

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - SEDE
COORDENAÇÃO DE ASSUNTOS EXTRAJUDICIAIS

Aos

Sr. Conselheiro Gustavo Scheffer da Silveira,
Sr^a Conselheira Adjunta Patrícia Figueiredo Ferraz,
Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
Rua Surubim, 504, 12º andar, Brooklin Novo,
CEP: 04.571-050, São Paulo/SP
Por correio eletrônico: ica10@iccwbo.org

C/c

À

Sra. Secretária Karina Stern de Siqueira
MANNHEIMER, PEREZ E LYRA ADVOGADOS
Av. Almirante Barroso, 139, 4º andar
CEP: 20.031-005, Rio de Janeiro/RJ
Por correio eletrônico: karina.stern@mpladv.com.br

Aos árbitros

Dra. Patrícia Ferreira Baptista
Rua Eurico Cruz, 64, Cobertura 02, Jardim Botânico, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 22.461-200
Por correio eletrônico: patriciafbaptista@gmail.com

Dr. Anderson Schreiber

SCHREIBER, DOMINGUES, CINTRA, LINS E SILVA – ADVOGADOS
Rua da Assembleia, 10, Sala 3201, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20.011-000
Por correio eletrônico: as@sdls.com.br

Dr. Sergio Nelson Manheimer

MANNHEIMER, PEREZ E LYRA ADVOGADOS
Avenida Almirante Barroso, 139, 4ª andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20.031-005
Por correio eletrônico: manheimer@mpladv.com.br

À Requerente representada por

Dr. Antonio Henrique Coutinho

Dr. Arthur Lima Guedes

Dra. Jessica Rios

PIQUET CARNEIRO, MAGALDI E GUEDES ADVOGADOS

SHIS QL 8, Conjunto 2, Casa 01, Lago Sul, Brasília/DF, CEP: 71.620-225

Por correio eletrônico: antonio.coutinho@piquet.adv.br, arthur.guedes@piquet.adv.br, jessica.rios@piquet.adv.br

Dr. Maurício Portugal Ribeiro

Dr. Marcelo Lennertz

PORTUGAL RIBEIRO ADVOGADOS

Procedimento Arbitral nº 23433/GSS
Requerente: Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A - GALVÃO;
Requerida1: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT
Requerida2: União Federal - UNIÃO

A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT,
Requerida1 no procedimento arbitral em epígrafe, representada pelo Procurador Federal infra-
assinado, vem apresentar tempestivamente sua **tréplica** obedecendo ao cronograma fixado na Ata de
Missão.

I. NOTIFICAÇÕES E COMUNICAÇÕES

1. Para fins de correção no recebimento das próximas manifestações, notificações e comunicações direcionadas à Requerida1 – ANTT, todas as correspondências e ordens processuais serão tratadas exclusivamente pela/por:

Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres – PF/ANTT

(contencioso.pfantt@antt.gov.br)

Dr. Artur Watt Neto (artur.watt@agu.gov.br)

Dra. Kaliane Wilma Cavalcante de Lira (kaliane.lira@antt.gov.br)

Dr. Emanuel Gonçalves de Carvalho (emanoel.carvalho@antt.gov.br)

Dr. Paulo Roberto Magalhães de Castro Wanderley (paulo.wanderley@antt.gov.br)

2. Concentrando-se os atos e diligências nos contatos acima, pede-se a retirada do nome dos pregressos Procuradores-Gerais desta autarquia, Drs. Marcio Luís Galindo e Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho, em razão de suas nomeações para outros cargos no âmbito da Administração Pública Federal e, conseqüentemente, limitação a eventuais atualizações feitas em nome desta Agência pela CCI ou de outra Parte acerca do presente procedimento.

II. INTRODUÇÃO

3. Trata-se de procedimento instaurado para obtenção de indenização pelos investimentos realizados pela Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A – GALVÃO (Requerente), tidos por bens reversíveis não amortizados pela ANTT e a União.

4. Em suas Alegações Iniciais e Réplica, a ex-Concessionária não reconhece os critérios de análise que deram respaldo as conclusões da Comissão Processante da pena de caducidade, se

insurgindo contra a declaração de inexecução do Contrato de Concessão por força da ‘ocorrência de evento caracterizado juridicamente como risco do Poder Concedente’.

5. Com base nesse pensamento, a ex-Concessionária apresentou, então, o cálculo da indenização que entende devido nos termos do correspondente Contrato.

6. Uma vez estabelecido o histórico da celeuma, passa-se então à demonstração do descabimento do pedido indenizatório, concluindo prevalecer nesta arbitragem a total improcedência, sem gerar novos ônus para a Administração Pública. É nesse enfoque que a tréplica se desenvolve seguindo o cronograma processual anexo à Ata de Missão.

III. NO TOCANTE A MULTAS ADMINISTRATIVAS IMPOSTAS PELA ANTT

7. Em estrita atenção ao prazo assinalado na Ordem Processual n. 1, recepcionada em 23.5.19, a qual versa sobre as multas administrativas exigidas por força dos autos de infração n. 43/2016, 58/2016, 01/2017 e 03/2017, mencionadas pela GALVÃO no dia 17.5.19, foi assim estabelecido que à Requerida¹ concomitantemente com a Requerida², no exercício do contraditório e ampla defesa se manifestassem a respeito, cf. decidido abaixo:

3. O Tribunal, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, e por entender que a abertura de prazo para as Requeridas se manifestarem sobre o acrescido pela Requerente não traz qualquer prejuízo a esta ou ao regular andamento deste procedimento, concede às Requeridas prazo para, se assim desejarem, manifestarem-se também sobre a documentação anexada pela Requerente na sobredita manifestação (doc. A.68) até o dia 10.06.2019.

8. A ex-Concessionária pretende ver-se desobrigada das penalidades de cunho administrativo antes do amadurecimento da causa ou, ao menos, finalizada a fase instrutória, como percebido a partir deste recorte:

“(…) a Concessionária reitera seu pedido para que o Tribunal delibere sobre a ausência de culpa da Concessionária pelos descumprimentos contratuais que ensejaram a sua aplicação”.

9. De maneira geral, é possível sintetizar a origem do debate acerca da legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras, em especial a forma de expressão do **poder de polícia** (fiscalização, sanção) e **atributos** do ato administrativo (discricionário, autoexecutório, coercitivo/imperativo e exigível).

10. O poder de polícia¹ encontra-se inserto no art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 78 - Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, **regula a prática de**

¹ Em linhas gerais: “Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, **em benefício da coletividade** ou do próprio Estado” (Grifado). In: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 115.

ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, **ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão** ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública **ou ao respeito** à propriedade e **aos direitos individuais ou coletivos**. (Grifado)

11. O poder de polícia, na concepção de Justen Filho, transcende a concepção de simples “manutenção da ordem pública para servir de instrumentalização à proteção dos direitos fundamentais e ampliou seu espectro para incluir, além da imposição de deveres de abstenção (não fazer), deveres de fazer”².

12. Para Juarez Freitas também “surge a importância de se conferir à sociedade maior responsabilidade pelo seu próprio destino e reconduzir o papel do Estado a regulador e prestador de serviços essenciais, mediante correção das falhas de mercado e promoção dos direitos fundamentais”³.

13. Na categoria de direitos fundamentais, deve ser reconhecido, na esteira dos estudos de Diogo Moreira Neto, o princípio da subsidiariedade nas relações administrativas, de modo que somente:

aquelas demandas que por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e imperativa, inclusive com a centralização coacta de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade **deverão ser cometidas às organizações políticas, que atuarão,** portanto, **subsidiariamente à sociedade**⁴. (Grifado)

14. Desse conjunto colhe-se o modo de atuação voltado para a fiscalização de polícia e a sanção de polícia⁵. Assim como toda ação estatal, a ação de polícia se sustenta sobre interesses públicos primários.

15. Ressalte-se o plural do substantivo. Não há um interesse público, mágico, genérico, obscuro e que tudo justifica. Muito pelo contrário.

16. A Constituição Federal explicitamente destaca inúmeros objetivos ao Estado em seu art. 3º, entre os quais a construção de uma sociedade justa (inc. I), o desenvolvimento nacional (inc. II), reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III), promover o bem de todos (inc. IV).

²JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 588-590.

³Compartilha de idêntica posição Juarez Freitas, ao referir que o Direito Administrativo “tende a ser menos o Direito do Estado precipuamente executor direto dos serviços públicos ou universais e a se converter, em certa medida, no Direito do Estado Regulador, sem prejuízo da tarefa prestacional concentrada em assegurar o núcleo essencial dos serviços públicos”. Ver FREITAS, Juarez. O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 32.

⁴MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 20.

⁵MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 388.

17. Não fosse isso, há outros valores e objetivos gerais implícitos no ordenamento jurídico. Todos eles representam interesses públicos primários. Protegê-los é a tarefa maior do Estado, em última instância, porque todo interesse público se associa a um direito de natureza individual, coletiva ou difusa.

18. Já os atributos são prerrogativas conferidas à Administração Pública para que possa alcançar os seus fins no exercício da função administrativa.

19. Diga-se: são prerrogativas, não benefícios concedidos à Administração, quando ela está a perseguir o interesse público, sendo enumerados como:

(a) discricionário significando uma “disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir a avaliação da melhor solução para o caso concreto”⁶;

(b) a autoexecutoriedade “consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”⁷; o

(c) poder coercitivo ou imperativo advém da necessidade de a Administração impor obrigações a terceiros. Decorre do *poder de império* também denominado *poder extroverso*⁸, que permite ao Poder Público editar provimentos que “interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações”⁹; e a

(d) exigibilidade¹⁰.

20. É na conjectura desses últimos, especialmente de acordo com Celso de Mello, que:

(...) **graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de meios indiretos que induziram o administrado a atender ao comando imperativo.**

Graças **à executoriedade**, quando esta exista, **a Administração** pode ir além, isto é, **pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica compelindo materialmente o administrado**, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão.

⁶JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

⁷MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 157.

⁸Que é esta qualidade da prerrogativa supracitada, expressão que Renato Alessi (*apud* DI PIETRO, 1996, p. 166) convencionou chamar de Poder Extroverso do Estado, a qual enseja o permissivo ao Poder Público de editar atos que vão além da esfera jurídica do sujeito eminente (no caso a Administração Pública) e que interferem no campo jurídico de outras pessoas (os particulares, via de regra), de modo a lhes impor, legítima e unilateralmente, obrigações, que obviamente, não decorrem de suas respectivas manifestações de vontade, como seria de rigor se a situação ocorresse na seara do direito comum (direito privado – civil e comercial). *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1996.

⁹MEIRELLES, *idem*, p. 388.

¹⁰MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 389.

Quer-se dizer: **pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir.** (Grifado)

21. Não é demais lembrar que o Estado Democrático de Direito ao qual a Constituição Federal assegura pressupõe este passe pela Administração Pública para se efetivar em sua plenitude.

22. A Administração Pública é legitimada a intervir nos campos econômicos e sociais e por meio das agências reguladoras cujo intuito é fiscalizar e regulamentar a atuação de determinados segmentos econômicos e serviços públicos, segundo uma série de princípios fundamentais constitucionais como o da legalidade que é inerente ao exercício da Administração, com reflexos diretos no Contrato de Concessão n. 01/2014, celebrado entre as Requeridas e a Requerente.

23. As agências reguladoras são autarquias especiais de controle previstas no ordenamento jurídico e têm, como finalidades principais, a regulação e o controle de atividades econômicas exercidas por entes privados, atuando conforme parâmetros fixados **em lei**¹¹. Mais especificamente em relação à ANTT a Lei n. 10.233/2001.

24. E, ainda que vinculadas ao Poder Executivo, os atos praticados são constantemente objeto de controle externo pelo Tribunal de Contas da União (TCU)¹², cuja fundamentação constitucional para auxiliar o Poder Legislativo¹³ encontra-se inserida no art. 70, com vistas a fiscalizar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos oriundos do exercício regular das atribuições e competências das agências, a exemplo da ANTT.

25. Para tanto, Marçal Filho traz com propriedade o enquadramento do poder de atuação o Tribunal de Contas da União, com enfoque no acompanhamento constante sobre todas licitações e contratos firmados no âmbito das agências reguladoras, que envolvam as mais diversas modalidades (concessão de rodovias etc.). Esse controle versará, basicamente:

sobre a gestão administrativa em sentido próprio. Não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência. O que se deverá verificar serão os dispêndios, **licitações e contratações**

¹¹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2014, p. 588-589.

¹²Apesar de estarem presentes os aludidos “poderes especiais” na atuação das agências reguladoras e de ser praticamente consensual a importância de sua autonomia para o funcionamento desejável da regulação, isso não significa que seja imune ao controle também estatal sobre essas entidades. Para Marcos Souto (2001, p. 341): “A figura do agente regulador independente não afasta as regras de controle”. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹³Ainda Justen Filho (idem, p. 546): “**O Poder Legislativo, ao controlar os atos praticados pelas agências reguladoras, age em conformidade com a Constituição** e não desrespeita a separação dos poderes, **devendo sempre verificar se os atos praticados estão em conformidade** com o ordenamento jurídico e se foram praticados por pessoas legitimadas, **para que os ideais de justiça possam ser alcançados** e os serviços prestados pelas entidades reguladoras estejam em conformidade com os interesses sociais”. (Grifado).

produzidos, os atos atinentes a pessoal e sua remuneração. **Enfim, a atuação do Tribunal de Contas envolverá a fiscalização das agências reguladoras** enquanto autarquia federal, não como órgão titular de competências regulatórias¹⁴. (Grifado)

26. A realização de auditorias possibilita ao TCU analisar não só os atos da Administração Pública sob o aspecto da legalidade, mas também seu desempenho na eficiência, eficácia e economicidade, minimizando riscos, criando condições necessárias para estabilidade das regras, o correto cumprimento dos contratos e a utilidade da regulação.

27. Nessa mesma linha, enfatizando o princípio da eficiência cumpre rememorar sua expressa referência na Emenda Constitucional (EC) n. 19/1998, que implicou significativa repercussão no modelo de controle:

EC n. 19/1998:

Art. 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal **passam a vigorar com a seguinte redação**, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios** de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade **e eficiência**". (Grifado)

28. Em paralelo a isso, registre-se que, com a edição da Lei n. 11.079/2004, que trata das normas para a contratação de Parcerias Público-Privadas (PPP) no âmbito da Administração Pública, o TCU ainda passou a incorporar em sua sistemática de fiscalização o acompanhamento do desempenho dos contratos de PPP.

29. Se acaso for sopesado o desempenho da ex-Concessionária como ponto de avaliação da verdade dos fatos vs. expectativa e experiências experimentadas pela ANTT no contrato celebrado com a GALVÃO, as medidas devem ser quantificadas desde que observado atentamente que a ex-Concessionária sequer preencheu os requisitos mínimos para início da cobrança de tarifa básica de pedágio (TBP) na rodovia federal da BR 153. Por certo, esse sopesamento se desalinha quando uma das contratantes se torna inadimplente.

¹⁴JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 588.

30. Essa situação alarmante só convalida a legalidade das multas administrativas instrumentalizadas nos autos de infração n. 43/2016, 58/2016, 01/2017 e 03/2017, dentre outros fatores^{15,16,17}.

31. Como orienta Flávio Willerman:

(...) não se pode chegar ao absurdo de imaginar que todas as situações que configurarem omissão estatal serão passíveis de fazer surgir o dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na sua responsabilização objetiva. **O Estado não pode ser concebido como uma seguradora universal de todos os males** ocorridos na sociedade¹⁸. (Grifado)

32. Nesse contexto, não há dúvidas de que a agência reguladora de transportes terrestres, na qualidade de autarquia, obedeceu aos limites impostos pela lei e adotou decisões condizentes com sua finalidade legal, promovendo maciça investigação sobre descumprimentos contratuais pela ex-Concessionária, aplicando as respectivas penalidades de modo casuístico, o que *per se* demonstra acerto na gestão de melhores políticas públicas em prol do interesse da sociedade¹⁹ tal como se espera, sempre foi e assim se manterá²⁰.

¹⁵O intuito de qualquer leilão de licitação no setor de transportes com duração de 30 anos ou superior é a adequada prestação de serviços públicos e não a retomada da concessão que deixou de receber nenhum investimento visível de melhoria na rodovia mesmo quase 3 anos de vigência do contrato, quer dizer, incompleta a primeira etapa da duplicação (não execução de 10% das obras = trabalhos iniciais), partindo-se da confrontação de datas da assinatura, 12.9.14, do início da concessão, 31.10.14, e publicação do decreto de caducidade, 16.8.17.

¹⁶Nos termos do Acórdão 1116/2017-Plenário do TCU proferido na Representação formulada pela Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás (SECEX-GO), processo autuado sob o n. 006.621/2017-1, destaca-se o item 7 do Relatório da lavra do Ministro Walton Alencar, donde se extrai o seguinte trecho: **“anotou-se ser de conhecimento público que a Concessionária, controlada pela empresa Galvão Engenharia, em recuperação judicial, não iniciou as obras de duplicação e vem conduzindo precariamente os serviços de manutenção”** (Grifado).

¹⁷A substituição de uma concessionária enquanto outra não sobrevier além de acarretar na precariedade e atrasos da região, não inibe possível responsabilidade civil do Estado pela suposta má prestação, mau funcionamento ou ineficiência. Tal responsabilidade encontra-se prevista no art. 37 da Constituição Federal e no art 927 do Código Civil, no trecho: “aquele que, por ato ilícito causar dano a outra pessoa tem obrigação de repará-lo”. Em suma, mesmo que não tenha dado causa ao evento, restará configurada a hipótese de dano ao Erário, sobrecarregando, ao final, os usuários e toda a coletividade.

¹⁸ WILLERMAN, Flávio de Araújo. Responsabilidade civil das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 31-32.

¹⁹Nesse sentido, Leila Cuéllar (2001, p. 103), aponta um fator de mudança comportamental que não passa obviamente despercebido pela Administração Pública e demais órgãos de controle (interno, agências reguladoras; externo, TCU, Congresso Nacional), revelando uma nova leitura do chamado poder-dever para um contexto mais amplo, o controle social: “[o] **controle social despertou a população para cobrar uma melhor prestação dos serviços públicos**, pois não existem barreiras para o exercício desse direito pelos cidadãos, e apesar da falta de leis processuais que definam a defesa dos usuários de serviços públicos, **o exercício desse controle é uma expressão direta de cidadania**, que não gera altos custos e conta com o apoio dos meios de comunicações para facilitar e ampliar a sua utilização”(Grifado). In: CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

²⁰Quanto aos efeitos das concessões e os direitos dos usuários, muito clara e precisa é a lição de Héctor Escola (*apud* DI PIETRO, 2002, p. 94), “[a] situação do usuário, **nos serviços públicos** concedidos, **é idêntica à que lhe cabe quando o serviço é prestado diretamente pela administração: é o beneficiário, é o destinatário do serviço público**, e como tal não é parte na relação contratual concedente-concessionário, mas **sobre ele repercutem os efeitos do contrato celebrado, que se**

33. Partindo da premissa de que as cobranças representam mecanismos concretos e eficientes de reduzir os impactos negativos advindos da retomada de concessão pela Administração Pública, que demanda grandes esforços de elevado custo para o Erário e, antes deste, do bom uso das contribuições e impostos pagos pela sociedade.

34. Nada mais justo exigir a quem deu causa a extinção antecipada do Contrato as respectivas contrapartidas. No caso, são compreendidas as contrapartidas como o pagamento pelo serviço concedido não executado apurado por meio das multas administrativas lançadas.

IV. IRREGULARIDADES DE RESPOSTA DA EX-CONCESSIONÁRIA

IV.1 – Nulidade Absoluta da Manifestação GALVÃO sobre Multas

35. Identifica-se, de pronto, que a manifestação da ex-Concessionária encontra-se viciada, pois apócrifa e, portanto, inexistente. Embora tamanha situação pudesse sofrer as respectivas correções como de ordem meramente sanável, é preciso que todos os envolvidos se atenham aos limites estabelecidos na Ata de Missão que expressamente indica a validade dos atos praticados com a aposição de assinaturas como requisito a ser alcançado.

36. Retorquindo a forma com que a ex-Concessionária desenha sua tese inaugural, vale acrescentar que todos estão subordinados às normas que regem um contrato firmado no país, com especial atenção aos ensinamentos da própria lei de arbitragem n. 9.307/1996 (LArb):

Art. 21. **A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem**, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.
(Grifado)

37. Nessa esteira, não obstante o procedimento arbitral seja pautado essencialmente na autonomia da vontade, há preocupação com o respeito ao princípio da igualdade, não se admitindo que sobre uma parte recaiam todos os ônus enquanto à outra somente são carregados bônus. Se assim fosse permitido, não se teria, em verdade, um processo, e sim uma simulação²¹.

38. Idêntica situação serviria para as sentenças arbitrais que, uma vez sem as assinaturas do grupo de julgadores teria o mesmo resultado. No entendimento de Marcos Vinicius Fernandes, a sentença desprovida de assinatura será inexistente ainda que a lei classifique duramente como nula:

estendem em relação a ele. De tal modo, a situação do usuário não é senão **uma situação jurídica objetiva**, que se origina no fato mesmo **da utilização do serviço público**. São indiferentes – estando sempre no campo dos serviços públicos *uti singuli* – as modalidades que ofereça o serviço e as formas adotadas para sua prestação. Só o fato de sua utilização é que dá lugar ao nascimento de relações entre o concessionário e o usuário; **só a utilização gera direitos e obrigações**”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

²¹CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 410.

(...) a **sentença desprovida de** dispositivo ou **assinatura será inexistente**, muito embora **a lei classifique** tais atos **como nulos**. A inexistência, ao contrário da nulidade faz com que a invalidade tenha um grau tão elevado que possa ser alegada a qualquer momento em que se pretenda atribuir eficácia à sentença²². (Grifado)

39. De outro tanto, compete frisar que no caso das sentenças apócrifas a descaracterização do título é ainda mais evidente, segundo a mesma doutrina:

O poder jurisdicional do árbitro decorre de uma conjunção entre a possibilidade legal de se submeter uma determinada matéria ao juízo arbitral somada à autonomia da vontade das partes em permitir que os árbitros solucionem um conflito específico. Por essa razão, **a sentença arbitral que ultrapasse os limites** concedidos ao árbitro **por meio do compromisso arbitral será inexistente**²³. (Grifado)

40. É praxe observar o Regulamento da CCI a fim de dissipar dúvidas porventura suscitadas no curso do procedimento para não incorrer em falta grave. A análise do art. 30, define como requisito a aposição de assinatura para validar as intenções dos litigantes ou decisões de competência do tribunal arbitral, assim sendo:

ARTIGO 30

Prazo par a prolação da sentença arbitral final

1. O prazo para o tribunal arbitral proferir a sentença arbitral final é de seis meses. **Este prazo começará a contar a partir da última assinatura** aposta pelo tribunal arbitral **ou pelas partes na Ata de Missão** ou, no caso, previsto no artigo 23(3), a partir da data da notificação pela Secretaria ao tribunal arbitral da aprovação da Ata de Missão pela Corte. A corte poderá fixar um prazo diferente de acordo com o cronograma de procedimento estabelecido nos termos do artigo 24(2). (Grifado)

41. A assinatura não significa pura formalidade, mas sim a confirmação de autoria e responsabilidade inerente a quem deposita seu nome nos documentos que tramitam perante o tribunal arbitral.

42. Afora isso, as manifestações avulsas da ex-Concessionária oferecem um mascarado benefício da dúvida ou hipótese de inocência para induzir a erro os árbitros. Esse método não corrobora a esperada boa-fé processual que é basilar em qualquer disputa, seja no judicial ou no formato heterocompositivo do procedimento arbitral.

43. Deve-se, nesta oportunidade, alertar ao tribunal que a ANTT adotou a arbitragem nos contratos administrativos como via inteligente, técnica, sobretudo transparente, pois nos casos

²²FERNANDES, Marcos Vinicius Tenorio da Costa. Anulação da sentença arbitral. *Jornal Carta Forense*, fev. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/anulacao-da-sentenca-arbitral/10375>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²³FERNANDES, *idem*.

em que a Administração Pública figure no polo igualmente deve-se curvar ao princípio constitucional da publicidade, mais uma vez obedecendo à Carta Magna.

44. No mais, os pedidos contidos na manifestação da ex-Concessionária guardam íntima relação com o mérito, se foi ou não culpada pela caducidade e descumprimentos contratuais sucessivos; ainda que seja visivelmente constatada a perda do objeto antes mesmo da instauração final do procedimento, pois reconhecida sua incapacidade por Decreto Presidencial e, ainda, sem que esta decisão do Chefe do Poder Executivo tenha sido alvo de controle de constitucionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal (STF) manejado pela GALVÃO.

45. À luz desse quesito de a ex-Concessionária buscar de forma imediata garantias ou procedência dos pedidos, no intuito de esgotar no todo ou em parte, o objeto da arbitragem; apenas a título ilustrativo que envolve legislação especial que torna incabível medida liminar contra atos do Poder Público no âmbito judicial, para equiparação de condicionantes, dispõe o art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992:

Art. 1º **Não será cabível** medida liminar **contra atos do Poder Público**, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal(...)

§ 3º **Não será cabível medida** liminar **que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação**. (Grifado)

46. Na disciplina da aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, leia-se Poder Público, para adiantar o sentido exemplificativo, a Lei n. 9.494/1997, prevê as mesmas hipóteses da lei que regula as concessões de medidas cautelares contra a Administração Pública. Assim espelhado:

Art. 1º **Aplica-se à tutela antecipada** prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil **o disposto** nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, **e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992**. (Grifado)

47. A Requerida¹ tem noção de que a arbitragem não se pauta obrigatoriamente a técnica processual civil, muito menos é adequado avocar a teoria da *Kompetenz-Kompetenz* pelo fato de esta não ser o questionamento em debate.

48. Concluindo este capítulo, os argumentos trazidos pela ex-Concessionárias são frágeis e distorcem, infelizmente, a verdade real dos fatos. Já o reconhecimento de aptidão, deveria tê-lo comprovado durante a vigência do Contrato de Concessão que sequer perdurou por 3 (três) anos do total de 30 (trinta) anos.

V.1 – Responsabilidade da Requerente na Precificação da Proposta

49. No que tange à responsabilidade pela análise técnica de infraestrutura existente na BR 153, além da dimensão de obras que devem ser implementadas no curso de um Contrato de Concessão com vigência pelos próximos 30 (trinta) anos, somado a elaboração, precificação e apresentação da proposta de acordo com os parâmetros do Edital e anexos disponibilizados publicamente e não somente aos interessados em habilitar-se no processo licitatório, erros de projeção nas propostas decorrem naturalmente dos seus titulares, e não da Administração Pública.

50. O raciocínio ganha destaque porque a ex-Concessionária visa nitidamente contornar a dinâmica dos fatos, moldando o senso de responsabilidade e riscos inerentes à atividade empresarial para um plano diferente das provas carreadas nestes autos.

51. Como se trata de um ato de vontade, a proposta deve refletir a verdadeira expressão do desejo do proponente, sem o qual, o efeito jurídico da vinculação não se operaria. Nas licitações, não seria diferente, pois a proposta só tem força vinculante se exteriorizada, sem a qual, a Administração Pública, não pode aceitá-la.

52. Marcelo Caetano²⁴ já dizia, ainda ao tempo da vigência do Decreto-Lei n. 200/1967 como norma reguladora das licitações no país, que as propostas deveriam ser sérias, firmes e concretas. A esses requisitos, Adilson Dallari²⁵ acrescentou que as propostas devem estar “ajustadas às condições do edital”.

53. Sobre tais elementos, Celso Bandeira de Mello, com o habitual didatismo, esclarece que:

Proposta ajustada às condições do edital e da lei, como intuitivamente se percebe, é que se contém no interior das possibilidades de oferta neles permitida. **Proposta séria é aquela** feita não só com o intuito mas também a possibilidade **de ser mantida e cumprida**. (...) **Proposta firme** é aquela feita **sem reservas**, quais as de cláusulas condicional ou resolutive. **Proposta concreta é aquela** cujo conteúdo ofertado está perfeitamente determinado nela mesma, **sem estabelecer remissões** a ofertas de terceiros, quais *exempli gratia*, o ‘preço que for mais baixo’ ou ‘tanto por cento a menos que a melhor oferta’ etc.²⁶ (Grifado)

54. O administrativista atribui às propostas inexecutáveis a ausência do requisito da seriedade, porquanto representariam comportamento censurável nos termos do art. 173, § 4º, da Constituição Federal.

²⁴CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 539.

²⁵DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. Rio de Janeiro: São Paulo, 1992, p. 94.

²⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 551.

55. Marçal Filho enaltece o ponto chave que fulmina qualquer dúvida. Afinal, à questão fundamental não reside no valor da proposta, o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou, em suas sábias lições:

“A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja – **o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou**”²⁷. (Grifado)

56. A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante. Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa será uma decisão empresarial privada. Não cabe à Administração Pública a tarefa de fiscalização da lucratividade.

57. Sob esse ângulo, convém trazer o entendimento irretocável de Marçal Filho:

“Não é cabível que o Estado assuma, ao longo da licitação, uma função similar à de curatela dos licitantes. **Se um particular comprometer excessivamente seu patrimônio deverá arcar com o insucesso correspondente**”²⁸. (Grifado)

58. Por assim dizer, a postura realizada pela empresa licitante deve ser por ela suportada, sob pena de sua atitude frustrar o princípio da igualdade de concorrência entre os licitantes, tendo, desta feita, prejudicado os demais concorrentes que, de forma prudente, programaram em suas propostas os custos e garantias desta situação previsível.

59. Ademais, caberia à contratada na época e prazo do Edital ter previsto todos os custos e riscos devidamente apurados e contabilizados em sua proposta enviada à Administração Pública para fins de participação na licitação que resultou no contrato administrativo, os efeitos decorrentes da escolha da melhor proposta que, não necessariamente sagraria vencedora a Requerente.

60. Através dessas notas pode-se identificar o princípio da vinculação do instrumento convocatório como um dos óbices às pretensões deduzidas pela ex-Concessionária.

61. Tal princípio apresenta extrema relevância no âmbito das licitações, pois dá a certeza aos interessados no certame do que pretende a Administração Pública, vez que: “vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras da convocação, deixando de considerar o que nele se exige”²⁹.

62. Outro princípio da licitação que seria afrontado caso aceito o entendimento defendido pela GALVÃO seria o da isonomia entre os licitantes. É que este princípio, aliado ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório formam dois dos principais pilares do procedimento

²⁷JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 653.

²⁸JUSTEN FILHO, idem, p. 653.

²⁹FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 248.

licitatório. Os licitantes tomam ciência do interesse e das regras do certame pelo Edital e seus anexos.

63. Caso a ex-Concessionária não concordasse com a exigência (obrigatoriedade) de garantias de suficiência financeira para fazer cumprir o serviço concedido deveria ter impugnado o Edital, permitindo que todos os licitantes dispusessem de condições igualitárias para apresentarem suas propostas.

64. Todavia, esse evento de impugnação do Edital não ocorreu por desídia da ex-Concessionária ou mecanismo tático para eliminar os demais licitantes. De mais a mais, independente do que ensejou a inércia, a teoria da imprevisão não guarda nenhuma lógica para este procedimento, muito menos poderia sobrepor o interesse público (da sociedade) com rasas argumentações esposadas pela Requerente.

V.2 – Inexistência de Razões para o Reequilíbrio Contratual

65. Para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, com base no art. 65, II, d, da Lei n. 8.666/93, há a necessidade de existência da ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, para que possa ser caracterizado algum desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato de Concessão, o que de fato não aconteceu por irresponsabilidade da Administração Pública.

66. A Administração Pública, frente à demanda verificada para fazer face à manutenção de sua organização administrativa, e como opção conferida pelo ordenamento jurídico, necessita realizar procedimentos licitatórios para fomentar o aprimoramento dos serviços públicos.

67. Nesse vetor, para a recomposição econômico-financeira devem ser atendidos alguns requisitos entabulados na Lei n. 8.666/1993:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II – por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, **na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis**, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito, ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. (Grifado)

68. Para o perfeito delineamento da matéria, o TCU fixou as balizas necessárias para que se proceda à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com base no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993. Veja-se:

Equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pela Constituição Federal, consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço.

Nas hipóteses expressamente previstas em lei, é possível a Administração, mediante acordo com o contratado, restabelecer o equilíbrio ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato se justifica nas seguintes ocorrências:

• fato imprevisível, ou previsível porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado;

• caso fortuito ou fato do príncipe, que configure álea econômica (probabilidade de perda concomitante a probabilidade de lucro) extraordinária e extracontratual.

Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato será concedido quando for necessário restabelecer a relação econômica que as partes pactuaram inicialmente.

Para que possa ser autorizado e concedido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pedido pelo contratado, a Administração tem que verificar:

• os custos dos itens constantes da proposta contratada, em confronto com a planilha de custos que deve acompanhar a solicitação de reequilíbrio;

• ao encaminhar a Administração pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, deve o contratado demonstrar quais itens da planilha de custos estão economicamente defasados e que estão ocasionando desequilíbrio do contrato;

• ocorrência de fato imprevisível, ou previsível porém de conseqüências incalculáveis, que justifique modificações do contrato para mais ou para menos.³⁰

69. O TCU inúmeras vezes se pronunciou neste sentido de impossibilidade de recomposição da equação econômico-financeira. Colaciona-se, abaixo, julgados a respeito:

ACÓRDÃO 1286/2019-2ª Câmara, Relator Ministro Augusto Nardes

4.10. **Desassiste razão ao recorrente**, ainda, pois o ex-alcaide **não se socorreu de qualquer medida visando à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro** do convênio, **inclusive com a arrimo na teoria da imprevisão, em virtude do fenômeno natural ocorrido (...)**

4.12. Portanto, **caso entendesse**, como alega, que **os recursos seriam insuficientes para a conclusão das obras**, ou verificasse **a impossibilidade de a elas dar prosseguimento, deveria buscar a repactuação do ajuste**, em bases financeiras compatíveis com as alterações de custos de materiais e mão de obra decorrentes da prorrogação do Convênio, ex officio, por parte da Funasa, e conseqüente atraso no repasse das parcelas subsequentes. Além disso, o recorrente não efetuou a devolução dos recursos depositados e aplicados na

³⁰Tribunal de Contas da União. TCU: Brasília, 2010, p. 811/812.

conta do convênio, o que só foi feito na gestão da Prefeita Adriane Maria Magalhães Prado (peça 2, p. 13). (Grifado)

ACÓRDÃO 4125/2019-1ª Câmara, Relator Ministro Bruno Dantas

33. Se a empresa contava com o reajuste da Oracle em abril, conforme exposto nos pedidos, **a expectativa** desse reajuste **já deveria estar embutida no preço da proposta**, pois não seria nada incomum que se levassem 4 meses até o pagamento. Destarte, **a desvalorização ocorrida não foi exagerada e tampouco inesperada, inexistindo os pressupostos para aplicação da teoria da imprevisão.**

ACÓRDÃO 874/2018-Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas

(...) verifica-se que devem estar presentes a imprevisibilidade ou a previsibilidade de efeitos incalculáveis e o impacto acentuado na relação contratual (teoria da imprevisão); **e que haja análise demonstrativa acerca do comportamento** dos demais insumos relevantes **que possam impactar o valor do contrato** (Acórdão 1.604/2015-TCU-Plenário). (Grifado)

ACÓRDÃO 2927/2011-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar

231. Quanto à **teoria da imprevisão, segundo larga jurisprudência deste Tribunal e de outros tribunais superiores judiciários**, sua evocação **somente é cabível** quando sobrevierem **fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis**, ou em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual, conforme o art. 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666, de 1993.

Mas, no presente processo, estão em exame justamente contratos de longo prazo, de 20 a 25 anos, **assinados diante de cenários de incertezas**. (Grifado)

70. Como se vê, o confronto dos posicionamentos acima externados com o caso concreto permite afirmar que não se configurou nenhuma situação que dê azo aos reclamos da Requerente e por ser risco comum que competia à GALVÃO, melhor sorte não lhe assiste nesta arbitragem.

71. Claramente do texto da lei, bem como do entendimento do TCU sobre a matéria, há necessidade de existência da ocorrência de fatos anômalos para que possa ser caracterizado algum desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos realizados entre a Administração Pública e o particular.

72. Em outras palavras, Marçal Filho destaca que a Administração Pública pode recusar o restabelecimento da equação apenas mediante invocação da ausência dos pressupostos necessários, a exemplo da:

- ausência de elevação dos encargos do particular;
- ocorrência do evento antes da formulação das propostas;

- ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado;

- **culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (o que inclui a previsibilidade da ocorrência do evento)**.³¹ (Grifado)

73. Consoante a falta de justificativas plausíveis, o pedido de reequilíbrio não se mostra a medida mais adequada, ainda que a ex-Concessionária tente por meio de volumosas manifestações provocar o reconhecimento de direitos exclusivos oriundos do Contrato de Concessão, ignorando as cláusulas de obrigações as quais também estava sujeita.

74. Como é evidente, direitos e obrigações são os alicerces de qualquer contrato, seja administrativo, civil ou comercial.

75. Tampouco faria sentido que a 'culpa da contratada pela majoração dos seus encargos' pudesse recair perante a Administração Pública que, novamente como dito, está a todo tempo agindo de forma prudente e segundo os ditames da lei, sem causar prejuízos a ninguém, diferentemente que se atesta em relação à Requerente.

V.3 – Inaplicabilidade Automática da Teoria da Imprevisão

76. Na sistemática dos contratos administrativos, observa-se que, para que o fundamento normativo para a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro reste concretizado, deve verificar-se o advento dos requisitos incutidos no certame, o que afasta a teoria da imprevisão suscitada pela ex-Concessionária para eximir-se das obrigações contratuais e causar insegurança jurídica na relação travada entre as Partes.

77. Segundo o entendimento de Lucas Furtado, então Subprocurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, *in verbis*:

Segundo a definição legal, fatos previsíveis, de consequências que se possam razoavelmente estimar, **não podem servir de fundamento à pretensão de recomposição de preços. A lei não visa suprir** a imprevidência **do particular ou sua imperícia em calcular o comportamento da curva inflacionária**, por exemplo. Apenas o resguarda de situações extraordinárias, fora do risco normal da economia de seus negócios. (Grifado)

Ademais, os contratos, ressalvadas as hipóteses de contratação direta, **são celebrados com a empresa vencedora do processo de licitação**, em que a Administração, entre várias propostas que se lhe formularam, **escolheu a** que lhe era **mais vantajosa. Mais vantajoso deve ser entendido como a que atende ao fim público visado e com o menor custo possível**³². (Grifado)

³¹FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 748.

³²FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 485.

78. Ressalta, ainda, o mesmo autor que a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativo a todo tempo e modo 'seria negar qualquer sentido ao instituto da licitação e premiar o licitante que, por má-fé ou inépcia empresarial, apresentou proposta que, como tempo, revelou-se antieconômica':

De fato, admitir a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos fora das circunstâncias definidas em lei, vale dizer, aceitar a recomposição de preços nos contratos **a todo tempo e modo,** na hipótese de o contratante **apenas demonstrar alterações na relação econômico-financeira,** **seria negar qualquer sentido ao instituto da licitação e premiar o licitante que, por má-fé ou inépcia empresarial, apresentou proposta que, com o tempo, revelou-se antieconômica.**

A licitação, caso não sejam definidos critérios rígidos para aplicação da teoria da imprevisão, poderia conduzir a Administração à escolha de propostas apenas aparentemente mais econômicas. As empresas que oferecessem propostas adequadas assentadas em previsões benfeitas e com margem de lucro razoável, poderiam ser derrotadas por propostas mal calculadas, que manifestariam seus malefícios somente meses mais tarde³³. (Grifado)

79. Em sintonia a esse entendimento, Marçal Filho assevera o seguinte:

Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela à equação econômico-financeiro não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, **após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração**³⁴. (Grifado)

80. Além de representar conduta reprovável ética e moralmente, o que por si só já viola a boa-fé, tida como cláusula geral que se impõe a todos aqueles que entre si celebrem ajustes de vontades, tal postura fere, ainda, princípios reitores do regular processo licitatório, como, por exemplo, a igualdade entre os concorrentes, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo das propostas.

V.4 – Risco do Negócio a cargo da Requerente

81. Apesar das intenções suscitadas em Réplica, é fato que a responsabilidade da iniciativa privada não enseja maiores divergências doutrinárias ou jurisprudenciais, apesar do dever legal de agir (e bem).

³³FURTADO, *idem*, p. 485.

³⁴JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 890.

82. A Concessão é um dos instrumentos de que o Poder Público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela ‘transferência de atribuições’ ao setor privado. Esse movimento estimula a livre iniciativa e o desenvolvimento do país.

83. Ainda que a Concessão se faça por contrato administrativo, portanto, regido pelo Direito Público, e, ainda que o Poder Público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e fixe a tarifa (nas hipóteses de atendidos os resultados e cronogramas de obras), a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada, que se declarou capaz de assumir as responsabilidades inerentes ao Contrato.

84. Como registra o jurista André Saddy:

“(…) é sempre feita no interesse da coletividade e **o concessionário fica obrigado a prestar o serviço em condições adequadas para o público**”³⁵.
(Grifado)

85. Na contramão dessa lógica, a ex-Concessionária distorce os reais fatos e incumbências de ordem contratual para sustentar um pedido vazio, justificando desde o início gastos e dívidas para suprir investimentos na rodovia concedida, sem que pudesse ou devesse ser responsabilizada a tal ponto.

86. Nas Alegações Iniciais essas foram as palavras da ex-Concessionária acerca de pleitear financiamento para obras das quais deveria ter se precavido antes de competir no leilão da BR 153:

171. Nesta seção, demonstra-se como a não disponibilização à Requerente dos financiamentos prometidos pelo Poder Concedente nos termos previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos é evento que materializa risco alocado pelo Contrato de Concessão e/ou pela legislação aplicável ao Poder Concedente. Tal evento caracteriza-se juridicamente, portanto, como Evento de Desequilíbrio – particularmente, como materialização de hipótese de caso fortuito ou força maior não segurável, configurando álea econômica extraordinária (IV.2.3.1)

(…)

187. (...) Considerando as declarações e promessas de representantes das requeridas e o histórico do BNDES como principal financiador dos projetos de infraestrutura em geral e das concessões rodoviárias em especial, a não disponibilização pelo banco do empréstimo-ponte era evento que as partes, razoavelmente, jamais poderiam prever.

87. Para rebater tais inverdades e demonstrar o quanto a ex-Concessionária se contradiz, vale recorrer ao texto da Réplica de onde, em suas próprias palavras, bem demonstrou pleno conhecimento das regras as quais aderiu no curso do processo licitatório público, sem que

³⁵SADDY, André. Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária. Revista Legislativa, Senado Federal. Brasília. Ano 50, n. 198, abr./jun. 2013, p. 36.

nenhuma surpresa lhe tivesse acometido, nele incluso o risco do empreendimento, especialmente na página 42:

Os custos incorridos **pelos licitantes para a avaliação** dos projetos **de suas propostas** e **para a participação nas licitações públicas** são levados em consideração **na formulação de sua proposta econômica** (...)

Mesmo porque, os estudos e avaliações elaborados à época **são fundamentais para o planejamento das atividades da concessionária** e passam, portanto, a integrar o acervo de propriedade da SPE. (Grifado)

88. E complementa na página 51:

“É incontroverso que a Concessionária não atingiu diversas das metas e obrigações que o Contrato de Concessão lhe imputava”. (Grifado)

89. Note-se que a ex-Concessionária ‘não obteve recursos de terceiros (o financiamento ponte não lhe foi concedido pelo BNDES) e teve que aplicar na Concessão capital próprio, aportado pelo seu acionista’.

90. Esse tema embora conste na página 46 da Réplica já foi exaustivamente desconstruído, conquanto incoerente confiar na concretude de financiamentos para concessões tão somente e, se, efetivamente liberada a quantia pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

91. Essa tese se corrói na medida em que superados os estudos prévios de garantias de solvência das empresas, um rito comum, diga-se, outra necessidade aparece e deveria ser preferencial, a de a licitante sentir-se apta técnica e financeiramente para concorrer ao leilão.

92. Tanto isso é certo que as propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação são recusadas pelo Poder Concedente (art. 11 da Lei n. 11.079/2004 c/c art. 15, § 3º, da Lei nº 8.987/1995).

93. Do contrário, não faria o menor sentido que ‘os custos incorridos para participação não fossem apurados no planejamento das atividades quando de suas propostas’.

94. Não é difícil revisitar a Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações) no trecho em que, se a Administração Pública pudesse antever que a proposta apresentada pela ex-Concessionária não atendia nenhum requisito do processo licitatório, a Requerente seria sumariamente desclassificada, consoante orienta a Lei de Licitações:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - **as propostas que não atendam às exigências** do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido **ou com preços manifestamente inexequíveis**, assim considerados aqueles **que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos** dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do

contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Grifado)

95. Costuma-se afirmar que, enquanto o Direito Administrativo é pautado pelo formalismo, o Direito Privado é marcado pela liberdade das formas.

96. No campo das licitações e das compras governamentais, vigora o princípio do procedimento formal (ou princípio do formalismo) que impõe a observância fiel das normas e dos procedimentos previstos na legislação, na forma do art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo **à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei**, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza **ato administrativo formal**, seja ele **praticado em qualquer esfera da Administração Pública**. (Grifado)

97. É apropriado ressaltar que o princípio do procedimento formal não significa excesso de formalismo. No campo da denominada “Administração de Resultados”³⁶, segundo a qual a interpretação e aplicação do Direito não se fastam das consequências geradas pelas escolhas (aqui, representada pelos licitantes com propostas exequíveis e financeiramente lastreadas), o que naturalmente impõe reconhecer que a ex-Concessionária utiliza este procedimento para eximir-se do cumprimento das leis, do contrato, das responsabilidades e, principalmente, da proposta que apresentou, imbuída de promessas, essa sim que nunca poderia sequer ser aceita como vencedora.

98. Em verdade, do que se colhe das palavras da ex-Concessionária são argumentos chocantes de autodeclaração de incapacidade em operar um rodovia federal, visto que era conhecedora das exigências do Edital.

99. *Pari passu*, avançou nas diversas fases da licitação com uma proposta fantasma (sem qualquer garantia financeira real que suportasse o tamanho de uma concessão de rodovia federal), e, ao fim e ao cabo, após todo o contraditório e ampla defesa a que teve direito enquanto transcorria o processo de caducidade, vem alegar superficiais motivos para indenização?

100. A disparidade entre a proposta e sua efetivação não dão abertura para sugerir que a ex-Concessionária dependia dos Bancos Públicos ou do BNDES.

³⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107-110.

101. Se a Requerente estivesse de boa-fé desde o início da licitação, teria divulgado a ausência de recursos para cobrir as demais propostas, mesmo que fosse desclassificada [incontestavelmente], ao menos evitaria todo desgaste de retomada da concessão pelo Poder Público depois de longas análises técnicas que identificaram num curto espaço de tempo do Contrato então vigente à época, que a ex-Concessionária não tinha mínimas chances de honrar o compromisso firmado por intermédio de um contrato administrativo, com a finalidade precípua de implementar benefícios à sociedade em sentido amplo, ou mais *stricto sensu*, os usuários da rodovia.

102. Outro absurdo que se tem nota é a relativização da assunção da concessão defendida pela GO Associados em seu Parecer encomendado pela ex-Concessionária, a interpretação que apoia os interesses da GALVÃO está, pois, atrelada a uma concepção financeira para o cálculo do valor da indenização pleiteada aderente ao raciocínio econômico-financeiro da Concessão sem, atender corretamente às condicionantes estabelecidas no Contrato, as quais devem servir obrigatoriamente de partida não somente para fixar direitos e obrigações, sobretudo manter a boa-fé dos contratantes, antes e depois de encerrada essa relação. Posto isso, a idoneidade do documento é questionável, em caráter definitivo.

103. Ocorre, no entanto, que o direito invocado pela ex-Concessionária se esvaiu no exato momento em que parecer ser fácil identificar 'quem a lei e o Contrato de Concessão alocam o risco e a responsabilidade de tomar as providências necessária para neutralizar os impactos dos eventos que causaram essa indisponibilidade de recursos, que, por sua vez, impossibilitou que a Requerente pudesse realizar os investimentos necessários ao cumprimento do Contrato de Concessão'. Em particular, a GALVÃO.

104. Isso porque, nunca existiu vinculação entre a proposta noticiada na Carta de Apoio dos Bancos Públicos para execução do Contrato de Concessão. Veja-se que o financiamento não figura como elemento essencial para elaboração da proposta, em que pese a ex-Concessionária pretende reescrever as regras contidas no Edital e no próprio Contrato, aos quais voluntariamente aderiu durante quase 3 (três) anos de vigência, ao invés de interpretá-la corretamente. Talvez essa seja uma das razões de sua comprovada incapacidade técnica.

105. Não bastasse ainda esclarecer, a apreciação dos pedidos de financiamento pelos Bancos Públicos como já exposto anteriormente, não sofre qualquer ingerência da ANTT, sendo respeitadas as políticas de cada instituição e, assim também deve proceder a ex-Concessionária.

106. Se, ao tempo em que elaborou sua proposta não detinha lastro patrimonial suficiente, por consequência, trouxe flagrante desvantagem à leal concorrência enquanto esse era um dos requisitos para sua participação no processo licitatório, repita-se.

107. Como mencionado, se a ex-Concessionária busca na arbitragem direcionar uma ilusória responsabilidade à ANTT e à União sem fundamento algum, no esforço de construir tese que provoque dúvida sobre fatos incontroversos da incapacidade de atingir as metas estipuladas no Contrato público, ou seja, cujas cláusulas seguiram o Edital, não havendo surpresa no que tange aos critérios ali contidos.

108. Evidencia, sim e novamente, que os argumentos invocados nas Alegações Iniciais foram se transformando na Réplica na medida em que, ora indicava que dependeria de financiamentos, ora que o empréstimo-ponte não era essencial.

109. Apenas como referência, em recente julgado da Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT), a reforma de sentença para condenar a parte autora por litigância de má-fé após verificar alegações contraditórias tecidas na inicial e na impugnação, para o órgão colegiado daquele tribunal, a alteração da narrativa apresentada na inicial ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, decidindo com base nessa fundamentação:

Ante a **evidente contradição entre as alegações tecidas na exordial e impugnação**, as quais **afastam definitivamente a verossimilhança das alegações autorais**, tem-se como medida impositiva **a improcedência** dos pedidos formulados na presente ação³⁷. (Grifado)

110. Subsidiariamente, com esteio na redação dada pelo Código de Processo Civil de 2015, considera-se litigante de má-fé:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé:

I - **aquele que alterar a verdade dos fatos**;

V - **proceder de modo temerário** em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - **provocar incidente manifestamente infundado**, além de outras hipóteses;
(Grifado)

111. Nas lições de Sílvio Venosa, a postura de contradizer-se a todo momento reflete no abuso do direito, pois encontra-se no patamar além do que o direito e a sociedade permitem, e por se materializar em ato contrário ao direito ocasiona responsabilidade a quem contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma. Em:

Juridicamente, **abuso de direito pode ser entendido como fato de usar de um poder**, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, **além do razoavelmente o Direito e a Sociedade permitem**. O titular da prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que **sua conduta contraria a boa-fé**, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, **incorre no ato abusivo**. Nesta situação, **o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade**³⁸. (Grifado)

³⁷ Processo n. 0036004-57.2017.8.11.0002. Decisão disponível na íntegra em: <www.tjmt.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2019.

³⁸VENOSA, Sílvio Salvo. Direito civil. 3. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 603-604.

112. É até estranho que a ex-Concessionária adote uma linha de ataque diverso daquele anteriormente apresentado. A coerência deve pautar as atitudes e gestos das Partes, uma vez que é igual princípio de direito a proibição dos comportamentos contraditórios, também conhecido como *verine contra factum proprium*.

113. Esse princípio é bem traduzido nas palavras de Aldemiro Júnior:

A expressão *venire contra factum proprium* poderia ser vertida para o vernáculo em tradução que se apresentaria em algo do tipo “**vir contra seus próprios atos**” ou “**comportar-se contra seus próprios atos**”, pode ser apontada, em uma primeira aproximação, como sendo abrangente das hipóteses nas quais uma mesma pessoa, em momentos distintos, adota dois comportamentos, sendo que o segundo deles surpreende o outro sujeito, **por ser completamente diferente daquilo que se poderia razoavelmente esperar**, em virtude do primeiro³⁹. (Grifado)

114. Ademais, tem-se por abuso de direito a efetivação de ato deliberado e intencional de causar dano a alguém, como dita a definição do Código Civil de 2002, em seu art. 187:

“Art. 187. **Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes**”. (Grifado)

115. Nos dizeres de José Carlos Moreira Alves, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), o abuso caracteriza-se:

“**pelo exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrário ao critério econômico e social do direito em geral**”.⁴⁰ (Grifado)

116. Para Luciano Amaro, o abuso de direito:

“**Traduzir-se-ia em procedimentos** que, embora correspondentes a modelos abstratos legalmente previstos, só estariam sendo concretamente **adotados para fins outros que não aqueles que normalmente decorreriam de sua prática**”⁴¹. (Grifado)

117. Já na percepção de Alfredo Becker apoiado na doutrina de Marcel Paniol:

“(…) o direito cessa **onde o abuso começa**, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, **pela irrefutável razão de que um só e mesmo ato não pode ser simultaneamente, conforme o direito e contrário ao direito**”⁴². (Grifado)

118. Sendo uma regra moral, o abuso de direito entrega ao intérprete o poder de converter uma regra moral em regra jurídica, sendo que o intérprete não detém poder de legislar. O novo Código Civil suplantou tal questão pelo seu art. 187, quando prevê que o titular de um direito

³⁹JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas *apud* PRETEL, Mariana Pretel. O princípio constitucional da vedação do comportamento contraditório. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2140, 2009.

⁴⁰ALVES, José Carlos Moreira. As figuras correlatas da elisão fiscal. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 17-19.

⁴¹Amaro, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, 15. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 229.

⁴²Becker, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 126.

comete ato ilícito ao exercê-lo de modo manifestamente excedente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

119. Dessa forma, pode-se afirmar contundentemente que o legislador caracterizou o abuso de direito como ato ilícito.

120. A prática do abuso de direito pela ex-Concessionária tem por finalidade distorcer a verdade que se procura demonstrar com a aplicação da máxima transparência. Fazendo pressupor que a Requerente nunca se equiparou a melhor escolha no processo licitatório por questões óbvias, vez que o meio de transparência que deve permear os atos da Administração Pública não se interliga com as interpretações dos fatos tracejadas pela GALVÃO.

121. Insistindo a ex-Concessionária na descabida argumentação de inocência, deve-se ter em mente que tal postura beira a litigância de má-fé, impondo penalidades em razão de pedidos vazios para tanto. Sobre a litigância, a doutrina de Antonio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco⁴³ se posiciona favorável à sua avaliação no âmbito do procedimento arbitral, fazendo incidir o comando geral do art. 27 desse mesmo diploma legal⁴⁴, delegando aos árbitros o poder de impor tal sanção com discricionariedade no caso concreto.

V.5 - Não Obtenção de Financiamentos como desculpa para Descumprir o Contrato

122. Mesmo depois de alavancar um discurso contraditório como visto anteriormente de que a não liberação do empréstimo por parte do BNDES inviabilizou a continuidade do Contrato de Concessão, mais uma vez ficará registrado que a tese defendida pela GALVÃO não coaduna com a realidade.

123. Não se pode simplesmente afirmar que a não liberação do empréstimo se deu por conta da alardeada crise econômica que afetou os negócios e planejamentos da Requerente durante a vigência do Contrato, sob a bandeira da ocorrência de caso fortuito ou força maior.

124. Ocorre que nas mesmas condições de contexto econômico, TODAS AS DEMAIS concessionárias da 3ª Etapa conseguiram os empréstimos-ponte junto ao BNDES, como se pode constatar a partir da tabela a seguir:

⁴³CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78.

⁴⁴Lei de Arbitragem (de nº 9.307/96). Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, **bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé**, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver. (Grifado)

Concessão	Data do Leilão	(A) Data do Contrato de Concessão	(B) Data do Contrato de Empréstimo-Ponte*	Nº dias decorrentes entre a (A) e (B)
MGO	18/09/2013	05/12/2013	17/06/2014	194
MS Via	17/12/2013	12/03/2014	18/09/2014	190
CRO	27/11/2013	12/03/2014	11/09/2014	183
Concebra	04/12/2013	31/01/2014	15/07/2014	165
Via 040	27/12/2013	12/03/2014	10/09/2014	182
BR-153	23/05/2014	12/09/2014	-	-

125. Dessa forma, chama atenção a tese ventilada pela ex-Concessionária, logo confrontada com os empréstimos liberados para tantas outras licitantes que disputavam suas garantias, recursos e propostas sob regime de concessão de rodovias federais em favor do Poder Concedente para, ao final de todas as fases do leilão, firmarem o contrato administrativo.

126. Admitir, como quer a ex-Concessionária, que as regras para a concessão de empréstimos do porte dos que se está a tratar se esgotariam nas poucas linhas da Carta enviada por BNDES, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil ao Diretor-Geral da ANTT seria algo mais do que um informativo superficial, ofende a inteligência que merece ser estampada neste caso e ignora os estatutos e demais regulamentos da cada uma dessas instituições.

127. Longe de disciplinar tais operações, é claro o intuito desse documento: tão somente divulgar, em linhas gerais, as condições de apoio aos investimentos nos projetos relativos à 3ª Etapa das Concessões Rodoviárias Federais.

128. Mesmo nessa descrição superficial, há uma mensagem clara – ainda que de certa forma dispensável, como já mencionado acima:

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

129. Ou seja, a própria carta conjunta à qual tanto se apega a ex-Concessionária já esboçava para uma inafastável análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, de modo que nem sob este viés isolado é possível admitir qualquer surpresa por parte dos licitantes.

130. Como adiantado, a ex-Concessionária parte do pressuposto de que “cumpriu suas obrigações”, sendo o BNDES, portanto, obrigado a aprovar seu financiamento. Noutras palavras, busca fazer crer que, apresentada a documentação solicitada, a liberação do recurso dependeria de uma análise eminentemente cartorária.

131. A verdade é que as providências adotadas de quem venha a postular um financiamento perante o BNDES podem não ser suficientes para tanto. A esse respeito, cumpre rememorar o disposto no art. 10 do Decreto no 4.418/2002, que aprova o Estatuto Social do BNDES:

Art. 10. Para a concessão de colaboração financeira, o BNDES procederá:

I - ao exame técnico e econômico-financeiro de empreendimento, projeto ou plano de negócio, incluindo a avaliação de suas implicações sociais e ambientais;

II - à verificação da segurança do reembolso, exceto nos casos de colaboração financeira que, por sua natureza, envolva a aceitação de riscos naturais ou não esteja sujeita a reembolso, na forma dos incisos IV, V e VI do art. 9º;

III - a seu critério, à apuração da eventual existência de restrições à idoneidade da empresa postulante e dos respectivos titulares e administradores, a critério do BNDES.

Parágrafo único. A colaboração financeira do BNDES será limitada aos percentuais que forem aprovados pela Diretoria para programas ou projetos específicos.

132. Resumidamente, evitar todos os esforços necessários e possíveis para demonstrar a viabilidade do financiamento não passa de uma obrigação da Requerente. Jamais uma garantia de êxito.

VI. INCONSISTENTE TESE DE CRISE ECONÔMICA PARA DENUNCIAR O REEQUILÍBRIO CONTRATUAL

133. Os diversos argumentos de crise econômica para impulsionar os pedidos de reequilíbrio contratual, encontram-se fadados ao insucesso, afinal, como é esperado de um contrato de longo prazo (neste caso, de 30 anos) é normal que se atravesse períodos de oscilações na economia, ciclos financeiros e recessão, que se aplica não exclusivamente ao Brasil, mas em nível global.

134. Esse fato é traduzido por Augusto Dornelas:

“As sociedades, mais notadamente as econômicas vivem e convivem com financeiras e econômicas, **além dos tradicionais ciclos** de crescimento e recessão periódicos tão próprios do sistema capitalista”⁴⁵. (Grifado)

135. Com efeito, o debate atual é intensamente nutrido e interligado com o discurso da política econômica e o mapeamento das sazonalidades para se ter certeza de que os argumentos da ex-Concessionária fogem de uma fundamentação sólida para eximi-la do Contrato.

136. A economia brasileira desde o início dos anos 1980 tem tido um comportamento à la *stop-and-go*, alternando pequenos ciclos de crescimento com desacelerações econômicas⁴⁶.

⁴⁵DORNELAS, Augusto. Notícias de economias e finanças. Vol. 2. Olinda: Livro Rápido, 2015, p. 29.

⁴⁶DE PAULA, Luiz Fernando; PIRES, Manoel. Crise e perspectivas para a economia brasileira. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v31n89/0103-4014-ea-31-89-0125.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

137. Esse padrão de crescimento se reproduz ao longo dos anos 2000: em 2000, o PIB cresceu 4,3%; entre 2001 e 2003 houve uma forte desaceleração (nesse período o PIB cresceu a uma taxa média de 1,7% ao ano); entre 2004 e 2008, a economia brasileira cresceu a uma média anual de 4,8%; em 2009 houve uma breve recessão devido ao contágio da crise mundial; em 2010 a economia cresceu 7,6%, vindo a desacelerar em 2011/2014 para 2,4% a.a. em média; e em 2015-2016 a economia entrou em recessão, com crescimento negativo médio de -3,7% a.a.

138. As atividades econômicas, reconhecidamente, possuem um caráter de fluxo circular, cujas regularidades obedecem a fatores externos à economia (sazonalidades climáticas, por exemplo) e a fatores ligados ao uso de tecnologia, às variações demográficas, à eficiência dos fatores produtivos, à oferta e demanda creditícia e à taxa de lucro, citando alguns exemplos.

139. Para melhor exemplificar a sazonalidade no país, é necessário trazer à colação estudo publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que, segundo a tabela abaixo indica o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) ano a ano:

Tabela 1 – Crescimento do PIB real (% a.a.)

	PIB	Agricultura	Indústria	Serviço
2001	1,4	5,2	5,4	2,1
2002	3,1	8,0	15,2	3,1
2003	1,1	8,3	4,6	1,0
2004	5,8	2,0	-0,5	5,0
2005	3,2	1,1	6,8	3,7
2006	4,0	4,6	6,5	4,3
2007	6,1	3,2	2,9	5,8
2008	5,1	5,8	4,1	4,8
2009	-0,1	-3,7	-2,1	2,1
2010	7,5	6,7	14,9	5,8
2011	3,9	5,6	3,3	3,4
2012	1,9	-3,1	-2,1	2,9
2013	3,0	8,4	-3,0	2,8
2014	0,5	2,8	-1,5	1,0
2015	-3,8	3,6	-6,3	-2,7

Fonte: IBGE.

140. Muitas sazonalidades ocorreram nos últimos tempos, mas cada uma com suas diferenças e tempo de duração. Aqui cabe também o adendo de que na ponderação entre recessão e mudanças nas diversas áreas atraídas pela economia, também surgem oportunidades que sinalizam um novo cenário.

141. Vale notar que a suposta crise financeira brasileira, em verdade, não se aproxima minimamente dos argumentos trazidos pela ex-Concessionária, se verificado o número

crescente de investimentos no país acenados por agentes econômicos e conglomerados de vários setores projetados até o ano de 2024^{47,48,49,50,51}, que movimentam regiões e suas fábricas, desenvolve a cadeia industrial, gera empregos e transporta cargas por entre as rodovias federais, a exemplo do que acontece e se espera na BR 153.

142. Idêntico raciocínio pode ser espelhado na consulta jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e demais decisões colegiadas do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), adiante transcritos, como instrumento de apoio a não aplicação da teoria da imprevisão baseada em crises econômicas; afastando de antemão a tese defendida pela Requerente. Senão:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. TEORIA DA IMPREVISÃO E TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. HIPÓTESES DE CABIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO INSTRUMENTO CONTRATUAL. SÚMULA 7 DO STJ. 1. **Esta Corte Superior sufragou o entendimento de que a intervenção do Poder Judiciário nos contratos**, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, **exige a demonstração de mudanças supervenientes nas circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio**, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) ou de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva). 2. Na hipótese vertente, **o Tribunal a quo ressaltou, explicitamente, que não pode ser reconhecida a imprevisão na hipótese vertente, em virtude de o recorrente ter pleno conhecimento do cenário da economia nacional, tendo, inclusive, subscrito diversos aditivos contratuais após os momentos de crise financeira, razão pela qual não seria possível propugnar pelo imprevisível desequilíbrio econômico-financeiro**. 3. Nesse diapasão, o acolhimento da pretensão recursal, no sentido de reconhecer eventual onerosidade excessiva ou imprevisão, com o conseqüente desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ. 4. Agravo interno não provido.(STJ),

⁴⁷Em fev./2019, a montadora Honda divulgou investir R\$ 500 milhões até 2021 na fábrica do Estado do Amazonas. Conferir reportagem de: <<https://www.infomoney.com.br/negocios/grandes-empresas/noticia/7936719/honda-investira-r-500-milhoes-em-manaus>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁴⁸Em fev./2019, foi divulgado que o Grupo Carrefour prevê investir sóm neste ano R\$ 2 bilhões com abertura de novas lojas. Cf.: <<https://www.infomoney.com.br/negocios/grandes-empresas/noticia/7951067/carrefour-preve-investir-r-2-bi-na-operacao-brasileira-em-2019>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁴⁹Em mar./2019, a montadora de automóveis Hyundai divulgou investimentos na casa de R\$ 125 milhões em fábrica instalada no Estado de São Paulo, conforme informado no DCI - Diário Comércio, Indústria & Serviços. Disponível no site: <<https://www.dci.com.br/impreso/hyundai-investe-r-125-mi-em-fabrica-1.785627>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁵⁰Em mar./2019, a montadora General Motors anunciou investir R\$ 10 bilhões até 2024 nas fábricas paulistas. Íntegra em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/gm-anuncia-investimento-de-r-10-bi-em-fabricas-de-sp.shtml>>. acesso em: 10 jun. 2019.

⁵¹Em mai./2019, circulou notícia que a montadora Fiat Chrysler vai investir R\$ 500 milhões para produzir motores turbo na fábrica do Estado de Minas Gerais, valores que chegarão a R\$ 16 bilhões até 2024. Ver em: <<https://www.valor.com.br/empresas/6270723/fiat-chrysler-vai-investir-r-500-milhoes-para-produzir-motores-turbo>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

AgInt no REsp n. 1.316.595/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7/3/2017, DJe 20/3/2017). (Grifado)

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONVENÇÃO COLETIVA. EFEITOS QUE PROVOCAM AUMENTO SALARIAL. REACTUAÇÃO. FATO PREVISÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. SENTENÇA MANTIDA 1. **É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores** no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão o contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que **não se trata de fato imprevisível** - o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, "d", da Lei n. 8.666/93. (AgRg no REsp 957.999/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 05/08/2010). 2. O só fato de aumento dos encargos trabalhistas originados de convenção ou dissídio coletivos, e seus regulares efeitos, não autorizam a incidência da Teoria da Imprevisão, se não foram comprovadas situações excepcionais daí decorrentes na execução do contrato. 3. Apelação conhecida e desprovida. (TRF1, AC n. 0014517-58.2008.4.01.3300, Relatora Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, Sexta Turma, julgado em 4/6/2018, DJe 19/6/2018). (Grifado)

143. Muito embora a Lei n. 8.987/1995, em seu art. 31, VIII, seja categórica quanto a ser incumbência da concessionária **captar**, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço, mister reforçar as cláusulas do Edital de Concessão (Anexo 10 – Modelo de Carta de Declaração de Capacidade Financeira) e do Contrato de Concessão (26. Financiamento) ainda mais específicas. Especialmente o texto do item 26.3 do contrato não poderia ser mais aderente à hipótese em questão:

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. (Grifado)

144. Conforme demonstrado, a efetivação do empréstimo pelo BNDES configura ato discricionário, restrito ao seu âmbito de governança. Nesse sentido, considerando o juízo técnico e econômico-financeiro próprio de operações de tal ordem (Decreto n. 4.418/2002, art. 10), não há a menor possibilidade de se admitir que a simples apresentação pela postulante da documentação solicitada geraria, por si só, o direito ao empréstimo, e vincularia o Banco Nacional do Desenvolvimento Social à sua concessão.

145. De outra vertente, o atraso na liberação do financiamento ou mesmo uma resposta negativa a este pedido nem de longe configuram hipótese de força maior ou fato da administração, visto não terem qualquer relação com as obrigações inerentes ao Poder Concedente, tampouco servirem de justificativa ao descumprimento das obrigações assumidas no contrato de concessão, por força de disposição contratual nesse sentido.

146. As regras próprias do certame – Edital de Concessão n. 001/2014 e Contrato de Concessão n. 001/2014 – assim como a legislação de regência (Lei n. 8.987/1995) são

categóricas quanto a ser de responsabilidade exclusiva e integral da concessionária a captação dos recursos financeiros necessários à consecução do objeto da concessão.

147. A assunção dos riscos de dispor ou ter capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios ou de terceiros necessários à consecução do objeto da concessão é, portanto, pressuposto para a participação em concorrências de tal espécie, além de encontrar-se amparada por cláusula contratual expressa nesse sentido.

148. Não há, desse modo, como imputar a ANTT qualquer responsabilidade pela inexecução do contrato pela ex-Concessionária.

41. Por fim, cabe registrar que, uma vez afastada a argumentação deduzida pela GALVÃO, bem como constatado o atraso na execução dos serviços a seu cargo, afigura-se acertado o encaminhamento proposto pela Requerida¹, de instauração de procedimento próprio para a apuração de descumprimentos de deveres contratuais e aplicação das sanções correspondentes, culminando na caducidade (extinção antecipada do Contrato de Concessão).

VII. A INCONGRUÊNCIA ENTRE O PEDIDO INDENIZATÓRIO E A REALIDADE DOS FATOS

149. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal⁵².

150. Com essa célebre frase para ser apurada a responsabilidade do Estado por conduta omissiva deve-se indagar qual dos fatos foi decisivo para configurar o evento danoso, isto é, qual fato gerou decisivamente o dano e quem estava obrigado a evitá-lo.

151. Desta forma, o Estado responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, (*v.g.* não duplicação da rodovia federal e falta de melhoria nas vias de acesso), mas sim por não ter ele praticado conduta suficientemente adequada para evitar o dano ou mitigar seu resultado assentado no *faute du service public*^{53,54}, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível.

⁵²CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 717.

⁵³Ilustra-se apenas a referência histórica da teoria do acidente administrativo ou culpa administrativa, também chamada *faute du service public* como uma criação jurisprudencial do Conselho de Estado Francês, tendo como fato gerador da responsabilidade a falta do serviço ou funcionamento defeituoso, não bastando a ocorrência de qualquer defeito, mas certo grau de imperfeição; seguindo as pesquisas de Paul Duez (*apud* José Aguiar Dias). In: AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. 8. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

⁵⁴A doutrina da *faute du service*, segundo Daniel Wunder Hachem, se aplica nos casos em que o serviço público causa dano por ação (funcionou mal) ou por omissão (não funcionou ou funcionou atrasado). In: HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1132-1133.

152. Não obstante existam outras possibilidades decorrentes de situações *in concreto*, pode-se afirmar que certos requisitos básicos são determinantes para que exista e produza efeitos a caducidade e impeçam a indenização almejada.

153. Indiscutivelmente, o Estado tem o dever de fomentar ações que visem a redução dos riscos a exemplo da outorga concedida a licitante autodeclarada apta para tal missão.

154. Explica Rodrigo dos Santos que:

“(…)para imputarmos ao Estado a responsabilização objetiva, por ação ou omissão, a tarefa que de súbito se impõe ao operador jurídico é verificar se há ou não o nexo entre a conduta e o resultado danoso”⁵⁵.

155. Conjugando esses requisitos é fácil:

(a) identificar os fatos decisivos para a decretação da extinção antecipada do Contrato de Concessão (caducidade) por ‘culpa exclusiva da vítima’ desmantelando o nexo causal com o Poder Público;

(b) quem deu causa a retomada da rodovia por deixar de cobrir as condições contratuais na condição de empresa habilitada e outorgada;

(c) a mitigação de riscos por iniciativa do Poder Público Concedente a fim de impedir o agravamento dos prejuízos sofridos pelos usuários da via com a interrupção do aludido Contrato;

(d) quando constatada a notoriedade no descumprimento das cláusulas contratuais sem conferir plausibilidade a quaisquer escusas da ex-Concessionária e, ainda;

(e) quando perfeitamente previsível que, passados aproximadamente 3 anos de vigência do Contrato, sequer concluiu os trabalhos iniciais menos de 10% das obras.

156. Embora a ex-Concessionária faça questão de frisar não querer discutir os efeitos da caducidade, s.m.j., busca trilhar um caminho lateral trazendo uma imagem ingênua ou inocente, a qual não lhe cabe neste momento enaltecer, pois o contraditório e ampla defesa foram oferecidos durante as fases do processo administrativo⁵⁶, culminando na rejeição das suas alegações porque infundadas.

157. Na remota chance de pairarem dúvidas, incorrerá a necessidade de verificar o nexo de causalidade, e sobre isso cabe o seguinte recorte doutrinário:

Nexo de causalidade: Como regra, o Brasil adotou a teoria da causalidade adequada, por meio da qual o Estado responde, desde que sua conduta tenha sido determinante para o dano causado ao agente. Assim, **se condutas posteriores, alheias à vontade do Estado, causam o dano a um terceiro**, ocorre o que se

⁵⁵ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. *In*: FREITAS, Juarez (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 269.

⁵⁶ Destaque para o Mandado de Segurança n. 1002390-47.2017.4.01.3400, impetrado pela GALVÃO para sustar a pauta de julgamento da Ação Popular n. 1708-28.2017.4.01.4300, intentada por **cidadãos usuários** da rodovia federal BR 153 que pretendiam extinguir o Contrato de Concessão, **enquanto instaurado o processo de caducidade** perante a ANTT.

denomina, na doutrina, de **teoria da interrupção do nexo causal a excluir a responsabilidade estatal**⁵⁷. (Grifado)

158. A premissa equivocada assumida pela ex-Concessionária na redação de sua Réplica atesta exatamente, entre diversos pontos ‘o risco da execução adequada dos serviços’, consoante se lê na página 23, repetida *ipsis litteris*:

Como se sabe, o **Contrato de Concessão atribuiu à Requerente o risco da execução adequada dos serviços** por ela subcontratados junto a terceiros (subcláusulas 23.2 e 23.4 do Contrato de Concessão), **deixando claro que** tais contratos são regidos pelas normas de direito privado e **não estabelecem relação de qualquer natureza** entre os terceiros **e o Poder Concedente** (subcláusula 23.5). (Grifado)

159. Em outras palavras, não existem pontos controvertidos, apenas os incontrovertidos — bem definidos acima. Estes bem elencados na correta narrativa dos fatos...

160. Senhores Árbitros, a Administração Pública é alvo de inúmeras críticas nem sempre consistentes, tendo como fundamento crucial o interesse da coletividade que não pode se sujeitar às vontades do ente privado, mister ressaltar que a ele foi dada a outorga, a ele foi creditada confiança de que estaria em condições de honrar os serviços públicos, delegados.

161. Infelizmente, sucedeu uma verdadeira enchente de violações contratuais sob a batuta desorientada da ex-Concessionária que atravancou a pauta regulatória, mobilizou outros agentes públicos para contornar o complexo desfazimento da Concessão e, como se não bastasse refletiu na insatisfação da opinião pública, dentre tantos que passam ao largo dos olhos astuciosos da GALVÃO.

162. A despeito das intenções suscitadas em Réplica, qual seja, de vacuidade dos protocolos de responsabilidades e segurança jurídica advindos naturalmente por força do Contrato de Concessão, ainda que evidenciada a insatisfação da opinião pública assim presente no ajuizamento de ação pelos cidadãos usuários da rodovia, alguém recebe a carga negativa de um serviço concedido (contratado) e não executado.

163. Esse fato incontrovertido inúmeras vezes demonstrado e frisado nesta tréplica visa fazer elevar a discussão se é o agente público que deve obrigatoriamente suportar as incompetências e falhas da contratada.

164. Em algum momento deve existir um limite para que a máquina pública deixe de simplesmente aceitar qualquer fuga de responsabilidades por quem deu causa a um prejuízo muito maior do que a interrupção das obras de duplicação de rodovia federal.

165. Se assim não fosse, quiçá seria útil instituir as concessões à iniciativa privada (já viciada). De acordo com Marcos Blasi:

⁵⁷CARVALHO FILHO, *idem*, p. 346.

[O] Supremo Tribunal Federal há tempos vem categoricamente rejeitando a possibilidade de responsabilização direta do agente público. Além do cidadão beneficiado pelo serviço público, o STF, em sede de repercussão geral, admitiu inclusive o dever de indenizar terceiro não usuário do serviço sem necessidade de demonstração de culpa, ainda que prestado por pessoa jurídica de direito privado⁵⁸.

166. A responsabilidade da iniciativa privada não enseja maiores divergências doutrinárias ou jurisprudenciais, apesar do dever legal de agir (e bem). O dever de indenizar o Estado decorre da inobservância ao princípio da legalidade, a que está igualmente vinculada a ex-Concessionária.

167. Certamente, a postura da empresa se distancia da boa administração pública^{59, 60}, traduzida nas palavras pioneiras do professor Juarez Freitas como:

(...) **direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz**, proporcional **cumpridora de seus deveres**, com transparência, motivação, imparcialidade **e respeito à moralidade**, a participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. **A tal direito** corresponde **o dever de a administração pública observar**, nas relações administrativas, **a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que o regem**⁶¹. (Grifado)

168. Ao decidir pela extinção do Contrato de Concessão em deliberação colegiada, verificou-se que a ANTT ponderou inexistir sequer indício ou vício de forma de que o processo de caducidade não havia sido bem conduzido.

169. A caducidade está prevista no art. 35, inc. III, da Lei n. 8.987/95, como uma espécie de extinção da concessão por inexecução, total ou parcial, do contrato pelo concessionário, podendo ser declarada nas seguintes hipóteses descritas no art. 38, §§ 1º e 2º:

Art. 38. **A inexecução total ou parcial do contrato acarretará**, a critério do poder concedente, **a declaração da caducidade da concessão ou aplicação**

⁵⁸BLASI, Marcos Chucralla Moherdauí. Panorama atual da responsabilidade do Estado em matéria de serviços públicos na jurisprudência do STF. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010, p. 100-101.

⁵⁹Ainda, o direito fundamental à boa administração pública, consagrado na Carta de Nice, ilustra o pensamento de Múgica-Herzog, como sendo: “a verdadeira convivência democrática no reconhecimento de todo ser humano como pessoa, o que lhes permite relacionarem-se, mediante suas ações e omissões, em termos de igualdade. *In*: MÚGICA-HERZOG, Enrique. Una buena administración como un recurso de derechos humanos. Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos de Estado de México, n. 58, nov./dec. 2002, p. 64. Disponível na íntegra em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/23924/21404>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁶⁰Vanice do Valle (2008, p. 105), sobre o assunto conclui que: “boa administração pública é um ideal que se busca”. *In*: VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 48, mar./abr. 2008.

⁶¹FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 52.

das sanções contratuais, respeitadas as disposições neste artigo, do art. 27, e das normas convencionadas entre as partes.

§ 1º. A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - **o serviço estiver** sendo prestado **de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade** do serviço.

II - a concessionária **descumprir cláusulas contratuais** ou **disposições legais** ou **regulamentares** concernentes à concessão;

III - a concessionária **paralisar o serviço** ou **concorrer para tanto**, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária **perder as condições econômicas, técnicas** ou **operacionais** para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária **não cumprir as penalidades impostas por infrações**, nos devidos prazos;

§ 2º. A declaração da caducidade da concessão **deverá ser precedida da verificação** da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa. (Grifado)

170. Em um segundo momento, o §6º coteja nesse agrupamento de possibilidades a ausência de responsabilidade da Administração Pública, alternativa oferecida pela lei a quem age com seriedade:

§6º - Declarada a caducidade, **não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações** ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária. (Grifado)

171. Trata-se, pois, a caducidade de extinção da concessão pelo inadimplemento culposo do Contrato pela ex-Concessionária, consistindo em uma *atividade vinculada* da Administração, uma vez que ocorrendo uma ou mais hipóteses previstas na legislação, o poder concedente *deverá* instaurar o processo administrativo de caducidade, assegurando o contraditório e a ampla defesa ao concessionário.

172. Essa exposição consolida o significado da caducidade para retirar a confusão advogada pela ex-Concessionária. Encampação considera-se a retomada do serviço por motivo de interesse público (art. 37, da Lei n. 8.987/1995), diferindo por completo da extinção do Contrato de Concessão por descumprimento de obrigações do concessionário (caducidade).

173. Desse modo, incorreta a assertiva ventilada pela ex-Concessionária fazendo crer naturezas jurídicas gêmeas, quando, por seu turno, a inexecução total ou parcial jamais pôde se aliar a simples ato unilateral convalidado no interesse do concedente.

174. As circunstâncias do caso concreto revelam que não houve um mero atraso por parte da ex-Concessionária a justificar a quantificação de prejuízos.

175. Ora, a ex-Concessionária simplesmente não executou o empreendimento dentro prazo e requisitos contratualmente estabelecidos, sem nenhuma responsabilidade ou culpa atribuída à ANTT.

176. Logo, não há que se falar em apuração de valor a título indenizatório, já que restou incontroversa inexecução total ou parcial do Contrato de Concessão n. 01/2014.

177. Sobre este tema, não cabe ao Poder Público negociar como o concessionário a caducidade, tampouco suas consequências jurídicas. Sendo um *ônus* assumido por qualquer empresa que deseja contratar com o Estado, não está ao alvitre do administrador decidir sobre sua aplicação ou não nas situações em que a legislação e o contrato assim prevejam, e nem afastar suas consequências jurídicas.

178. *In casu*, a total inadimplência da GALVÃO já foi reconhecida com a caducidade pelo Poder Concedente, fato esse que justifica a execução da garantia de fiel cumprimento que foi aportada.

179. É cediço que, nos termos do art. 38 da Lei n. 8.987/1995, a caducidade é a mais grave das penalidades que podem ser imputadas a um concessionário, justamente porque rompe o vínculo contratual com o Poder Concedente em virtude de descumprimentos contratuais.

180. A caducidade por si só já é o reconhecimento de que houve total inadimplência do concessionário, o que justifica a execução da garantia pelo seu valor total sem a necessidade de se especificar os prejuízos.

181. À luz do princípio da proporcionalidade, não havendo motivos suficientes para tratar de maneira distinta as omissões da ex-Concessionária quando afetem o núcleo dos direitos fundamentais, resguardados na publicação do Edital:

Edital n. 01/2014, Parte VII

6 Forma de Apresentação da Documentação

6.12 As Proponentes arcarão com todos os custos relacionados à preparação e à apresentação dos volumes **das Garantias das Propostas, das Propostas Econômicas Escritas** e dos **Documentos de Qualificação**, não sendo a ANTT responsável, em qualquer hipótese, por tais custos, quaisquer que sejam os procedimentos seguidos no **Leilão** ou seus resultados. (Grifado)

182. A adoção da teoria publicista exige a demonstração do nexu causal entre o dano e a conduta estatal e permite a aplicação de excludentes de responsabilidade, impedindo que o Estado se transforme em segurador universal⁶².

183. Ademais, as condições são equivalentes para todos os licitantes (concorrentes), sangrando-se vencedora a ex-Concessionária sem a existência de uma circunstância

⁶²SANTOS, *idem*, p. 272.

extraordinária determinante para a exclusão da sua responsabilidade pela caducidade não há como prever que dada a oportunidade de elaborar e apresentar a garantia das propostas e propostas econômicas, a GALVÃO pudesse ignorar um processo transparente alegando 'desconhecer' as origens do Edital e consequências jurídicas. Da sua parte não houve impugnação ou recurso enquanto vigente o certame.

184. Esta vertente de verdades que sobrepõe àquelas fantasiosas trazidas pela Requerente, se consolida, pois não se analisa hipoteticamente se é (a GALVÃO) apta ou não para produzir o dano conforme o curso natural das coisas, ou seja, o dano já se consumiu, as faltas graves enrobusteceram a reclamação perpetrada em Ação Popular, mobilizou estudos técnicos acerca da continuidade ou não do Contrato de Concessão, gerou prejuízos à sociedade e impactou negativamente ao Erário, pois não se olvida que a retomada de uma concessão de rodovia federal seja reestruturada imediatamente sem manejo político e aporte de dinheiro público para fazer frente ao prudente incentivo de serviços sociais de alta performance (leia-se qualidade) e probidade administrativa.

185. De mais a mais, as regras do jogo são claras: pela leitura do Contrato, a ex-Concessionária declarou 'que obteve, todas as informações necessárias para o cumprimento de suas obrigações contratuais', afastando a história de não financiamento dos bancos ou supostas crises econômicas devastadoras. Cite-se, portanto:

Contrato de Concessão

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.

12 Garantia de Execução do Contrato

12.1.2 Caso as obras de duplicação da rodovia descritas no Anexo 2 deste Contrato **não sejam concluídas**, o valor da **Garantia de Execução do Contrato** definido deverá manter-se inalterado até a entrega definitiva das respectivas obras de duplicação. (Grifados)

186. Ainda, a ex-Concessionária sempre teve plena ciência das responsabilidades 'pelo cumprimento das obrigações contratuais, independentemente da utilização da Garantia de Execução do Contrato, cf.:

12.2 A Concessionária permanecerá responsável pelo cumprimento das obrigações contratuais, incluindo o pagamento de eventuais multas e indenizações, **independentemente da utilização da Garantia de Execução do Contrato.**

12.5 Sem prejuízo das demais hipóteses previstas no Contrato e na regulamentação vigente, a **Garantia de Execução do Contrato** poderá ser utilizada nos seguintes casos:

12.5.1 quando a **Concessionária não realizar as obrigações de investimentos previstas no PER** ou as intervenções necessárias ao atendimento dos **Parâmetros de Desempenho**, dos **Parâmetros Técnicos**, **ou executá-las em desconformidade** com o estabelecido;

12.5.2 quando a **Concessionária** não proceder ao pagamento das multas que lhe forem aplicadas, na forma do **Contrato** e de regulamentos da ANTT;

12.6 **A Garantia de Execução do Contrato** também poderá ser executada **sempre que a Concessionária não adotar providências para sanar inadimplemento de obrigação legal, contratual ou regulamentar**, sem qualquer outra formalidade além do envio de notificação pela ANTT, na forma da regulamentação vigente, **o que não eximirá a Concessionária das responsabilidades que lhe são atribuídas** pelo Contrato. (Grifados)

187. '[O] não cumprimento das Cláusulas deste Contrato, de seus Anexos e do Edital ensejará a aplicação das penalidades previstas e nos demais dispositivos legais', afastam qualquer argumento das Alegações Iniciais e/ou Réplica, pois o serviço concedido até a assunção do trecho rodoviário por meio de um contrato assinado pelas Partes, tão óbvio e ululante:

20 Penalidades

20.1 O não cumprimento das Cláusulas deste Contrato, de seus Anexos e do Edital ensejará a aplicação das penalidades previstas nesses instrumentos e nos demais dispositivos legais e regulamentares da ANTT. (Grifado)

188. A mera arguição de reserva do possível⁶³ também não exclui a ex-Concessionária da prevalência do interesse público (do todo, do país, dos anseios de seu povo) sobre o privado. Acrescente-se que a alocação de riscos ou matriz como prefere dizer a ex-Concessionária já prevista na época do Contrato que jamais foi denunciado como anormal, traz pedagogicamente que 'a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão'.

189. A demonstração do nexo causal por uma indenização se inverte, vez que o dano gerado pela interrupção das obras de ampliação da BR 153 foram ocasionados pela GALVÃO, e a ela cabe reparar os cofres públicos, responder pelas frustrações dos usuários que, diga-se de passagem, confiaram na imagem que vendeu desde quando se habilitou no leilão público.

190. Em todos os casos, independente da ação ou omissão, a responsabilidade existe e ainda que se recupere a malfadas argumentação de falta de financiamento dos bancos ou suposta crise econômico para justificar a inexecução do serviço concedido e mesmo insolvência da empresa, tais situações 'se cobertas (passíveis) de seguros oferecidos no Brasil à época de suas

⁶³A reserva do possível não pode ser invocada com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações, especialmente quando, dessa inércia puder resultar, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais fundamentais, como é o caso dos usuários da rodovia federal BR 153.

ocorrências', inocentariam a Requerente, consoante previsto no idêntico Contrato firmado entre as Partes:

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:

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

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;**
(Grifados)

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**.

191. É perdulário acatar a tese desenvolvida pela GALVÃO, por ignorar o dever de otimização dos recursos públicos para o alcance dos melhores resultados; e improdutivo, por violar o dever de realização dos objetivos previstos pela lei para o atingimento efetivo do interesse público (políticas públicas) expressamente extraídas do Edital e Contrato de Concessão.

192. Para que haja responsabilização do Estado por violação ao princípio da eficiência são necessários três requisitos:

(i) descumprimento de um dever jurídico concreto de agir (omissão) ou cumprimento precário (ação) por parte do Estado;

(ii) ocorrência de dano a um cidadão que não tenha o dever de suportar os seus efeitos; e

(iii) nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido⁶⁴.

193. Deveras, a ex-Concessionária não apresentou nenhum aviso de sinistro e liberação da seguradora que viesse reconhecer tais riscos 'caso fortuito e força maior' sugeridos pela Requerente.

194. Vale destacar que o 'reconhecimento' talvez não tenha se concluído pela hipótese do subitem 21.1.18 do Contrato, 'que deixem de sê-lo **como resultado** direto ou indireto **de ação ou omissão da Concessionária**':

21.1.18 riscos **que possam ser objeto de cobertura de seguros** oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência, **mas que**

⁶⁴HACHEM, Daniel Wunder. HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1148.

deixem de sê-lo como resultado direto ou indireto de ação ou omissão da **Concessionária**; (Grifados)

195. Logo, a indiferença da ex-Concessionária não a desonera de arcar com suas responsabilidades nestas hipóteses de descumprimento do dever de eficiência do serviço público concedido. Esta não é uma opção.

196. Enfim, não importa o tempo transcorrido entre a causa e o dano, o subitem 21.3 e incisos do Contrato aponta uma autodeclaração que parte da expressão de vontade da ex-Concessionária ao 'ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos' e/ou 'por ter levado em consideração na formulação de sua **Proposta**'. Sem surpresas, colaciona-se a redação oficial do Contrato de Concessão:

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**. (Grifados)

197. Se a Requerente não obedece suas convicções há de padecer de um mal maior que beira a imoralidade tão rechaçada pela moderna administração, pelos atos administrativos controlados externamente por órgãos independentes (MPF e TCU), pelas intervenções do Poder Judiciário, pela fiscalização da máquina pública através dos contratos e licitações, das despesas públicas sob a lente aguçada de uma sociedade informacional conectada instantaneamente à internet.

198. Em poucos parágrafos se resume a lide com a inconsistência dos pedidos da Requerente a provocar a improcedência e responsabilizá-la pela desídia que não só deu causa, mas aqui só comprovou o contrário das próprias alegações — sua incapacidade em fazer cumprir as propostas que levou ao processo licitatório, deixou de oferecer garantias reais de execução do contrato, desrespeitou deliberadamente as obrigações que lhe incumbiam, violou os princípios fundamentais inseridos na Constituição Federal e, ignorou reiteradamente a base do serviço concedido **e público** que depende de prestação eficiente, eficaz e digna às pessoas que dele necessitam. Pensar de outra forma seria pior; vil.

VIII. INEXECUÇÃO CONTRATUAL E O CHAMAMENTO DE RESPONSABILIDADE À GALVÃO

199. Como já extensamente detalhado, a ex-Concessionária fixa-se em hipotética margem de acerto na tratativa do serviço concedido, sem precedentes históricos. E isso se dá não pelos benefícios que propiciou (pois inexistentes), embora faça crer numa utopia que só pode ser defendida por uma empresa desgarrada de senso crítico e responsabilidades que se comunica com o extremo do amadorismo profissional.

200. No capítulo em exibição, serão revisitadas as medidas judiciais postas nas citações desta tréplica, sendo a primeira ação dedicada a expressão de angústia e vontade dos usuários da rodovia federal retomada, como nova realidade no Estado Democrático de Direito, marcado

pela chamada democracia participativa; fruto do engajamento social contra serviços não executados ou ineficientes.

201. O segundo processo judicial, esclarece um ponto que a Requerente passa ao largo mesmo depois de páginas e páginas sem nada dizer de útil para resolver a questão de fundo, reconhecer a valoração de direitos e obrigações com as devidas repercussões (aplicação das multas ANTT).

202. Trata-se de medida judicial para atrasar o julgamento do processo de caducidade, além de ter sido oportunizado todos os prazos de resposta para exercício pleno do contraditório e ampla defesa no âmbito administrativo.

203. Da leitura deste capítulo espera-se que a arbitragem não seja contaminada com a vulgarização do processo regulatório ou, ainda a judicialização dos pedidos, vez que a ex-Concessionária atribui como pauta presente na tese argumentativa um desenho com elevado tom descomprometido das responsabilidades que emanam de um Contrato de Concessão.

VII.1 - Medida Judicial envolvendo Denúncia por Terceiros de Descumprimento Contratual

204. Em que pese faça parte integrante da Resposta à Reconvencção da União/Requerida², por questão de ordem e justiça alguns esclarecimentos merecem realce ínsito a Ação Popular/TO.

205. A mencionada Ação Popular n. 1708-28.2017.4.01.4300, que tramitou na 2ª Vara Federal do Tocantins e ajuizada por usuários para obrigar a ANTT a extinguir o Contrato firmado com a GALVÃO para a Concessão da BR 153, entre Tocantins e Goiás, por falhas na prestação do serviço e descumprimento por parte da empresa responsável, perdeu objeto simplesmente, pois antes do ajuizamento dessa ação, a ANTT já havia aberto processo administrativo interno para extinguir a Concessão por “gravíssima e extensa inadimplência contratual”.

206. Dita Ação Popular evoca um exemplo pontual de ‘aumento na relação participativa da democracia’, como explica Ricardo Duarte Júnior:

A ascensão do homem perante o ordenamento jurídico através dos direitos fundamentais e a pluralização da sociedade criou, de forma gradual, aumento na relação participativa da democracia⁶⁵.

207. No Brasil, o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988 constituem o marco fundamental no desenvolvimento dos institutos participativos. A

⁶⁵ DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. Agência Reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade. Curitiba: Juruá, 2014, 235.

democracia participativa tem como primeiro fundamento a reivindicação de espaços participativos ampliados para atores sociais política, social e economicamente mais fracos, os quais são geralmente excluídos dos processos decisórios (ainda que formalmente incluídos) e buscam formas alternativas de participação em condições de igualdade⁶⁶.

208. Nesse sentido, os movimentos sociais desempenham um papel fundamental pela transformação de práticas dominantes, pelo aumento da cidadania e pela inserção na política de atores sociais⁶⁷.

209. Colabora a doutrina de Gustavo Binbenojm para sedimentar o grau de importância como deve ser observado o ajuizamento daquela Ação Popular, obedecendo ao princípio da democracia participativa que não pode ser automaticamente rechaçado pela ex-Concessionária, considerando-se que a preocupação na retomada da concessão em virtude dos inúmeros obstáculos criados pela GALVÃO também estão impressos na opinião da sociedade; e suas atitudes tem um peso relevante para relativizar toda a tese da Requerente.

210. Com as adaptações necessárias Binbenojm discorre a respeito de como os movimentos sociais buscam auxiliar na 'concretização da democratização':

O princípio da **democracia participativa auxilia na concretização da democratização**, e se há déficit democrático, não há que se falar em primazia da tutela dos direitos coletivos.⁶⁸ (Grifado)

211. Veja-se que o ajuizamento da Ação Popular tem suas utilidades para esta arbitragem. Explica-se. O nexos causal que fomenta o pedido indenizatório da ex-Concessionária se rompe quando o dano gerado não decorreu da Administração Pública, e sim por 'culpa exclusiva' da Requerente que, ao final, deixou de promover a manutenção e ampliação da rodovia concedida em detrimento dos usuários da BR 153.

212. Inclusive o Contrato de Concessão assinado pela GALVÃO prevê explicitamente os direitos e obrigações dos usuários de comunicar às autoridades (Judiciário etc.) os atos ilícitos praticados pela Concessionária na prestação do serviço, tal como havia sido feito na ação para invocar a extinção do Contrato. Assim:

13 Direitos e Obrigações dos Usuários

⁶⁶ CAMPBELL, Al; MARQUETTI, Adalmir; DA SILVA, Carlos Eduardo Schonerwald. Participatory economic democracy in action: Participatory budgeting in Porto Alegre. Eastern Economic Association, 2009, p. 5-7. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0486613411418055>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁶⁷SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. de S. (Org.) Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 53.

⁶⁸BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 6.

13.1 Sem prejuízo de outros direitos e obrigações previstos em lei, regulamentos da ANTT e em outros diplomas legais aplicáveis, são direitos e obrigações dos usuários do Sistema Rodoviário:

(iv) comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela Concessionária na prestação do serviço; (Grifado)

213. Nesse sentido, resta novamente evidente duas visões indissociáveis entre si: a uma, que a ex-Concessionária flagrantemente ignorou as cláusulas sob as quais arrefecia nas suas palavras, o abstrato direito à indenização sem considerar o necessário atendimento do Contrato; a duas, provas cabais de que ex-Concessionária não tomou providências para corrigir as falhas apontadas desde 2015, o que levou a cassação da Concessão pela ANTT, a primeira feita no país. Cumprida a missão institucional de zelar pela qualidade dos serviços públicos, com a decretação da caducidade da Concessão no âmbito administrativo e posterior edição de Decreto Presidencial.

214. Nesse particular convém trazer ao conhecimento trecho da sentença de mérito:

A medida urgente proferida nestes autos determinou que os requeridos procedessem ao julgamento do processo administrativo. Esse julgamento ocorreu, com a consequente edição de decreto presidencial com fundamento no relatório final respectivo (fl. 470).

O objeto deste feito era a extinção do contrato de concessão da BR-153 à concessionária Galvão. **Não é mais possível deferir esse pedido** porque foi decretada administrativamente a caducidade desse contrato. Houve, portanto, perda superveniente do objeto judicialmente perseguido. (Grifado)

215. Observe-se que o magistrado reconheceu a insatisfação dos cidadãos usuários, a preocupação que atingiu participação popular para fazer valer direitos diante de uma prestação inadequada e deficiente do serviço concedido (“a medida urgente [...] determinou [...] ao julgamento do processo administrativo [...] não é mais possível deferir esse pedido”), o que notadamente contrapõe a narrativa defendida pela ex-Concessionária.

216. Refletindo o acerto da caducidade como instrumento de mitigação dos riscos e potenciais impactos negativos decorrentes, caso a Concessão não fosse cassada pela intervenção estatal e dependesse do bel agrado da contratada.

VII.2 – Medida Judicial como Mola de Retardo da Caducidade

217. A par dos comentários preliminares acerca do *Writ* n. 1002390-47.2017.4.01.3400, impetrado pela ex-Concessionária, distribuída para a 2ª Vara Federal do Distrito Federal para impedir/sustar a realização da pauta de julgamento na esfera de competência e legitimidade da ANTT no que trata sobre a possibilidade ou não de extinção antecipada do Contrato, numa primeira leitura não se alinha a suspeita e evidências no descumprimento de obrigações alardeadas na Ação Popular/TO.

218. Aliás, a demora na prolação de sentença não impediu que outro desfecho tenha se dado, bem assim como aquela resposta proposta na interessante decisão da juíza federal e relatora convocada em sede liminar de Agravo de Instrumento de n. 1002502-31.2017.4.01.0000, interposto pela ANTT perante o Tribunal Federal da 1ª Região:

conforme a tese recursal desenvolvida pela ANTT, **qualquer irregularidade** posterior à instauração do processo de caducidade **não enseja a abertura de prazo** prévio **para correção por parte do concessionário**, vez que a norma legal refere-se apenas à hipótese de irregularidades constatadas antes daquele processo administrativo.

24. **Uma vez instaurado o processo de caducidade e constadas novas irregularidades**, o concessionário deve ser notificado para manifestação, em observância ao devido processo legal, o que restou atendido no presente caso.

Dessa forma, **defiro o pedido formulado pela ANTT** para suspender a decisão agravada proferida em 11/04/2017, no MS 1002390-47.2017.4.01.3400/DF, **permitindo, assim, o julgamento do processo administrativo nº 50500.215568/2016-36**, em trâmite na ANTT. (Grifado)

219. Desse conjunto de provas, não pode a ex-Concessionária se debruçar na frágil ilusão de que o Relatório Final da Comissão Processante da caducidade seja passível de flexibilização, cuja retidão lhe atribua qualquer direito à indenização quando sequer se prontificou a, em primeiro, corrigir as falhas apontadas; segundo, focar no bem maior da coletividade.

IX. METODOLOGIA DE CÁLCULO ZERO SOBRE ZERO

220. Sem pretensão de esgotar a razoabilidade com a qual se tangenciou a caducidade e consequências que reverberaram na extinção antecipada da Concessão, mas sim e evidentemente reforça-la é de bom alvitre abordar tópico acerca da metodologia do cálculo em atenção à réplica ora vergastada.

221. Partindo-se da qualidade da licitação engendrada, respeitando os princípios constitucionais e visando dar garantias de aprimoramento ao serviço público, o pregão tomou relevo na expectativa de um sucessor à altura de comprometimento e confiabilidade, uma vez que em se tratando da realização da uma política pública “e toda política pública é direito”⁶⁹, e a necessidade de compreender política pública como forma de concretização de direitos humanos⁷⁰.

⁶⁹De acordo com Maria Paula Bucci (2001, p. 06), “**todo direito é política pública**, e nisso está a vontade coletiva da sociedade expressa em normas obrigatórias; e **toda política pública é direito**; nisso ela depende das leis e do processo jurídico para pelo menos algum aspecto da sua existência” (Grifado). In: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* (Org.). Direitos e políticas públicas. São Paulo: Pólis, 2011.

⁷⁰Ainda nessa linha Bucci (p. 01), esclarece que: “**a necessidade de compreensão das políticas públicas** como categoria jurídica **se apresenta** à medida que se buscam formas **de concretização dos direitos humanos**, em particular **os direitos sociais**” (Grifado).

222. São os direitos humanos então, valores fundamentais de todo e qualquer sistema jurídico em um Estado Democrático de Direito, fincados sobre o valor maior da dignidade da pessoa humana, princípio absoluto para o mundo do direito, não permitem sejam violados. Incumbindo à Administração Pública criar políticas e recursos para sua promoção e validação.

223. A ausência de acesso aos serviços transporte terrestre pela inoperância da ex-Concessionária, que deixou à míngua importante trecho do Norte brasileiro pode ser concebida como violação aos direitos humanos.

224. Sob ótica estritamente legal, a eficácia da legislação veicula o direito fundamental à dignidade humana já no preâmbulo da Constituição Federal, bem como no art. 3º, inc. III, em que os direitos sociais prestacionais estão vinculados às funções do Estado Democrático de Direito, que tem o dever de reduzir as desigualdades sociais.

225. A Lei Maior positivou esse direito espelhado a partir do art. 1º, inc. III, como fundamento do Estado, num elemento básico do ordenamento jurídico pátrio.

226. No capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, §1º, enfatiza que as normas que o garantem têm aplicação imediata. Nessa análise perfunctória dos artigos da Constituição Federal, percebe-se que a Lei Maior busca impor de forma definitiva ao ente estatal a obrigação de zelar pela dignidade de todos aqueles que estejam em território nacional, mesmo que estejam no país temporariamente.

227. Sendo assim o direito a usufruir de serviços públicos como a duplicação e manutenção da rodovia federal BR 153 está além de mera previsão constitucional, pois visa, acima de tudo, a realização de uma ordem social condizente com o bem-estar dos seus cidadãos, de maneira igualitária. Conservar e preservar a dignidade humana deve ser um processo contínuo, incessante e deve ser protegido legalmente.

228. Toda a valoração ao aspecto dos meios adequados de transporte e a dignidade humana não se resumem ao que está expresso na Constituição Federal e ao Contrato de Concessão antes celebrado, mas numa concepção de dever moral de perseguir o bem comum, considerando o cidadão como coadjuvante dessa relação. Sem burocracia, sem negativas, sem reclamações absurdas e pleitos indenizatórios por culpa da 'própria vítima'.

229. É o que todos querem, sem salvaguardas. Sem argumentos de desafios não superados no desenvolvimento da infraestrutura no Brasil por depender de outros agentes econômicos, ou supostas crises.

230. Feitas as considerações que rebatem toda a tese das Alegações Iniciais e Réplica, adiante, retomando o tópico da metodologia de cálculo da utópica indenização, novamente, melhor

sorte não assiste à ex-Concessionária. Senão pela colisão dos limites matemáticos sopesados ao prejuízo suportado com a retomada da Concessão pelo Poder Público.

231. Para traduzir a metodologia de Zero sobre Zero, igual a nenhuma indenização devida, esta ANTT socorre-se de alguns conceitos propagados pelas principais contribuições de Augustin Cauchy na busca de uma construção rigorosa dos fundamentos do Cálculo, para o Cálculo foi a definição de limite:

”Quando valores sucessivos atribuídos a uma variável se aproximam indefinidamente de um valor fixo de modo a acabar diferindo dele tão pouco quanto se queira, este último chama-se **limite dos outros todos**”⁷¹. (Grifado)

232. Se observada a variável a que a ex-Concessionária entende como seu valor em dinheiro, descontado o montante apurado de prejuízos enfrentados pelo Poder Público na vigência do Contrato sem a prestação por parte da empresa Outorgada, contabilizados os prejuízos aos usuários desde a retomada da Concessão até quando ocorra a relicitação (tempos presente e futuro), “o valor numérico diminui indefinidamente de modo a convergir ao limite zero”. Veja-se:

“Diz-se que uma quantidade variável se torna infinitamente pequena quando seu valor numérico diminui indefinidamente de modo a convergir **ao limite zero**”⁷². (Grifado)

233. Invertendo o polo de quem realmente seja o credor, a ex-Concessionária é a única devedora nessa relação.

234. À parte da retomada da Concessão pela Administração Pública como fator independente se a empresa preferiu ignorar seus compromissos ou se não foi minimamente capaz de garantir a proposta lançada para fins de habilitação e elegibilidade no processo licitatório; responde a cobranças não inscritas em Dívida Ativa da União, momento em que exercerá o contraditório e a ampla defesa, não lhe sendo jamais tolhido qualquer direito, ao contrário da violação dos direitos humanos dos usuários da rodovia federal BR 153 que ela mesma perpetuou, ao deliberadamente descumprir o Contrato avençado, consoante esclarecido anteriormente.

235. A todo instante a Administração Pública se vê em situação de vulnerabilidade, seja:

- i)* para desonerar o Estado promovendo intenção de políticas públicas;
- ii)* provocar um complexo estudo de viabilidade técnica e libera a concessão para leilão seguindo os ditames legais;

⁷¹Apud BOYER, Carl Benjamin. História da Matemática. 2. ed. São Paulo: Edgard Blucher Ltda., 1999, p. 355.

⁷²BOYER, *idem*.

- iii)* estimular a livre iniciativa e a leal concorrência, acreditando nas propostas elaboradas pelos interessados;
- iv)* depois de vigente a assinatura do Contrato, em menos de 3 anos precisa retomá-la pela incapacidade da contratada, constatada *a posteriori* e deflagrada por vistorias técnicas atestadas por servidores públicos do quadro de pessoal da ANTT, que custeia os deslocamentos, diárias e despesas com a manutenção de frota, para fazer frente ao dever-poder de fiscalização ínsito à sua criação por lei.

236. O processo de caducidade engloba dinâmicas sistematizadas na pauta da ANTT, Ministério dos Transportes (à época, atual Infraestrutura) e Casa Civil da Presidência da República Federativa do Brasil. E a intenção do governo federal é que tamanha situação não se repita por razões óbvias.

237. Entretanto, à Administração Pública só cabe agir em conformidade com a lei, de modo concreto, eficiente, eficaz, produtivo. Já a ex-Concessionária escolhe o seu destino; se optar pela violação de direitos e obrigações, responderá na proporção do dano gerado.

238. Curvando-se à lógica (de direito e de matemática, por que não assim dizer), a responsabilidade por quaisquer reembolsos, indenizações e quitação de penalidades deve recair exclusivamente aos cuidados da GALVÃO, motivo pelo qual é citada paulatinamente nestes autos como ex-Concessionária, para fins de correição, e não Concessionária.

239. Suas qualidades ou defeitos não podem ser equiparados a seriedade que deve permear a gestão de serviços públicos diretos pela Administração Pública e/ou indiretos por aquelas Concessionárias que honram suas palavras.

X. A BUSCA PELA MÁXIMA EFICIÊNCIA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO ELEMENTO NORTEADOR

240. Segundo a lei de criação da ANTT (Lei n. 10.233/2001), compete a ela regular e fiscalizar a prestação de serviços e atos de outorga, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos e aplicando sanções (inc. VI), cumprindo e fazendo cumprir cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento (inc. IX), fiscalizar projetos e realização de investimentos (inc. XIII), aplicar penalidades nos casos de não-atendimento à legislação, de descumprimento de obrigações contratuais ou de má prática comercial por parte das empresas concessionárias (inc. XXII), atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários (inc. XXX); além de deliberar, na esfera administrativa e no âmbito de suas atribuições e competências, quanto à interpretação da legislação pertinente às atividades de transporte terrestre. Tudo em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

241. Justificou-se a criação desse novo ente pela necessidade de controle, de normatização e de fiscalização, bem como de mediação na busca de equilíbrio entre Estado, usuário e

prestadores das atividades que ensejam a regulação estatal no campo dos transportes terrestres, repercutindo, no caso, na rodovia federal BR 153.

242. Com efeito, limitar as formas de atuação estatal na faz sentido, ao invés de, “proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva de seus interesses”⁷³.

243. Nesse contexto, segundo Lúcia Helena Salgado:

“[a] qualidade do desenho institucional é, pois, condição *sine qua non* para a garantia de eficiência e eficácia da agência regulatória, no cumprimento dos objetivos previstos em lei”⁷⁴.

244. Na verdade, muito se destacou aqui não haveria sequer necessidade de lei estabelecer esse dever estatal, porquanto é intuitivo que a Administração Pública esteja voltada para a gestão de interesses coletivos, propugnado pela ordem social em juízo de prudência e segurança jurídica, subprincípio da eficiência.

XI. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PEDIDOS

245. Conforme se depreende, a temática fabricada pela ex-Concessionária se pauta na redundante tentativa (frustrada, diga-se de passagem) de eximir-se de compromisso avençado não apenas com o ente estatal no momento do lançamento da proposta no curso do processo licitatório (quando se declarou apta para assunção de responsabilidades do trecho concedido), mas sobretudo pode parecer injusta — isso porque, a ANTT explicou tão bem e com riqueza de fundamentos que seria perda de tempo acatar quaisquer referências suscitadas pela GALVÃO.

246. A eficiência que se espera do Poder Público recomenda endossar e fazer incorporar a futura decisão proferida pelo Tribunal Arbitral a íntegra das manifestações apresentadas até então pela Requerida¹.

247. Assim, a ex-Concessionária ao eventualmente impugnar a extensão das obrigações atinentes ao serviço público concedido que exige comprometimento e qualidade, deve fazê-lo também em relação aos verdadeiros fatos demonstrados, ao Edital, ao Contrato, à lei, à regulamentação aplicável e provas demonstradas.

248. Pelas razões de direito e de fato somadas às provas já carreadas aos autos além de outras novas a serem oportunamente ofertadas no decorrer da fase instrutória, tomando palavra a Requerida¹ reforça a integral *improcedência* dos pedidos encampados pela ex-Concessionária GALVÃO; com a decretação de nulidade da manifestação protocolada pela ex-Concessionária acerca das multas administrativas aplicadas, pois o mesmo documento encontra-se apócrifo, destoando das regras fixadas pelas Partes na Ata de Missão.

249. Também pede que o Tribunal avalie as posturas adotadas pela ex-Concessionária GALVÃO, como incursas na prática de litigância de má-fé, a fim de coibir a profusão de pedidos vazios e linhas argumentativas contraditórias entre si por parte da empresa.

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

⁷⁴ SALGADO, Lúcia Helena. *Agências reguladoras na experiência brasileira: panorama do atual desenho institucional*. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. (Texto para discussão, n. 41). Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

250. Reitera, ainda, que as despesas e sucumbência recaiam aos cuidados da Requerente por ter dado causa desmotivada a via heterocompositiva de litígio, sem observar premissas de boa-fé que permeiam notadamente os contratos administrativos e a correta instrução do parecer final da Comissão Processante com desfecho no Decreto Presidencial determinante da caducidade.

251. Nestes termos, pede, requer e pleiteia a juntada da manifestação que ora se mostra.

Brasília, 10 de junho de 2019.

(assinado eletronicamente)

Emanoel Gonçalves de Carvalho

Procurador Federal

Subprocurador-Geral de Contencioso e Assuntos Estratégicos - PF/ANTT

e-mails: emanoel.carvalho@antt.gov.br

contencioso.pfantt@antt.gov.br