O principal reflexo é justamente a **deterioração do fluxo de caixa da concessão**.

56. Para se ter ideia do nível de receitas futuras renunciadas pela licitante vencedora, Nota Informativa SEI Nº 241/2020/NAM/DG/DIR (R-36) um comparativo com as demais licitantes. Para o período de **2014 a 2019**, valor da arrecadação a maior que a **Requerente** deixou de auferir varia entre **R\$ 708.460.000,00 (setecentos e oito milhões e quatrocentos e sessenta mil reais)**, comparado com a 2ª colocada, e **R\$ 2.040.000.000,00 (dois bilhões e quarenta milhões de reais)**, se comparado com a última colocada. Nesse sentido, confira-se a tabela 4 (extraída do R1-059):

ANO	DESÁGIO DE 52,00%	DESÁGIO DE 42,13%		DESÁGIO DE 41,19%		DESÁGIO DE 37,99%		DESÁGIO DE 21,41%	
	(milhões)	(milhões)		(milhões)		(milhões)		(milhões)	
	Total	Total	Acréscimo	Total	Acréscimo	Total	Acréscimo	Total	Acréscimo
2014	428.362,00	528.727,22	100.365,22	537.315,50	108.953,49694	566.552,18	138.190,18	718.034,77	289.672,77
2015	807.575,00	996.789,82	189.214,82	1.012.980,98	205.405,98003	1.068.099,82	260.524,82	1.353.684,33	546.109,33
2016	520.399,00	642.328,49	121.929,49	652.762,03	132.363,02690	688.280,45	167.881,45	872.310,28	351.911,28
2017	445.188,00	549.495,55	104.307,55	558.421,17	113.233,17324	588.806,27	143.618,27	746.239,08	301.051,08
2018	450.798,00	556.419,97	105.621,97	565.458,07	114.660,06870	596.226,06	145.428,06	755.642,74	304.844,74
2019	371.396,00	458.414,08	87.018,08	465.860,24	94.464,23924	491.208,87	119.812,87	622.546,44	251.150,44
TOTAL	3.023.718,00	3.732.175,13	708.457,13	3.792.797,99	769.079,99	3.999.173,66	975.455,66	5.068.457,64	2.044.739,64
MÉDIA ANUAL	503.953,00	622.029,19	118.076,19	632.133,00	128.180,00	666.528,94	162.575,94	844.742,94	340.789,94

Tabela 4-Receita Operacional Líquida (R\$ Milhões). Fonte: Demonstrações Financeiras da Concessionária período 2014-2019

23. Desde já, fica patente a incoerência do argumento da **Requerente** de que a concessão seria viável somente se consideradas as condições de financiamento ofertadas pelos Bancos Públicos. Ora, tivesse ofertado um lance próximo ao da tarifa teto calculada pelo Poder Concedente, a qual, repita-se, não levou em conta as condições do financiamento, a **Requerente** teria, ao longo da Concessão, receitas muito superiores ao que obteria com o financiamento.

24. Observa-se, portanto, que a **Requerente** assume **postura contraditória**. No primeiro ato, **apresenta lance bastante agressivo**, com suporte em suas próprias previsões



e **desconsiderando** as projeções dos **Estudos de Viabilidade**. Em seguida, **após sagrar-se vencedora** do certame, **eliminando concorrentes que apresentaram propostas menos arriscadas, pretende escusar-se da responsabilidade por ter ofertado desconto tarifário** acima das suas capacidades.

25. Os números apresentados deixam claros que a **ausência de parte do financiamento dos Bancos Públicos não foi a razão do baixo desempenho da Concessionária**, e sim o equívoco de suas próprias estimativas. Essas projeções equivocadas levaram a então licitante a ofertar **lance capaz de retirar do fluxo de caixa** um pouco mais de **R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)** no período de **05 (cinco) anos**. Em **30 (trinta) anos** de contrato, **esse número seria bem superior**.

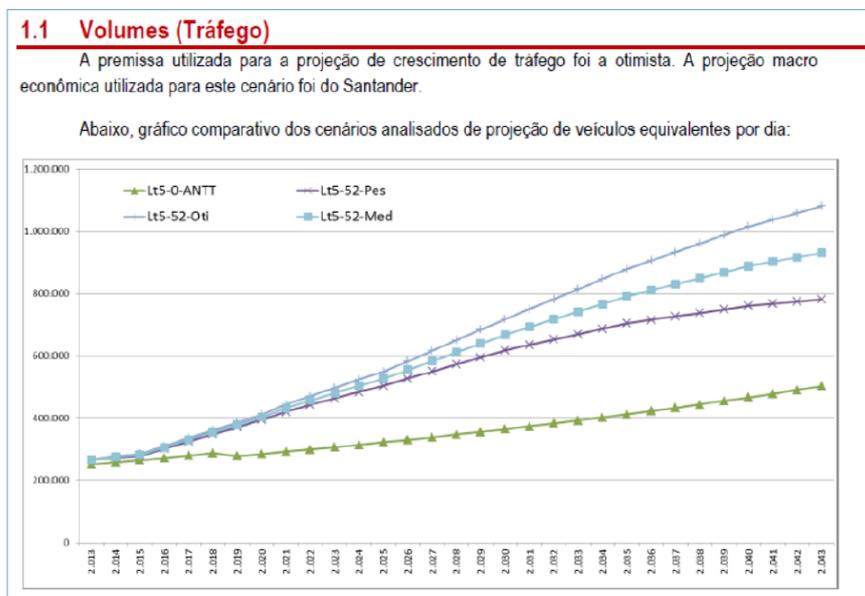
26. Todos esses dados reforçam que a **Requerente**, ignorando completamente os dados do **EVTEA** que serviram de base para o cálculo da Tarifa Teto, ofertou deságio bastante agressivo no leilão, o que demandaria gestão extremamente eficiente para compensar a renúncia de receitas decorrentes do referido lance. Nesse contexto, apesar de ter sido agraciada com crescimento de tráfego pujante, bem acima das expectativas, a **Requerente** não teve capacidade gerencial de superar os desafios de uma concessão rodoviária.

27. Note-se que o entendimento da unidade técnica do Tribunal de Contas da União – TCU, no âmbito do TC 039.581/2019-5 (R-41) é similar ao defendido pela **ANTT** na presente arbitragem:

225. Por fim, em relação aos argumentos da Concebra acerca da situação do contrato de concessão, e sobre o fato de não ter conseguido o financiamento de longo prazo, constata-se que esses fatos decorrem da sua proposta apresentada na licitação. À época foi concedido um deságio de 52% em relação ao preço da tarifa estimado pelo Poder Concedente, a qual somente foi possível graças à visão extremamente otimista da concessionária sobre o tráfego da rodovia, como evidenciado no seu plano de negócios (peças 215-217).



Figura 17 – Plano de Negócios da Concebra – projeção de tráfego



Fonte: peça 215 – item não digitalizável “Concebra Business Plan_rev03_parte1de3”

226. No gráfico, é possível observar a linha que denota a previsão de tráfego dos estudos de viabilidade (verde), e, em azul com traços, o cenário considerado pela Concebra, na sua visão mais otimista. Desse modo, **considerando ainda que matriz de riscos do contrato atribui à concessionária o risco de obtenção dos financiamentos, não se mostra minimamente razoável a argumentação da Concebra de atribuir seu desempenho a fatores imprevisíveis e extraordinários.**

Grifamos

57. Ademais, o próprio **BNDES** esclarece as dificuldades de estruturação econômica do projeto, quando o então licitante apresenta lance agressivo no leilão (R-39):

O BNDES não possui um estudo detalhado da concessão, em que seja desconsiderado o deságio vencedor dentre os dados da projeção realizada. Dessa forma, no caso concreto, a análise que o BNDES realizou do projeto foi feita com base no plano de negócio que embasou o lance vencedor da CONCEBRA, isto é, incluindo o deságio ofertado. Não é possível, assim, responder à questão formulada de maneira assertiva.

A despeito desse fato, é possível reconhecer que quanto maior o deságio vencedor de uma concessão, maiores são os desafios de estruturação financeira da concessão. **Deságios tarifários agressivos tornam o projeto menos resiliente a intempéries econômicas**, como ocorreu com as Concessões do PIL a partir de 2014 no Brasil. Nesse sentido, os tetos para deságio tarifário adotados nas Concessões mais recentes representam um avanço para evitar a contaminação do projeto pelo excessivo otimismo do vencedor do certamente.



58. Destaca-se que a sentença parcial de 10.09.2020 prolatada no Procedimento Arbitral 23433/GSS/PFF (R-106) reconheceu a aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* aos contratos de concessão e que a não obtenção do financiamento junto ao BNDES não é motivo para repactuação das obrigações e/ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Senão vejamos:

254. Desse modo, **plenamente aplicável o princípio do pacta sunt servanda, segundo o qual “os pactos devem ser cumpridos”, respeitando-se a força obrigatória de um contrato.** As partes gozam da liberdade de contratar, mas o contrato, uma vez firmado, torna-se lei entre elas. Assim, aquilo que foi livremente pactuado por partes capazes deve, em princípio, ser cumprido.

255. Nesse contexto, **o Tribunal Arbitral entende que a análise de qualquer processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deve partir da verificação da matriz de riscos contratual**, eis que o direito ao reequilíbrio não surge quando o risco tiver sido expressamente alocado ao contratante que sofreu as consequências da sua ocorrência.

256. E, no caso, como se viu, **o risco do financiamento estava alocado contratualmente na matriz de risco da REQUERENTE**, que foi justamente a parte que sofreu as consequências de sua não obtenção.

257. Desse modo, **não assiste razão à REQUERENTE quando pretende na hipótese se utilizar do fundamento da não obtenção do financiamento do BNDES para pleitear o reequilíbrio financeiro do Contrato, e muito menos a repactuação de suas obrigações**, tal como originalmente contraídas.

59. Ressalta-se ainda que, em nenhum momento a Requerida afirmou que a concessionária deveria ser desclassificada do certame licitatório por ter ofertado valor de deságio de 52%, como tenta induzir a Requerente, mesmo porque lance agressivo é completamente diferente de lance inexequível.

60. Nos termos do Edital (R-37/R-52), caberia à Requerente apresentar carta de instituição financeira atestando a viabilidade e exequibilidade da proposta e à Requerida, por meio de sua Comissão de Outorga, desclassificar as propostas que não cumprissem as exigências previstas na legislação aplicável e no citado Edital:



9.4 Juntamente com a **Proposta Econômica Escrita** devem ser apresentados os seguintes documentos:

- I. uma carta de instituição ou entidade financeira que assessora a Proponente na montagem financeira do empreendimento, declarando que analisou o plano de negócios a ela apresentado pela Proponente e atesta sua viabilidade e exequibilidade, com o conteúdo mínimo do **Anexo 19** ao presente **Edital**, apresentando, ainda, um **Termo de Confidencialidade** celebrado entre a **Proponente** e a instituição ou entidade financeira, com o conteúdo mínimo do **Anexo 21** ao presente **Edital**; e
- II. uma carta de empresa de auditoria independente, registrada no órgão competente, declarando que analisou o **Plano de Negócios** a ela apresentado pela **Proponente** e atesta a sua adequabilidade, sob os aspectos contábil e tributário, com o conteúdo mínimo do **Anexo 20** ao presente **Edital**, apresentando, ainda, um **Termo de Confidencialidade** celebrado entre a **Proponente** e a empresa de auditoria independente com o conteúdo mínimo do **Anexo 21** ao presente **Edital**.

12.3 Abertas as **Propostas Econômicas Escritas**, a classificação ocorrerá em ordem crescente de valor, sendo, portanto, a primeira colocada a **Proposta Econômica Escrita** com menor valor da **Tarifa Básica de Pedágio**

12.3.1 A **Comissão de Outorga** desclassificará a **Proponente** cuja **Proposta Econômica Escrita** não atender à totalidade das exigências estabelecidas na legislação aplicável e no Edital e, ainda, aquela que implicar oferta submetida a condição ou termo não previsto neste **Edital**.

61. Logo, se por hipótese a proposta apresentada pela Requerente no Leilão era inexecutável, o erro ou fraude foi da instituição financeira que analisou a proposta ou da própria Requerente. Mesmo porque conforme já explanado em petições anteriores, nesta rodada de concessões a Requerida sequer tinha acesso ao plano de negócios, sendo descabido imputar-lhe qualquer responsabilidade pela exequibilidade da proposta da Requerente (R-37/R-52):



9.6 Não poderá ser incluído na Proposta Econômica Escrita da Proponente, nem nos demais volumes mencionados no subitem 6.1, o plano de negócio apresentado à instituição financeira, sob pena de desclassificação da Proponente e aplicação de multa equivalente ao valor da Garantia da Proposta, com sua consequente execução.

62. **Ademais, em se constando que o referido documento contém erro ou fraude a consequência, no que se refere exclusivamente à seara administrativa, seria a desclassificação da Requerente e a nulidade do contrato de concessão. Em nenhum cenário que se prospete a inexecutabilidade da proposta daria ensejo a direito a reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor da Requerente.**

63. Assim, diga-se mais uma vez que a **ausência de parte do financiamento dos Bancos Públicos não foi a razão do baixo desempenho da Concessionária**, e sim o equívoco de suas próprias estimativas que afetaram, inclusive, na obtenção do financiamento nos moldes pleiteados perante o BNDES (R-39).

64. O Tribunal Arbitral em decisão no Procedimento Arbitral 23433/GSS/PFF acolhe os argumentos da União e da ANTT no que se refere a não exclusividade de financiamento com o BNDES para a execução do contrato de concessão (R-107):

263. Nesse ponto, a **razão está com as REQUERIDAS quando afirmam que a Carta de Apoio não constitui “um cheque em branco”, porque a aprovação e a consequente concessão do empréstimo naquelas condições e prazos estavam condicionadas à futura análise econômica e financeira da operação e dos acionistas da REQUERENTE**. Em outras palavras, o financiamento proposto pelos Bancos Públicos naquela ocasião estava sujeito à análise de crédito por parte do agente financiador, de acordo com suas políticas e posturas internas.

(...)

272. Ao Tribunal Arbitral não compete se imiscuir nessa análise. O fato é que a **Carta de Apoio dos Bancos Públicos (doc. A-06) não tem caráter vinculativo. Seu teor demonstra, ao contrário, que se tratou de uma mera declaração de intenções e não de uma obrigação vinculante e incondicionada**, como argumenta a REQUERENTE. Do próprio teor do documento extrai-se que a efetiva contratação dos financiamentos, ponte e de longo prazo, nas condições e prazos propostos na referida Carta de Apoio nada mais era do que uma



possibilidade, e não uma consequência necessária e automática derivada da assinatura do Contrato de Concessão.

273. Assim, **não assiste razão à REQUERENTE quando busca vincular, de forma cabal e absoluta, a assinatura do Contrato de Concessão celebrado com a ANTT a um direito à obtenção do financiamento junto ao BNDES.** Tampouco se pode aludir a uma expectativa legítima, na medida em que a própria Carta de Apoio ressalvava expressamente que o financiamento poderia não ser concedido.

274. Nesse contexto, não se mostra juridicamente relevante para o deslinde da disputa verificar se as condições do financiamento contidas da Carta de Apoio (i) compuseram ou não a estrutura básica da modelagem econômico-financeira da concessão ou (ii) se foram adotadas ou não pelo Poder Concedente no EVTEA que originou o Edital de Licitação.

275. **Se a proposta da REQUERENTE considerou exclusivamente as premissas econômicas anunciadas na Carta de Apoio, não resta dúvida de que, ao optar por agir dessa forma, assumiu ela integralmente o risco referente à obtenção do financiamento público para o cumprimento das obrigações contratuais.** Mesmo porque, como já destacado, o risco do financiamento foi contratualmente alocado na matriz de risco da 65 Concessionária (cláusula 26.1 do Contrato de Concessão), que assinou, por sua livre decisão, o referido instrumento contratual.

II.5. Dificuldades na obtenção de financiamento

65. Alega a Requerente que a alteração das condições de financiamento teria alterado drasticamente as bases em que o contrato foi precificado. Não indica, contudo, qualquer fundamento para que essa afirmação pudesse lhe gerar uma pretensão favorável em face da ANTT. E nem poderia, porque **o contrato é bastante claro em alocar ao Concessionário o risco pela obtenção do financiamento.** Não custa repetir a redação da cláusula 26 do contrato de concessão (R-01):

26 Financiamento

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



66. Também não caberia dizer que os estudos prévios promovidos pelo Poder Concedente consideraram, para fins de aferir a viabilidade do projeto, os financiamentos nos moldes da Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Afinal, o edital de licitação (R-37/R-52) deixa bastante claro que esses **estudos prévios não teriam qualquer caráter vinculativo** “ou qualquer efeito do ponto de vista da responsabilidade do Poder Concedente perante as Proponentes ou perante a futura Concessionária”:

2.4 As Proponentes são responsáveis pela análise direta das condições do Sistema Rodoviário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão.

2.4.1 As informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados, relacionados ao Sistema Rodoviário e à sua exploração, disponibilizados pela ANTT, foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação da Concessão, não apresentando, perante as potenciais Proponentes, qualquer caráter vinculativo ou qualquer efeito do ponto de vista da responsabilidade do Poder Concedente perante as Proponentes ou perante a futura Concessionária.

67. De todo modo, cabe esclarecer que mesmo o **EVTEA – Estudo de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental** que serviu de base para a licitação **não considerou**, no cálculo da Tarifa-Teto que foi a leilão, os **financiamentos nos moldes previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos**. E mesmo se tivesse considerado, a modelagem não poderia levar em conta as condições de crédito específicas para cada licitante, as quais **dependeriam de suas circunstâncias individuais** e do **deságio** ofertado por cada um deles no leilão.

II.5.1 EVTEA e Financiamento dos Bancos Públicos

68. Pois bem, quando se diz que tais estudos são meramente informativos, tal afirmação não se faz sob a ótica estritamente formal do quanto disposto no edital de concessão. Há toda uma racionalidade dessa previsão editalícia, na medida em que o leilão



se constitui em procedimento concorrencial possível justamente pela assimetria de informações entre Poder Concedente/Privado e entre os próprios privados concorrentes.

69. Assim, o fato de o Poder Concedente ter projetado um determinado nível de demanda não significa que a mesma percepção seja compartilhada pelos licitantes. Uns podem ser mais otimistas, outros mais pessimistas, alguns podem dispor de maiores informações sobre implantação de projetos com aptidão para impactar na demanda, dentre outros fatores. O mesmo ocorre com a avaliação de cada um dos milhares de itens que compõem os custos de um contrato de tal complexidade.

70. Dessa feita, o EVTEA traz em seu bojo uma série de projeções baseadas em dados e expectativas que, embora dotados de racionalidade, não deixam de constituir-se em modelos abstratos que podem ou não se materializar na prática. Tratam-se, repita-se, de simulações, projeções, abstrações, não de mera descrição da realidade, muito menos promessa ou garantia de qualquer cenário.

71. Feitas essas ressalvas, **a tarifa-teto que vai a leilão é fruto desse conjunto de projeções meramente indicativas.**

72. Grosso modo², o EVTEA traz as projeções de gastos com investimentos (CAPEX), com manutenção e serviços (OPEX), acrescido de despesas com tributos, para cada ano da concessão. Como o valor do dinheiro no tempo varia, esse fluxo de caixa é trazido a valor presente. Para tanto, os estudos se valem de uma taxa de desconto fornecida pela metodologia denominada Custo Médio Ponderado de Capital (*WACC - Wheighted Average Cost of Capital*).

73. Pois bem, as despesas projetadas, acrescidas dos tributos e descontado pelo WACC formam o chamado **fluxo de caixa não alavancado**, que é a primeira parte da equação utilizada no **EVTEA** para fornecer a tarifa que torna o projeto viável economicamente.

² Com maior refinamento técnico, confira-se Nota Informativa SEI nº 246/2020/NAM/DG/DIR (R-59).



74. O outro lado da equação traz mais uma projeção, desta vez, a projeção do volume de tráfego a ser multiplicada pela tarifa-teto ou **tarifa básica de pedágio – TBP** que o **EVTEA** pretende revelar. Em síntese, os custos (despesas + tributos) multiplicados por uma taxa de desconto (WACC) devem ser cobertos pela projeção de tráfego multiplicado pela tarifa-teto (TBP). Ou, no sentido inverso da equação, a TBP multiplicada pela projeção de tráfego deve ser suficiente para custear as despesas do futuro concessionário e remunerar seu capital (taxa de desconto – WACC) para que o projeto seja considerado viável.

75. Importante esclarecer que essa equação nos traz uma tarifa que, segundo as projeções do Poder Concedente, deixa o projeto **viável**, a saber, que permite ao Concessionário fazer face às obrigações contratuais e ainda remunerar o capital investido.

76. Por outro lado, o fato de o projeto ser **viável** não significa que o projeto é necessariamente **atrativo quando comparado a outros empreendimentos**. Se o potencial licitante tem a possibilidade de empregar seu capital em atividade outra que lhe proporcione uma rentabilidade maior com risco semelhante ou inferior, obviamente que não participará do leilão.

77. Projeto **viável** também não significa que a taxa de desconto (WACC) equivale ao lucro efetivo e garantido do Concessionário. Este pode ter custos mais baixos do que o projetado, inclusive custo de capital mais baixo, ou ter a expectativa de um volume de tráfego superior ao projetado etc. Perceba que, quando a licitante oferece um desconto sobre essa tarifa-teto, ela está admitindo que suas projeções são diferentes daquelas do Poder Concedente. Pode, por exemplo, ter projetado um tráfego maior ou despesas menores ou ainda que conseguiria se financiar a taxas menores do que o custo de capital trazido pelo **WACC**.

78. O importante é que, tal como ocorreu na 1ª Etapa de Concessões do PROCROFE, **se essas projeções mais otimistas do parceiro privado se materializarem e este conseguir rentabilizar mais o projeto, não pode o regulador promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com redução tarifária, de modo a controlar lucros e**



desrespeitar os riscos assumidos pelo Concessionário. Da mesma forma, se as projeções do Poder Concedente se materializam, não pode o Concessionário exigir do regulador o reequilíbrio tarifário para custear o risco adicional que assumiu, mediante oferta de substancial desconto tarifário no leilão.

79. Portanto, a premissa tomada pelo EVTEA para a **viabilidade** do projeto, que não se confunde com sua **atratividade**, mediante a fixação da tarifa-teto de referência, leva em consideração o fluxo de caixa **não alavancado**. **O financiamento do BNDES não é tomado como premissa necessária à viabilidade do projeto.** Embora o custo projetado de capital seja levado em consideração, mediante aplicação de metodologia do **WACC**, esta metodologia **NÃO traz embutida como premissa as condições de financiamento** ofertadas pelos Bancos Públicos à época. Essa **TIR de projeto** ou **taxa de desconto** é levada em consideração nas revisões tarifárias durante toda a execução do contrato sempre que algum evento relativo ao fluxo de caixa original tem potencial de causar algum desequilíbrio econômico-financeiro no contrato.

80. Já o chamado **fluxo de caixa alavancado** ou **fluxo de caixa do acionista**, o qual contempla os financiamentos, **não serve como parâmetro para o contrato de concessão. Não é utilizado para fins de reequilíbrio contratual ou para qualquer outra finalidade**, senão para servir ao próprio Concessionário, único capaz de avaliar sua própria remuneração em conformidade com seus custos operacionais não controlados pelo regulador.

81. Diante do exposto, conclui-se mais uma vez que os pleitos da requerente não se sustentam.

II.6. Aumento do Preço dos Insumos Asfálticos (CAP)

82. A Requerente, em sua Réplica, reitera seus argumentos iniciais no sentido de ter havido aumento supostamente extraordinário do CAP – cimento asfáltico de petróleo. Alega, em síntese, que **(i)** se trata de evento imprevisível e extraordinário, razão pela qual



deveria prevalecer o disposto nas cláusulas 21.2.4 e 21.2. 21 do Contrato de Concessão (R-01); **(ii)** o TCU, no Acórdão n.º 1.604/2015 (R-95), teria reconhecido a imprevisibilidade da ocorrência dos atos da Petrobrás que importaram em majoração do preço dos insumos asfálticos (§288 da Réplica) e **(iii)** a Procuradoria Federal junto à ANTT, por meio do Parecer n.º 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-96) teria reconhecido a extraordinariedade e imprevisibilidade destes fatos.

83. A seguir serão abordados cada um desses pontos, em complementação a tese de defesa devidamente apresentada pela Requerida em sua petição **Resposta às Alegações Iniciais**, a qual se reitera integralmente.

II.6.1. Da não configuração do aumento dos insumos asfálticos como caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou fato da administração

84. A questão atinente à alocação do risco pelo aumento dos insumos asfálticos foi devidamente explorada na **Resposta às Alegações Iniciais**. Embora a literalidade das disposições contratuais seja suficiente para refutar o pleito da **Requerente**, cabe tecer considerações adicionais acerca do argumento, mais uma vez, da suposta extraordinariedade e imprevisibilidade quanto à materialização do risco.

85. Pois bem, não prospera a alegação da **Requerente** no sentido de que o aumento do preço dos insumos asfálticos seria algo imprevisível e, portanto, alheio aos riscos ordinários do contrato, a atrair a responsabilidade da Requerida. Isso porque os riscos contratualmente alocados à Requerida são aqueles expressamente constantes no item 21.2, sendo todos os demais de responsabilidade da Requerente:

Contrato de Concessão (R-01)

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

21.2.4. caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecida no Brasil à época de sua ocorrência;
(...)



21.2.21. fato do príncipe o fato da administração que provoque impacto econômico-financeiro na concessão;

86. Será demonstrado que a variação do CAP não é caso fortuito ou força maior, tampouco a alteração da política de preços da Petrobrás se configura como fato do príncipe ou fato da administração a afastar a incidência da subcláusula 21.2.6 e 21.1.7 do Contrato de Concessão (R-01).

87. É de se esperar que a Requerente, por integrar o Grupo TRIUNFO, que atua no setor rodoviário há mais de duas décadas, tenha pleno conhecimento das variações e oscilações inerentes aos valores dos insumos asfálticos, bem como acompanhe de perto a política de preços da Petrobrás.

88. Ao longo de todo o ano de 2013 e antes da data do leilão (04.12.2013) a Petrobrás divulgou diversos FATOS RELEVANTES³ que apontavam para o alinhamento dos preços domésticos do diesel e da gasolina aos preços internacionais.

89. Em 25.10.2013 a Petrobrás divulgou Fato Relevante (R-99) dando conta da proposta da Diretoria de uma metodologia de reajustes que assegurasse maior previsibilidade ao processo de convergência de preços – metodologia essa que seria apreciada pelo Conselho na reunião originalmente agendada para o 22.11.2013 e que veio a se realizar em 29.11.2013:

³ O conceito de fato relevante pode ser extraído do art. 2º da Instrução CVM n.º 358, de 3 de janeiro de 2002: “Art. 2º Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, **qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou, qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: I -na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; II -na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; III -na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados.**” Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/300/inst358consolid.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2020.



Doc. R – 99 – Fato relevante de 25 de outubro de 2013

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS
Companhia Aberta

FATO RELEVANTE

Política de Preços

Rio de Janeiro, 25 de outubro de 2013. – A Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras informa que sua Diretoria Executiva deliberou sobre uma metodologia de precificação a ser praticada pela Companhia, através da qual se tenha maior previsibilidade do alinhamento dos preços domésticos do diesel e da gasolina aos preços internacionais.

Esta metodologia foi apresentada ao Conselho de Administração, em reunião realizada hoje, que determinou a elaboração de simulações adicionais e estabeleceu o prazo de 22 de novembro de 2013 para sua consideração.

90. Em 30.10.2013, o Fato Relevante de 25.10.2013 foi aditado para esclarecer que a metodologia então referida contemplava **reajustes automáticos**, observados determinados parâmetros, dentre os quais **se destaca a convergência dos preços praticados no Brasil com a referência desses derivados no mercado internacional, taxa de câmbio e ponderação associada à origem do derivado vendido:**

Doc. R-100 – Fato relevante de 30 de outubro de 2013

FATO RELEVANTE

Metodologia de Precificação

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2013. – A Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, em atendimento à solicitação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) de aditamento ao fato relevante divulgado no dia 25 de outubro, esclarece sobre as características da metodologia de precificação aprovada por sua Diretoria Executiva:

A metodologia contempla reajuste automático do preço do diesel e da gasolina em periodicidade a ser definida antes de sua implantação, baseado em variáveis como o preço de referência desses derivados no mercado internacional, taxa de câmbio e ponderação associada à origem do derivado vendido, se refinado no Brasil ou importado.



91. Por sua vez, em 29.11.2013, data anterior à realização do Leilão, foi divulgado Fato Relevante que trouxe os princípios e objetivos da política de preços, sendo digno destacar **a busca pela convergência dos preços no Brasil com as referências internacionais em prazo compatível:**

Doc. R-101 – Fato relevante de 29 de novembro de 2013

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS

Companhia Aberta

FATO RELEVANTE

Política de Preços

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2013. – A Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras informa sobre a implementação de sua política de preços de diesel e gasolina após apreciação pelo Conselho de Administração, a ser aplicada a partir de 29 de novembro de 2013.

A referida política de preços visa atender aos seguintes princípios e objetivos:

a) Assegurar que os indicadores de endividamento e alavancagem retornem aos limites estabelecidos no Plano de Negócios e Gestão 2013-2017 em até 24 meses, considerando o crescimento da produção de petróleo e a aplicação desta política de preços de diesel e gasolina;

b) Alcançar, em prazo compatível, a convergência dos preços no Brasil com as referências internacionais;

c) Não repassar a volatilidade dos preços internacionais ao consumidor doméstico.

92. Não bastassem os fatos relevantes divulgados pela Petrobrás, conforme já mencionado na petição de Resposta as Alegações Iniciais, **a mídia não especializada já apontava a insustentabilidade da política de preços que vinha sendo adotada pela Petrobrás:**

Notícia de 19/08/2013 - Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/08/preco-da-gasolina-no-brasil-esta-defasado-em-relacao-ao-exterior.html>. Acesso em 19 de setembro de 2020.



Edição do dia 19/08/2013
19/08/2013 21h52 - Atualizado em 19/08/2013 21h52

Preço da gasolina no Brasil está defasado em relação ao exterior

Entre 2010 e 2013 a importação de gasolina cresceu 395%. A Petrobras acaba sendo prejudicada, porque perde capacidade de investir.

Jornal Nacional
veja tudo sobre >

Em Sergipe, projeto ajuda a parar o ciclo da violência contra mulheres
07/03/2019

Notícia de 25.10.2013 (Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/lucro-da-petrobras-recua-39-no-3o-tri-com-defasagem-de-precos-1-10548682>. Acesso em 119 de setembro de 2020)



PLANTÃO ECONOMIA

Lucro da Petrobras recua 39% no 3o tri com defasagem de preços

por REUTERS

🕒 2013-10-25 22:56:00.588

Por Sabrina Lorenzi e Jeb Blount

RIO DE JANEIRO, 25 Out (Reuters) - A Petrobras registrou lucro líquido de 3,395 bilhões de reais no terceiro trimestre, queda de 39 por cento na comparação com o mesmo período do ano passado, sendo afetada mais uma vez pelo prejuízo na área de Abastecimento.

O resultado divulgado nesta sexta-feira veio abaixo da expectativa média de analistas ouvidos pela Reuters, de 5,84 bilhões de reais, com o impacto negativo da defasagem de preços de combustíveis em relação aos valores internacionais e por conta do dólar mais forte, que também encareceu as importações.

Na comparação com o segundo trimestre, o lucro recuou 45 por cento.

"Ainda que tenhamos tido quatro reajustes de preço de diesel e dois de gasolina nos últimos 16 meses, totalizando 21,9 por cento e 14,9 por cento de aumento, respectivamente, a forte depreciação do Real verificada desde maio de 2013, chegando a 22 por cento de desvalorização, fez com que a defasagem voltasse a crescer nos últimos meses", afirmou a presidente da estatal, Maria das Graças Foster, em nota.

Mas a executiva reafirmou que a empresa busca a convergência de preços, ao mesmo tempo em que prevê aumentar a produção de petróleo e gás.

93. Ora, se era de conhecimento público que a defasagem entre os preços internacionais e os praticados no Brasil estavam afetando o lucro da Petrobrás e que medidas seriam adotadas para convergência desses preços, ainda que por hipótese os experts que assessoram a Requerente não estivessem acompanhando a divulgação dos



fatos relevantes pela Petrobrás, não parece crível que desconhecêssem esse cenário de mudanças:

Notícia de 29/11/2013 - Disponível em:
<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/11/petrobras-aprova-nova-politica-de-precos-de-diesel-e-gasolina.html>. Acesso em 19 de setembro de 2020.

A captura de tela mostra o cabeçalho do site G1 com o menu "ECONOMIA" selecionado. Abaixo, há uma barra de informações com o texto "29/11/2013 19h51 - Atualizado em 29/11/2013 20h07". O título principal da notícia é "Petrobras aprova nova política de reajuste de preços de combustível". Abaixo do título, há um resumo: "Estatual anunciou reajuste de 4% para a gasolina e de 8% para o diesel. Empresa diz que não revelará parâmetros da metodologia de precificação."

94. Os fatos relevantes e as notícias citadas afastam de maneira cabal a suposta imprevisibilidade de alteração de política de preços da Petrobrás alegada pela Requerente no § 287 de sua Réplica e, por consequência, da extraordinariedade do aumento dos valores dos insumos asfálticos.

II.6.2. Da inaplicabilidade do Acórdão TCU n.º 1.604/2015

95. O segundo ponto que merece maiores esclarecimentos diz respeito as alegações da Requerente no sentido de que o Acórdão n.º 1.604/2015 – TCU Plenário (R-95), teria reconhecido a imprevisibilidade da ocorrência dos atos da Petrobrás que importaram em majoração do preço dos insumos asfálticos (§288 da Réplica).

96. Com a devida vênias Excelências, o Acórdão n.º 1.604/2015 – TCU Plenário (R-95) analisa a legalidade da Instrução de Serviço/DG nº 2, de 23.03.2015 do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), que *“estabelece os critérios para o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos decorrente do acréscimo dos custos de aquisição de materiais betuminosos”*.



97. Como é sabido, os contratos celebrados pelo Dnit são regidos pela Lei n.º 8.666/1993, razão pela qual esse fato por si só já justificaria a inaplicabilidade do citado Acórdão ao presente caso, tendo em vistas a especificidade dos contratos de concessão (Lei nº 8.987/1995) face os contratos de empreitada (Lei nº 8.666/1993) suficientemente esclarecidas por esta Requerida em sua **Resposta as Alegações Iniciais** (§ 189 e ss). Por certo, no contrato objeto desta arbitragem, repise-se, há cláusula alocando expressamente o risco de variação desses insumos à Requerente (cf. subcláusulas 21.2.6 e 21.1.7 do Contrato de Concessão).

98. Todavia, na remota hipótese deste Tribunal Arbitral entender aplicável o racional do Acórdão n.º 1.604/2015 – TCU Plenário (R-95) ao presente caso, cabe a ressalva que em nenhum momento houve por parte do TCU um reconhecimento amplo e irrisório do direito ao reequilíbrio em razão da variação dos preços dos insumos asfálticos.

99. Primeiro, antes da análise do Acórdão n.º 1.604/2015 – TCU Plenário, registra-se que no âmbito do Dnit, a problemática foi previamente submetida a análise jurídica da Procuradoria Federal Especializada junto ao Dnit, que emitiu o Parecer n. 00134/2015/PFE/DNIT/PGF/AGU (R-102):

(...)

10. Vale ressaltar, também, algumas decisões do Tribunal de Contas da União – TCU – sobre o tema.

11. De acordo com o órgão de controle, o “reequilíbrio econômico-financeiro *stricto sensu*, por sua vez, trata do reestabelecimento da relação contratual inicialmente ajustada pelas partes, **desde que a alteração tenha sido provocada por álea extraordinária superveniente ao originalmente contratado**” (art 65, II, “d”, da lei mencionada) (TCU. AC 1800/2010-Plenário. Ata 27. DOU 06/08/2010), bem como, se ficar demonstrado que ocorreu “**elevação anormal do preço de venda do produto, decorrente do acréscimo inesperado dos custos de produção**”, “**objetiva e exaustivamente demonstrada**”, o reequilíbrio econômico-financeiro poderia ocorrer (AC 2861/2009-Primeira Câmara. Ata 17. DOU 05/06/2009), **mas apenas se “ficar indiscutivelmente caracterizada a total impossibilidade de previsão da situação ocorrida ou a incapacidade de cálculo de seus efeitos”, e for “afastada a hipótese de que algum outro participante do processo licitatório tenha montado suas propostas com base na previsibilidade de fatos futuros”** (AC 1180/2007-Segunda Câmara. Relação 19/2007. Ata 16. DOU



25/05/2007), “uma vez que o comportamento e os efeitos da inflação podem ser antevistos já na elaboração da proposta e, a seguir, incorporados na equação econômico-financeira do contrato” (AC 1563/2004-Plenário. Sessão 06/10/2004). Vale lembrar, também, que, **mesmo que os produtos fornecidos tivessem aumentos no período superiores à inflação, “seria necessário que constasse do processo uma análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido a fim de que ficasse caracterizada como extraordinária e extracontratual”** (AC. 7/2007-Primeira Câmara. Ata 01. DOU 26/01/2007).

(...)

CONCLUSÃO

19. Diante do exposto, salvo melhor juízo, entendo que se realmente ficar objetiva e exaustivamente demonstrada a elevação anormal dos preços dos insumos necessários à execução dos contratos e a total impossibilidade de previsão desta, bem como se for afastada a hipótese de que algum outro participante do processo licitatório tenha montado suas propostas com base na previsibilidade de fatos futuros, o reequilíbrio econômico-financeiro contratual decorrente da elevação extraordinária e imprevisível dos custos de aquisição de materiais betuminosos pode ocorrer (ponto 12 deste parecer), mas não pode ser dispensada a assinatura de termo aditivo (ponto 13 deste parecer), nem o cumprimento dos demais requisitos expostos nos pontos 14, 15, 16 e 17 deste parecer.

100. Percebe-se dos trechos acima transcritos que o órgão jurídico traçou balizas a serem verificadas caso a caso para concessão de reequilíbrio econômico financeiro com base em precedentes do Tribunal de Contas da União:

(i) a alteração tenha sido provocada por álea extraordinária superveniente ao originalmente contratado” (TCU. AC 1800/2010-Plenário. Ata 27. DOU 06/08/2010),

(ii) elevação anormal do preço de venda do produto, decorrente do acréscimo inesperado dos custos de produção”, “objetiva e exaustivamente demonstrada”, (AC 2861/2009-Primeira Câmara. Ata 17. DOU 05/06/2009),

(iii) restar “caracterizada a total impossibilidade de previsão da situação ocorrida ou a incapacidade de cálculo de seus efeitos”, e for “afastada a hipótese de que algum outro participante do processo licitatório tenha montado suas propostas com base na previsibilidade de fatos futuros” (AC 1180/2007-Segunda Câmara. Relação 19/2007. Ata 16. DOU 25/05/2007) e

(iv) mesmo que os produtos fornecidos tivessem aumentos no período superiores à inflação, “seria necessário que constasse do processo uma análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido a fim de que ficasse caracterizada



como extraordinária e extracontratual” (AC. 7/2007-Primeira Câmara. Ata 01. DOU 26/01/2007).

101. Segundo, é possível se extrair do voto do Ministro JOÃO RIBEIRO AUGUSTO NARDES dois aspectos importantes: (i) o reequilíbrio dependeria da comprovação in concreto da onerosidade excessiva e (ii) a Instrução de Serviço/DG nº 2, de 23.03.2015, em cumprimento ao disposto no art. 14 do Decreto 7.983/2013, respeitou o desconto ofertado na licitação, *verbis*:

Voto (R-95)

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.
(...)

34. A metodologia proposta intenciona estabelecer, conforme elucidado de forma mais detalhada em passagem anterior, critérios para a recomposição de preços de um grupo específico de insumos com base em variações percentuais dos preços publicados pela ANP. **Destarte, importante registrar, neste ponto, o atendimento ao disposto no art. 14 do Decreto 7.983/2013** – que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, **no tocante à manutenção do desconto ofertado na licitação**, tendo em vista que o acréscimo percentual aplicar-se-á aos preços de cada contrato.

102. Nesse sentido, o Acórdão n.º 1.604/2015 – TCU Plenário (R-95) determina ao Dnit que no exame do caso concreto seja verificada a demonstração pela interessada da onerosidade excessiva e que seja comprovada a aquisição dos insumos betuminosos após o anúncio da Petrobrás:

9.2. determinar ao Dnit que, por meio de ato normativo próprio contemplando parâmetros objetivos, oriente todas as unidades de sua estrutura organizacional responsáveis pela análise e processamento dos requerimentos fundados na IS-



DG 2/2015, no exame do caso concreto, quando do recebimento dos pleitos, quanto à necessidade de:

9.2.1. demonstrar o impacto acentuado nos contratos em andamento em razão dos aumentos imprevisíveis nos preços dos insumos betuminosos, ocorridos no final de 2014, especialmente quanto às seguintes situações que apontam para a inaplicabilidade dos critérios previstos no referido normativo em função do não atendimento dos pressupostos da teoria da imprevisão, bem como das disposições contidas no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993:

9.2.1.1. contratos cujo estágio avançado de execução denote saldo pequeno de serviços contendo insumos betuminosos – e, por consequência, reflexo financeiro aparentemente suportável no período de incidência da norma –, com maior razão quando essa constatação é reforçada pelo confronto com o total de medições (em termos financeiros), realizadas e previstas, no período de validade do normativo (entre janeiro/2015 e o próximo reajuste anual);

9.2.1.2. contratos com datas de reajustamento (anual) nos primeiros meses de 2015, nos casos em que a execução de serviços contendo insumos betuminosos, entre janeiro/2015 e o momento do reajuste, tenha ocorrido em ritmo inferior ao previsto no cronograma físico-financeiro da avença, como resultado de postergação aceitável motivada pela proximidade daquela data de reajustamento ordinário; e

9.2.2. exigir da empresa pleiteante comprovação de que os quantitativos de insumos betuminosos, passíveis de medição durante o período a que se refere a IS-DG 2/2015 (janeiro/2015 à próxima data de reajuste contratual), tenham sido adquiridos após os anúncios da Petrobras, ou seja, também em momento posterior a dezembro/2014;

103. Percebe-se, portanto que, diferentemente do que pretende fazer prevalecer a Requerente, o Tribunal de Contas da União se limitou a analisar a legalidade da Instrução de Serviço/DG nº 2, de 23.03.2015 (R-103), que, em sua redação original permitia a realização de reequilíbrio econômico financeiro “no período compreendido entre janeiro de 2015 e o mês referente ao aniversário do contrato” (art. 1º, §1º da referida IS), devendo ser demonstrado o impacto acentuado nos contratos em andamento em razão dos aumentos imprevisíveis nos preços dos insumos betuminosos. Além disso, o procedimento nos contratos por empreitada por preço global (sem planilha de quantidades e preços) disciplinado na referida Instrução de Serviço deveria levar em consideração o desconto ofertado no Leilão (art. 4º e Anexos da citada IS).



104. Neste caso, ainda que por hipótese se afastasse a alocação de riscos contratual e se aplicasse por uma suposta analogia regramento da Instrução de Serviço/DG nº 2, de 23.03.2015 (R-103) e as determinações do Acórdão n.º 1.604/2015 – TCU Plenário (R-95), **a Requerente não teria direito a reequilíbrio na medida em que (i) não demonstrou *in concreto* a onerosidade excessiva que um período de majoração da CAP – cimento asfáltico de petróleo acarretaria em um contrato de 30 anos e (ii) não apresentou a comprovação de tais insumos terem sido adquiridos no período de majoração supostamente extraordinário**, tampouco especificou a sua quantidade, tendo em vista que dada a alta inadimplência da Requerente o fato do contrato estabelecer maiores investimentos nos 5 primeiros anos não implica automaticamente em uma onerosidade excessiva.

105. Assim, quer se adote a tese da Requerente, quer se adote a proposta da Requerida, em qualquer dos casos a Requerente não possui direito a reequilíbrio pela variação do CAP.

II.6.3. Da inexistência de manifestação da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres reconhecendo a extraordinariedade e imprevisibilidade do aumento do CAP

106. A Requerente alega no § 288 de sua Réplica, de maneira totalmente equivocada, que o posicionamento inicial da Procuradoria Federal junto à ANTT (PF/ANTT), por meio do Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-96), também foi no sentido de reconhecer a extraordinariedade e imprevisibilidade da majoração dos preços dos insumos asfálticos.

107. O equívoco reside em considerar manifestação jurídica não aprovada pelo titular da unidade como posicionamento da PF/ANTT, talvez por completo desconhecimento das normas que regem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito da Advocacia-Geral da União.



108. De acordo com a Portaria AGU n.º 1.399/2009 (R-97), alterada pela Portaria AGU n.º 316/2010 (R-98), **considera-se manifestação jurídica da AGU apenas aquelas que foram aprovadas por Despacho do titular do órgão que, no caso da PF-ANTT, é o Procurador-Geral:**

Do Despacho

Art. 7º O parecer, a nota e as informações serão submetidos ao superior hierárquico do subscritor para apreciação, que se formalizará mediante despacho e, **somente após aprovados assumirão o caráter de manifestações jurídicas da AGU.** *(Redação dada pela Portaria AGU nº 316/2010)*

Art. 8º O despacho será lançado sequencialmente à manifestação jurídica, ou, caso necessário, em documento à parte, podendo apresentar o seguinte conteúdo:

I - aprovação, quando a manifestação jurídica for aprovada na sua totalidade, com o acréscimo, ou não, de subsídios pertinentes ao conteúdo relevante da manifestação. *(Redação dada pela Portaria AGU nº 316/2010)*

II - aprovação parcial, quando o responsável pelo despacho discordar de parte da manifestação jurídica, caso em que deverá indicá-la expressamente e resolver a questão jurídica objeto da divergência; e

III - rejeição, quando a manifestação jurídica não for aprovada.

Parágrafo único. O despacho poderá conter, ainda, subsídio complementares ao parecer, à nota, às informações ou à cota, inclusive com as instruções sobre o encaminhamento do assunto, bem como a revisão ou a menção a manifestações anteriores. *(Redação dada pela Portaria AGU nº 316/2010)*

CAPÍTULO II

DAS MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS NÃO APROVADAS

Art. 9º Caso o superior hierárquico não aprove a manifestação jurídica emitida, poderá solicitar o seu reexame ou emitir manifestação própria.

(...)

Art. 10. A manifestação jurídica não aprovada integrará os autos, mediante a consignação da sua não aprovação.



109. No caso em apreço, o Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-96) não foi aprovado pelas chefias imediatas: o Coordenador-Geral de Matéria Finalística Dr. Paulo Roberto Magalhães C. Wanderley e o Procurador-Geral Dr. Márcio Luís Galindo, conforme se extrai do trecho destacado da última página do referido Parecer:

(iii) as ponderações constantes dos Itens 32, 33, 34, 35, 36 e 37 deste Parecer devem ser respeitadas.

39. À sua consideração.

Brasília/DF, 9 de junho de 2016.

Diogo Moraes
Procurador Federal

1. De acordo.
2. Ao Procurador-Geral.

Brasília/DF, 9 de junho de 2016.

Paulo Roberto Magalhães C. Wanderley
Procurador Federal
Coordenador-Geral de Matéria Finalística

1. Aprovo o presente Parecer.
2. Ao GAB.

Brasília/DF, 9 de junho de 2016.

Márcio Luís Galindo
Procurador Federal
Procurador-Geral

110. Registre-se que o Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU foi expressamente rejeitado, nos termos do art. 8º, III da Portaria AGU n.º 1.399/2009, em despacho do Procurador-Geral proferido ao aprovar o Parecer n.º 1.365/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-25). A seguir destaca-se que trecho do citado parecer que comprova a presente afirmação:

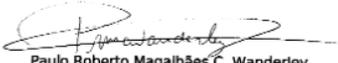
Documento R-25



13. Diante do exposto, manifesta este órgão jurídico contrariamente ao pleito de reequilíbrio contratual decorrente do aumento de custos dos insumos asfálticos, ressalvados os contratos nos quais essa variável não constitui risco do concessionário, conforme observações do parágrafo 7.

14. À consideração superior.

Brasília/DF, 11 de julho de 2016.

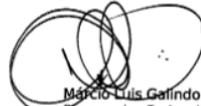

Paulo Roberto Magalhães C. Wanderley
Procurador Federal
Coordenador-Geral de Matéria Finalística

1. Aprovo o presente Parecer.

2. **Rejeito integralmente o Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU.**

3. Restituam-se à SUINF-ANTT.

Brasília/DF, 11 de julho de 2016.


Márcio Luis Galindo
Procurador Federal
Procurador-Geral

111. Logo, repise-se, diferentemente do alegado pela Requerente, não há que se falar em manifestação jurídica da PF-ANTT que tenha reconhecido direito a reequilíbrio contratual em decorrência de aumento dos insumos asfálticos, tendo em vista que o **Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-96) ao ser integralmente rejeitado pelo Procurador-Geral nunca assumiu o caráter de manifestação jurídica da AGU, conforme determina o art. 7º da Portaria AGU n.º 1.399/2009 (R-97), alterada pela Portaria AGU n.º 316/2010 (R-98).**

112. A única manifestação jurídica da AGU relacionada ao tema é o **Parecer n.º 1.365/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-25)** que afasta expressamente o reequilíbrio nos contratos de 2ª e 3ª etapas do PROCROFE:



8. No que se refere aos contratos da 2ª e 3ª etapas, não nos parece crível que uma sociedade empresarial que se lança num empreendimento de conservação de rodovias por períodos de 20 (vinte), 25 (vinte e cinco) ou 30 (trinta) anos tenha subtraído de suas avaliações quanto à viabilidade do negócio as flutuações de preço do que talvez seja seu principal insumo, o asfalto.

9. Ao contrário dos contratos de obra pública, que não permitem que o contratado recupere o prejuízo posteriormente, depois do término das obras, o contrato de concessão já traz uma formatação econômico-financeira no sentido de que, no longo prazo, a relação possa se equacionar. Pelo menos do ponto de vista jurídico, essa é a formatação que irá reger esses contratos. Inclusive, para esses contratos da 2ª e 3ª etapas de concessões, da mesma forma que a elevação dos custos dos insumos prejudica o concessionário, sem ensejar direito ao reequilíbrio contratual, eventual redução dos custos dos insumos os beneficiará, na medida em que não poderá a ANTT determinar, sob esse fundamento (decréscimo no custo dos insumos), redução do preço da tarifa.

10. Saliente-se ainda a inaplicabilidade da jurisprudência citada no Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU à situação dos autos, visto que todos os casos enfrentados pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União (TCU) naqueles arestos tinham por pano de fundo o reequilíbrio de contratos de prestação de serviços previstos na Lei nº 8.666/93. Nenhum dos julgados enfrenta o problema da alocação de riscos em contratos de concessão.

11. Por fim, no que tange às teorias do fato do príncipe ou da imprevisão essas não poderiam ser aplicadas ao caso concreto justamente porque a variável em questão, custo dos insumos asfálticos, estava dentro dos riscos expressamente assumidos pelo licitante que viria a se tornar concessionário.

12. A palavra risco, por definição, denota evento futuro e incerto, ou seja, evento cuja previsibilidade e capacidade de ser evitado estão fora do alcance de qualquer dos contratantes. Por consequência lógica, se determinado contratante assume esse risco, assume a possibilidade em tese de que esse evento ocorra e lhe traga gravames ou benesses. Assim, não pode depois alegar que, por se tratar de evento futuro e incerto, estaria fora do seu âmbito de previsibilidade ou de evitabilidade. Ora, alegar as teorias do fato do príncipe ou da imprevisão para riscos assumidos no contrato é negar a própria definição de risco, é um contrassenso que não pode ser chancelado pela ANTT. Em outras palavras, aplicar essas teorias aos contratos da 2ª e 3ª etapas equivale a eliminar o risco previsto no contrato.

13. Diante do exposto, manifesta este órgão jurídico contrariamente ao pleito de reequilíbrio contratual decorrente do aumento de custos dos insumos asfálticos, ressalvados os contratos nos quais essa variável não constitui risco do concessionário, conforme observações do parágrafo 7.

113. Demonstrou-se, portanto, que **o posicionamento da PF/ANTT sempre foi no sentido de rejeitar reequilíbrio nos contratos de 2ª e 3ª etapas do PROCROFE relacionados ao aumento de insumos asfálticos.**



II.6.4. Síntese

114. A tese de defesa desta Requerida devidamente apresentada na **Resposta às Alegações Iniciais**, e complementada neste tópico, afasta de maneira indubitável eventual direito a reequilíbrio pleiteado pela Requerente, eis que restou comprovado que antes da realização do Leilão a Petrobrás já havia divulgado Fatos Relevantes esclarecendo a metodologia contemplava **reajustes automáticos**, observados determinados parâmetros, dentre os quais **se destaca a convergência dos preços praticados no Brasil com a referência desses derivados no mercado internacional, taxa de câmbio e ponderação associada à origem do derivado vendido que seria implementada em prazo compatível**.

115. A variação dos preços do CAP praticados no Brasil em decorrência destes aspectos era, portanto, esperada e previsível.

116. A comparação com os contratos do DNIT não é adequada, na medida em que, tanto a alocação de riscos, quanto a duração do contrato são totalmente distintos do contrato de concessão que a Requerida celebrou com a Requerente. E, ainda que fosse aplicável, caberia a Requerente demonstrar além da imprevisibilidade, a onerosidade excessiva, a comprovação de aquisição do CAP com os valores maiores e que sobre eventuais valores pleiteados fosse aplicada a taxa de desconto do leilão (52% no caso da Requerente).

117. Subsidiariamente, na remota hipótese deste Tribunal Arbitral, não acolher a tese da Requerida de total improcedência do pleito da Requerente, **pugna-se que eventual reequilíbrio deve considerar apenas eventual flutuação extraordinária do CAP, eis que, repise-se, o risco está expressamente alocado à Requerente, bem como que incida sobre esses valores o desconto de 52%, por aplicação analógica, do disposto no art. 14 do Decreto 7.983/2013**.



II.7. Alterações no Contorno de Goiânia/GO

118. Em sua **Réplica**, a Requerente, ao reafirmar o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro relativo aos estudos e projetos desenvolvidos para a execução de obras no Contorno Rodoviário de Goiânia-GO, reitera, em síntese que a Requerida **(i)** não contesta o direito a reequilíbrio do contrato em decorrência da elaboração do projeto executivo e EVTEA do contorno de Goiania considerando a classe 0, mas “condiciona a sua consumação à análise e aprovação do projeto” (§ 314, 315 e 322 da Réplica) e **(ii)** optou, em 27 de maio de 2019, por revogar as suas decisões anteriores: a Deliberação 180/2016 e trechos da Resolução 5.142/2016 (§ 323 da Réplica).

119. Esta Requerida, em sua **Resposta as Alegações Iniciais** em relação a esse tópico, assim concluiu:

234. Em suma, diante de todo o exposto, conclui-se que:

- A alteração da extensão do Contorno era uma forte possibilidade, devidamente prevista no PER e no Contrato, não se podendo, por esta razão, cogitar-se de alteração unilateral solicitada pelo poder concedente;
- A alteração da classe do trecho urbano do Contorno foi proposta pela **Requerente**, conforme documentação citada, não sendo, também por isso, caracterizada como alteração unilateral por parte do **Poder Concedente**;
- Não há controvérsia a respeito do mérito do reequilíbrio dos valores da elaboração do EVTEA e Projeto Executivo, como tenta fazer crer a Concessionária. A ANTT reconhece, no mérito, a necessidade de reequilíbrio do contrato de concessão em decorrência da elaboração do projeto executivo e EVTEA do Contorno de Goiânia considerando a Classe 0, pois autorizou sua elaboração.
- O reequilíbrio referente aos valores da elaboração do **EVTEA** não foi efetivado integralmente até o presente momento por culpa exclusiva da Concessionária, que ainda não atendeu ao regramento da **ANTT**, que exige a apresentação do Termo de Referência, impossibilitando, assim, a respectiva análise pela Agência Reguladora. Tão logo a **Requerente** encaminhe a documentação, na forma prevista nos regramentos vigentes, a **ANTT** não se furtará de promover a análise do valor.



- Conforme regramento da **ANTT** (Portaria SUINF nº 257/2016), já foi reequilibrado 50% do valor do projeto executivo, considerando o orçamento da obra apresentado pela concessionária. O ajuste do valor será realizado quando a análise do projeto for concluída e o projeto executivo aprovado.

120. De fato, a Requerida não nega o direito da Requerente ao reequilíbrio decorrente dos valores da elaboração do EVTEA e Projeto Executivo, a controvérsia reside em relação ao *quantum* e ao momento.

121. A Requerente elabora uma narrativa a respeito das supostas “idas e vindas” da ANTT, olvidando-se de aceitar que a Administração Pública tem a prerrogativa de anular/revogar seus atos quando eivados de ilegalidade ou por conveniência e oportunidade, devendo sempre justificar a sua decisão.

122. Nesse sentido, na Resposta às Alegações Iniciais, restou amplamente demonstrado que edição da Deliberação n.º 627/2019 (R-79) que revogou a Deliberação n.º 180/2016 (R-68) e trechos da Resolução n.º 5.142/2016 (R-76) foi devidamente motivada pelo acolhimento pela Diretoria da Agência dos indícios de irregularidades verificados pela SeinfraRodoviaAviação (R- 72), pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União – MP-TCU (R-109), posteriormente, reconhecido pelo Acórdão n.º 2.934/2019-TCU- Plenário (R-79).

123. Apenas para que fique evidente para esse Tribunal Arbitral a razão pela qual o Tribunal de Contas entendeu equivocada a edição da Deliberação n.º 180/2016 (R-68) e trechos da Resolução n.º 5.142/2016 (R-76) pela Diretoria Colegiada da ANTT, transcreve-se abaixo trechos do parecer do MPJTCU (R-109) que detalham as manifestações técnicas e jurídicas que permeiam o caso:

22. Neste caso concreto, há diversos documentos emitidos pela área técnica da ANTT assinalando que **a classe I-A atenderia à necessidade operacional e de demanda de tráfego no referido contorno**. A título de exemplo, cito:

- a) Parecer 055/2016/GEINV/SUINF, de 18/3/2016 (peça 5, p. 38, item 17, e p. 40, item 20)



- b) Memorando 300/2016/GEINV/SUINF, de 21/3/2016 (peça 5, p. 30, item 3);
- c) Memorando 608/2016/GEINV/SUINF, de 2/6/2016 (peça 6, p. 17-18);
- d) Memorando 707/2016/GEINV/SUINF, de 4/7/2016 (peça 8, p. 14, item 3).

23. Diante dessa posição da área técnica, a Procuradoria Federal junto à ANTT ressaltou a necessidade de estar configurado o interesse público (peça 6, p. 1), bem como uma situação de **excepcionalidade e imprescindibilidade** para que se efetuassem a alteração, o que, em minha opinião, não ficou demonstrado (peça 6, p. 22-23):

33. Disso decorre que a mudança da classe da rodovia depende da demonstração inequívoca de sua imprescindibilidade e excepcionalidade. Se a própria Concessionária apresentou, ainda que alternativamente, projeto nos exatos termos do PER (Classe I-A) e se também a SUINF afirma que, nessa classificação, restaria atendida a necessidade operacional e de demanda de tráfego no Contorno Rodoviário de Goiânia, **entendimento em contrário está a merecer robusta motivação.**

(...)

35. E essa a razão pela qual esta Procuradoria insiste na importância da **motivação e fundamentação** das decisões da Agência. Na espécie, é preciso que fique claro tratar-se de uma escolha adotada pela Agência (muito embora mediante proposição da interessada), segundo seus critérios de discricionariedade técnica, e não mero acolhimento de pretensão da Concessionária. (destaques no original)

24. O próprio Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) apresentado pela concessionária, apesar de sinalizar que a classe especial seria a alternativa mais viável, considerando os critérios utilizados, **admite a viabilidade da execução considerando a classe I-A** (peça 23, p. 84-86).

124. Assim, a revisão das decisões anteriormente adotadas pela Diretoria Colegiada, no caso específico, não era uma opção como tenta a Requerente induzir esse Tribunal, mas um dever da ANTT de reparar seus atos.

125. É claro que com a edição da Deliberação n.º 627/2019 (R-79), a implantação do contorno de Goiânia-GO, considerando a classe 0, não será mais executada. Todavia, remanescem, conforme dito anteriormente, estabelecer, o valor definitivo do reequilíbrio relacionado única e exclusivamente aos custos em que a Requerente incorreu para elaborar o EVTEA e o projeto executivo desta obra que não será mais executada pelas razões acima expostas.



126. Registre-se que, conforme apresentado na **Resposta as Alegações Iniciais**, o reequilíbrio foi provisoriamente realizado, estando pendente a análise do valor definitivo.

127. Fulcrada nesses argumentos, a ANTT requer que seja julgado improcedente o pedido da Requerente na medida em que não há decisão definitiva desta Agência em relação aos valores da elaboração do EVTEA e Projeto Executivo, do Contorno de Goiânia considerando a Classe 0.

128. Subsidiariamente, requer que o valor eventualmente devido se limite exclusivamente aos custos incorridos e devidamente comprovados relativos à elaboração do EVTEA e Projeto Executivo.

II.8. Implantação do Sistema de Informações Rodoviárias (SIR)

129. A Requerente sustentou que a implantação do Sistema de Informações Rodoviárias – SIR constituiu obrigação não prevista no Contrato de Concessão (R-01) celebrado ou no Plano de Exploração Rodoviária – PER (R-03), qualificando-o, portanto, como evento causador de desequilíbrio na equação econômico-financeira da concessão.

130. Conforme se passa a demonstrar, os argumentos deduzidos na Réplica apresentada pela CONCEBRA em nada infirmam o acerto do posicionamento adotado pela Agência Reguladora no presente caso.

131. À luz do que restou afirmado pela Requerida em sua **Resposta às Alegações Iniciais**, o Sistema de Informações Rodoviárias – SIR foi iniciativa regulatória da ANTT projetada para unificar a coleta e o tratamento de dados de todas as concessionárias de exploração de rodovias federais no país.

132. A implementação do SIR não impôs obrigações qualitativamente novas às concessionárias, mas representou evolução tecnológica na forma de cumprimento de deveres já previstos no contrato de concessão.



133. O contrato trouxe parâmetros gerais determinando quais tipos de informação deveriam ser obrigatoriamente coletados pela Concessionária e disponibilizados à ANTT⁴ e, reforçando a característica de um contrato de longa duração, veiculou uma cláusula aberta quanto à forma de sua disponibilização ao Poder Público⁵, ressaltando, contudo, que as informações deveriam estar disponíveis “em tempo real” e em forma eletrônica para o ente fiscalizador da concessão.

134. Em sua Réplica, a Requerente aduz, primeiramente, que o SIR é um sistema novo, criado pela Agência para atender às necessidades da ANTT e de outros órgãos, de observância obrigatória pela Concessionária.

135. Quanto a esse primeiro argumento, é importante registrar que não é a novidade nem a obrigatoriedade do sistema que estão em discussão, mas sim o fato de que as

⁴ Destaquem-se, por oportuno, as obrigações informacionais previstas no item 14.1.3, “i”; no item 14.1.7, “b”, “c” e “d”; e no item 14.2 do contrato de concessão (R-01), respectivamente transcritos a seguir:

14. Prestação de informações

*14.1 No **Prazo da Concessão**, e sem prejuízo das demais obrigações de prestar as informações estabelecidas no **Contrato**, no **PER** ou na legislação aplicável, a **Concessionária** deverá:*

(...)

*14.1.3 apresentar à **ANTT**, na periodicidade por ela estabelecida, relatório com informações sobre:*

(i) as estatísticas de tráfego e acidentes, com análise de pontos críticos e medidas saneadoras implementadas ou a serem implementadas;

(...)

*14.1.7 divulgar em seu sítio eletrônico as seguintes informações durante o **Prazo da Concessão**:*

(...)

*(a) estatísticas mensais de acidentes, durante a **Concessão**, incluindo a identificação do local e causa (quando fornecida pela Polícia Rodoviária Federal), bem como as providências adotadas para redução da incidência conforme previsto no **PER**;*

(b) condições de tráfego por subtrechos, atualizados diariamente e com orientações aos usuários; e

(c) estatísticas mensais de movimentação de veículos, por tipo de veículo (motocicleta, carro de passeio, caminhão e ônibus), em P1 a P11.

*14.2 A **Concessionária** deverá realizar o monitoramento permanente do tráfego – incluindo contagens volumétricas, medições e demais procedimentos estabelecidos no **PER** nos locais do **Sistema Rodoviário** necessários à:*

(i) apuração do cumprimento de suas obrigações;

(ii) verificação da obrigação de realizar obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego referida na subcláusula 10.4;

*(iii) avaliação de indicadores de ocupação da pista estipulados no **Anexo 7**;*

*(iv) verificação do nível de ocorrência de acidentes conforme os critérios do **PER** e do **Anexo 7**; e*

*(v) verificação da necessidade de executar melhorias em dispositivos de interconexão nos termos do **PER**.*

⁵ Contrato de Concessão (R-01): 14.3 Os relatórios, documentos e informações previstos nesta cláusula deverão integrar banco de dados, em base eletrônica, conforme padrão mínimo determinado pela ANTT.

14.3.1 À ANTT será assegurado o acesso irrestrito e em tempo real ao banco de dados referidos nesta subcláusula.



obrigações que dele decorrem, correspondentes à mudança na forma de disponibilização das informações, já integravam o risco atribuído contratualmente à Concessionária.

136. Conforme destacado pela ANTT anteriormente, **é natural que a forma de processamento e envio de tais informações pelos concessionários sofra modificações ao longo do prazo da concessão outorgada.** O contrato de concessão, acertadamente, não determinou um padrão tecnológico *a priori* para tal transmissão, limitando-se, como visto, a determinar apenas sua forma eletrônica, sua disponibilidade em tempo real e o respeito a padrões mínimos a serem oportuna e periodicamente informados pela ANTT.

137. Os tipos de informações requisitados para a alimentação do SIR pela ANTT giram em torno do tráfego e da ocorrência de acidentes observados na via concedida, constituindo apenas dados parciais de um conjunto de informações cuja prestação já estava prevista no âmbito do contrato de concessão celebrado em janeiro de 2014. Nesse contexto, **há de se reconhecer o SIR apenas como uma evolução tecnológica da prestação de informações referentes aos serviços executados pelas concessionárias.**

138. O segundo argumento da Réplica diz respeito ao fato de que não houve a extinção do RETOF e que o SIR ensejou a apresentação de informações novas pelas concessionárias.

139. Tais alegações são acessórias e em nada interferem no suposto incremento de custos da Concessionária na execução do contrato.

140. O que importa para o deslinde da questão é que **em momento algum a Requerente logrou demonstrar em que medida a simples apresentação de informações adicionais, bem como a padronização dessas informações, a estruturação de um banco de dados e a adoção de novos regimentos para seu envio ensejariam a necessidade de reequilíbrio.** Ao contrário do exposto pela Requerente, tais aspectos dizem respeito à forma de processamento das informações, circunstância que, por si só, não tem o efeito de comprometer a equação econômico-financeira da concessão.

141. A Requerente **não comprovou que custos extra teria incorrido com a alegada integração, visto que os referidos dados já eram encaminhados à ANTT anteriormente de**



forma impressa e devem agora ser enviados via sistema, gerando, ao contrário do alegado, economia para a Concessionária.

142. Na verdade, o ponto essencial é que o sistema foi desenvolvido pela ANTT e que os custos adicionais efetivamente incorridos e demonstrados pela Concessionária para sua operacionalização já foram reconhecidos pela agência reguladora em revisões tarifárias pretéritas. Com efeito, o impacto decorrente da implantação do SIR nas previsões de infraestrutura física e lógica nos custos para a coleta, tratamento e envio de informações das concessionárias à ANTT foi reconhecido nas revisões tarifárias pertinentes.

143. Como visto na **Resposta às Alegações Iniciais, a ANTT reconheceu que a expansão da rede física de fibra óptica, na medida necessária à implantação do SIR, representaria incremento nas obrigações da Concessionária.** Nesse sentido, ao contrário do que parece fazer crer a Requerente em sua Réplica, a disponibilização de nova estrutura para atender o SIR foi devidamente reconhecida pela ANTT.

144. Com efeito, a Agência reconheceu, na avaliação do pleito de reequilíbrio relativo ao SIR apresentado durante a 4ª RO e 8ª RE, os custos Implantação e Instalação, Operação e Conservação dos Equipamentos e Sistemas do Sistema de Informações Rodoviárias – SIR e ainda os respectivos custos administrativos, com um percentual de 6,24%, desde sua autorização para implantação e disponibilização de *link* de dados, formalizada por meio do Ofício nº 922/2018/GEFIR/SUINF (R-110), ocorrida em 20/12/2018, conforme disposto nas tabelas abaixo (extraídas do Ofício nº 922/2018/GEFIR/SUINF – R-110):

Descrição	Tipo (1)	Fluxo (2)	Total	6º Ano	7º Ano	8º Ano	9º Ano	10º Ano
Vigente	Inv	FCM	-	-	-	-	-	-
Proposta	Inv	FCM	R\$ 27.080,89	R\$ 27.080,89	-	-	-	-

(1) Tipo: COP – Custo Operacional / INV – Investimento.

(2) Fluxo: FCM – Fluxo Marginal / FTC – Fator C.

Valores a preços iniciais de maio/2012.

Descrição	Tipo (1)	Fluxo (2)	Total	6º Ano	7º Ano	8º Ano	9º Ano	10º Ano
Vigente	Cop	FCM	-	-	-	-	-	-
Proposta	Cop	FCM	R\$ 1.254.370,70	R\$ 159.647,18	R\$ 273.680,88	R\$ 273.680,88	R\$ 273.680,88	R\$ 273.680,88

(1) Tipo: COP – Custo Operacional / INV – Investimento.

(2) Fluxo: FCM – Fluxo Marginal / FTC – Fator C.

(3) 6º ano (Proporcional a 7 meses), a partir de Ago/2019

Valores a preços iniciais de Maio/2012

abela 22- Cronogramas físico-financeiros - Implantação e Instalação dos Equipamentos e Sistemas e Operação e Conservação dos Equipamentos e Sistemas (valores em R\$ data base: Maio/2012).



145. Assim, a 4ª RO e 8ª RE reestabeleceram o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, resultante de sua alteração unilateral pela inclusão de obrigações referentes ao SIR, conforme detalhado a seguir (valores em R\$ data base: Mai/2012):

-Implantação e Instalação dos Equipamentos e Sistemas:

Total=R\$ 27.080,89 (6º Ano)

-Operação e Conservação dos Equipamentos e Sistemas:

Total= R\$ 1.254.370,70 (R\$ 159.647,18 no 6º Ano e R\$ 273.680,88 do 7º ao 10º)

-Custo Administrativo - Implantação e Instalação dos Equipamentos e Sistemas:

Total=R\$ 1.689,85 (6º Ano)

-Custo Administrativo - Operação e Conservação dos Equipamentos e Sistemas:

Total= R\$ 78.272,73 (R\$ 9.961,98 no 6º Ano e R\$ 17.077,69 do 7º ao 10º)

146. Não prospera, portanto, a alegação da CONCEBRA de que o contrato esteja desequilibrado em razão da implantação do SIR, visto que a 4ª RO e a 8ª RE neutralizaram seu impacto econômico-financeiro no intervalo do 6º ao 10º ano de concessão.

147. Não obstante o reequilíbrio efetivado, com a compensação pelos gastos incorridos, **a Requerente tem se negado a encaminhar as informações de forma eletrônica, na medida em que as envia apenas em meio físico (papel). De forma contraditória, a empresa pretende convencer o TRIBUNAL de que incorreu em custos com a transformação da informação de meio físico (papel) para eletrônico (digital) quando sequer envia à Agência os dados de forma eletrônica.** Tal alegação afigura-se ainda mais contraditória quando se percebe que a Requerente já recebe as informações em mídia digital, conforme reconhecido pela própria Concessionária nos §§ 346 e 347 de sua Réplica.

148. Prosseguindo na análise, o **terceiro argumento da Réplica** sobre o ponto ora discutido diz respeito ao **período do impacto do SIR a receber cobertura tarifária**. A Requerente argumenta, em sua Réplica, que a ANTT reconheceu a cobertura tarifária para os custos com manutenção de *links* de dados pelos próximos 5 (cinco) anos, e não ao longo de 10 (dez) anos da concessão. O cerne da questão, no entanto, é que **não se pode ignorar**



a possibilidade de alterações técnicas nos próximos anos de execução dos serviços concedidos. E, nesse diapasão, não faz qualquer sentido reconhecer desde já custos eventuais e futuros para a composição tarifária da Requerente até o fim da concessão.

149. Atuando de forma prudente, a ANTT reconheceu cobertura tarifária para os custos com manutenção de *links* de dados, sem prejuízo, claro, de futuras revisões tarifárias eventualmente necessárias. O reconhecimento dos custos com a manutenção de *links* de dados pela Requerente por prazo menor do que todo o período remanescente da concessão se mostra legal, e não preclui futuro e eventual direito a pedido de revisão tarifária, caso se demonstre desequilíbrio em relação ao seu planejamento inicial. De fato, **não faz qualquer sentido impor ao Poder Público que antecipe, no momento, e com detalhes, as futuras e eventuais invenções tecnológicas a ocorrerem ao longo de aproximadamente 30 (trinta) anos de concessão.**

150. A alegação da Réplica no sentido de que o sistema SIR permanece em constante evolução, encontrando-se atualmente em sua nona versão, apenas corrobora o acerto do posicionamento adotado pela Requerida. Eventual necessidade de reequilíbrio futuro do contrato será analisada pela ANTT no momento próprio, a depender do reconhecimento da ocorrência ou não de novos custos decorrentes de inovações tecnológicas no sistema implantado.

151. Com efeito, é evidente que a Concessionária não fará o pagamento antecipado dos respectivos valores até o final do contrato. Eventuais valores antecipados pela Requerida certamente não seriam repassados aos usuários, mas sim computados como lucros para a Concessionária. A inclusão parcial dos valores, como definido pela ANTT, também busca reduzir os riscos envolvidos, considerando que **o custo para manutenção do link incontestavelmente variará significativamente ao longo dos 30 anos de concessão e, muito provavelmente, considerando a atualização da tecnologia, será reduzido.** Assim, no caso de inclusão dos valores anuais até o final do contrato neste momento, os usuários pagariam mais que o dispêndio da Requerente, que auferiria ganhos financeiros adicionais. O inverso também pode ocorrer, embora muito menos provável, no caso de aumento dos custos até o final do contrato. Nessa hipótese, o risco seria da concessionária.



152. De qualquer forma, o caminho optado pela ANTT foi pela redução do alto risco de alteração dos valores ao longo de 20 anos da concessão, em benefício do usuário do serviço concedido. **É importante ressaltar que foram reequilibrados os próximos 05 (cinco) anos e que não reequilibrar os 20 anos faltantes neste momento não prejudica em nenhuma hipótese a Concessionária.** Adotar solução contrária, na forma pretendida pela Requerente, é que teria o condão de prejudicar o usuário da rodovia e aumentar em muito o risco de alteração dos custos ao longo do tempo.

153. **Por fim, vale destacar que não encontra qualquer respaldo jurídico a pretensão da Requerente, reiterada em sua Réplica, de obter do TRIBUNAL condenação da ANTT a uma obrigação de fazer no sentido de se considerar, nas revisões ordinárias subsequentes, os custos com a mensalidade de *link* de dados.**

154. A uma, porque se trata de atribuição regulatória conferida por lei à Agência, cabendo-lhe examinar primeiramente a matéria, no momento próprio. A duas, porque a ANTT não se negou a analisar tais aspectos futuramente, não havendo, ao menos no momento, pretensão resistida quanto ao ponto. A três, porque eventual determinação nesse sentido não consideraria a competência normativa do Poder Público para alterar cláusulas referentes aos serviços concedidos para melhor atender às mudanças fáticas e tecnológicas que certamente ocorrerão ao longo do extenso prazo de concessão, presente em todo contrato administrativo.

155. Ante o exposto, a ANTT reitera a improcedência dos pedidos formulados pela Requerente também quanto ao ponto.

II.9. Aumento do Limite de Peso Bruto por Eixo (Lei nº 13.103/2015)

156. A Requerente, em sua Réplica (§§ 362 e ss) aduz, em síntese: (i) ser a matéria arbitrável, pois o que se pleiteia é o quantum indenizatório e não a metodologia da ANTT, (§365, §367, e § 375); (ii) que *“não cabe a ela suportar o ônus da decisão da ANTT de adotar uma metodologia inespecífica e de questionável utilidade”* (§ 386 da Réplica) e (iii) *“que a*



metodologia de cálculo é, sim, questão que pode ser avaliada e discutida em Arbitragem, sendo passível de ser aferida por perícia” (§ 385 da Réplica).

157. De início, **denota-se contradição na argumentação da Requerente** que ao tempo em que afirma que estaria discutindo apenas o *quantum* indenizatório decorrente do aumento do limite de peso bruto por eixo (Lei n.º 13.103/2015), a seguir aponta que a metodologia da ANTT seria inespecífica e de questionável utilidade – sem apresentar maiores argumentos em relação a essa afirmação – e, ainda, que a metodologia de cálculo seria matéria arbitrável.

158. Diante deste cenário de contradição, antes de aduzir argumentações complementares, faz-se necessário rememorar alguns fatos que envolvem essa temática.

159. É preciso que fique claro que esta Agência realizou um reequilíbrio provisório, enquanto realizava os estudos necessários para estabelecimento da metodologia definitiva, conforme se extrai da NOTA INFORMATIVA SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR (R-59):

397. Assim, o Contrato foi reequilibrado em decorrência da Lei 13.103/2015, preliminarmente com valores estimados, enquanto a ANTT não definia metodologia para o cálculo efetivo, em duas situações distintas:

a. Pelas perdas na arrecadação em decorrência do artigo 17 que isentou a cobrança de pedágio sobre eixos suspensos de veículos de carga que circulariam vazios, por meio da 2ª Revisão Extraordinária, o que é ajustado anualmente em função da perda real apurada, que culminou no impacto de +13,14% na TBP. (Nota Técnica nº 74/2015/GEROR/SUINF, de 11/06/2015), (Nota Técnica nº 75/2015/GEROR/SUINF, de 11/06/2015) (Voto DNM nº 032/2015) (RESOLUÇÃO nº 4.747, DE 11 DE JUNHO DE 2015); e

b. Pelo aumento dos custos de manutenção do pavimento em decorrência do inciso II do artigo 16 que alterou a tolerância máxima para 10% dos limites de peso por eixo de veículos de carga, o que acarretou um acréscimo por meio do Fluxo de caixa marginal, que culminou no impacto de 14,15% na TBP. (Nota Técnica nº 039/2016/GEINV/SUINF, de 18/10/2016), (Nota Técnica nº 211/2016 /GEROR/SUINF, de 25/11/2016), (Resolução nº 5.236, de 14/12/2016).



160. O iter procedimental para se alcançar os valores do reequilíbrio provisório foi detalhado na citada NOTA INFORMATIVA SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR (R-59), cujos trechos se transcreve:

“384. A análise do pleito, realizado pela Concessionária, de reequilíbrio decorrente da Lei dos Caminhoneiros, foi efetuada por meio da (Nota Técnica nº 74/2015/GEROR/SUINF, de 11/06/2015), que apresentou a análise da perda de receita em decorrência promulgação da referida Lei e concluiu “possível aceitar a perda de 8,4% da receita de pedágio, em decorrência da isenção de eixos suspensos”. 385. Importante ressaltar que as previsões de perda de receita consideradas preliminarmente no reequilíbrio econômico-financeiro são sempre revisadas, ano a ano, com base nas perdas reais da concessionária.

386. Adicionalmente, a (Nota Técnica nº 74/2015/GEROR/SUINF, de 11/06/2015) analisou uma segunda parcela de perda de perda pleiteada pela Concessionária em decorrência do art.2º, §2 do Decreto 8.433/2015, referente à perda de 3,2% no percentual de perda de receita em função de eixos suspensos de veículos parcialmente carregados e entendeu pela “aceitabilidade e razoabilidade do mérito, da metodologia e dos cálculos” preliminares do pleito.

387. Assim, por meio do (Voto DNM nº 032/2015), considerando que os dados reais de perda de receita ocorrida serão ajustados posteriormente no Contrato, para mais ou para menos, a Diretora manifestou-se por aceitar o pleito da Concessionária e considerou, preliminarmente, a perda de 11,87% da receita de pedágio.

(...)

389. Importante ressaltar que as previsões de perda de receita consideradas preliminarmente no reequilíbrio econômico-financeiro são sempre revisadas, ano a ano, com base nas perdas reais da concessionária, o que vem sendo ano a ano.

390. O referido reequilíbrio foi aprovado pela Diretoria Colegiada por meio da (RESOLUÇÃO nº 4.747, DE 11 DE JUNHO DE 2015), conforme transcrito a seguir: “Art. 2º Aprovar a 2ª Revisão Extraordinária, que altera a Tarifa Básica de Pedágio quilométrica de R\$ 0,02917 para R\$ 0,03301, referenciada a maio de 2012, para a categoria 1 de veículos, consistindo em um acréscimo na TBP de 13,14% (treze inteiros e quatorze centésimos por cento).”

391. Já a (Nota Técnica nº 039/2016/GEINV/SUINF, de 18/10/2016), parte do Processo nº 50500.366322/2016-21, que tratou da 4ª Revisão Extraordinária da TBP, apresentou análise do pleito referente aos impactos nos custos de manutenção de pavimento em função da redução de sua vida útil decorrente da promulgação da Lei, e, “no mérito, concluiu que a Concessionária faz jus ao direito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão”, propondo, desse modo a inclusão dos respectivos investimento adicionais.”

392. Com relação à inclusão dos investimentos, foi adotado, como valor preliminar, de maneira a estimar o valor objeto de reequilíbrio, o estudo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), adotando o percentual, preliminar, de 10,5% sobre o custo de manutenção do pavimento, conforma transcrito a seguir: (...)



393. Ainda na , de forma a determinar o custo adicional de manutenção, foi proposta, assim como para todas as concessões, “a utilização do Custo Médio Gerencial para manutenção do pavimento, adotando-se o ciclo de manutenção (vida útil) de 8 anos”, incluindo o valor de R\$ 590.373.069,73, de forma preliminar.

394. Observa-se ainda que esse montante corresponde aos custos adicionais desde o início da vigência da lei até o final do prazo da concessão e que, por se tratar de valor preliminar, não foi considerado, naquele momento, a taxa de remuneração de custos administrativos de 6,24%. (...)

396. Por meio da (Nota Técnica nº 211/2016/GEROR/SUINF, de 25/11/2016), foi calculado o impacto de 14,15% na TBP decorrente da inclusão dos referidos investimentos para manutenção do pavimento, alterando a TBP de R\$ 0,03175 para R\$ 0,03625 (maio/2012), o qual foi aprovado pela Diretoria Colegiada da ANTT por meio da (Resolução nº 5.236, de 14/12/2016), conforme transcrito a seguir:(...)

398. No que diz respeito ao pleito da Concessionária, solicitado em 2017, de reequilíbrio relativo ao impacto da alteração legislativa sobre os trechos secundários da rodovia, como as vias marginais, e sobre as obras de arte rodoviárias – incluindo os acessos e dispositivos, como interseções em nível e interconexões, do mesmo modo que para os custos administrativos, a ANTT entendeu que como o reequilíbrio realizado foi preliminar, não caberia, no momento, o reequilíbrio de toda a área da rodovia, conforme exposto na (Nota Técnica nº 15/2017/GEINV/SUINF), parte do Processo nº 50500.026520/2017-36.

399. Dessa forma, segundo a referida nota técnica, a área pleiteada seria considerada quando do ajuste dos valores, definitivos através de estudo técnico de engenharia específico, destacando que a mesma premissa foi adotada para calcular o valor a ser reequilibrado em todas as concessionárias de rodovias federais, de todas as etapas.

161. Após o primeiro reequilíbrio provisório, em cumprimento a decisão cautelar do Tribunal de Contas da União proferida no **Acórdão 290/2018-Plenário – TCU (R-84), alterado em sede de embargos pelo Acórdão 1.461/2018-TCU-Plenário (R-105)**, que determinou que a ANTT deveria abster-se de utilizar custos médios gerenciais do DNIT como base de cálculo, entre outras determinações, **esta Requerida retificou o montante estimado de R\$ 590.373.069,73, incluído na 4ª Revisão Extraordinária ocorrida em 2016.**

162. Assim, a ANTT, “em atendimento ao citado Acórdão (para utilização: como base de cálculo, dos valores de investimentos no pavimento constantes dos EVTEAs e com a correspondente aplicação do deságio proposto pelas Licitantes Vencedoras) **adotou, de forma provisória, a estimativa do percentual de 10,5% de aumento dos custos de**



manutenção do pavimento” (cf. § 401 da NOTA INFORMATIVA SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR (R-59).

163. A partir da aplicação da nova base de cálculos determinada pelo TCU, o novo valor provisório de reequilíbrio passou a ser de R\$ 92.239.195,72, ou seja, foi excluído o montante de R\$ 498.133.874,01 (diferença entre o montante incluído em 2016 e os novos cálculos em 2019), que impactou em (-)7,68% na TBP, alterando a TBP de R\$ 0,03685 para R\$ 0,03402.

164. O quadro abaixo sintetiza todos os reequilíbrios provisórios promovidos por esta Agência:

165. Objeto do Reequilíbrio	RE	Documento de Análise	Montante de Reequilíbrio	Impacto na TBP	Ano de Reequilíbrio
Perdas na arrecadação em decorrência do artigo 17 que isentou a cobrança de pedágio sobre eixos suspensos de veículos de carga que circularem vazios (preliminar)	2ª	(Nota Técnica n.º 74/2015/GEROR/SUINF, de 11/06/2015) (Nota Técnica n.º 75/2015/GEROR/SUINF, de 11/06/2015) (voto DNM n.º 032/2015) (RESOLUÇÃO n.º 4.747, de 11 de junho de 2015)	Adoção de percentual de perda de receita de 11,6% (revisado ano a ano com base nas perdas reais)	(+) 13,14%	2015
Aumento dos custos de manutenção do pavimento em decorrência do inciso II do artigo 16 que alterou a tolerância máxima para 105 dos limites de peso por eixo de veículos de carga	4ª	(Nota Técnica n.º 039/2016/GEINV/SUINF, de 18/10/2016), (Nota Técnica n.º 211/2016/GEROR/SUINF, de 25/11/2016, (Resolução n.º 5.236, de 14/11/2016).	(+) R\$ 590.373.069,73 (estimado)	(+) 14,15%	2016
	6ª	(Memorando n.º 825/2017/GEINV/SUINF, de 23/08/2017), (Nota Técnica n.º 167/2017/GEROF/SUINF, de 24/08/2017), (Resolução n.º 5.410, de 31/08/2017), (Ofício 0382/2017-TC/SeinfraRodoviaAviação, de 08/08/2017	(-) R\$ 498.133.874,01	(-) 7,68 %	2017

Fonte: Tabela 23 da NOTA INFORMATIVA SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR (R-59).



166. Além desses fatos, na sessão de 16 de setembro de 2020, em recentíssima decisão, o Tribunal de Contas da União, prolatou o Acórdão n.º 2.477/2020 – TCU - Plenário (R-113) confirmando as determinações anteriores, nos seguintes termos:

9.3.1. abstenha-se de promover o aumento tarifário autorizado pela Resolução ANTT 5.236/2016, alusivo à 4ª Revisão Extraordinária do contrato de concessão da BR- 060/153/262/DF/GO/MG, **mantendo, em substituição, a retificação provisória desse aumento efetivada pela Resolução ANTT 5.410/2017, até que seja promovida a sua retificação definitiva**, em cumprimento às determinações contidas no Acórdão 290/2018-TCU-Plenário aplicáveis ao aludido contrato de concessão, em especial o item 9.2.4 do referido **decisum**;

9.3.2. **abstenha-se de conceder incrementos tarifários, via fator C, com base em estimativas preliminares, promovendo a inclusão tão-somente depois que a perda de receita incorrida pela concessionária tenha sido apropriadamente quantificada**, especialmente para os contratos que não contam com previsão de aplicação de taxa de juros (rt), em afronta aos arts. 9º, § 4º, e 10 da Lei 8.987/1995;

167. Realizado esse breve panorama fático relacionado ao tema, cabe neste momento refutar as argumentações da Requerente.

168. Cabe, de início, reiterar a ausência de pretensão resistida em relação ao *quantum* indenizatório definitivo, tendo em vista que ainda não houve decisão da ANTT sobre esse tema eis que a definição da metodologia definitiva está em fase final.

169. Em relação ao atual estágio da metodologia definitiva, a NOTA INFORMATIVA SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR (R-59) assim esclareceu:

410. Com relação à metodologia que permitirá definir percentual do aumento dos custos de manutenção do pavimento sobre a base de cálculo, segundo informações da SUROD (antiga SUINF), o Relatório Final referente à pesquisa desenvolvida pela Universidade do Rio Grande do Sul, intitulada “*P1 - Definição de uma metodologia para avaliar os impactos do aumento da tolerância nas cargas por eixo nos custos de manutenção de pavimentos de rodovias concedidas*” **já foi concluído e entregue à ANTT**. No momento, **a área técnica está estudando como será aplicada essa metodologia nos reequilíbrios dos contratos de concessão, último passo para conclusão do processo**.

411. Importante mencionar também que, para aplicação da metodologia ainda é necessária a definição de alguns **dados e informações no caso concreto**, como dados de tráfego, tipo de estrutura e condição estrutural do pavimento, entre outros.



170. Considerando que a Requerida ainda não realizou o reequilíbrio definitivo, tendo sido realizado apenas o provisório, não há decisão definitiva desta Agência em relação a esse tema, não devendo tal tema ser tratado na presente arbitragem, conforme preceitua o art. 31 da Lei n.º 13.448/2017 e o art. 3º, VIII, do Decreto n.º 10.025/2019:

LEI Nº 13.448, DE 5 DE JUNHO DE 2017.

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.

DECRETO Nº 10.025, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

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.

171. Assim, considerando que a citada Lei condicionou que apenas as controvérsias que tenham sido objeto de decisão definitiva deveriam ser levadas a arbitragem, **pugna-se pela sua não apreciação pelo Tribunal Arbitral enquanto ausente a decisão definitiva.**

172. Subsidiariamente, caso esse Tribunal Arbitral se julgue competente para apreciar a matéria, requer que seja adotada **a metodologia definida por essa Agência**, e não a escolhida pela concessionária. Por consequência o *quantum* indenizatório deve ser aquele obtido a partir da aplicação da metodologia definida pela Requerida.

173. O fato de a concessionária ter contratado a mesma Universidade para calcular eventual desequilíbrio não significa que está sendo adotada a mesma metodologia validada pela ANTT, até mesmo porque, repise-se, a ANTT ainda não tomou decisão relacionada à metodologia definitiva a ser aplicada ao presente caso, tampouco quais *“inputs”* serão considerados. Ademais, a própria Requerente reconhece que no seu estudo realizado pelo LAPAV são utilizados *“inputs”* distintos (vide § 366 e 367 da Réplica). **É evidente não se pode comparar os resultados obtidos se são utilizados “inputs” distintos.**



174. Por fim, o fato da ANTT estabelecer uma metodologia a ser aplicada a todas as concessionárias não significa que tal metodologia desprezará as especificidades de cada uma das rodovias concedidas, tendo em vista a partir dos *inputs* selecionados a ANTT irá realizar cálculo próprio para cada concessão utilizando os dados relacionados a cada uma delas individualmente. Assim, descabida qualquer alegação no sentido de que adotar uma metodologia única despreza as especificidades de cada concessão. Não é demais lembrar que a Requerida tem por dever constitucional observar o princípio da isonomia, de maneira que não se mostra razoável estabelecer uma metodologia própria para cada uma das concessões em vigor.

175. Diante do exposto, pugna-se (i) pela improcedência do pedido da Requerente e (ii) que seja reconhecida a prerrogativa da **ANTT** de desenvolver e aplicar sua própria metodologia, a partir dos estudos conduzidos junto à **UFRS** devendo o cálculo do reequilíbrio definitivo adotar as premissas e os dados estabelecidos pela ANTT.

II.10. Instrução Normativa RFB nº 1.731/2017

176. A Requerente sustenta em sua Réplica que teria ocorrido desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato de concessão em decorrência das exigências trazidas pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1731/2017.

177. No que se refere ao pedido em questão, cabe reiterar o quanto exposto na Resposta às Alegações Iniciais.

178. Ressalta-se, porém, que em 06/07/2020, a Gerência de Engenharia e Meio Ambiente de Rodovias, por meio do OFÍCIO SEI Nº 12505/2020/GEENG/SUROD/DIR-ANTT (R-112), solicitou a apresentação de documentação para a continuação da análise dos custos decorrentes da Instrução Normativa RFB nº 1.768/2017, e com isso possibilitar o reequilíbrio do Contrato de Concessão.



179. Entretanto, a Requerente ficou-se inerte na apresentação da documentação exigida pela Requerida, demonstrando o desinteresse na resolução administrativa.

180. Ante tais considerações, a ANTT pugna pela improcedência do pedido também em relação ao ponto.

II.11. Elevação da Alíquota da CIDE Combustíveis

181. Em relação ao suposto desequilíbrio gerado pela alteração que majorou as alíquotas da **Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE** sobre combustíveis, a Requerente voltou a repisar em sua Réplica os argumentos apresentados nas alegações iniciais.

182. A Requerente fundamentou seu pleito de reequilíbrio econômico-financeiro no disposto no § 3º do artigo 9º, da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a seguir transcrito:

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

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

183. A Requerente, ao analisar o citado dispositivo, entendeu que *“a norma em questão é bastante ampla ao assegurar o reequilíbrio econômico-financeiro para a alteração de quaisquer tributos, independentemente da forma como afetam a concessão”*.

184. No entanto, ao proceder dessa forma, ignorou parte essencial do dispositivo, qual seja, a necessária comprovação do impacto da criação, alteração ou extinção do tributo ou encargo legal sobre o equilíbrio da concessão. Nesse sentido, a Requerente não foi capaz



de demonstrar o impacto gerado pela majoração da alíquota da CIDE sobre combustíveis na atividade objeto de concessão.

185. Como visto, o contrato de concessão (R-01) celebrado com a Requerente teve como objeto a outorga da *“exploração da infraestrutura e da prestação de serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço”* de trechos de rodovias federais, como visto em sua cláusula 2.1.

186. Evidente, portanto, que a Concessionária não tem como atividade principal a utilização de veículos. Com efeito, a operação de veículos pela Requerente para a prestação de socorro aos usuários da rodovia, bem como para a realização de atividades acessórias ou secundárias em relação ao objeto da concessão, é um dos custos decorrentes da execução do contrato, mas não seu custo ou atividade principal.

187. Ademais, como já demonstrado na resposta às alegações iniciais, a ANTT rejeitou o pleito de reequilíbrio, sob o fundamento de que o IPCA já captaria de forma adequada a variação do preço dos combustíveis observada em decorrência do aumento da CIDE.

188. Nesse sentido, veja-se novamente o trecho relevante do Ofício n. 087/2016/GEROR/SUINF (R-22), documento que comunicou a posição da área técnica da Agência sobre o impacto da majoração da CIDE na equação econômico-financeira da concessão:

“11. Com relação ao pleito da concessionária, cabe afirmar que a incidência da Cide na gasolina e no 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.”

189. Em sua Réplica, a Requerente alegou que o IPCA não capta de forma adequada os impactos da majoração da CIDE nos custos da exploração da rodovia, dada a diversidade do propósito do índice em questão.

190. Em sua argumentação, a Concessionária quer levar a crer que a ANTT comparou o impacto da variação dos preços dos combustíveis no orçamento das famílias com o impacto nos custos da Requerente, mas não foi o que ocorreu.

191. Com efeito, o que a ANTT disse, como visto acima, foi que o IPCA é o índice utilizado para a atualização monetária da tarifa do pedágio e que a segunda maior participação em sua composição (com peso de 20,54%) é precisamente a variação do preço dos combustíveis no Brasil. Desse modo, o que a área técnica da ANTT ressaltou no trecho acima transcrito foi que a variação dos preços dos combustíveis em decorrência da alteração da alíquota da CIDE já haveria sido satisfatoriamente captada pelo IPCA, não havendo que se falar em desequilíbrio adicional causado à concessão.

192. Assim, compreendida a questão quanto ao indeferimento do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, passamos à análise do argumento seguinte. Aqui, a Requerente tenta induzir o Tribunal Arbitral em erro ao alegar a ausência de boa-fé argumentativa da agência reguladora em razão da afirmação de que a PF-ANTT não se posicionou no sentido de não ser a CIDE tributo.

193. Com efeito, como já frisado na Resposta às Alegações Iniciais, no decorrer do processo relativo à 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, a PF/ANTT foi provocada em processo *alheio ao pedido da ora Requerente* (como de fato admitido por esta última no § 781 de suas Alegações), produzindo, em resposta à indagação da área técnica da Agência, o Parecer nº 00573/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (R-21).



194. Ocorre que o citado parecer não foi aprovado em sua totalidade. Portanto, reflete o posicionamento institucional da PF/ANTT apenas nos limites de sua aprovação, conforme já explicitado anteriormente. Nesse sentido, abaixo transcreve-se na íntegra o DESPACHO n. 04485/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (fl. 21 do doc. R-21), que aprovou com ressalvas o citado parecer.

DESPACHO n. 04485/2017/PF-ANTT/PGF/AGU

NUP: 50500.140373/2017-14

INTERESSADOS: CONCESSÕES DA 3ª ETAPA - FASES I E III

ASSUNTOS: CONCESSÃO / PERMISSÃO / AUTORIZAÇÃO

Sr. Procurador-Geral,

1. Manifesto concordância com o **PARECER n. 00573/2017/PF-ANTT/PGF/AGU**.

2. Cabe, todavia, ressaltar que as contribuições sociais (PIS e CONFINS), bem como as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE-Combustíveis) têm sim natureza tributária, conforme bem sintetiza o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

"Prescrição e decadência tributárias. Matérias reservadas a lei complementar. Disciplina no Código Tributário Nacional. **Natureza tributária das contribuições para a seguridade social.** Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991 e do parágrafo único do art. 5º do DL 1.569/1977. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/1969) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. Disciplina prevista no Código Tributário Nacional. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. Natureza tributária das contribuições. **As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição.** Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. Recurso extraordinário não provido. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do DL 1.569/1977, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. Modulação dos efeitos da decisão. Segurança jurídica. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento." (RE 556.664 e RE 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento



em 12-6-2008, Plenário, DJE de 14-11-2008, com repercussão geral.) No mesmo sentido: RE 505.771-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, DJE de 13-3-2009; RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12-6-2008, Plenário, DJE de 5-12-2008, com repercussão geral; RE 559.943, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento em 12-6-2008, Plenário, DJE de 26-9-2008, com repercussão geral. Vide: RE 543.997-AgR, voto da Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-6-2010, Segunda Turma, DJE de 6-8-2010.

3. De todo modo, tais considerações não interferem na conclusão do parecer jurídico em relação ao qual se manifesta concordância.

4. À consideração superior.

Brasília, 24 de março de 2017.

(assinado eletronicamente)
PAULO ROBERTO MAGALHÃES DE CASTRO WANDERLEY
Procurador Federal
Coordenador-Geral de Matéria Finalística - PF/ANTT

-
1. Aprovo o **PARECER n. 00573/2017/PF-ANTT/PGF/AGU**, com a ressalva acima.
 2. Encaminhe-se ao Gabinete do Diretor-Geral.

(assinado eletronicamente)
MÁRCIO LUÍS GALINDO
Procurador Federal
Procurador-Geral - PF/ANTT

195. Logo, pode-se afirmar que a PF/ANTT **não** afirmou que a CIDE não seria tributo. Ao contrário, atestou cabalmente que as contribuições sociais (PIS e CONFINS), bem como as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) **têm** natureza tributária.

196. Dessa forma, a leitura da integralidade da manifestação da PF/ANTT demonstra que nunca houve posição institucional afirmando não ser a CIDE tributo, como pretende fazer crer a Requerente. Ademais, a natureza jurídica da CIDE jamais foi alegada pela ANTT para fundamentar decisões sobre o pleito de reequilíbrio formulado pela Requerente, diversamente do que afirmando em suas alegações iniciais e, de forma surpreendente, ratificado em sua Réplica.



197. Por fim, resta apenas demonstrar o equívoco dos argumentos da Requerente quanto à preclusão da matéria no âmbito de processos administrativos.

198. Tal como já salientado, a Concessionária não demonstrou que a alteração da alíquota da CIDE em 2015 se configurou como evento de desequilíbrio da concessão, nem que seus eventuais efeitos não haveriam sido devidamente neutralizados pela aplicação do índice de reajuste contratual já em 2016. Nada obstante, a Requerente não cessou de alegar sua inconformidade com a decisão de mérito proferida de forma expressa pela autoridade administrativa máxima para conhecer da matéria, qual seja, a Diretoria Colegiada da ANTT.

199. Sucede, contudo, que em momento algum de sua irresignação permanente a Concessionária trouxe argumentos novos para infirmar à decisão de última instância proferida, preferindo ora repisar razões já rejeitadas, ora apelar a protestos vazios, em comportamento nitidamente contrário aos ditames da razoável duração do processo administrativo e da segurança jurídica.

200. Ao contrário do que argumenta a Requerente, a Requerida em nenhum momento afirmou que a ocorrência de coisa julgada administrativa impediria a apreciação da matéria pelo Tribunal Arbitral ou pelo Poder Judiciário. Ressaltou, sim, que a reapreciação da matéria no âmbito administrativo estava vedada, apesar da insistência desarrazoada incessante da Concessionária.

201. De fato, o que se verifica e é admitido pela Requerente é a ausência de qualquer fato distinto dos já apreciados em seu pleito em 2016. Não tendo se desincumbido em 2016 de demonstrar o impacto que justificaria o acolhimento do pedido de reequilíbrio econômico financeiro, não indicou em 2017, 2018 ou 2019 novo argumento, mas procurou simplesmente rediscutir matéria já decidida em 2016, numa atitude completamente desprovida de fundamento jurídico.

202. Desse modo, é fácil compreender que a suposta “omissão” da ANTT em examinar (pela segunda, terceira e mesmo quarta vez) a questão já decidida em 2016 não se mostra



ilegal ou arbitrária, como insinua a Requerente em suas alegações iniciais e Réplica, mas antes uma necessidade decorrente do imperativo de segurança jurídica.

203. Assim, ainda que a Requerente haja tentado levar o Tribunal a erro ao afirmar que a PF/ANTT haveria argumentado pela ocorrência de preclusão do seu direito à recomposição tarifária, facilmente se percebe a ocorrência de verdadeira coisa julgada administrativa quanto à decisão sobre o pleito de recomposição em decorrência da variação da alíquota da CIDE, ocorrida com a prolação da decisão irrecorrível da Diretoria Colegiada da ANTT no âmbito da 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária ainda em 2016.

204. Por conseguinte, compreendidos os fatos e examinados os argumentos da Requerente, **torna-se evidente a improcedência do pleito de reconhecimento de desequilíbrio da concessão em decorrência da variação da alíquota da CIDE promovida pelo Decreto n. 8.395, de 2015.**

II.12. Atraso do Licenciamento Ambiental

205. A Requerente, em sua Réplica, retomou os argumentos já apresentados em suas Alegações Iniciais a respeito do atraso no licenciamento ambiental, sendo relevante destacar: **(i)** inexistência de antecipação do cronograma de obras, mas preparação necessária para execução de acordo com o cronograma previsto no PER (§ 436 da Réplica), **(ii)** não inclusão das Frentes de Manutenção e de Conservação no seu cálculo, pois a primeira ocorreria apenas em período posterior ao 5º ano e a segunda representaria custo operacional (§441), **(iii)** indissociabilidade das obras da Frente de Recuperação com as obras da Frente de Duplicação (§ 442 e 443) e **(iv)** ausência de benefício decorrente do atraso no licenciamento ambiental, não se aplicando o dever de mitigar seu próprio prejuízo (§444 a 447).

206. Antes de rechaçar o pontos ventilados, cabe mais uma vez apontar para esse Tribunal que esta Agência considerou que *“após a conclusão da duplicação do trecho com*



liberação ambiental (76,40 km) a Concessionária teve que **desmobilizar os recursos humanos, bem como todos os equipamentos utilizados na execução da obra**, uma vez que o mobilizado não poderia ser utilizado para a continuidade das obras, pois a Licença de Instalação ainda não tinha sido emitida” (vide Nota Técnica nº 10/2018/GEINV/SUINF - R-24).

207. Esses custos de desmobilização relacionados aos 76,40 km foram reequilibrados no valor de R\$ 1.301.572,14 (um milhão, trezentos e um mil, quinhentos e setenta e dois reais e quatorze centavos), a preços iniciais, no 2º ano de concessão, calculado de acordo com o CUSTO MÉDIO GERENCIAL DO DNIT – MAIO/2015, acrescido do valor de R\$ 81.218,10 relacionado a remuneração dos custos administrativos na taxa de remuneração de 6,24% conforme estabelece a Resolução n.º 3.651/2011 (R-89).

208. O detalhamento dos valores obtidos utilizando-se o CUSTO MÉDIO GERENCIAL DO DNIT – MAIO/2015 (doc. R-75 – pág. 33) encontram-se no quadro abaixo:

CUSTO MÉDIO GERENCIAL DO DNIT – MAIO/2015	
DESCRIÇÃO	VALOR MÉDIO
DUPLICAÇÃO+RESTAURAÇÃO	R\$ 6.673.000,00/Km
RESTAURAÇÃO	- R\$ 1.034.000,00/Km
DUPLICAÇÃO	R\$ 5.639.000,00/km
VALOR A SER REEQUILIBRADO – MOBILIZAÇÃO/DESMOBILIZAÇÃO	
DESCRIÇÃO	VALOR
PREÇO VENDA- DUPLICAÇÃO PV = R\$ 5.639.000/Km x 76,40km	R\$ 430.819.600,00
CUSTO DIRETO – DUPLICAÇÃO (BDI/DNIT = 34,32%) CD = PV/(1+BDI)	R\$ 320.741.215,01
MOBILIZAÇÃO/DESMOBILIZAÇÃO (PORTARIA N.º 247/2014 = 0,50%) MOB/DESMOB = 0,50% x CD	R\$ 1.603.706,08
ÍNDICE DE REAJUSTAMENTO TARIFÁRIO (ABR/15)	1.23213
MOBILIZAÇÃO/DESMOBILIZAÇÃO	R\$ 1.301.572,14



209. No que se refere à remuneração pelos custos administrativos do detalhamento dos valores obtidos encontram-se no quadro abaixo (doc. R-75 – pág. 34):

CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO				
MOBILIZAÇÃO/DESMOBILIZAÇÃO E INSTALAÇÃO DE CANTEIRO – CUSTO ADMINISTRATIVO				
DESCRIÇÃO	TIPO ⁽¹⁾	FLUXO ⁽²⁾	TOTAL	2º ANO
Vigente	COP	FCM	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Proposta	COP	FCM	R\$ 81,218,10	R\$ 21,218,10

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

⁽²⁾ Fluxo: FCM – Fluxo Marginal/FTC – Fatos C

Valores a preços iniciais de maio/2012

210. No que se refere aos eventuais valores relacionados à **desinstalação do canteiro de obras** construído para a duplicação do trecho com liberação ambiental (76,40 km) estão **não foram objeto de reequilíbrio, uma vez que se trata de obra que está prevista originalmente no PER cujo custo já se encontra inserido**. E, em relação a estes, não houve qualquer pleito da Requerente, uma vez que seu pedido se limita aos custos de desmobilização, sendo, portanto, incontroverso a ausência de direito a reequilíbrio por custos incorridos relacionados a desinstalação do canteiro de obras.

211. Firme nessas premissas, na **Resposta as Alegações Iniciais** foram estabelecidas os seguintes pontos incontroversos:

386. Estabelecida a forma como a questão foi estruturada pelo contrato e pelo teor das Alegações Iniciais, cabe observar ser incontroverso os seguintes pontos:

1º) Estavam disponíveis para execução de Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias 76,40 km, dentro do prazo estabelecido no contrato;

2º) Houve reconhecimento administrativo de atraso no licenciamento, em relação ao restante necessário para cumprimento da meta do ano 1;

3º) Em decorrência do atraso, houve readequação dos prazos para cumprimento das metas anuais;

4º) Em decorrência do atraso, houve reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pelos custos adicionais compatíveis com as obras a serem executadas no trecho liberado de 76,40km;



5º) O valor desse reequilíbrio foi de R\$ 1.301.572,14 (um milhão, trezentos e um mil, quinhentos e setenta e dois reais e quatorze centavos), a título de desmobilização, e de R\$ 81.218,10 (oitenta e um mil, duzentos e dezoito reais e dez centavos), a título de custos administrativos.

387. A divergência reside no valor do reequilíbrio. A Requerente alega que os prejuízos sofridos com o atraso das licenças ambientais foram superiores àqueles calculados pela ANTT, uma vez que sua mobilização foi bem superior àquela considerada, na medida em que já teria se mobilizado não somente para a execução das obras dos 74,6 km já liberados, mas para o cumprimento de toda a meta do ano 1 e ano 2. Por consequência, seus custos de desmobilização teriam sido superiores aos considerados.

388. Essa alegação não pode prosperar, uma vez que não houve demonstração dessa mobilização extraordinária, ao tempo dos pleitos administrativos.

212. Cabe ainda acrescentar que a Requerente, no § 441 de sua Réplica, alega expressamente que o atraso na licença ambiental não afetou as Frentes de Manutenção e de Conservação, razão pela qual também se tornou incontroverso que não havia qualquer impedimento para realização dessas obras, sendo incabível direito a reequilíbrio no que se refere a tais obrigações.

213. Devidamente delimitados quais aspectos permanecem controversos, cabe, neste momento, aprofundar a tese de defesa desta Requerida em relação a esses pontos.

II.12.1. Da antecipação do cronograma de obras sem previa anuência da ANTT

214. A Requerente defende que se *“não tivesse realizado a mobilização de mão obra e materiais da forma como realizou, não lograria realizar as obras no prazo exigido contratualmente”* (§ 438 da Réplica). E ainda, aduz, sem qualquer comprovação documental, que esta Requerida teria anuído com o planejamento da Requerente (§ 439 da Réplica).

215. Por certo, não houve e nem deveria haver qualquer validação ou aprovação da ANTT para implantação de canteiros de obras da Requerente uma vez que o planejamento de obras se trata de matéria inerente a sua administração interna no exercício da sua gestão empresarial.



216. Conforme amplamente defendido por esta Requerida em sua Resposta às Alegações Iniciais (§389 e ss), a antecipação do cronograma de obras previstas no PER depende de anuência expressa desta Agência, o que não ocorreu.

217. Por mais que a Requerente entenda que não se trata de antecipação de cronograma das obras do PER, não parece crível realizar mobilização em grau superior e totalmente em descompasso com as metas contratuais estabelecidas no PER sem que a condição *sine qua non* para início das obrigações relacionadas à **Frente de Ampliação de Capacidade** estivesse implementada: data da expedição da Licença de Instalação (vide item 3.2.1 do PER).

218. Ademais, é no mínimo estranho que a Requerente, antes mesmo de ter recebido a transferência da licença ambiental do Poder Concedente antecipasse a mobilização de obras dos anos seguintes. Nesse sentido, constou da Nota técnica SEI nº 377/2019/GEFOR/SUINF/DI (R-88):

Assim, verifica-se que não seria necessário a Concessionária mobilizar uma estrutura nos dois anos iniciais do contrato igual à estrutura da época do pico de obras (Ano 3 da meta 4º ano de concessão, conforme premissas contratuais).

219. Tal argumento causa estranheza não apenas à Requerida, mas, também à SeinfraRodoviaAviação do Tribunal de Contas da União que, na manifestação de 30 de agosto de 2018, citada no Acórdão TCU n.º 2.237/2019 – Plenário (R-104) assim se pronunciou:

18. Em atendimento a esse comando, a SeinfraRodoviaAviação lavrou o seguinte parecer (peça 81):

“EXAME TÉCNICO

(...)

Argumento nº 3: Atraso na concessão das licenças ambientais

(...)

35. Cabe destacar, assim, **que o dispêndio de recursos pela empresa, com a montagem de canteiro de obras mesmo sem a posse das licenças ambientais, e mesmo sem ter conseguido os financiamentos necessários, revela um ato de imprudência, por parte da concessionária.** Por fim, destaca-se que os custos relacionados à execução das obras e serviços são explicitamente



alocados ao concessionário, como indicado nos itens 21.1.6 e 21.1.7 do contrato de concessão.

(grifos nossos)

220. Nesse sentido, além da Requerente não ter se desincumbido de comprovar que houve anuência da autoridade competente no âmbito da ANTT para antecipação do cronograma de obras, tampouco parece plausível o dispêndio de recursos com a montagem de canteiros de obras mesmo sem a posse da licença.

II.12.2. Da dissociabilidade entre as obras da FRENTE DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE E MANUTENÇÃO DE NÍVEL DE SERVIÇO e da FRENTE DE RECUPERAÇÃO

221. No §392 da **Resposta às Alegações Iniciais** esta Requerida defendeu que “os atrasos no licenciamento impactaram **em apenas uma parcela da execução das obras, a saber as obras da Frente de Ampliação de Capacidade**”, não havendo qualquer impacto na realização das Frentes de Recuperação, Manutenção e Conservação.

222. Nesse sentido, cabe destacar trechos da NOTA INFORMATIVA SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR (R-59):

298. Segundo a (Nota técnica nº 10/2018/GEINV/SUINF), parte do processo nº 50500.155743/2018-91, oriunda da 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária, “**por meio do Ofício nº 922/2016/GEINV/SUINF, de 30/08/2016, a GEINV informou a Concessionária sobre a data de 29/04/2016 a ser considerada para início da contagem do prazo previsto para cumprimento das metas anuais estabelecidas no item 3.2.1 do PER, conforme orientação do Ofício nº 290/2016/GEINV/SUINF, de 10/03/2016**” (grifo nosso).

299. A referida Nota Técnica ainda esclarece que, “**conforme o Ofício nº 1246/2016/GEINV/SUINF, de 07/12/2016, apesar de haver trechos bloqueados pelo IBAMA para a execução das obras de duplicação, tais segmentos são pontuais ao longo de todo o trecho rodoviário e não impede o atingimento da meta de duplicação para o Ano 1.**”

300. A transferência formal da titularidade da licença a Concessionária ocorreu em 29/04/2016 e não pode ser utilizada como impedimento ao início das obras, como tenta alegar erroneamente a concessionária. A SUINF/GEINV por meio do (Ofício nº 922/2016/GEINV/SUINF), *foi objetiva ao esclarecer à CONCEBRA sobre a data de 29/04/2016 a ser considerada para início da contagem do prazo previsto para cumprimento das metas anuais estabelecidas no item 3.2.1 do PER.*



223. Em relação as Frentes de Manutenção e Conservação, conforme apontado anteriormente, a Requerente reconhece expressamente a ausência de direito ao reequilíbrio. Todavia, em relação à Frente de Recuperação tenta sem argumentos sólidos estabelecer um vínculo indissociável entre essas duas frentes. Totalmente improcedente a alegação da Requerente, o PER é claro ao estabelecer o momento em que tais frentes devem ser iniciadas, vejamos:

3.1 FRENTE DE RECUPERAÇÃO E MANUTENÇÃO

A Frente de Recuperação e Manutenção engloba as fases de Recuperação e Manutenção da Rodovia, conforme exposto abaixo.

RECUPERAÇÃO

- **Objeto:** conjunto de obras e serviços de recuperação do trecho concedido, imprescindíveis à operação do Sistema Rodoviário e aquelas de cunho estrutural nos pavimentos e melhorias funcionais e operacionais nos demais elementos do Sistema Rodoviário.
- **Período:** inicia-se a partir da data de assunção do Sistema Rodoviário e estende-se até o final do prazo máximo assinalado para atendimento de cada Parâmetro de Desempenho. As obrigações a serem atendidas em até 12 (doze) meses consideram-se integrantes dos Trabalhos Iniciais, para os efeitos do Contrato e dos Escopos abaixo especificados.

3.2 FRENTE DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE E MANUTENÇÃO DE NÍVEL DE SERVIÇO

3.2.1 Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias

- **Objeto:** conjunto de obras e serviços de duplicação da Rodovia, implantação de vias marginais, viadutos e passagens inferiores, trevos em nível, correções de traçado, passarelas e melhorias em acessos, implantação de barreiras divisórias de pistas e implantação de pórticos, observados os Parâmetros Técnicos.
- **Período:** inicia-se a partir da data de expedição da Licença de Instalação e deve ser concluída em até 48 (quarenta e oito) meses, salvo as exceções expressamente indicadas abaixo.

224. Ora, se a **Frente de Recuperação** tem como marco inicial a data de assunção do Sistema Rodoviário e a **Frente de Ampliação de Capacidade** tem como marco a data da expedição da Licença de Instalação, é evidente que tais obrigações não são indissociáveis,



não havendo qualquer plausibilidade em se incluir no direito a reequilíbrio que teve fato gerador o atraso de licenciamento ambiental, obrigações previstas no PER que não foram afetadas por esse atraso.

225. Não bastasse isso, a realização dos serviços de recuperação simultaneamente com a duplicação em um mesmo trecho é tecnicamente inviável, visto a necessidade de tráfego em ao menos uma das pistas (pista antiga ou pista nova) durante a realização de um dos dois tipos de serviço.

226. Cabe ainda registrar que a Concessionária não executou qualquer recuperação da pista antiga, mesmo nos locais onde houve a implantação de duplicação, o que reforça ser improcedente a argumentação da imprescindibilidade de tais serviços serem simultâneos.

227. Não há, portanto, qualquer nexo de causalidade entre o atraso da licença ambiental para parte das obras da **Frente de Ampliação de Capacidade** e eventual direito de reequilíbrio englobar os custos relacionados as obras da **Frente de Recuperação**.

228. Dito isto, a Requerida pugna pela improcedência do pedido da Requerente, uma vez que não há qualquer direito a reequilíbrio relacionada as obras da **Frente de Recuperação**.

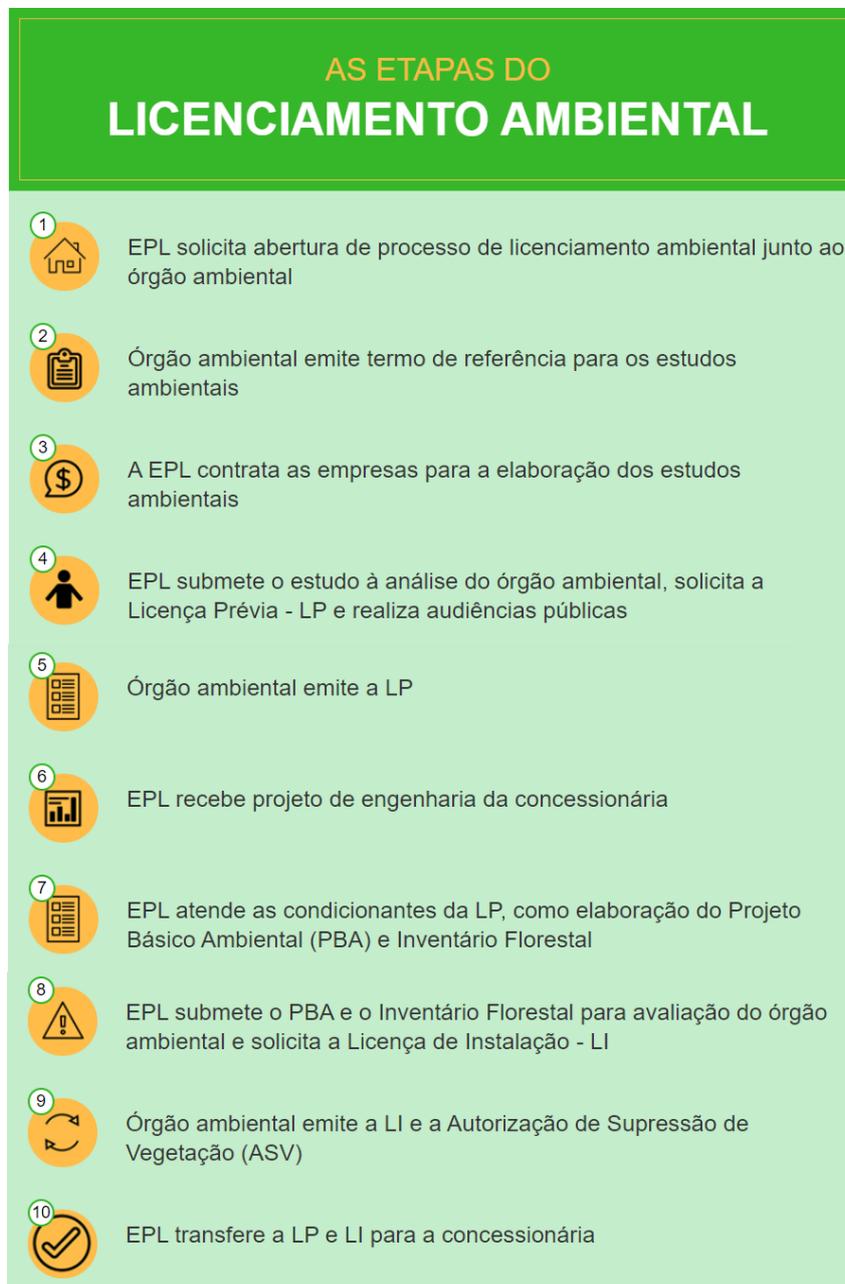
II.12.3. Da incidência do dever de mitigar o próprio prejuízo

229. O último aspecto relacionado à temática do atraso no licenciamento ambiental diz respeito a incidência do dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*).

230. Embora a Requerente alegue no § 454 de sua Réplica que possuía expectativa legítima a respeito da transferência das licenças ambientais nos prazos contratuais, tal assertiva não merece guarida na medida que o processo de licenciamento ambiental envolve a participação da direta da Requerente.



231. A esse respeito colaciona-se abaixo, as etapas do licenciamento ambiental a cargo da EPL⁶:



232. Observa-se que, após a emissão da Licença Prévia (LP) pelo órgão ambiental (passo 5), a EPL recebe o projeto de engenharia da concessionária (passo 6), atende as

⁶ Extraído do sítio eletrônico <https://www.epl.gov.br/licenciamento-ambiental6>.



condicionantes da LP (passo 7), submete o projeto básico ambiental (PBA) e o inventário florestal para avaliação do órgão ambiental e solicita a Licença de Instalação (LI).

233. No caso da Requerente, **em 05.03.2015, data em que deveria ter sido transferida a Licença de Instalação ainda não tinha disso emitida a Licença Prévia**. O que só veio a ocorrer em 31.05.2015, data de emissão da Licença Prévia n.º 505/2015.

234. Ainda que por suposição a Requerente não estivesse acompanhando o processo de licenciamento ambiental, certo é que, somente após a licença prévia é que a EPL deveria ter solicitado à Requerente o encaminhamento do projeto de engenharia. **E se tal fato não tinha ocorrido, não deveria haver expectativa legítima por parte da Requerente de que o prazo de 12 (doze) meses da data de assunção do sistema rodoviário seria cumprido.**

235. A Licença de Instalação foi emitida pelo IBAMA em 04.11.2015 e transferida à Requerente em 29.04.2016. **A data de 29.04.2016 foi, portanto, considerada para início da contagem do prazo previsto para cumprimento das metas anuais estabelecidas no item 3.2.1 do PER.**

236. Ora, se a Requerente era conhecedora de que havia atrasado do Poder Concedente na transferência da Licença de Instalação e que tal data era o marco de início do dever de realizar as obras de ampliação de capacidade e melhorias, **o ato da Requerente de mobilizar além do necessário para realização das obras previstas para o primeiro ano que possuíam licença ambiental em razão do enquadramento no art. 8º, inciso III da Portaria nº 288/MT/MMA, mas, inclusive para os anos seguintes, se deu por sua conta e risco e em total contradição com o dever de mitigar os danos.**

237. Nesse sentido, Cristiano Zanetti assim leciona:

Os pressupostos necessários à caracterização do chamado "dever de mitigar o dano" são os seguintes:(i) inexecução contratual; (ii) existência de um dano imputável à parte inadimplente; e (iii) possibilidade de o credor conter a repercussão desse dano, se agir de acordo com diligência ordinária (...)

Tanto os direitos filiados ao common law como aqueles fundados na tradição romanística coincidem em conferir importância ao comportamento do credor para definir a extensão do dano ressarcível.



Em particular, todos os ordenamentos consultados convergem na afirmação de que o credor não pode ser indenizado pelos prejuízos cuja ocorrência poderia ter contido, se tivesse tomado as providências passíveis de se exigir de uma pessoa minimamente diligente.

(ZANETTI, Cristiano. A mitigação do dano e alocação da responsabilidade. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 35, p. 28-36, 2013.)

238. Por certo, se o *dies a quo* para início da **Frente de Ampliação de Capacidade** era a data de transferência da Licença de Instalação para a Requerente, e este fato ainda não tinha ocorrido não havia qualquer razoabilidade na mobilização nos moldes realizados pela Requerente a atrair a responsabilidade da Requerida.

239. Ainda que não se discuta que a responsabilidade pela obtenção da licença ambiental era de competência do Poder Concedente, é inegável que em diversos momentos há participação direta da Requerente neste processo, sendo inconteste a sua ciência sobre o atraso. Assim, se de fato houve uma mobilização na magnitude pleiteada pela Requerente, em total descompasso com o cronograma de obras, e não foi expressamente deferida por esta Agência qualquer antecipação no cronograma de obras, tal ato decorre de exclusiva estratégia do negócio da Requerente e se deu por sua conta e risco. Em outras palavras, se ela – por conta própria - agravou o seu dano ao realizar mobilização em total incompatibilidade com os trechos que já possuía licenciamento ambiental não cabe pleitear reequilíbrio além do que já foi concedido por esta Requerida.

II.12.4. Síntese

240. Em síntese, a ANTT requer a este Tribunal que julgue improcedente o pleito da Requerida na medida em que o contrato foi devidamente reequilibrado em razão do atraso da licença ambiental de competência do Poder Concedente.

241. Subsidiariamente, na hipótese deste Tribunal entender que o contrato de concessão deve ser reequilibrado, pugna-se que seja adotado para cálculo do valores relacionados a desmobilização dos **recursos humanos e equipamentos deve ser adotado** o percentual do valor da obra definido na Portaria SUINF nº 247/2014, observado o Custo



Médio Gerencial do DNIT e em relação aos custos administrativos estes devem observar a taxa de remuneração de 6,24% conforme estabelece a Resolução n.º 3.651/2011 (R-89).

II.13. Intervenções emergenciais e adequações de obras de responsabilidade do DNIT

242. No que se refere ao pleito de reequilíbrio em decorrência de intervenções emergenciais e adequações de obras originalmente sob responsabilidade do **DNIT**, a Requerente alega um desequilíbrio econômico-financeiro, impondo-lhe custos não previstos.

243. No entanto, como já explicado na Resposta às Alegações Iniciais, a inclusão de obras extra PER obedece a procedimentos anteriores à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, incluindo a **necessidade de previa elaboração de projeto a ser avaliado pela Agência e que servirá de base para precificação do valor a ser reequilibrado, se for o caso.**

244. Importante ressaltar que, tanto o contrato de concessão (22.7) quanto as Resoluções da ANTT, disciplinam a necessidade de prévia elaboração do projeto e parâmetros a serem utilizados pela concessionária para elaboração do orçamento pertinente à obra a ser reequilibrada.

245. Especialmente, a Resolução ANTT nº 3.651, de 07 de abril de 2011 (R-89) disciplina a metodologia pormenorizada a ser utilizada para a elaboração do orçamento de novas obras e serviços, no caso o **Sistema de Custos Rodoviários – SICRO**.

246. Ocorre que houve inércia da Requerida em promover os ajustes no projeto, os quais foram evidenciados pela área técnica responsável e não sanados pela Requerida, conforme se demonstra no **Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00** (R-90), principalmente na elaboração do orçamento.



247. Instada a se manifestar a Requerida demonstrou desinteresse em resolver administrativamente em razão da instauração da presente arbitragem, conforme se depreende da **Carta CNB-DIR 07606.2020 (R-92)**.

248. No que tange ao pedido de reequilíbrio das adequações necessárias para recebimento do trecho, não parece fazer sentido a referida inclusão, uma vez que a própria Requerida solicitou a devolução consensual da concessão, por meio da relicitação. Mesmo porque, a concessionária afirmou que não tem mais capacidade de executar a referida obra e apenas executará custos operacionais.

249. Portanto, o que impede eventual direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é justamente a inércia da **Requerente** em promover os ajustes cabíveis no projeto executivo, mormente na orçamentação das obras.

II.14. Inexecução dos Contratos CREMA

250. No que concerne ao pleito de reequilíbrio pela execução de obras e serviços que a Requerente teria realizado para correção de problemas no pavimento dos trechos objeto de Contratos CREMA do DNIT, a Requerente em sua Réplica reitera argumentação anterior, destacando que assumiu a premissa de que na data de assunção da concessão as atividades de recuperação do rodovia estariam concluídas (§481) e que *"os vícios no pavimento que causaram o desequilíbrio narrado eram absolutamente imperceptíveis aos licitantes durante o processo licitatório"* (§480).

251. Em relação a premissa adotada e ao suposto vício oculto no pavimento a afirmação da Requerente desconsidera alguns aspectos fundamentais:

252. Primeiro, se omite em contestar as regras contratuais que expressamente atribuem à concessionária a obrigação de manutenção do trecho, mas também a sua restauração e adequação, caso necessário ao atingimento dos parâmetros de desempenho previstos contratualmente (vide item II.10.1 da Resposta as Alegações Iniciais). Nesse sentido, o PER também prevê a obrigação da Concessionária pela recuperação e



manutenção do sistema rodoviário concedido, incluindo os trechos que foram objeto de CREMA do DNIT.

253. Segundo, não se pode olvidar que as licitantes eram responsáveis pela verificação das condições funcionais e estruturais da infraestrutura do sistema rodoviário, previamente a sua participação no Leilão. Veja o que o Contrato de Concessão (R-01) e Edital (R-37/R52) trazem a respeito do tema:

CONTRATO DE CONCESSÃO DO EDITAL Nº 004/2013:

“11 Declarações

11.1 A Concessionária declara que obteve, por si ou por terceiros, todas as informações necessárias para o cumprimento de suas obrigações contratuais.

11.2 A Concessionária não será de qualquer maneira liberada de suas obrigações contratuais, tampouco terá direito a ser indenizada pelo Poder Concedente, em razão de qualquer informação incorreta ou insuficiente, seja obtida por meio da ANTT, da União ou qualquer outra fonte, reconhecendo que era sua a incumbência de fazer seus próprios levantamentos para verificar a adequação e a precisão de qualquer informação que lhe foi fornecida. “

(Grifo nosso)

EDITAL DE CONCESSÃO Nº 004/2013

“2 Aquisição e Consulta ao Edital e Acesso às Informações

(...)

2.3 A obtenção do Edital não será condição para participação no Leilão, sendo imprescindível para tanto o conhecimento e aceitação, pela Proponente, de todos os seus termos e condições.

2.4 As Proponentes são responsáveis pela análise direta das condições dos Sistemas Rodoviários e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão.

2.4.1 As informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados, relacionados ao Sistema Rodoviário e à sua exploração, disponibilizados pela ANTT, foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação da Concessão, não apresentando, perante as potenciais Proponentes, qualquer caráter vinculativo ou qualquer efeito do ponto de vista da responsabilidade do Poder Concedente perante as Proponentes ou perante a futura Concessionária.

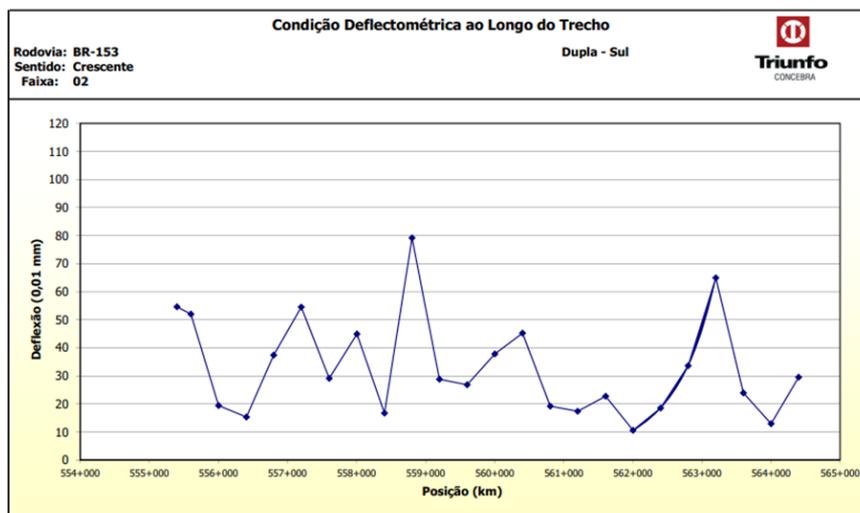
2.5. Os interessados são responsáveis pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis ao Leilão e à Concessão, **bem como pela análise direta das condições dos Sistemas Rodoviários e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão.**”

(Grifo nosso)

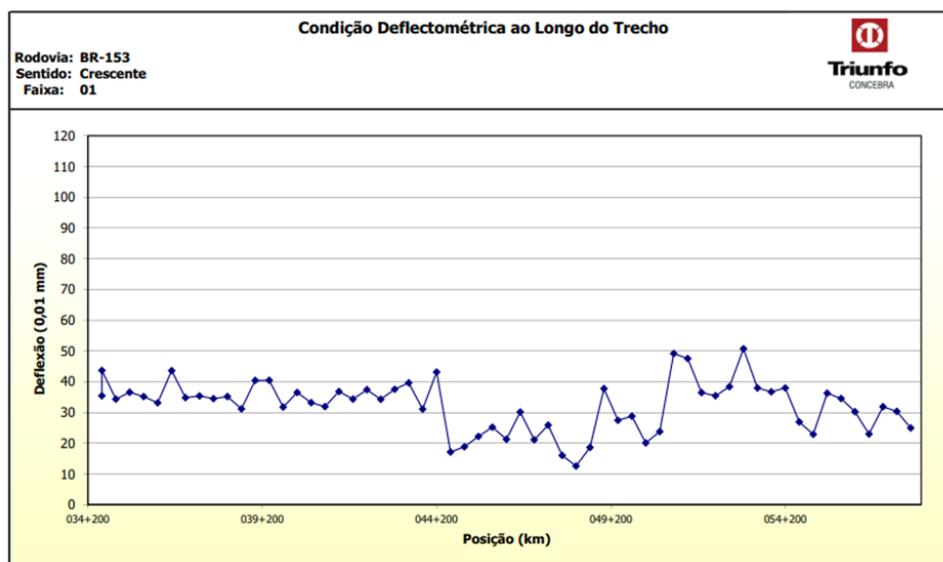


254. Terceiro, de acordo com o cadastro inicial dos 3 (três) meses apresentado pela Concessionária, na maior parte dos trechos, o FWD (falling weight deflectometer)⁷ encontrava-se, abaixo de 50 x 0,01 mm (parâmetro este exigido para o 5º ano de concessão):

TRECHO GOIANO DA BR-153



TRECHO MINEIRO



⁷ O FWD é usado no controle da capacidade de suporte das camadas do pavimento desde a sua construção, o que vem sendo cada vez mais usado no país com muitas vantagens (Soares et al., 2000). E, em termos leigos, permite uma avaliação estrutural mais adequada de cada segmento.



255. Em termos leigos, isso significa que na análise inicial da Requerente após assunção do sistema rodoviário, a exceção de alguns trechos pontuais, a estrutura do pavimento estava muito boa no início da concessão e, se houve uma deterioração, foi pela não execução dos serviços de recuperação necessários.

256. Quarto, ainda que se ultrapasse a responsabilidade da Requerente em se verificar as condições funcionais e estruturais da infraestrutura do sistema rodoviário, no EVTEA, disponível no site http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/2336/Lote_5.html é possível verificar a existência de quantitativos de serviços de pavimento para as fases de Trabalhos Iniciais (1º ano) e Recuperação (2º ano ao 5º ano) para o trecho compreendido entre os kms 108,1 e 246,7 da BR-153/MG, bem como para o segmento entre os kms km 555, 2 ao km 611,2 da BR-153/GO (Vide § 525 e ss da Nota Informativa SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR – Doc. R-59).

257. Logo, apesar de não vinculativo, havia no EVTEA um montante financeiro previsto para realização dos serviços de recuperação de pavimento para os trechos localizados entre o km 108,1 e o km 246,7 da BR-153/MG e o km 555, 2 e o km 611,2 da BR-153/GO.527.

258. Quinto, os supostos vícios apresentados pela Requerente não se configuram como vícios ocultos, conforme se extrai da Nota Informativa SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR – Doc. R-59):

- i. os defeitos trazidos pela Concessionária são defeitos comuns de pavimento flexíveis em países com clima tropical;
- ii. os serviços realizados pelo Contrato CREMA são inferiores aos parâmetros previstos no Contrato de Concessão e tão pouco foi previsto, em Contrato, qualquer garantia de qualidade de execução das obras, como por exemplo, vida de serviço;
- iii. os ensaios realizados em 2015, apresentados nas alegações iniciais, deveriam ter sido realizados à época da licitação para que a CONCEBRA pudesse precificar tais riscos;



iv. Tais inconformidades não são incomuns ou impossíveis de serem previstas ou precificadas, muito pelo contrário, são bastante comuns mesmo em projetos executados de acordo com as normas vigentes.

259. Por todas essas razões, **não há como caracterizar as referidas intercorrências como vício oculto, obstando-se por completo a invocação da subcláusula 21.2.12**, conforme tenta a Concessionária.

260. Assim, deve incidir as regras contratuais previstas na subcláusula 21.1.24 e 10.5.4 e 10.5.5, *verbis*:

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

21.1.24 defeitos em obras realizadas pelo **Poder Concedente**, após o recebimento destas obras pela **Concessionária**, exceto quanto aos aspectos expressamente indicados pela **Concessionária** nos termos da cláusula 10.5, não sendo considerados defeitos eventual desatendimento aos **Parâmetros de Desempenho**.

10.5 Obras executadas pelo Poder Concedente

10.5.1 A execução das obras de responsabilidade do **Poder Concedente** serão transferidas à **Concessionária**, juntamente com os demais bens integrantes do respectivo subtrecho, após sua conclusão total ou parcial.



- 10.5.4** Quando da transferência total ou parcial das obras de que trata a subcláusula 10.5.1, à **Concessionária**, esta terá 30 (trinta) dias para encaminhar à **ANTT** documento de recebimento provisório, onde deverão ser apontadas:
- (i) Todas as inconsistências entre a obra e seu projeto;
 - (ii) Todas as inconsistências observadas em relação ao atendimento dos seguintes **Parâmetros de Desempenho**:
 - (a) Irregularidade longitudinal máxima exigida no item 3.1.1 do **PER** para o 60º (sexagésimo) mês da **Concessão**.
 - (b) Deflexão característica (Dc) exigida no item 3.1.1 do **PER** para o 60º (sexagésimo) mês da **Concessão**.
- 10.5.5** Observado o prazo definido na subcláusula 10.5.4, caso não verifique as inconsistências indicadas na mesma subcláusula, a **Concessionária** encaminhará à **ANTT** documento de recebimento definitivo das obras de que trata a subcláusula 10.5.1, condição para transferência dos bens à **Concessionária**.
- (i) O documento de recebimento definitivo deverá conter também a relação dos **Parâmetros de Desempenho** previstos no **PER** não atendidos pelas obras de que trata a subcláusula 10.5.1 (a exceção dos **Parâmetros de Desempenho** previstos na subcláusula 10.5.4 e na **Frente de Serviços Operacionais** do **PER**), assim como o orçamento dos serviços necessários a sua adequação.

261. Em suma, considerando que a Requerente não logrou apresentar a esse juízo arbitral qualquer elemento que maculasse a decisão tomada pela Diretoria Colegiada por meio da **Resolução nº 5.363/2017, de 23/06/2017**, relativa a **2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, que fundamentada na análise constantes das Notas Técnicas nº 15/2017/GEINV/SUINF, de 22/03/2017 (R-73) e nº 25/2017/GEINV/SUINF, de 18/05/2017 (R-75)**, analisou e indeferiu o citado pleito, a ANTT requer a este Tribunal que julgue improcedente o pedido.



II.15. Aplicação do Fator Q

262. A **Requerente** insistiu em sua Réplica na afirmação de que a ANTT haveria se equivocado quanto à aplicação do Fator Q no processo de revisão tarifária, apontando dois supostos erros, a saber: (i) identificação do termo inicial para o cálculo do índice de acidentes – IA, componente da fórmula do Fator Q; e (ii) uso apenas de veículos pagantes no cálculo do volume médio diário anual da rodovia (VDMA).

263. Como se demonstrará a seguir, suas alegações não procedem.

264. Como já dito em manifestações anteriores, o Fator Q tem em sua fórmula um componente referencial, pois simula e incentiva a competição entre as concessionárias de rodovias federais. Isso se dá basicamente porque o número de acidentes com vítimas é comparado entre as diversas concessionárias federais da mesma etapa do PROCROFE, de modo a recompensar aquelas cuja boa execução dos serviços tenha resultado em diminuição do número de sinistros observados. Assim sendo, para se ter parâmetros válidos de comparação, é preciso que o número de acidentes observados nos trechos explorados pelas diferentes concessionárias haja sido colhido no mesmo período.

265. Assim, a uniformização do termo inicial do índice de acidentes para todas as concessionárias em 1º de janeiro de 2016, distintamente do que pretende fazer crer a Requerente, apenas instituiu uma simplificação para o cálculo do indicador do nível de acidentes com vítimas nas rodovias (IA), de modo a preservar seu caráter necessariamente anual, tal como exigido no contrato de concessão.

266. Nesse passo, tomar como termo inicial do cálculo de acidentes a data de início de cobrança de pedágio de cada concessionária prejudicaria a finalidade regulatória do Fator Q, dada a acentuada heterogeneidade temporal das operações a serem comparadas. Da mesma forma, não seria possível iniciar *“a averiguação pela comparação com as concessionárias já operantes e prosseguir à realização quando da entrada em operação das demais”*, como sugerido pela Requerente.



267. Isso porque, caso adotada a metodologia proposta pela Requerente, não se teria um parâmetro válido de comparação, eis que o número de acidentes entre as concessionárias haveria sido colhido em um intervalo temporal distinto. Ademais, não seria observado o caráter anual de aferição do IA, tal como exigido pelo contrato de concessão.

268. Nesse sentido, percebe-se que a medida promovida pela ANTT foi uma mera simplificação metodológica feita para preservar a função comparativa inerente ao Fator Q, sob pena de torná-lo inútil ou necessariamente falho.

269. Por fim, deve-se ressaltar que a unificação dos termos iniciais para aferição dos acidentes nas rodovias não ocasionou prejuízo à Requerente, como alegado na Réplica. De fato, mas palavras da Concessionária, a solução apresentada pela ANTT *“não soluciona a questão do período ignorado pela agência entre 27 de junho e 31 de dezembro de 2015, que deveria ter marcado o início da contagem para os índices implicados no cálculo do Fator Q.”*

270. No entanto, essa afirmação não procede. Ao contrário, deve-se reiterar que, uma vez calculado o Fator Q de forma a garantir a comparabilidade dos resultados entre todas as concessionárias da 3ª etapa do PROCROFE, referido índice foi aplicado tendo em conta o início da cobrança de pedágio pela Requerente, conforme determinado contratualmente. Logo, não houve nenhum período ignorado pela Agência.

271. No que toca ao questionamento sobre o cálculo do VDMA, melhor razão não assiste à Requerente.

272. Ao contrário do afirmado em Réplica, a leitura do contrato de concessão e do PER não indica que o conceito por trás dos componentes do VDMA e VDMA-equivalente seja o de tráfego passante, e não de tráfego pagante.

273. Com efeito, como já dito na resposta às alegações iniciais, a fórmula trazida pelo Anexo 7 do contrato de concessão não especificou o tipo de tráfego a ser utilizado na obtenção do IA, se pagante ou passante. Ademais, o contrato de concessão e o PER referiam-se a um conceito diferente daquele trazido na fórmula do Fator Q.



274. Não obstante, a partir de uma interpretação teleológica do indicador, a ANTT entendeu que o uso apenas de veículos pagantes pela rodovia refletiria uma escolha mais acertada, uma vez que consideraria dados mais confiáveis, na medida em que o registro dos veículos pagantes está sujeito a um controle mais rígido pelas concessionárias.

275. Evidente, portanto, que se buscou a opção regulatória mais eficaz e condizente com as finalidades do instituto, não sendo possível falar em equívoco ou infração contratual da ANTT no cálculo do VDMA com o uso de dados referentes apenas ao fluxo de veículos pagantes, mas, antes, uma escolha técnico-regulatória necessária em decorrência da inespecificidade da fórmula prevista no Anexo 7 do contrato de concessão.

276. Desse modo, também neste ponto se demonstra a falta de fundamento da Requerente em seu pleito específico, razão pela qual se requer seu indeferimento.

III – REQUERIMENTOS FINAIS

277. Diante do exposto, requer a **ANTT** sejam julgados improcedentes os pedidos formulados, bem como a condenação da Requerente nos custos da presente arbitragem, incluídos honorários advocatícios, nos termos do art. 81 do Código de Processo Civil.

Brasília, 23 de setembro de 2020.

PAULO ROBERTO MAGALHÃES DE CASTRO WANDERLEY
Procurador Federal

MILTON CARVALHO GOMES
Procurador Federal

KALIANE WILMA CAVALCANTI DE LIRA
Procuradora Federal

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO
Advogada da União



IV – LISTA DE DOCUMENTOS

Índice de documentos juntados pela Requerida ANTT	
Número	Descrição
Petições anteriores	
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
Petição de 31.01.2020 acerca da revogação das liminares	
R-06	Petição inicial da ação cautelar
R-07	Decisão liminar proferida na ação cautelar
R-08	Decisão terminativa proferida na ação cautelar
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 Concebra de desistência do recurso
R-15 (R-44)	Decisão do árbitro de emergência - Procedimento de Árbitro de Emergência CCI nº 23238/GSS (AE)
R-16 (R-73)	Nota Técnica nº 15/2017/GEINV/SUINF
R-17 (R-75)	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 10/2018/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
R-29	-----
Petição de 06.05.2020 acerca da Ordem Processual n.º 02	
R-30	Despacho CIPRO
R-31	Carta 3192399 ABCR Ct.48 2020 SUINF orientação fiscalização
R-32	Ofício SEI ANTT n. 3193684
R-33	E-mail COINFMG de resposta à CONCEBRA
R-34	Ofício Circular SEI nº 489/2020/SUINF/DIR-ANTT



Petição de 10.06.2020	
R-35	Correspondência eletrônica do ordenador de despesas da ANTT
Manifestação sobre OP 04	
R-36	Nota Informativa SEI Nº 241/2020/NAM/DG/DIR
R-37 (R-52)	EDITAL DE CONCESSÃO Nº 004/2013: Concessão para exploração das rodovias BR-060, BR-153 e BR-262/DF/GO/MG
R-38	Nota nº 318/2013/STN/SEAE/MF
R-39	Nota BNDES AST/DECRO nº 031/2020
R-40	Nota Técnica nº 75/2015/GEROR/SUINF
R-41	Instrução Técnica constante do TC 039.581/2019-5
R-42	Aprovação da Instrução Técnica no TC 039.581/2019-5
R-43	Decisão do Min. Augusto Nardes no TC 039.581/2019-5
R-44 (R-15)	Decisão do árbitro Giovane Ettore Nanni - Procedimento de Árbitro de Emergência CCI nº 23238/GSS (AE)
R-45	Ofício SEI nº 2600/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT
R-46	Carta CNB DIR 0535/2019
R-47	Nota Técnica SEI nº 1827/2019/GEFIR/SUINF/DIR
R-48	Nota Técnica SEI nº 2275/2019/GEREF/SUINF/DIR
R-49	Parecer Nº 166/2020/GEFIR/SUINF/DIR
R-50	Deliberação nº 306, de 30 de junho de 2020
R-51	Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2
Resposta às Alegações Iniciais	
R-52 (R-37)	EDITAL DE CONCESSÃO Nº 004/2013: Concessão para exploração das rodovias BR-060, BR-153 e BR-262/DF/GO/MG
R-53	Acórdão nº 2.644/2019-TCU-Plenário
R-54	Ordem Processual n.º 5 - PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 64/2019/SEC7
R-55	Matéria VALOR - Concessões vão exigir reequilíbrio de caixa
R-56	Dissertação Rangel (2017)
R-57	Contrato de Concessão celebrado com ECOSUL
R-58	Parecer 01751/2016 - Reequilíbrio ECOSUL insumos asfálticos
R-59	Nota Informativa SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR
R-60	Carta nº CNB/DIR/0999/2015
R-61	Ofício nº 450/2015/GEPRO/SUINF, de 20/07/2015
R-62	Carta - protocolo nº 50500.382317/2015-85
R-63	Carta - protocolo nº 50500.226158/2016-11
R-64	Carta - protocolo nº 50500.396282/2015-6
R-65	Parecer Técnico nº 55/2016/GEINV/SUINF
R-66	Memorando nº 608/2016/GEINV/SUINF
R-67	Memorando nº 707/2016/GEINV/SUINF
R-68	Deliberação nº 180, de 07/07/2016
R-69	Parecer Técnico nº 1423/2016/GEPRO/SUINF
R-70	Parecer Técnico nº 266/2017/GEPRO/SUINF
R-71	Memorando nº 04/2017/DG/ANTT
R-72	Instrução Técnica do TC 036.417/2016-5
R-73 (R-16)	Nota Técnica nº 15/2017/GEINV/SUINF
R-74	Deliberação nº 627, de 04/06/2019



R-75 (R-17)	Nota Técnica nº 25/2017/GEINV/SUINF
R-76	Resolução ANTT nº 5.142, de 15/07/2016
R-77	Parecer nº 01875/2017/PF-ANTT/PGF/AGU
R-78	Parecer nº 01341/2016/PF-ANTT/PGF/AGU
R-79	Acórdão nº 2.934/2019-TCU-Plenário
R-80	Parecer Técnico nº 204/2018/GEPRO/SUINF
R-81	Portaria SUINF nº 256/2016
R-82	Portaria SUINF nº 257/2016
R-83	Acórdão nº 2.185/2017-TCU-Plenário
R-84	Acórdão 290/2018-TCU-Plenário
R-85	Proposta de Projeto de Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT
R-86	Resolução ANTT nº 1.187, de 09 de novembro de 2005
R-87	Deliberação n. 628/2018
R-88	Nota técnica SEI nº 377/2019/GEFOR/SUINF/DI
R-89	Resolução ANTT nº 3.651, de 07 de abril de 2011
R-90	Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00
R-91	Ofício nº OF-0092.2020-GEENG-SUINF-R00
R-92	Carta CNB-DIR 0760.2020
Petição de 28.08.2020 – Requerimento de juntada de documento	
R-93	Nota AMC-DEREC 053-2020 -CONCEBRA -Resposta JUCON-ANTT (complemento)
Petição de 11.09.2020 – Requerimento de juntada de documento	
R-94	Slides utilizados pela Requerida na audiência de 09.09.2020
Tréplica	
R-95	Acórdão nº 1.604/2015-TCU-Plenário
R-96	Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU – não aprovado
R-97	Portaria AGU nº 1.399/2009
R-98	Portaria AGU nº 316/2010
R-99	Petrobrás – Fato relevante de 25 de outubro de 2013
R-100	Petrobrás –Fato relevante de 30 de outubro de 2013
R-101	Petrobrás – Fato relevante de 29 de novembro de 2013
R-102	Parecer n.º 00134/2015/PFE/DNIT/PGF/AGU
R-103	Instrução de Serviço/DG n.º 2 de 03.03.2015.
R-104	Acórdão n.º 2.237/2019-TCU-Plenário
R-105	Acórdão n.º 1.461/2018-TCU-Plenário
R-106	Sentença Parcial - Procedimento Arbitral 23433/GSS/PFF
R-107	Ofício- Circular n.º 001/2018/DG/ANTT - Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais
R-108	Petição da Concebra para inclusão da União na Ação Civil Pública n. 1001854-57.2018.4.01.3802
R-109	TC n.º 036.417/2016-5 – Parecer do Ministério Público junto ao TCU
R-110	Ofício nº 922/2018/GEFIR/SUINF
R-111	Ofício n.º 158/2018/GEFIR/SUINF
R-112	Ofício SEI Nº 12505/2020/GEENG/SUROD/DIR-ANTT
R - 113	Acórdão n.º 2.477/2020-TCU-Plenário