



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

Procedimento Arbitral nº 23433/GSS

RESPOSTA AO REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM

Brasília, 09 de maio de 2018

Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S.A. (Requerente)

X

Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e União (Requeridas)



Brasília, 09 de maio de 2018

Procedimento Arbitral nº 23433/GSS

Requerente: Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S.A.

Requerida: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT

Sr. Conselheiro Gustavo Scheffer da Silveira,

Sra. Conselheira Adjunta Patrícia Figueiredo Ferraz

Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio

Por correio eletrônico: ica10@iccwbo.org

Prezados Conselheiros,

A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, Requerida no procedimento arbitral em epígrafe, em face da Carta ICC de 2 de março de 2018, **recebida em 8 de março de 2018, conforme anexo**, à vista do prazo de resposta concedido por meio da Carta ICC de 10 de abril de 2018, vem apresentar sua resposta à demanda, na forma do art. 5º do Regulamento de Arbitragem da CCI.

MANIFESTAÇÃO QUANTO À INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM E RECONVENÇÃO

1. Inicialmente, a ANTT destaca que concorda, com a instituição da arbitragem, nos estritos termos pactuados no compromisso arbitral firmado entre as partes (cláusula 37 do Contrato de Concessão). Isso porque embora a requerente lance questionamentos sobre a legalidade da declaração de caducidade da concessão, o faz apenas buscando indenização em razão dos supostos prejuízos patrimoniais que teria sofrido, não formulando pleito de nulidade do ato administrativo em si. Nesse sentido, entendemos que os questionamentos versam simplesmente sobre direitos patrimoniais disponíveis, não violando a regra do art. 1º, §1º da Lei 9.307/96.



2. A ANTT refuta veementemente todos os pedidos lançados no Requerimento de Arbitragem, e pretende demonstrar sua improcedência ao longo do procedimento arbitral, nos termos do Regulamento.

3. Por outro lado, a ANTT não pretende deduzir Reconvenção, já que suas pretensões se limitam à manutenção de seus atos administrativos, na apuração das infrações administrativas e aplicação das devidas penalidades em razão do descumprimento do contrato de concessão pela requerente.

RESUMO DA LIDE

4. Trata-se de requerimento de instauração de procedimento arbitral formulado pela Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S.A., contra a ANTT e a União, com fundamento na cláusula 37 do Contrato de Concessão referente ao Edital 01/2014, relativo à Rodovia Federal BR-1531TOIGO: trecho de 624,8 km da rodovia BR-153, entre o entroncamento da BR-060 em Anápolis, no estado de Goiás, e o entroncamento com a TO-070 (Oeste) em Aliança do Tocantins.

5. Sustenta a requerente que “a arbitragem deverá se voltar as ilegalidades perpetradas pela ANTT ao julgar o processo administrativo de caducidade e os consequentes danos causados a Concessionária”, formulando, assim, os seguintes pleitos:

- a. **Primeiro**, a declaração da inexistência de descumprimento contratual por parte da Concessionária, reconhecendo-se que a declaração da caducidade do Contrato de Concessão se deu de maneira indevida, em afronta ao que dispõe o artigo 38, §1º, III, da Lei 8.987/95 e na cláusula 32.2 do contrato;
- b. **Segundo**, pelas mesmas razões, o reconhecimento da inexistência das infrações que ensejaram a aplicação de multas administrativas;
- c. **Terceiro**, A condenação da Requerida ao pagamento de indenização à Concessionária, em valor final a ser arbitrado neste procedimento, pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, conforme previsto no Contrato de Concessão, na Lei 8.987/95, nas normas contábeis e regulamentos da ANTT sobre a matéria, devidamente atualizado.

6. Destaco que a Requerente em nenhum momento nega a efetiva ocorrência dos descumprimentos contratuais, limitando-se a argumentar, tanto neste procedimento arbitral quanto em suas defesas no processo administrativo que resultou na caducidade, que esse descumprimento



ocorreu em razão de fatos não atribuíveis à concessionária, mas a caso fortuito/força maior, sustentando que esses riscos estão contratualmente alocados ao Poder Público. Considerando os pedidos formulados, bem como os fundamentos apresentados para sustentá-los, a resposta da ANTT abordará os seguintes pontos:

- Apresentação do contexto fático no qual se insere o presente requerimento de arbitragem, demonstrando as razões que deram causa à declaração de caducidade do contrato de concessão firmado entre a ANTT e a requerente;
- Breves apontamentos sobre o procedimento que resultou na declaração de caducidade do contrato de concessão, demonstrando que a concessionária usufruiu de todas as oportunidades de defesa, tendo todos os seus argumentos apreciados não apenas pela ANTT, mas também pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil – MTPA e pelo Presidente da República;
- Algumas considerações destacando a extensão e gravidade dos descumprimentos contratuais, demonstrando que são absolutamente incompatíveis com as razões apontadas pela requerente para esse descumprimento – especialmente considerando que, no mesmo contexto econômico, outras concessionárias apresentaram performance diversa;
- Análise das regras contratuais sobre a alocação de riscos e a impossibilidade de enquadramento do risco de financiamento como risco extraordinário – a obtenção de financiamento é elemento facultativo do contrato de concessão, não essencial, razão pela qual sua não obtenção em nada afeta as obrigações contidas no ajuste;
- A impossibilidade de questionamento, na presente arbitragem, de atos praticados pelo BNDES, pela suposta negativa de concessão do financiamento – o BNDES é parte estranha nessa arbitragem, devendo a requerente direcionar contra aquela instituição suas demandas próprias, caso deseje, em processo específico.

CONTEXTO FÁTICO NO QUAL SE INSERE O PRESENTE REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM

7. A ANTT firmou, em 12/09/2014, o contrato de concessão da BR-153/TO/GO, Trecho BR-153/TO/GO Entroncamento BR-060/GO (Anápolis-GO) - Entroncamento TO-070 (Aliança do Tocantins - TO), com extensão de 624,8 km. A Concessão foi iniciada em 31/10/2014, com prazo de 30 anos, e teve como objeto a exploração da infraestrutura e a prestação de serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço do Sistema Rodoviário, no prazo e nas condições estabelecidos no Contrato e no Programa de Exploração da Rodovia - PER e segundo os Escopos, Parâmetros de Desempenho e Técnicos mínimos, estabelecidos no referido Programa.



8. Ante a notícia da existência de infrações contratuais graves, a Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT, responsável pela regulação e fiscalização do Contrato, instaurou o Processo Administrativo Ordinário nº 50500.215568/2016-36, com fundamento no art. 38 da Lei nº 8.987/1995, mediante o qual, oportunizados o contraditório e a ampla defesa, iniciou-se a apuração das irregularidades no cumprimento da concessão, por parte da Concessionária, tais como: a) falta de condições econômicas para manter a adequada prestação do serviço; b) não atendimento, por período superior ao dobro do estabelecido no contrato, dos requisitos para atingir as condições mínimas de conforto e segurança aos usuários e, c) não regularização de todos os apontamentos nos prazos concedidos.

9. O Relatório Final da Comissão Processante foi entregue em 04/04/2017. Nele constatou-se as irregularidades e imputou-se a responsabilidade à Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A, sugerindo, ao fim, a decretação da caducidade da concessão, ante o descumprimento de disposições legais e de cláusulas do Contrato de Concessão.

10. A Diretoria Colegiada da ANTT emitiu a Deliberação nº 138, de 23/06/2017, publicada em 26/06/2017, acolhendo as sugestões da Comissão Processante e encaminhou o processo à União para a decretação de caducidade da concessão da Rodovia BR-153/GO/TO, sob responsabilidade da Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A;

11. No encaminhamento do processo ao Presidente da República, para a edição do decreto de caducidade da concessão, os descumprimentos contratuais foram sintetizados nos seguintes pontos:

- a. Projetos: não apresentou os projetos executivos;
- b. Duplicação: não foram concluídos quaisquer trechos de obras de duplicação previstas no Programa de Exploração da Rodovia (PER);
- c. Cobrança de pedágio: não foi iniciada a cobrança de pedágio, pois não foram atendidas as condicionantes estabelecidas no Contrato de Concessão;
- d. Obras e Serviços: não foram implantadas as obras de ampliação da capacidade e melhorias e não foram atendidos os parâmetros de desempenho mínimos dos serviços de trabalhos iniciais;
- e. Garantia de Execução do Contrato: não foi mantida a garantia de execução do contrato;
- f. Prestação de Informações - Monitoração e Relatórios do PER: não foram realizadas as monitorações e relatórios;
- g. Verba de Fiscalização: não foram efetuados os pagamentos dos valores referentes à verba de fiscalização;
- h. Segurança no Trânsito: não foram realizadas as ações referentes à segurança no trânsito;
- i. Recursos de Desenvolvimento Tecnológico: não foram realizadas as ações referentes ao desenvolvimento tecnológico;



- j. Planejamentos Anuais do PER: não foram entregues os planejamentos anuais;
 - k. Plano de Gestão Ambiental e Plano de Gestão Social: não se implantou o sistema de gestão ambiental e social;
 - l. Fibra Óptica: não foi implantada a fibra óptica;
 - m. Monitoração e Relatórios: não foram atendidos os prazos dos serviços de monitoração e elaboração de relatórios, previstos no PER;
 - n. Sistema de Gestão da Qualidade: não implantou o sistema de gestão da qualidade.
12. A caducidade da concessão foi decretada por Decreto do Presidente da República:

DECRETO DE 15 DE AGOSTO DE 2017

Declara a caducidade da concessão de titularidade da Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. - BR - 153 / GO / TO.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de acordo com o que consta do Processo nº 50500.215568/2016-36 da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e

Considerando a recomendação do Relatório Final, apresentado pela Comissão Processante, de propor a decretação de caducidade da concessão, tendo em vista a imputação de responsabilidade à Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. - BR-153/GO/TO pelo descumprimento de disposições legais e de cláusulas do contrato de concessão, devidamente aprovada pela Deliberação nº 138, de 23 de junho de 2017, da Diretoria Colegiada da ANTT, publicada no Diário Oficial da União de 26 de junho de 2017, Seção 1, página 90;

DECRETA:

Art. 1º Fica declarada a caducidade da concessão de titularidade da Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. - BR-153/GO/TO por inexecução contratual por parte da referida Concessionária, nos termos do [§ 4º do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#).

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 15 de agosto de 2017; 196º da Independência e 129º da República.



MICHEL TEMER

Mauricio Quintella

DA PROCEDIMENTO QUE RESULTOU NA CADUCIDADE DA CONCESSÃO

13. O processo administrativo 50500.215568/2016-36 foi inaugurado pela **Deliberação nº 138, de 16 de maio de 2016, da Diretoria Colegiada da ANTT** (fl. 02)¹, que instaurou processo ordinário para, com base no Parecer Técnico nº 058/2016/COINF-URMG/SUINF, apurar as infrações cometidas pela Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S.A., fundamentada na Lei nº 8.987/1995, no item 20, IV, do Contrato de Concessão, e também no art. 25 da então vigente Resolução ANTT nº 442/2003. Para dirigir o procedimento, foram designados os servidores Fernando de Freitas Bezerra, Alessandro Reichert e Geraldo Rodrigues da Silva Júnior, respectivamente, Presidente, Relator e Secretário, e ficou estabelecido o prazo de 120 (cento e vinte) dias para conclusão dos trabalhos, admitida a prorrogação por igual período, em caso de justificada necessidade.

14. Além de apurar os inadimplementos contratuais atribuídos à Concessionária, incumbiu-se aquela Comissão também de promover o cálculo de eventual indenização, de acordo com o § 4º do Art. 38, da Lei nº 8.987/1995, nos mesmos prazos estabelecidos. Como primeiras medidas, a Comissão instalada (fls. 07/08) impôs caráter sigiloso a todo o procedimento; notificou a Concessionária processada (fls. 18/23) da instauração do procedimento, conferindo-lhe prazo de trinta dias para apresentar sua defesa e indicar as provas que pretendesse produzir, e enviou à concessionária cópia digitalizada de todo o processo que antecedeu estes autos (fls. 09/10).

15. Às fls. 179/201, a Concessionária apresentou então sua **DEFESA** (acompanhada de uma série de documentos juntados às fls. 202/372) argumentando, em síntese, que a continuidade da concessão seria a alternativa que mais promoveria o interesse público; que penderiam discussões no âmbito do Ministério Público Federal com vistas à celebração de Termo de Ajustamento de Conduta para viabilizar a continuidade da concessão, o que importaria na perda do objeto da discussão ali tratada; requereu concessão de prazo para que pudesse corrigir as novas infrações que lhe foram imputadas; **defendeu que a não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES seria típico evento de caso fortuito ou força maior causados pela súbita deterioração da situação macroeconômica do Brasil e do extraordinário fechamento do mercado de crédito ao setor de infraestrutura, e que o risco de obtenção do financiamento deveria ser suportado pela Concessionária apenas em situações ordinárias.**

16. Requereu, por fim, que o processo fosse cautelarmente suspenso até que houvesse definição, por parte do Poder Concedente, com o apoio do Poder Legislativo e/ou do Ministério Público Federal, quanto à celebração de TAC e/ou adoção de medida legislativa para viabilizar a repactuação e retomada

¹ Todas as numerações de páginas mencionadas referem-se ao Processo Administrativo tratado.



da execução do Contrato de Concessão; pleiteou oportunidade para corrigir (i) os atrasos na renovação do Seguro de Riscos Operacionais, do Seguro de Responsabilidade Civil e da Garantia da Execução do Contrato, (ii) ausência de endosso do valor reajustado e desconformidades da Garantia de Execução do Contrato, (iii) não apresentação por ela da forma de cálculo do limite máximo de indenização do Seguro de Riscos Operacionais e do Seguro de Responsabilidade Civil, (iv) não pagamento da verba de fiscalização, (v) não entrega do relatório de Acompanhamento Ambiental – RAA e do Plano de Gestão Ambiental e do Plano de Gestão Social e (vi) não entrega do Planejamento Anual e dos projetos executivos com a antecedência prevista. Pediu que seja arquivado o processo e reconhecido seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, nos termos das subcláusulas 21.2.4 e 22.1.2.

17. Em 06 de janeiro de 2017 (fls. 2478/2581) a Comissão Processante concluiu seu **Relatório Final** confirmando as diversas inconformidades e descumprimentos contratuais que **demonstram a inadimplência severa atribuída à Concessionária** de Rodovias Galvão BR 153 S.A., **recomendar a declaração de CADUCIDADE** do Contrato de Concessão da Rodovia BR-153/GO/TO, além de arbitrar em R\$ 20.141.831,50 (vinte milhões, cento e quarenta e um mil, oitocentos e trinta e um reais e cinquenta centavos) o valor **devido a título de indenização à União**.

18. Submetidos os autos à Procuradoria Federal, foi proferido o Parecer nº 0272/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 2584/2588v) que, apontando a supressão indevida da fase de alegações finais, **opinou pela necessidade de ser intimada a Concessionária**, nos termos do art. 92 da Resolução ANTT nº 5.083, de 2016, para que, querendo, se manifestasse em alegações finais, no prazo improrrogável de 10 dias. Novo Ofício nº 001/2017/CP-GALVÃO-BR-153/SUINF (fls. 2598) foi enviado à Concessionária para intimá-la a, querendo, manifestar-se em alegações finais. Pelo Despacho de fls. 2599/2599v, foi apontado que, não obstante ter sido devidamente intimada para tanto, a Concessionária, alegando suposto defeito na mídia digital disponibilizada, vinha requerer acesso à íntegra do processo e a renovação do prazo de dez para dias se manifestar.

19. Às fls. 2604/2665, **a Concessionária apresentou suas alegações finais** e, muito embora tenha tecido uma série de considerações em sua defesa, requereu a devolução do prazo previsto no art. 92 da Resolução nº 5.083, de 2016; a suspensão do processo de modo a viabilizar a realização de empréstimo-ponte e a transferência de seu controle acionário; a concessão de prazo para corrigir os “novos descumprimentos” e para contraditar as manifestações dos setores da ANTT. No mérito, pediu a Concessionária a reconsideração da recomendação do Relatório Final pela caducidade ou ainda, caso a caducidade seja decretada, que se proceda ao pagamento do montante a ser oportunamente apurado para indenizá-la pelos investimentos não amortizados ou depreciados realizados em bens reversíveis. **Insistiu a Concessionária no reconhecimento de que o descumprimento contratual que lhe é atribuído teria se dado por motivos de caso fortuito/força maior: a não obtenção de empréstimo junto ao BNDES seria decorrente da deterioração do cenário econômico brasileiro, o que descaracterizaria o**



“risco ordinário” a que estaria sujeita e implicaria a incidência de risco assumido pelo Poder Concedente.

Em seguida, a Procuradoria Federal se posicionou no Parecer nº 0595/2017/PF-ANTT/PGF/AGU, no sentido de que depois de publicada a deliberação de recondução da comissão, deveria ser expedido ofício à Concessionária, outorgando-lhe prazo de 10 dias para se manifestar em alegações finais quanto aos documentos produzidos e franqueando-lhe pleno acesso aos autos, em nome da ampla defesa e do contraditório. Nessa oportunidade, recomendou-se ainda que a Comissão elaborasse novo relatório final que fosse capaz de enfrentar os argumentos da Concessionária, acolhendo-os ou não.

Pelo Ofício nº 002/2017/CP-GALVÃO-BR-153/SUINF (fls. 2780/2781), encaminhado eletronicamente (fls. 2779) e também via AR (fl. 2784), A ANTT intimou a Concessionária a se manifestar quanto aos documentos produzidos nos autos, no prazo máximo de 10 dias, ao mesmo tempo disponibilizou-se link para acesso à integralidade dos autos.

Às fls. 2785/2858, **a Concessionária apresentou nova manifestação,** com considerações sobre os documentos produzidos nos autos, oportunidade em que argumentou, em síntese, o suposto comprometimento de seu direito de ampla defesa; a nulidade do relatório final em razão de não ter sido intimada previamente a se manifestar; necessidade de suspensão do processo de caducidade em razão das operações em curso para injetar recursos na Concessionária e para transferência de seu controle acionário; a necessidade de reprogramação das datas para cumprimento das obrigações contratuais, sem extensão do prazo da concessão e a aplicação do FATOR D tendo como referência as novas datas das obrigações. **Alegou que a não disponibilização do empréstimo-ponte seria evento decorrente de caso fortuito ou força maior, risco alocado no Contrato de Concessão ao Poder Concedente.** Requereu a concessão de prazo para correção dos “descumprimentos adicionais” e **defendeu que todos os custos para a manutenção da rodovia deveriam ser indenizados, considerando a sua não amortização pela impossibilidade de cobrança da tarifa,** e pleiteando para tanto que estes custos sejam oportunamente detalhados.

A Comissão, então, em **seu Relatório Final** (fls. 2859/2971), depois de afirmar ter constatado diversas não conformidades e descumprimentos contratuais, atestando que a Concessionária se encontra em inadimplência severa ao Contrato de Concessão, concluiu não caber outra alternativa a não ser recomendar à Diretoria Colegiada da ANTT a decretação da caducidade do Contrato de Concessão da Rodovia BR-153/GO/TO, sob responsabilidade da Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A. Sugeriu, ainda, a título de indenização à União, o valor total a ser pago inicialmente pela concessionária de R\$ 20.141.831.50 (vinte milhões, cento e quarenta e um mil, oitocentos e trinta e um reais e cinquenta centavos), a preços correntes.

Dessa forma, a Concessionária teve diversas oportunidades para apresentar suas alegações – e efetivamente apresentou defesa em todas elas – não tendo havido qualquer violação aos



princípios do contraditório e da ampla defesa. O relatório final analisou todos os fundamentos apresentados pela requerente, garantindo sua participação efetiva na produção de suas conclusões.

A regularidade do procedimento foi, inclusive, objeto de questionamento judicial pela Requerente, tendo o Poder Judiciário reconhecido a lisura do processo, permitindo que a ANTT concluísse o procedimento apuratório dos inadimplementos contratuais (processo 1002502-31.2017.4.01.0000).

Quanto a este ponto, portanto, existe litispendência, que representa renúncia tácita à via arbitral, e a matéria não deve ser reapreciada no presente procedimento, sob risco de haverem decisões conflitantes.

DA GRAVÍSSIMA E EXTENSA INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL DA EMPRESA IMPETRANTE

Mesmo antes da decisão final da Diretoria Colegiada da ANTT, não se pode deixar de apontar, com base em todos os dados levantados pela comissão processante, e mesmo admitido pela Requerente, a gravíssima e extensa inadimplência no cumprimento do objeto do contrato de concessão em questão.

O contrato de concessão foi firmado em setembro de 2014 e desde então a concessionária não foi capaz de cumprir nenhum dos parâmetros de desempenho e parâmetros técnicos mínimos estabelecidos no Programa de Exploração da Rodovia a que se obrigou. Mais de dois anos se passaram e, muito embora tenha sido oportunizado prazo para correção das inadimplências, a concessionária nada fez.

Nesses últimos anos, a União viu frustrada sua política pública de infraestrutura rodoviária estabelecida naquele trecho concedido, além de desperdiçados os custos com o leilão; os usuários não usufruíram de trechos mais bem conservados, duplicados ou de serviços de socorro mecânico, como se esperava; as empresas transportadoras, de igual forma, não tiveram seus custos reduzidos em razão de melhor trafegabilidade, assim como foi malograda a geração prevista de empregos.

Nas fiscalizações empreendidas pela ANTT, constatou-se que **o trecho concedido permaneceu, durante o período concedido, eivado de patologias graves, tais como buracos, erosões em taludes, sinalização deficiente, dentre outros, expondo os usuários que trafegam na rodovia a riscos elevados e provocando acidentes com alto custo econômico e social à União, conforme assentado no Relatório Final.**

A inadimplência - e mesmo inércia da Concessionária - restou demonstrada no Parecer Técnico nº 058/2016/COINF-MG/SUINF que, de forma conclusiva, atestou o não atendimento, dentro do prazo de 90 dias deliberado pela Diretoria da ANTT, aos parâmetros de desempenhos



previstos na Frente de Recuperação e Manutenção, bem como a implantação e operacionalização das instalações e sistemas da Frente de Serviços Operacionais pendentes de atendimento, já apontadas no Parecer Técnico nº 209/2016/GEFOR/SUINF referente ao recebimento dos trabalhos Iniciais.

Além disso, o mesmo Parecer Técnico nº 058/2016/COINF-MG/SUINF constatou inconformidades que podiam colocar em risco a segurança dos usuários da rodovia, necessitando de intervenção urgente, entre elas: a) Vários trechos com excessos de buracos que os veículos necessitam desviar transitando pela pista contrária e/ou acostamento; b) Erosões em: talude – km 219,5 sentido sul; cabeceira de viaduto - 302,7 sentido norte; cabeceira de galeria de água – km 394, 5 sentido sul; e c) Ondulações transversais (lombadas) sem sinalização horizontal e/ou vertical em sua maioria.

Não bastasse, a própria Concessionária (Ofício PTC nº 006/2016) se limitou a demonstrar a suposta execução de medidas emergenciais (do chamado Plano de Segurança Viária) e sequer tentou sanar – nem ao menos em parte – as irregularidades constatadas. A ela foi também oportunizado o exercício de seu direito de defesa; todavia, não impugnou ou questionou os inadimplementos constatados.

Não obstante os inúmeros descumprimentos em que incorreu no tocante às obras e investimentos na rodovia, a concessionária permaneceu também inadimplente em relação a outras várias obrigações, dentre elas, a título de exemplo, a de manter vigente a Garantia de Execução do Contrato. Questões relativas à incompatibilidade entre a extensão do inadimplemento e as razões alegadas pela requerente serão objeto de análise mais aprofundada em tópico seguinte, sendo pertinente destacar aqui apenas que a não obtenção do financiamento de forma nenhuma justifica os inúmeros descumprimentos das obrigações assumidas pela concessionária.

AS REGRAS CONTRATUAIS SOBRE A ALOCAÇÃO DE RISCOS E A IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DO RISCO DE FINANCIAMENTO COMO EXTRAORDINÁRIO

20. O Edital de licitação e o Contrato de Concessão possuem regras específicas acerca da obtenção de financiamento, pela concessionária, para a execução das obrigações assumidas, e da alocação de riscos contratuais. As regras essenciais que importam para o deslinde da presente lide serão expostas a seguir.

21. Por exigência do edital de licitação, em seu anexo 5, a concessionária apresentou, dentre seus documentos de qualificação, declaração de que “dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e obtenção de recursos de terceiros necessários à consecução do objeto da Concessão”, tendo apresentado a declaração na forma do anexo 10:

“Em atendimento ao subitem 10.1 do Edital em referência, a [Proponente], por seu(s) representante(s) legal(is) abaixo assinado(s), declara, sob as penas



da legislação aplicável, que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e de terceiros necessários à consecução do objeto da Concessão. Declara, além disso, que (i) tem capacidade de contratar todos os seguros necessários à consecução do objeto da concessão e (ii) dispõe ou tem capacidade de obter os recursos para a integralização em moeda corrente nacional de, no mínimo, R\$ [●] ([●]) no capital social até a data de assinatura do Contrato e mais R\$ [●] ([●]) até o primeiro ano da Concessão, conforme definido e descrito no Edital em referência”.

22. O contrato de concessão, por sua vez, promoveu minuciosa alocação dos riscos contratuais, buscando não deixar quaisquer dúvidas sobre quais os riscos assumidos pela concessionária e pelo Poder Público em razão do ajuste. Sobre os custos de responsabilidade da concessionária, dispôs o contrato de concessão:

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;

21.1.2 recusa de usuários em pagar a Tarifa de Pedágio;

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

21.1.4 custos com o atendimento das condicionantes das licenças previstas na subcláusula 5.2.1 e das condicionantes das licenças a cargo da Concessionária, nos termos da subcláusula 5.1;

21.1.5 valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes das desapropriações, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas ou ocupação provisória de bens imóveis, até o limite da verba destinada para desapropriações;

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

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

21.1.8 custos necessários para implantação dos contornos em trecho urbano conforme a extensão prevista no PER e respectivas melhorias, com exceção



dos custos de desapropriação e da eventual necessidade de implantação de Obras de Artes Especiais, observado o disposto na subcláusula 10.3.4;

21.1.9 atraso no cumprimento dos cronogramas previstos no PER ou de outros prazos estabelecidos entre as Partes ao longo da vigência do Contrato, exceto nos casos previstos na subcláusula 21.2 abaixo;

21.1.10 tecnologia empregada nas obras e serviços da Concessão;

21.1.11 perecimento, destruição, roubo, furto, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos Bens da Concessão, responsabilidade que não é reduzida ou excluída em virtude da fiscalização da ANTT;

21.1.12 manifestações sociais e/ou públicas que afetem de qualquer forma a execução das obras ou a prestação dos serviços relacionados ao Contrato por:

(i) até 15 (quinze) dias, sucessivos ou não, a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, caso as perdas e danos causados por tais eventos não sejam objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência; e

(ii) até 90 (noventa) dias a cada período de 12 (doze) meses contados a partir da Data da Assunção, se as perdas e danos causados por tais eventos se sujeitem à cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência;

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

21.1.14 variação das taxas de câmbio;

21.1.15 modificações na legislação de Imposto sobre a Renda;

21.1.16 caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;

21.1.17 recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental relacionado ao Sistema Rodoviário;

21.1.18 riscos que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência, mas que deixem de sê-lo como resultado direto ou indireto de ação ou omissão da Concessionária;

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

21.1.20 responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes da operação do Sistema Rodoviário;

21.1.21 prejuízos causados a terceiros, pela Concessionária ou seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela Concessão;



21.1.22 vícios ocultos dos Bens da Concessão por ela adquiridos após a Data de Assunção, arrendados ou locados para operações e manutenção do Sistema Rodoviário ao longo do Prazo da Concessão;

21.1.23 defeitos em obras realizadas pelo Poder Público, conforme previsto na cláusula 10.1.7, após o recebimento definitivo destas obras pela Concessionária;

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”.

23. O contrato de concessão foi ainda mais enfático ao prever, na cláusula 21.3, que:

“21.3 A Concessionária declara:

(i) ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e

(ii) ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta.

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

24. Os riscos assumidos pelo parceiro privado em um contrato de concessão são reconhecidamente amplos, o que é destacado até mesmo pelo conceito estabelecido na Lei 8.987/95:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

25. Portanto, não só a lei geral de concessões quanto o contrato assinado entre as partes deixa claro que a concessão do serviço público se sustenta em uma matriz de riscos muito diferente dos contratos administrativos comuns, assumindo o parceiro privado uma série de riscos que devem ser considerados na elaboração de sua proposta. Dentre esses riscos, o da obtenção dos recursos necessários para o cumprimento de suas obrigações é o mais básico e fundamental.



26. Pela relevância do tema, o contrato de concessão dispôs de forma expressa sobre o financiamento, destacando, desde o princípio, ser a concessionária a única responsável pela sua obtenção. Vide a cláusula 26.

26 Financiamento

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

(...)

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

27. Pela leitura do contrato de concessão, com o qual concordou a Requerente tanto ao participar da licitação quanto ao assinar o ajuste, podemos extrair as seguintes regras básicas:

- a. A concessionária declarou que “dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e de terceiros necessários à consecução do objeto da Concessão”;
- b. a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão (com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, que não tratam da matéria objeto da lide);
- c. a concessionária assumiu expressamente o risco de aumento do custo de capital;
- d. A Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato;
- e. A concessionária declarou, expressamente:
 - i. ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e
 - ii. ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta.

28. Não há fundamento contratual, portanto, para a alegação de que a não obtenção do financiamento constitui risco extraordinário, tendo em vista sua expressa previsão como risco ordinário



da concessão (cláusula 26.1), alocado única e exclusivamente à concessionária – sem quaisquer ressalvas ou exceções.

A OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO É ELEMENTO ACIDENTAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO, NÃO ESSENCIAL, RAZÃO PELA QUAL SUA NÃO OBTENÇÃO EM NADA AFETA AS OBRIGAÇÕES CONTIDAS NO AJUSTE

29. O contrato de concessão assinado pela requerente prevê a contratação de financiamento como mera faculdade, ou seja, como um instrumento de que pode se valer a concessionária para a obtenção dos recursos financeiros necessários à execução das obrigações contratuais. Não há obrigação, portanto, de que a concessionária busque financiamentos para o cumprimento das obrigações.

30. Ao assinar o contrato de concessão, declarando “ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato” e “ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta”, a concessionária tornou-se responsável exclusiva pelas consequências da realização desses riscos, não podendo pretender transferi-los ao Poder Público quando verificada sua ocorrência, sob pena de violação da própria natureza do contrato de concessão.

31. No caso do financiamento, como visto acima, a concessionária, aqui requerente, concordou ser “a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato”. A distribuição desse risco à concessionária, na forma do contrato, implica na impossibilidade de alegação de ocorrência do fato objeto do risco como forma de elidir sua responsabilidade pela inexecução contratual. Em outras palavras, a concessionária, ao assinar o contrato, assumiu que, não obtendo os financiamentos necessários, permanece, mesmo assim, obrigada a cumprir todos os deveres assumidos no contrato.

32. Outra não pode ser a interpretação, tendo em vista que não há no contrato qualquer diferenciação entre risco ordinário ou risco extraordinário na obtenção do financiamento. Se a concessionária assumiu ser “a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos”, temos como decorrência lógica que essa obtenção poderia não ocorrer, ou sequer seria necessária a alocação desse risco no contrato de concessão. A alocação de riscos tem a ver, exatamente, com a definição de qual das partes sofrerá as consequências (ou precisará buscar outras alternativas) caso o risco se realize. No caso do financiamento, o risco de não obtenção do financiamento é risco ordinário, expresso, competindo à concessionária assumir as consequências decorrentes da sua não obtenção.

33. Ademais, não sendo o financiamento sequer uma obrigação contratual, diante dos fatos alegados no requerimento de arbitragem, deveria a concessionária ter buscado outras fontes de recursos, seja em outros bancos, seja mediante a emissão de títulos no mercado, ou mesmo executando as obrigações contratuais com recursos próprios. A concessionária deve estar preparada, ao assinar o contrato de concessão, para a eventual concretização dos riscos que assumiu, e deve possuir



planejamentos que permitam lidar com esses riscos sem gerar o abandono do contrato de concessão e sem tentar transferir os riscos que assumiu à outra parte.

34. Dessa forma, sendo o financiamento elemento meramente acidental no contrato de concessão – elemento que pode ou não existir, que não consta na lista de obrigações assumidas – caberia única e exclusivamente à concessionária encontrar outras formas de cumprimento de suas obrigações, não podendo elidir seus graves descumprimentos contratuais com a alegação de não ter logrado obter o referido financiamento. Em síntese, para concluir, mesmo que a não obtenção do financiamento houvesse ocorrido, eventualmente, sem culpa da concessionária, as obrigações contratuais deveriam ser cumpridas, tendo em vista não ser o financiamento um elemento essencial do contrato de concessão.

A IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DA NÃO OBTENÇÃO DE EMPRÉSTIMO EM UM DETERMINADO BANCO COMO CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

35. A requerente busca sustentar, em suas razões iniciais, que “a execução do Contrato de Concessão tornou-se inviável por uma única e exclusiva razão: a não obtenção do prometido financiamento do BNDES”. Tal afirmação resume, em uma só frase, todas as interpretações equivocadas da requerente acerca da legislação e do contrato de concessão que regem as relações entre Poder Público e concessionária.

36. **Primeiro** porque, como discutido no tópico anterior, o risco de não obtenção do financiamento é risco ordinário e exclusivo da concessionária. A não obtenção do financiamento, dessa forma, não deveria tornar inviável a execução do contrato, cabendo a ela ter previsto alternativas em caso de realização desse risco, nos termos da cláusula 26 do contrato de concessão:

26 Financiamento

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

(...)

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

37. **Segundo**, porque não constou do contrato de concessão, do edital de licitação ou mesmo dos documentos que os acompanharam nada que possa ser considerado uma *promessa de financiamento* por parte do BNDES ou de qualquer outro banco. Sobre o ponto, requer-se desde já que a Requerente



faça juntar aos autos o documento que consubstancia a alegada *promessa de financiamento*, por parte de quaisquer instituições financeiras.

38. Por outro lado, a eventual apresentação de um documento que comprove a ocorrência de uma *promessa de financiamento* servirá simplesmente para reforçar a improcedência dos pedidos formulados contra a ANTT. Isso porque, tendo havido uma promessa de financiamento que não tenha sido cumprida, caberia à concessionária, em tese, direcionar seu pleito indenizatório ao ente que rompeu a promessa, gerando uma expectativa que não teria sido concretizada. Evidentemente a ANTT não teve qualquer relação com eventuais promessas de financiamento direcionadas à requerente, não podendo responder por suposta frustração a essa promessa.

39. **Terceiro**, porque inexistente, no contrato de concessão, no edital de licitação ou em quaisquer outros documentos, previsão que estabeleça a obtenção de financiamento junto ao BNDES como requisito essencial do contrato de concessão. Ainda que houvesse uma expectativa da Requerente de obter financiamento junto a este Banco, não há fundamento contratual para que se sustente ser o BNDES o único agente financiador que poderia conceder o financiamento, e menos ainda para que se alegue ser o contrato de concessão dependente de um financiamento do BNDES. Como já discutido acima, a não obtenção do empréstimo junto ao BNDES deveria levar a concessionária a buscar, no mercado, outras fontes de recursos que permitissem a execução do contrato, sendo ela, contratualmente, **“a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão”**.

40. Percebe-se, portanto, ser absolutamente improcedente a alegação da concessionária, em suas razões iniciais, no sentido de que a “não obtenção do financiamento do BNDES, nas circunstâncias apresentadas no presente conflito, é evento resultante da materialização de risco não controlável pela Concessionária e atribuído por lei e pelo Contrato de Concessão ao Poder Concedente”. Nada há na lei ou no contrato de concessão que permita concluir que a não obtenção do financiamento, especificamente junto ao BNDES, seja risco atribuído ao Poder Concedente. Pelo contrário, as regras contratuais alocam esse risco exclusivamente à concessionária, não havendo nenhuma obrigação de contrair empréstimo e, muito menos, previsão de que somente possa ser obtido junto ao BNDES.

41. As alegações da concessionária são contrárias às disposições normativas e contratuais, e beiram a inépcia por não indicarem **especificamente** quais dispositivos contratuais e normativos fundamentam sua afirmação de que o risco de financiamento seria do Poder Concedente.

42. Sustenta ainda a concessionária que “Juridicamente, a não obtenção do financiamento pode ser enquadrada como evento causado pela ocorrência de caso fortuito ou força maior, ou como evento causado por fato da Administração”. Não houve qualquer explicitação das razões pelas quais a não obtenção do financiamento - que constitui risco contratualmente alocado à concessionária - poderia ser enquadrada como caso fortuito ou força maior, ou até mesmo como fato da Administração. Não foi citado nenhum dispositivo legal ou contratual que sustente tal posição.



43. A carência de fundamentação, somada à falta de plausibilidade da alegação, apenas nos permite concluir que não se trata de argumentos sólidos, que possam ser racionalmente defendidos neste procedimento. O Código Civil, ao tratar do caso fortuito ou de força maior, o faz no capítulo relativo ao inadimplemento das obrigações, dispondo no seguinte sentido:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

44. A situação descrita pela requerente, em suas razões iniciais, em nada se adequa aos requisitos exigidos pelo Código Civil para a configuração do caso fortuito/força maior: a não obtenção do financiamento não é fato necessário, ou seja, poderia ser evitado pela concessionária caso preenchesse os requisitos para a sua obtenção – seja no BNDES ou junto a outro agente financiador. Ademais, a obtenção de empréstimo sequer é condição essencial para o cumprimento das obrigações contratuais, ou seja, seus efeitos devem ser suportados pela concessionária, a quem incumbe encontrar outras formas de obtenção dos recursos necessários, como já exposto no tópico anterior. Por fim, o caso fortuito/força maior apenas poderia ser utilizado como escusa para o descumprimento contratual caso não houvesse a requerente se responsabilizado expressamente, nos termos do dispositivo acima transcrito. No caso ora sob análise, a requerente assumiu expressamente o risco de não obter o financiamento, não podendo alegar que tal fato decorreu de caso fortuito/força maior para eximir-se de suas obrigações.

SUBSIDIARIAMENTE - A NÃO DEMONSTRAÇÃO, PELA REQUERENTE, DE TER ESGOTADO TODAS AS POSSIBILIDADES DE OBTENÇÃO DE RECURSOS PARA A EXECUÇÃO DO CONTRATO, SUSTENTANDO QUE A SIMPLES SUPOSTA NEGATIVA DO BNDES IMPEDIU O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

45. Ainda que se admitisse, em tese, o argumento da requerente, no sentido de que seria possível a configuração de caso fortuito/força maior na não obtenção do financiamento – o que se refuta de forma veemente, pelas razões já acima expostas – tal comprovação demandaria um enorme ônus probatório à Requerente.

46. Para demonstrar que não obteve o financiamento por caso fortuito/força maior, não é suficiente apenas afirmar que o BNDES negou seu pedido de empréstimo – destacando que nem mesmo este fato foi demonstrado neste procedimento. Seria necessário, no mínimo, que a requerente demonstrasse que esgotou todas as alternativas possíveis para a obtenção dos recursos necessários à execução do contrato de concessão, e mais, precisaria ainda demonstrar que nenhuma dessas alternativas foi possível sem culpa sua, por elementos externos imprevisíveis e inevitáveis.



47. A requerente, entretanto, sustenta simplesmente que a não obtenção do empréstimo do BNDES foi a causa do inadimplemento contratual – sem demonstrar as razões pelas quais supostamente teve seu pedido rejeitado pelo banco, não revelando ainda se tal indeferimento ocorreu com ou sem culpa sua. Deixou de demonstrar a requerente:

- a. a tentativa de obtenção de empréstimo não apenas junto ao BNDES, mas em todos os demais bancos públicos e privados, bem como a outros agentes econômicos potencialmente capazes de financiar o projeto;
- b. a impossibilidade de obtenção dos empréstimos de cada um desses potenciais agentes financiadores por razões alheias à sua vontade e fora do seu controle;
- c. a impossibilidade de obtenção de recursos financeiros por quaisquer outros mecanismos;
- d. a impossibilidade de cumprimento das obrigações com recursos próprios.

48. Destacamos que a concessionária, ao assinar o contrato, declarou expressamente que “dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e de terceiros necessários à consecução do objeto da Concessão”. Assim, a obtenção de financiamento não é a única alternativa para a execução do contrato, muito menos a contratação de empréstimo especificamente junto ao BNDES, tendo a concessionária se obrigado a executar o contrato mesmo com recursos próprios.

49. Nessa linha, mostra-se desprovida de sentido a afirmação da concessionária em suas razões iniciais, ao sustentar a “inexistência de descumprimento contratual imputável a Concessionária, uma vez que a execução das obras e serviços inicialmente pactuados foi impedida pela não liberação do financiamento do BNDES”. Como já demonstrado, a obtenção de financiamento é uma faculdade contratual, cujo risco foi assumido expressamente pela concessionária, não havendo fundamento para sustentar que a não liberação do financiamento impediu a execução do contrato.

50. Destaque-se que a argumentação ventilada neste procedimento arbitral é exatamente a mesma já manifestada e reiterada diversas vezes no processo administrativo que resultou na declaração da caducidade, não tendo a concessionária, em nenhuma das oportunidades de que dispôs, ultrapassado o limite da retórica e ingressado no da prova de suas alegações.

A IMPOSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO, NA PRESENTE ARBITRAGEM, DE ATOS PRATICADOS PELO BNDES, PELA SUPOSTA NEGATIVA DE CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO – O BNDES É PARTE ESTRANHA NESTA ARBITRAGEM, DEVENDO A REQUERENTE DIRECIONAR CONTRA AQUELA INSTITUIÇÃO SUAS DEMANDAS PRÓPRIAS, CASO DESEJE, EM PROCESSO ESPECÍFICO



51. Ainda sobre a tese principal da requerente, no sentido de que “a execução das obras e serviços inicialmente pactuados foi impedida pela não liberação do financiamento do BNDES”, ressaltamos que a concessão ou não de financiamento é prerrogativa exclusiva do referido banco, não competindo à ANTT analisar as razões de eventual negativa, nem assumir quaisquer consequências decorrentes dessa negativa.

52. Pelas regras do contrato de concessão, a “Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato”, de modo que eventuais problemas nessa obtenção não são imputáveis à ANTT, que nenhuma relação jurídica possui com os agentes financiadores. Caso a concessionária entenda que a suposta negativa do financiamento ocorreu de forma ilegal – o que também não foi expressamente alegado nas razões iniciais do presente requerimento – a requerente deve direcionar seus pleitos indenizatórios diretamente contra o suposto ato ilegal perpetrado.

53. Em outras palavras, a requerente formula a presente demanda partindo do pressuposto de que a não obtenção do financiamento junto ao BNDES ocorreu sem culpa sua, ou seja, pressupõe que aquele banco teria o dever de conceder o financiamento, porém, não o fez. Nesse contexto, as demandas da concessionária deveriam ser contra o banco, por ter frustrado eventual direito à obtenção do financiamento. Não cabe, portanto, a imputação da responsabilidade pela não obtenção do financiamento junto ao BNDES à ANTT, como pretende a requerente, mas sim a formulação de demanda específica, em procedimento próprio, contra supostos atos ilegais do banco.

54. Por outro lado, se a não obtenção do financiamento decorreu de culpa sua, tendo o banco exercido suas atribuições de forma legal, não há qualquer pleito a ser formulado, e deve a concessionária assumir as consequências da negativa.

55. Desse modo, a ANTT entende que tais questões não devem ser objeto de apreciação na presente arbitragem. No entanto, caso a análise desse tipo de alegação venha a ser aceita pelo Tribunal Arbitral a ser constituído, a ANTT se reserva ao direito de requerer a produção de provas sobre as circunstâncias do indeferimento do financiamento, inclusive com a requisição de provas emprestadas de procedimentos administrativos e judiciais das mais diversas instâncias.

DO SUPOSTO DIREITO À INDENIZAÇÃO POR INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS OU DEPRECIADOS EM BENS REVERSÍVEIS

56. Formula a requerente pleito de indenização por supostos investimentos não amortizados ou depreciados em bens reversíveis, alegando que:

“A ANTT NEGOU A DIREITO A INDENIZAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA FUNDANDO-SE EM DOIS PONTOS CENTRAIS, AMBOS EQUIVOCADOS E CONTRÁRIOS AS DISPOSIÇÕES LEGAIS E CONTRATUAIS SOBRE A QUESTÃO: A UMA, QUE AS PAGAMENTOS REALIZADOS



PELA CONCESSIONÁRIA A EMPRESA DE CONSTRUÇÃO DO GRUPO GALVÃO NÃO CARACTERIZARIAM INVESTIMENTOS, MAS MERA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO E, PORTANTO, NÃO SERIAM INDENIZÁVEIS; A DUAS, QUE A ANTT PODERIA DEFINIR, POR MERO JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, OS BENS QUE DESEJA OU NÃO INDENIZAR”.

57. Os fatos relatados pela requerente não retratam o que de fato ocorreu.

58. A Comissão constituída pela Deliberação nº 138, de 2016, foi incumbida de, além de apurar as infrações cometidas pela Concessionária, promover o cálculo de eventual indenização devida à Concessionária, dela descontados os prejuízos causados à União e à sociedade, nos termos do que foi estabelecido no Contrato de Concessão:

32.7 INDENIZAÇÃO

32.7.1 A INDENIZAÇÃO DEVIDA A CONCESSIONÁRIA EM CASO DE CADUCIDADE RESTRINGIR-SE-Á AO VALOR DOS INVESTIMENTOS VINCULADOS A BENS REVERSÍVEIS AINDA NÃO AMORTIZADOS.

32.7.2 DO MONTANTE PREVISTO NA SUBCLÁUSULA ANTERIOR SERÃO DESCONTADOS:

(I) OS PREJUÍZOS CAUSADOS PELA CONCESSIONÁRIA À UNIÃO E À SOCIEDADE;

(II) AS MULTAS CONTRATUAIS APLICADAS À CONCESSIONÁRIA QUE NÃO TENHAM SIDO PAGAS ATÉ A DATA DO PAGAMENTO DO MONTANTE PREVISTO NA SUBCLÁUSULA 32.7.1 ACIMA; E

(III) QUAISQUER VALORES RECEBIDOS PELA CONCESSIONÁRIA A TÍTULO DE COBERTURA DE SEGUROS RELACIONADOS AOS EVENTOS OU CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJARAM A DECLARAÇÃO DE CADUCIDADE.

59. Sobre os bens reversíveis, previu ainda o contrato de concessão:

1. DISPOSIÇÕES INICIAIS

1.1. DEFINIÇÕES

PARA OS FINS DO PRESENTE CONTRATO, E SEM PREJUÍZO DE OUTRAS DEFINIÇÕES AQUI ESTABELECIDAS, AS SEGUINTE DEFINIÇÕES APLICAM-SE ÀS RESPECTIVAS EXPRESSÕES:

(...)

(IV) BENS REVERSÍVEIS: BENS DA CONCESSÃO NECESSÁRIOS À CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS RELACIONADOS À CONCESSÃO, CONFORME DEFINIDOS PELA ANTT, QUE LHE SERÃO REVERTIDOS AO TÉRMINO DO CONTRATO.

(...)

(VIII) CONCESSÃO: SIGNIFICADO DEFINIDO NA SUBCLÁUSULA 2.1.

(...)

OBJETO DO CONTRATO



O OBJETO DO CONTRATO É A CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DA INFRAESTRUTURA E DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE RECUPERAÇÃO, OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO, MONITORAÇÃO, CONSERVAÇÃO, IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS, AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE E MANUTENÇÃO DO NÍVEL DE SERVIÇO DO SISTEMA RODOVIÁRIO, NO PRAZO E NAS CONDIÇÕES ESTABELECIDOS NO CONTRATO E NO PER E SEGUNDO OS ESCOPOS, PARÂMETROS DE DESEMPENHO E PARÂMETROS TÉCNICOS MÍNIMOS ESTABELECIDOS NO PER.

60. À luz das disposições contratuais acima, temos que a previsão de indenização à concessionária é limitada – o contrato utiliza a expressão “RESTRINGIR-SE-Á” – estritamente ao “VALOR DOS INVESTIMENTOS VINCULADOS A BENS REVERSÍVEIS AINDA NÃO AMORTIZADOS”. Não são, portanto, indenizáveis quaisquer gastos da concessionária na execução do contrato, mas apenas o que se configurar “investimento” e somente quando estes forem “vinculados a bens reversíveis”, ainda não amortizados. Por outro lado, também nos termos do contrato, *bens reversíveis* são aqueles “NECESSÁRIOS À CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS RELACIONADOS À CONCESSÃO”, isto é, aqueles imprescindíveis para exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade, e manutenção do nível de serviço do Sistema Rodoviário, no prazo e nas condições estabelecidas no Contrato e no PER e “SEGUNDO OS ESCOPOS, PARÂMETROS DE DESEMPENHO E PARÂMETROS TÉCNICOS MÍNIMOS ESTABELECIDOS NO PER”.

61. Após minuciosa análise da ANTT, consubstanciada no PARECER TÉCNICO Nº 40/GEROR/SUINF/2016, concluiu-se que não houve investimentos em bens reversíveis não amortizados que possam compor a base para indenização. Sucintamente, foram observados elevados valores transferidos à empreiteira do Grupo, R\$ 104 milhões; numerosos ativos alienados fiduciariamente que prejudicam severamente a operacionalização da reversão à União; medições não pagas, sem notas fiscais e recolhimentos das obrigações tributárias, sem o necessário recebimento das áreas competentes da empresa ou da ANTT; serviços e bens incompletos, com contratos suspensos, dentre outros.

62. DE FORMA EXEMPLIFICATIVA, VEJAMOS O QUE APUROU A ANTT NO REFERIDO PARECER TÉCNICO:

NA RUBRICA OPERAÇÕES EM RODOVIAS, A CONCESSIONÁRIA APRESENTOU GASTOS REALIZADOS QUE TOTALIZAM R\$ 15.150 MIL (QUINZE MILHÕES, CENTO E CINQUENTA MIL REAIS) MENSURADOS A CUSTO HISTÓRICO, E AMORTIZAÇÃO ACUMULADA DE (-) R\$ 4.979 MIL (QUATRO MILHÕES NOVECENTOS E SETENTA E NOVE MIL REAIS), RESTANDO UM SALDO CONTÁBIL NÃO AMORTIZADO DO ATIVO DE R\$ 10.171 MIL (DEZ MILHÕES, CENTO E SETENTA E UM MIL REAIS).

GRANDE PARTE DESTES DISPÊNDIOS SE DERAM EM FUNÇÃO DO ARRENDAMENTO MERCANTIL E FINANCIAMENTO DE VEÍCULOS E EQUIPAMENTOS PARA OPORTUNAMENTE SEREM UTILIZADOS NOS SERVIÇOS DE OPERAÇÃO DA RODOVIA. TRATA-SE, PORTANTO, DE VEÍCULOS DE NATUREZA OPERACIONAL, TAIS COMO: (I) VEÍCULOS DE INSPEÇÃO DE TRÁFEGO; (II) GUINCHOS LEVES E PESADOS; (III) MINI CARREGADEIRA; (IV) CAMINHÕES PIPA E BOIADEIRO; (V) AMBULÂNCIAS; E (VI) DIVERSOS IMPLEMENTOS VEICULARES E ACESSÓRIOS.



ESTES EQUIPAMENTOS E VEÍCULOS ESTÃO EM LARGA MEDIDA SEM UTILIZAÇÃO OPERACIONAL PLENA, EXEMPLIFICATIVAMENTE, CONFORME DESCRITO NOS RELATÓRIOS ENTREGUES A EQUIPE DE INSPEÇÃO, A FROTA DE VEÍCULOS POSSUI ITENS QUE ESTÃO COM A QUILOMETRAGEM PRÓXIMA A ZERO, REVELANDO A FALTA DE UTILIZAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DISPONÍVEIS, POR CONSEQUENTE, A INEXECUÇÃO DE ATIVIDADES NO TRECHO CONCEDIDO.

ADEMAIS, VALE SALIENTAR QUE OS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS DE AQUISIÇÃO UTILIZADOS NA OPERAÇÃO DA RODOVIA PELA CONCESSIONÁRIA FORAM INSTRUMENTOS DE ALIENAÇÃO, TAIS COMO: LEASING DO BANCO SAFRA (ARRENDAMENTO MERCANTIL/LOCAÇÃO FINANCEIRA), CDC – CRÉDITO DIRETO AO CONSUMIDOR JUNTO AOS BANCOS MERCEDES E CATERPILLAR, E FINAME – BNDES.

DESTE MONTANTE AGREGADO, PODE-SE DETALHAR:

Item	ATIVOS	Quantidade	Valor Unitário	Valor Total
1	Caminhão PIPA	4	203.900,00	R\$ 812.600,00
2	Mini Carregadeira Caterpillar	4	97.650,00	R\$ 390.600,00
3	Guincho Pesado	6	678.050,00	R\$ 4.068.300,00
4	Guincho Leve	14	178.300,00	R\$ 2.494.200,00
5	Ambulância Sprinter	15	178.300,00	R\$ 2.674.500,00
6	Caminhão Boiadeiro	4	179.400,00	R\$ 715.800,00
7	Veículo de Inspeção - Hilux CS 4x4	15	103.085,00	R\$ 1.546.275,00
8	Painel de Sinalização	5	117.000,00	R\$ 585.000,00
9	Motosserra	13	1.170,00	R\$ 15.210,00
10	Cortadora	13	1.490,00	R\$ 19.370,00
11	Desencarcerador	13	76.110,03	R\$ 989.430,39
12	Cadeira de Rodas	13	985,40	R\$ 12.810,20
13	Monitor Multiparametro Star8000b	4	7.990,00	R\$ 31.960,00
14	Circuito de Respiração	26	760,00	R\$ 19.760,00
15	Desfibrilador	9	4.999,90	R\$ 44.999,10
16	Cardioversor	4	36.400,00	R\$ 145.600,00
17	Aspirador APH	13	3.800,00	R\$ 49.400,00
18	Manequim Infantil	1	1.199,00	R\$ 1.199,00
19	Manequim Adulto	1	4.154,00	R\$ 4.154,00
20	Oxímetro de Pulso APH	9	1.625,00	R\$ 14.625,00
21	Respirador Mini APH	13	3.200,00	R\$ 41.600,00
22	Respirador Microtak	4	9.900,00	R\$ 39.600,00
23	Kit Oxigênio Portátil APH	18	759,90	R\$ 13.678,20
24	EletroCardiografo Portátil	1	4.973,25	R\$ 4.973,25
25	Oxímetro Dedo	1	343,98	R\$ 343,98



26	Kit Almofada Pneumática	13	30.384,61	R\$	394.999,93
27	Balança Antropométrica Welmy	1	678,87	R\$	678,87
28	TORRE - Equipamentos p/ Transmissão Dados	1	7.173,07	R\$	7.173,07
29	TORRE - Equipamentos p/ Transmissão Dados	2	871,20	R\$	1.742,40
30	TORRE - Equipamentos p/ Transmissão Dados	2	4.668,40	R\$	9.336,80
Total - Operação de Rodovias				R\$	15.149.919,19

TRATA-SE DE IMOBILIZAÇÕES DE VEÍCULOS DE NATUREZA OPERACIONAL, FINANCIADOS OU ARRENDADOS COM SALDOS DEVEDORES (PASSIVOS FINANCEIROS EM ABERTO) JUNTO A TAIS FORNECEDORES E FINANCIADORES.

NESTA MODALIDADE DE FINANCIAMENTO, OS ITENS FINANCIADOS (NO CASO OS BENS REGISTRADOS NA RUBRICA) SÃO ALIENADOS E CONSTITUÍDOS EM GARANTIA DA OBRIGAÇÃO FINANCEIRA ASSUMIDA PELA CONCESSIONÁRIA.

63. Em verdade, a Concessionária pode e deve, ao cabo do processo de caducidade, buscar interessados no mercado para estes bens que não suportam reversibilidade, interessados estes que eventualmente poderão avaliar de maneira mais detida as condições técnicas, operacionais e de financiamentos de modo a precificar tais bens em condições de mercado. Estes ativos são da Concessionária e ela poderá, em alguma medida, oportunamente ser ressarcida destes gastos ao liquidá-los em mercado ativo. Não cabe ao Poder Concedente adquirir bens que em si não são indissociáveis da concessão, e cujas condições econômico-financeiras e técnico-operacionais não representam a melhor opção ao erário e ao serviço público.

64. Estes bens dispensáveis devem sempre ser preferencialmente precificados no mercado, restringindo-se, em deferência à imposição contratual, a indenização somente àqueles investimentos que por sua natureza são necessários à continuidade do serviço. Não se encontrou dentro do todo o acervo de ativos da concessionária e de investimentos realizados ativos ou investimentos necessários à continuidade do serviço objeto da outorga, pois nada foi posto em operação, portanto, inexistindo benefício real ao usuário em função destes ativos fruto das aquisições e dispêndios realizados.

65. Assim, considera-se ser nulo o montante de indenização referente a investimentos realizados em Bens Reversíveis.



PEDIDOS

À vista do exposto acima, requer-se:

- (i) A improcedência dos pedidos formulados;
- (ii) Que a Requerente seja condenada a arcar com todas as despesas da presente arbitragem, presentes e futuras;
- (iii) Multas e juros vencidos e vincendos, na forma da lei.

Cordialmente,

Milton Carvalho Gomes
Procurador Federal

Artur Watt Neto
Procurador Federal