



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

PROCEDIMENTO ARBITRAL CCI 23433/GSS
CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CCI

ALEGAÇÕES FINAIS DA REQUERIDA1 – ATENDIMENTO À ORDEM
PROCESSUAL Nº 05

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 S.A.
(Requerente)

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT
(Requerida1)

UNIÃO
(Requerida2)

TRIBUNAL ARBITRAL
Anderson Schreiber
Patrícia Ferreira Baptista
Sérgio Nelson Mannheimer



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

Sumário

I – INTRODUÇÃO	2
II – A CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DA BR-153/TO/GO	3
III – NÃO OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO	7
II.1. O financiamento no edital e no contrato	8
II.2. O financiamento nos estudos de viabilidade da Concessão	8
II.3 Parâmetros internacionais na alocação do risco pela obtenção do financiamento	14
II.4. Caráter não vinculativo da “Carta de Apoio dos Bancos Públicos”	15
II.5. Impactos da crise macroeconômica na Concessão e no financiamento	21
II.6. Irrelevância do “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões”	23
II.7. Irrelevância das exposições de motivos das Medidas Provisórias nº 752 e 800	24
IV – INVIABILIDADE DE RENEGOCIAÇÃO	25
III.1. Incompatibilidade concreta com o regime jurídico administrativo	26
III.2. Reprogramação de investimentos e alteração de obrigações contratuais	28
III.3. Renegociação, revisão quinquenal e MP 800	33
III.4. Impactos regulatórios de uma renegociação	35
V – CONCLUSÃO	36

I – INTRODUÇÃO

1. Trata-se de procedimento arbitral instaurado a requerimento de Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S.A. (Requerente) em face da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Requerida1) e da União (Requerida2) com vistas a discutir diversos eventos relacionados ao Contrato de Concessão nº 01/2014 (Doc. R2-01), resultante do Edital ANTT nº 001/2014 (Doc. R2-02).

2. Conforme determinado pela Ordem Processual nº 05, de 17/03/2020, a presente manifestação cingir-se-á ao enfrentamento dos pontos controvertidos atinentes às causas da decretação da caducidade da concessão.



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

3. Como não há controvérsia acerca do nível crítico de inexecuções contratuais que levaram à instauração do processo administrativo punitivo e à consequente aplicação da penalidade, o objeto central a ser enfrentado reside no esclarecimento das razões pelas quais as escusas apresentadas pela Requerente não podem ser acolhidas por este Tribunal.
4. Antes, porém, importante que se faça uma breve contextualização dos antecedentes da contratação, para que fiquem claras as bases nas quais o negócio jurídico foi celebrado e especialmente os riscos assumidos por cada um.
5. Em seguida, cada argumento levantado pela Requerente será devidamente enfrentado.

II – A CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DA BR-153/TO/GO

6. O procedimento licitatório para concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade da BR-153/TO/GO foi empreendido no ano de 2014, observado o procedimento previsto no Edital nº 1/2014 (Doc. R2-02), o qual trazia um modelo comum a todas as concessões da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – PROCROFE.
7. Dentre outras inovações do modelo de licitações da 3ª Etapa, aboliu-se a necessidade de apresentação da Plano de Negócios:
 - 9.6 Não poderá ser incluído na Proposta Econômica Escrita da Proponente, nem nos demais volumes mencionados no subitem 6.1, o plano de negócio apresentado à instituição financeira, sob pena de desclassificação da Proponente e aplicação de multa equivalente ao valor da Garantia da Proposta, com sua consequente execução.
8. Nessa nova modelagem, caberia exclusivamente à própria licitante, devidamente assessorada por instituição financeira, assegurar-se quanto à viabilidade e exequibilidade do seu plano de negócios, nos termos do item 9.4. do edital:



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

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

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

9. Também havia previsão de que os estudos utilizados para fins de precificação da Concessão teriam caráter **meramente referencial e informativo, não vinculando de qualquer maneira o Concedente**. Caberia aos licitantes, portanto, conduzir seus próprios estudos e obter **por sua conta e risco** as informações que entendessem necessárias para cumprimento das obrigações contratuais. Nesse sentido, constou do edital:

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

10. O anexo 10 do edital (Doc. R2-02) era ainda mais específico, ao trazer a necessidade de declaração pela então licitante de que “dispõe ou tem a capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e de terceiros necessários à consecução do objeto da **Concessão**”.



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

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

11. Assim, o procedimento em análise foi modelado de modo que os licitantes fariam seus próprios levantamentos, além de se certificar de elaborar um plano ou estratégia empresarial exequível, **compatível com o lance formulado e com os recursos de que dispunham ou tinham a capacidade de obter**. Em especial, caberia aos licitantes avaliarem os custos para cumprimento das obrigações estabelecidas no **Programa de Exploração da Rodovia – PER** (Doc. R2-03), documento anexo ao contrato de concessão.

12. O critério eleito para definição do vencedor do certame, conforme item 12.3 do edital, foi o menor valor da Tarifa Básica de Pedágio, calculada no Estudo de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental – EVTEA.

13. Abertos os envelopes, sagrou-se vencedor do certame Galvão Engenharia S.A., com deságio de **45,99% (quarenta e cinco inteiros e noventa e nove centésimos por cento)**, conforme tabela classificatória de lances a seguir (dados retirados do Doc. R2-89):

Ordem	Licitante	Deságio
1º	Galvão Engenharia S.A.	45,99%
2º	Consórcio Norte-Sul	21,49%
3º	Triunfo Participações e Investimentos S.A.	0,99%

14. Dentre outros sócios, o licitante vencedor, Galvão Engenharia, constituiu-se de empresa que posteriormente viria a ser exposta a diversos **escândalos de corrupção** (“Operação Lava-a-Jato”) que lhe renderiam imensas dificuldades financeiras notoriamente divulgadas.

15. Nos termos do procedimento estabelecido para o certame, o contrato (Doc. R2-01) foi assinado após a constituição da sociedade de propósito específico, em **12/09/2014**.



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

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

16. Tal qual o edital da licitação, o instrumento contratual reforça a necessidade de que o agora Concessionário fizesse seus próprios estudos para que pudesse se desincumbir a contento das obrigações às quais voluntariamente havia se obrigado:

11 Declarações

- 11.1** A **Concessionária** declara que obteve, por si ou por terceiros, todas as informações necessárias para o cumprimento de suas obrigações contratuais.
- 11.2** A **Concessionária** não será de qualquer maneira liberada de suas obrigações contratuais, tampouco terá direito a ser indenizada pelo **Poder Concedente**, em razão de qualquer informação incorreta ou insuficiente, seja obtida por meio da **ANTT**, da **União** ou qualquer outra fonte, reconhecendo que era sua a incumbência de fazer seus próprios levantamentos para verificar a adequação e a precisão de qualquer informação que lhe foi fornecida.

17. Trouxe ainda uma clara repartição de riscos, com destaque para a alocação à Concessionária dos **riscos pelo volume de tráfego e pela eventual obtenção do financiamento**:

21 Alocação de Riscos

- 21.1** Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a **Concessionária** é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à **Concessão**, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:
- 21.1.1** volume de tráfego em desacordo com as projeções da **Concessionária** ou do **Poder Concedente**, com exceção do disposto na subcláusula 22.5 e na aplicação do **Fator C**;

26 Financiamento

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



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

18. Em síntese, esse é o contexto no qual se deu o procedimento competitivo da licitação e a efetiva celebração do contrato. Desde a publicação do edital, estava claro para os pretensos contratados a necessidade de que assumissem plena responsabilidade pelo elaboração de seus próprios estudos e de um plano ou estratégia empresarial que levasse em consideração os riscos que assumiriam em caso de contratação, em especial, o risco pela variação do volume de tráfego e pela obtenção de recursos (próprios ou de terceiros) para cumprimento das obrigações contratuais, sobretudo a execução das obras e serviços previstos no PER (Doc. R2-03).

19. Evidentemente, não se tem a pretensão de dizer que todas as infinitas possibilidades de eventos que pudessem repercutir no contrato foram pensadas ao tempo da licitação e da assinatura do instrumento contratual. O próprio contrato e a regulamentação da ANTT vão trazer instrumentos para lidar com os percalços de uma execução contratual prevista para durar por **30 (trinta) anos**.

20. O importante, de início, é evitar o menoscabo das decisões políticas e jurídicas tomadas lá atrás, quando da modelagem do certame e do contrato. Simplesmente ignorar as premissas postas desde a licitação feriria de morte os mais basilares princípios e regras do regime jurídico administrativo, em especial, a **vinculação ao instrumento convocatório**, em desrespeito aos demais licitantes e às próprias instituições envolvidas nos atos prévios à delegação do serviço público.

21. Feitos esses esclarecimentos iniciais e assentadas as premissas das quais se deve partir para interpretar o contrato, cabe adentrar nos argumentos trazidos pela Requerente na tentativa de justificar as **incontroversas e graves inexecuções** das obrigações contratuais.

III – NÃO OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO

22. Os críticos descumprimentos das obrigações contratuais que levaram à decretação da caducidade não são contestados pela Requerente, que limita sua defesa a afirmar não



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

poder ser responsabilizada por tais descumprimentos. A razão eleita para ilidir sua responsabilidade seria a ocorrência de evento supostamente alheio aos riscos assumidos, qual seja, a não obtenção do financiamento, nos moldes em que havia sido prometido no documento denominado “Carta de Apoio dos Bancos Públicos” (Doc. RTE-06).

II.1. O financiamento no edital e no contrato

23. Pois bem, conforme trecho transcrito anteriormente (subcláusula 26.1), o contrato é claro ao alocar ao Concessionário os riscos pela obtenção do financiamento. Ao contrário do que afirma a Requerente, não há qualquer dispositivo do edital ou do contrato que alocue ao Poder Concedente qualquer responsabilidade em caso de insucesso na obtenção de financiamento junto a instituições financeiras oficiais ou privadas.

24. Também não há qualquer dispositivo editalício ou contratual que sequer faça menção à “Carta de Apoio dos Bancos Públicos” (Doc. RTE-06) ou às condições de financiamento ali previstas. Conclui-se, portanto, que se trata de documento completamente estranho à relação contratual travada entre as partes.

II.2. O financiamento nos estudos de viabilidade da Concessão

25. O argumento da Requerente de que as premissas de financiamento do BNDES foram utilizadas para aferir a viabilidade da concessão também não se sustenta.

26. Conforme dispositivos do edital e do contrato citados, os estudos prévios são meramente referenciais. Ainda que, por argumentar, tivessem assumido essa premissa, não poderia a Requerente escorar-se em tal previsão para sustentar um direito subjetivo ao financiamento ou mesmo a criação de expectativa legítima de reequilíbrio, na medida em que o edital e o contrato foram claros acerca do caráter meramente referencial desses estudos e da necessidade de que os então licitantes elaborassem seus próprios levantamentos e seu plano ou estratégia empresarial.



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

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

27. De todo modo, importante ficar claro que **o EVTEA – Estudo de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental não traz como premissa de viabilidade da Concessão a obtenção de financiamento nos moldes da Carta de Apoio dos Bancos Públicos**. E nem seria coerente que o fizesse, na medida em que referida Carta não é vinculativa, conforme será mais bem detalhado nos tópicos a seguir.

28. Ademais, seria o cúmulo da irracionalidade adotar a obtenção do financiamento como premissa essencial para a viabilidade da concessão e, ato contínuo, alocar os riscos de financiamento exclusivamente ao Concessionário, inclusive, sem prever no edital ou no contrato qualquer detalhamento acerca de condições mínimas do financiamento e da possibilidade de reequilíbrio em caso de não obtenção dos recursos. A relação de causalidade que a Requerente pretende estabelecer não faz o mínimo sentido.

29. Nos termos da modelagem licitatória trazida pelo edital, o Poder Concedente não tem qualquer ingerência sobre a elaboração do plano ou estratégia empresarial dos então licitantes. Esses tiveram ampla liberdade para avaliar a melhor forma de custeio das obras, mormente nos primeiros anos da concessão, inclusive, com a **possibilidade de que 100% (cem por cento) dos recursos viessem de capital próprio (equity)** ou mesmo de que margens diminutas fossem oriundas de recursos de terceiros (*funding*). E mesmo dentro desse universo de obtenção de recursos de terceiros, seria possível, por exemplo, a emissão de debêntures, o financiamento junto a Bancos Privados, a captação de recursos no exterior, dentre outros.

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

31. Feitas essas ressalvas, a tarifa-teto que vai a leilão é fruto desse aglomerado de projeções.



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

32. Grosso modo (confira-se maior refinamento técnico no DOC. R2-89 juntado pela União), o EVTEA traz as projeções de gastos com investimentos (CAPEX), com manutenção e serviços (OPEX), acrescido de despesas com tributos, para cada ano da concessão. Como o valor do dinheiro no tempo varia, esse fluxo de caixa é trazido a valor-presente. Para tanto, os estudos se valem de uma taxa de desconto fornecida pela metodologia denominada Custo Médio Ponderado de Capital (*WACC - Wheighted Average Cost of Capital*).

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

34. O outro lado da equação traz mais uma projeção, desta vez, a projeção do volume de tráfego a ser multiplicada pela tarifa-teto ou tarifa básica de pedágio - TBP que o EVTEA pretende revelar. Em síntese, os custos (despesas + tributos) multiplicados por uma taxa de desconto (WACC) devem ser cobertos pela projeção de tráfego multiplicado pela tarifa-teto (TBP), todos trazidos a valor presente. Em outras palavras, a TBP multiplicada pela projeção de tráfego deve ser suficiente para custear as despesas do futuro concessionário e remuneração do seu capital (taxa de desconto - WACC).

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

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



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

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

37. **Projeto viável** também não significa que a taxa de desconto (WACC) equivale ao lucro efetivo do Concessionário. Este pode ter custos mais baixos do que o projetado, inclusive custo de capital mais baixo, ou ter a expectativa de um volume de tráfego superior ao projetado etc. Perceba que, **quando a licitante oferece um desconto sobre essa tarifa-teto, ela está admitindo que suas projeções são diferentes daquelas do Poder Concedente**. Pode, por exemplo, ter projetado um tráfego maior ou despesas menores ou ainda que conseguiria se financiar a taxas menores do que aquelas oferecidas pela aplicação do WACC. O importante é que, tal como ocorreu na 1ª Etapa de Concessões do PROCROFE, se essas projeções mais otimistas do privado se materializarem e este conseguir rentabilizar mais o projeto, não pode o regulador promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com redução tarifária, de modo a controlar lucros e desrespeitar os riscos assumidos pelo Concessionário. Da mesma forma, se as projeções digamos mais pessimistas do Poder Concedente se materializam, não pode o Concessionário exigir do regulador o reequilíbrio tarifário para custear o risco que assumiu.

38. A propósito da taxa de desconto (WACC), no caso específico da licitação da BR-163, conforme Nota nº 318/2013/STN/SEAE/MF (DOC. R2-92), vale esclarecer que as variáveis que a compunham foram as seguintes:



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

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

Resultado	
Estrutura de Capital	
(A) Participação Capital Próprio	40,00%
(B) Participação Capital Terceiros	60,00%
Custo do Capital Próprio (CAPM)	
(1) Taxa Livre de Risco	4,54%
(2) Taxa de Retorno do Mercado	9,99%
(3) Prêmio de Risco de Mercado	5,45%
(4) Beta Desalavancado	0,557
(5) IR + CSLL	34,00%
(6) Beta Alavancado = $\{(A) + (B) * [1 - (5)]\} / (A) * (4)$	1,11
(7) Prêmio de Risco do Negócio = (3) * (6)	6,04%
(8) Prêmio de Risco Brasil	2,78%
(9) Custo de Capital Próprio Nominal = (1) + (7) + (8)	13,36%
(10) Taxa de Inflação Americana	2,47%
(11) Custo Real do Capital Próprio (CAPM) = $[1 + (9)] / [1 + (10)] - 1$	10,63%
Custo do Capital de Terceiros	
(12) Taxa Livre de Risco	4,54%
(13) Prêmio de Risco Brasil	2,78%
(14) Risco de crédito	4,05%
(15) Custo Nominal da Dívida (12) + (13) + (14)	11,37%
(16) Custo Nominal da Dívida Líquido de Impostos = (15) * $[1 - (5)]$	7,51%
(17) Taxa Real, em R\$ = $[1 + (15)] / [1 + (10)] - 1$	4,92%
WACC	
(18) WACC = (A) x (11) + (B) x (17)	7,20%

39. Veja que as condições de financiamento do BNDES não foram levadas em consideração para o cálculo da taxa de desconto utilizada para aferir a viabilidade do projeto.

40. Portanto, a viabilidade do projeto não levou em consideração as premissas de financiamento do BNDES. Os estudos foram construídos com a premissa de um fluxo de caixa não-alavancado.

41. Quando a Requerente diz que os estudos tiveram como premissa o fluxo de caixa alavancado refere-se a outras projeções, também constantes do EVTEA, mas com outra finalidade, a saber, tentar antecipar a possibilidade de o certame atrair competidores. E essa atratividade já não envolve a sustentabilidade do projeto, mas sim comparações entre diferentes possibilidades de alocação de recursos no mercado. Quanto maior a



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

possibilidade de lucro em comparação com outros tipos de investimentos, obviamente maior será a **atratividade de competidores para a licitação**. O fato de não haver interesse de determinada empresa em participar da licitação não significa que o projeto não é **viável**. Significa, simplesmente, que a expectativa de lucro pode não ser **atrativa** para aquela empresa, ante a possibilidade de utilizar seu capital para celebração de negócios com maior retorno.

42. A **viabilidade**, repita-se, não deve ser confundida com essa **atratividade**. **A viabilidade de um projeto é simplesmente a capacidade de as receitas trazidas a valor presente serem suficientes para fazer face às despesas também trazidas a valor presente. Veja que a viabilidade é aferida globalmente.** Toma-se por base todo o fluxo de caixa trazido a valor presente. Por consequência, é possível que em anos **tomados isoladamente** não haja fluxo de recursos suficientes para fazer face às despesas, o que não permite concluir ser o projeto **inviável**. **Para assegurar a execução do projeto prossiga independentemente de um momentâneo descasamento entre receitas e despesas é que o edital conferia ampla liberdade para o então licitante elaborar o seu plano ou estratégia empresarial, inclusive com previsão de volume de capital próprio para compensar períodos de menor receita.**

43. O fato é que, considerado o caso concreto, as **projeções globais** constantes dos estudos eram no sentido da viabilidade desse projeto se adotadas as premissas trazidas no EVTEA, entre as quais **não se incluía o financiamento do BNDES**. Ocorre que a Requerente se afastou bastante das premissas ao oferecer um deságio substancial na tarifa de **45,99% (quarenta e cinco inteiros e noventa e nove centésimos por cento)**, ao tempo da licitação. Se o fez, é porque seus próprios estudos utilizaram premissas diversas das do Poder Concedente. Por consequência, deve arcar com os efeitos decorrentes da imprecisão de suas próprias projeções.



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

II.3 Parâmetros internacionais na alocação do risco pela obtenção do financiamento

44. Importante destacar que a forma como alocado no contrato de concessão o risco relacionado à obtenção de financiamento não configura algo extravagante e restrito aos contratos regulados pela ANTT. Pelo contrário, é um padrão internacionalmente aceito como boa prática de modelagem de contratos do setor de infraestrutura.

45. Dados disponibilizados pelo *Global Infrastructure Hub – GIB*¹, associação criada no âmbito do G-20 a fim de reunir e divulgar as melhores práticas sobre obras e serviços de infraestrutura, revelam que, mesmo nas concessões qualificadas como parcerias público-privadas (hipótese distinta da discutida nos presentes autos), **que é prática tanto em mercados maduros como naqueles de países em desenvolvimento alocar ao concessionário privado a responsabilidade pelos riscos do financiamento** necessário para a execução dos serviços e por aquele relativo à taxa de juros durante a execução do contrato:

Mudança de taxas durante o projeto: O parceiro privado tipicamente suporta o risco de flutuação nas taxas de juros durante a vida do projeto, mas isso dependerá da especificidade do projeto e de sua jurisdição. O parceiro privado tentará mitigar este risco por meio de acordos de hedging, na medida do possível ou necessário no mercado em questão. Esses acordos devem garantir a taxa de juro que o parceiro privado é obrigado a pagar, ao invés da flutuante, e protegerão o parceiro privado contra movimentos adversos da taxa. O custo de tal *hedging* será parte do lance ofertado pelo contrato .

(Tradução livre do autor. Texto original em inglês: “*Rate changes during project: The Private Partner will typically bear the risk of interest rate fluctuations over the life of the project but this will depend on the specific project and its jurisdiction. The Private Partner will seek to mitigate this risk through hedging arrangements, to the extent possible or necessary in the relevant market. These should ensure the interest rate the Private Partner is required to pay is effectively fixed instead of fluctuating, and protects it against adverse rate movements. The cost of such hedging will be part of the contract price bid*”.)

¹ Dados disponíveis em <https://content.github.org/live/media/1606/road-matrix.pdf>. Acesso em 23 dez 2019.



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

O risco de não conseguir levantar o capital necessário surgirá em projetos em que o parceiro privado (a) precise buscar um refinanciamento de resgate para re-escalonar seus empréstimos em caso de dificuldades financeiras ou (b) precise trocar empréstimos de curto prazo (conhecidos como *mini perm*), que podem ser a única opção de financiamento disponível (ou desejável) para o projeto inicialmente. Este é um risco tipicamente alocado ao parceiro privado.

(Tradução livre do autor. Texto original em inglês: “*The risk of failing to raise required capital will arise in projects where the Private Partner (a) needs to seek a rescue refinancing to reschedule its borrowings if it is struggling financially, or (b) needs to replace short term (known as mini perm) financing which may have been the only financing option available to (or desirable for) the project initially. This is typically a Private Partner risk*”)

46. Nesse passo, é de se reconhecer que, para além de objetivamente clara, a matriz de risco adotada nos contratos de concessão celebrados pela ANTT se encontra **alinhada com as práticas internacionais** para a exploração de infraestruturas rodoviárias nos pontos contestados pela Concessionária.

II.4. Caráter não vinculativo da “Carta de Apoio dos Bancos Públicos”.

47. Além de não ter sido tomada como premissa nos estudos prévios e de, como consequência, não ter sido referenciado em qualquer dos documentos que pautaram a licitação, a Carta de Apoio trata de mera intenção de contratar, **sem qualquer caráter vinculativo**. O caráter preliminar e condicional do documento é evidente em seu próprio texto, como se observa do excerto trazido adiante:

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. (grifamos)

48. Fica claro que a Carta de Apoio constituía-se de manifestação preliminar, condicional, em que os entes financeiros federais clara e inequivocamente condicionam o futuro apoio à “análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas”.



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

Não se cuidou de *cheque em branco* a qualquer empresa, mas antes um esboço inicial da face financeira de uma política pública setorial.

49. O mesmo pode ser dito das “declarações” de Ministros e de agentes políticos federais quanto ao apoio a ser dado ao setor rodoviário. Em um Estado Democrático de Direito, os agentes políticos apenas *gerem* o patrimônio público, atuando de acordo com os parâmetros e limites impostos pela Constituição e pelas leis do país. Por isso, nenhuma de suas “manifestações” pode ser tomada como promessa incondicional de apoio financeiro a determinado setor com recursos públicos, sob pena de evidente ofensa ao mais basilar dos princípios republicanos.

50. Desse modo, não cabe falar em *expectativa legítima* das concessionárias a acesso a fundos públicos subsidiados *sem análise do mérito de seus projetos* ou da capacidade financeira de seus sócios, como pretendem sustentar em suas manifestações. Não houve, nesse sentido, criação de expectativa *legítima* capaz de ser protegida juridicamente e, por conseguinte, não há pretensão a ser exigida.

51. Sobre o ponto, não é demais lembrar que, mesmo se houvesse expectativa das concessionárias a ser protegida, ela seria necessariamente dirigida às instituições financeiras federais, emissoras do ato invocado pelas delegatárias como origem de sua expectativa supostamente frustrada, e não contra a ANTT.

52. A Agência jamais aquiesceu em relação à suposta promessa de financiamento. **A requerente sabe do descabimento da sua pretensão, tanto que não há notícia nos autos de que tenha de alguma forma processado o BNDES.** Não o fez justamente porque reconhece não ter o bom direito. Inclusive, de modo análogo, outra Concessionária de Rodovia da mesma etapa, a Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. – **CONCEBRA, tentou sustentar a tese de vinculação do BNDES à Carta de Apoio dos Bancos Públicos, nos autos do processo nº 0012434-56.2017.4.015101, e teve seu pedido julgado improcedente, com trânsito em julgado,** conforme se depreende da sentença (Doc. RDA-28), que acabou por transitar em julgado em razão da desistência do



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

recurso pela Concessionária. Nesse sentido, importante conferir alguns trechos da sentença:

Os pedidos não merecem prosperar.

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

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

“(…) Tendo em vista as licitações anunciadas para a concessão de rodovias federais integrantes do Programa de Investimentos em Logística (PIL), o BNDES, a Caixa e o Banco do Brasil **vem a público** informar as condições de apoio aos investimentos relacionados aos projetos dos futuros concessionários:

(…)

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.” (grifou-se)

(…)

Resta claro, portanto, que a contratação prévia de um empréstimo-ponte (modalidade de financiamento que tem como objetivo garantir tempo para a análise e eventual estruturação do possível financiamento de longo prazo do projeto) não gera uma consequência automática ou necessária de futura contratação de empréstimo de longo prazo, como quis fazer crer a parte autora.

A efetiva contratação do empréstimo de longo prazo nada mais é do que uma **possibilidade e não de uma consequência necessária ou automática.**

Ademais, a pretendida ingerência do Poder Judiciário para que **substitua** a análise de altíssima complexidade, realizada por diversas áreas e instâncias técnicas e decisórias do BNDES, de contrato de financiamento a longo prazo com recursos públicos de elevada quantia, mostra-se descabida e indevida no presente caso.

Tampouco assiste razão à parte autora quando busca vincular, quase que de forma absoluta, o contrato de financiamento celebrado com o BNDES e o contrato de concessão a ser celebrado com o Poder Concedente.



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

Não possui o BNDES, na condição de instituição financeira fornecedora de crédito, ingerência em eventuais conflitos existentes entre uma concessionária de serviços públicos e o Poder Concedente, eis que tais fatos estão inseridos no âmbito de risco inerente a sua própria atividade.

O fato de que o contrato de financiamento celebrado com o BNDES teria previsto que seriam utilizados recursos em uma destinação específica configura-se uma característica inerente dos contratos de financiamentos do BNDES.

Assim, corretamente conclui o BNDES à fl. 912, que o fato de a destinação específica dos recursos oriundos de um contrato de financiamento consistir na realização de obras previstas como obrigações de um contrato de concessão rodoviária não transforma tais contratos em “coligados” ou “absolutamente vinculados”, tendo em vista que **celebrados de forma independente e por partes distintas**.

Tendo isso em conta e inexistindo qualquer elemento que altere a conclusão assentada na decisão de fls. 802/805, mantenho-a por seus próprios fundamentos, utilizando-a, em complemento à fundamentação acima, como razão de decidir da presente sentença:

(...) Conforme se pode depreender do relato exposto na petição inicial, os Autores tencionam a suspensão da exigibilidade de créditos (de natureza não tributária) de titularidade do BNDES, decorrentes de contrato de financiamento. Basicamente, sustentam que estariam numa posição jurídica que lhes asseguraria o exercício da faculdade de exigir do BNDES a celebração de contrato de financiamento a longo prazo.

Em linhas gerais, os Postulantes pretendem a celebração de um novo contrato com o BNDES com vistas ao adimplemento de outros contratos de financiamento celebrados com cláusulas menos favoráveis; e atribuem ao próprio BNDES a causa pela necessidade de celebração desses financiamentos com outros bancos.

Com efeito, frisam que, em 15/07/14, a CONCEBRA e o BNDES celebraram o Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1, formalizando o empréstimo-ponte, no valor de R\$ 1.060.242.000,00. A liberação destes recursos ocorreria em seis subcréditos — sendo a segunda, quarta e sexta parcelas disponibilizadas mediante a apresentação de fiança bancária, que respondesse por parte da dívida — e os aportes se destinariam a realização dos investimentos

previstos em contrato de concessão.

O pagamento do empréstimo deveria ocorrer no prazo de 18 meses, mais precisamente em 15.01.16. Ressaltam que, todavia, após primeira parte do financiamento, no valor de R\$ 300.000.000,00, não foram liberadas as outras duas parcelas nas datas inicialmente ajustadas,

que totalizaram R\$ 260.000.000,00. Esse atraso, segundo as Autoras, lhes prejudicou, gerando descompasso no cronograma físico-financeiro das obras (relativas à concessão), o que lhe impôs a

contratação de outro financiamento de curtíssimo prazo com outros bancos, em condições menos favoráveis, para fazer frente ao progresso regular das obras, fato que lhe causou endividamento.



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

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

Sublinha, ainda, que, “Ainda em maio de 2015, a CONCEBRA recebeu comunicado informando que a CEF não participaria do financiamento de curto prazo. Assim, a despeito da liberação da quarta tranche do empréstimo-ponte em julho daquele ano, sobreveio a necessidade de repactuação das condições iniciais do empréstimo, mediante a celebração do 1º aditivo ao contrato, em 11.09.2015”.

Enfim, sustentam que a morosidade do BNDES em dar prosseguimento à operação financeira causava toda a sorte de malogros a CONCEBRA, que seguia arcando com os juros mais elevados do empréstimo-ponte e dos empréstimos de curtíssimo prazo, e permanecia desprovida dos aportes de capital de terceiros substanciais para os investimentos necessários ao projeto, que seriam efetuados via empréstimo de longo prazo.

Nada obstante, em uma primeira aproximação do caso, não me parece clara a ocorrência dos requisitos previstos em lei para autorizar a revisão judicial do contrato, nos termos do arts. 317 e 478 do Código Civil, porque não está colocada de forma evidente qualquer situação de ocorrência de fatos imprevisíveis a implicar desproporção manifesta no negócio jurídico.

Também não restou demonstrada a apontada conexão entre o contrato de financiamento firmado com o BNDES e o contrato de concessão de exploração de rodovias federais.

Denota-se, da análise dos documentos, que o BNDES realizou sucessivas prorrogações do prazo do pagamento da primeira parcela da amortização (fls. 437; 541; 556) e, no documento de fl. 574, a própria parte autora informou que a impossibilidade de pagamento ocorreu, inclusive, por “agravamento acentuado da recessão econômica, de duração e intensidade imprevisíveis, com impacto no tráfego projetado no Plano de Negócios da Concebra”, o que não se pode atribuir ao BNDES.

Tem-se, ainda, que o BNDES justificou a impossibilidade de realização de novas operações por pendências de responsabilidade da própria parte autora (fl. 579):

a crise econômica é um aspecto exógeno que de fato gerou impacto negativo nas receitas da CONCEBRA. Contudo, não é justificativa exclusiva para a situação atual da concessionária, visto que os itens citados no tópico anterior [desistência do negócio pela CEF; deterioração do rating da TPI; negativa dos demais bancos; inadimplência da Concer] são os fatores que efetivamente levaram à impossibilidade de migração para o financiamento de longo prazo.

Posteriormente, ainda, a própria parte autora não atendeu a obrigações pactuadas para propósitos de renegociação da dívida (fl. 580):

por meio de e-mail enviado em 26/10/2016, o grupo Triunfo manifestou concordância com as condições apresentadas pelo BNDES. O BNDES trabalhou em uma proposta de prorrogação do empréstimo-ponte da CONCER com base na negociação realizada. Não obstante, em 11/11/16, o BNDES foi surpreendido por email da



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

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

TPI comunicando a negativa quanto à concessão das garantias já negociadas na reunião realizada em 20/10/16 e confirmadas pela TPI no email enviado ao BNDES em 26/10/16. Em virtude da negativa da TPI e consequente inviabilização da assinatura do aditivo contratual nos termos aprovados pela Diretoria do BNDES, o empréstimo-ponte da CONKER venceu em 15/11/2016. A CONKER e a TPI não realizaram pagamento da parcela única e, em decorrência, encontram-se inadimplentes com o BNDES desde então. Diante dessa situação de inadimplência, ficou impossibilitada a viabilização de aprovação de financiamento de longo prazo para a CONCEBRA anteriormente ao vencimento do empréstimo-ponte, em 15/12/2016.

Portanto, não se pode, de plano, responsabilizar o BNDES pelos problemas apontados pela parte autora. (...) (grifou-se)

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

Consta, ainda, **expressamente**, da cláusula 26.3 do Contrato de Concessão (fl. 235) que “**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**” (grifou-se)

Como já foi dito acima: o contrato de concessão e o contrato de financiamento **são contratos independentes e celebrados por partes distintas, de forma que um não possui o condão de definir o futuro de outro.**

Por fim, observo que o presente processo foi distribuído por dependência ao processo nº 0008779-76.2017.4.02.5101 (fl. 670), que trata de ação de execução por título executivo extrajudicial ajuizada pelo BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES, réu deste processo, contra as autoras desta ação ordinária, CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A. – CONCEBRA e TPI – TRIUNFO PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A, executadas naquele feito.

Entretanto, a presente ação não trata especificamente do débito discutido naqueles autos, tendo causa de pedir diversa (concessão de novo financiamento) e muito mais ampla (revisão contratual) envolvendo partes distintas daquele feito, o que não justifica, no ponto de vista processual, a aplicação do art 55, § 2º, I do CPC, ou a aplicação do art. 56, também do CPC, não havendo motivo assim para que as ações tramitem conjuntamente, de forma que determino o desapensamento.



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

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

53. Ora, se nem o BNDES, que assinou a citada Carta, a ela permaneceu vinculado, por que a ANTT e, sobretudo, o usuário haveria de se responsabilizar por esse ato de terceiros?

54. Assim, é evidente que o documento não vincula a União ou a ANTT. Aliás, a questão sequer poderia ser apreciada no âmbito deste processo arbitral, na medida em que não figuram como partes os criadores da suposta expectativa que ampararia a pretensão da requerente.

II.5. Impactos da crise macroeconômica na Concessão e no financiamento

55. Outro ponto arguido pela Requerente reside nos supostos impactos da crise macroeconômica sofrida pelo país no biênio 2015/2016 com quedas do produto interno bruto – PIB em torno de 3% (três por cento) ao ano que teriam refletido diretamente na concessão e nas condições de financiabilidade do projeto.

56. A Requerente, contudo, **não consegue demonstrar o nexo causal entre a crise e o sofrível desempenho da Concessionária na execução do contrato.**

57. De fato, a forma como se deu o desempenho da Concessionária torna absolutamente irrelevante para o caso a existência da crise.

58. Conforme se depreende do conjunto probatório acostado aos autos e mesmo dos debates entre as partes, resta incontroverso que as inexecuções contratuais se iniciaram desde os primeiros momentos da vigência do contrato e se estenderam até a decretação da caducidade com tal nível de intensidade que a Requerente sequer foi autorizada a iniciar a cobrança de pedágio.



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

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

59. Dessa forma, **a alegada oscilação negativa do tráfego, além de não ter sido demonstrada nos autos, ainda que o fosse não impactaria nas receitas da Concessionária, justamente porque a tarifa de pedágio ainda não vinha sendo cobrada.** Pelo contrário, nesse momento que precede a cobrança de pedágio, quanto menor o tráfego, mais favorecida é a concessionária, dado o menor desgaste do pavimento e conseqüentemente os menores custos para sua reparação.

60. Também não há evidência de que a crise tenha impactado na obtenção do empréstimo. É bom lembrar que a Requerente teve negado o **empréstimo-ponte**, o qual precede a eventual concessão do **empréstimo de longo prazo**. As condições para concessão do último, empréstimo de longo prazo, sequer foram avaliadas.

61. No que se refere às condições para concessão do **empréstimo-ponte**, conforme revela o documento R2-87 de autoria do BNDES, **a negativa se deu pela queda do rating cadastral do grupo Galvão**. E essa queda se deve ao recebimento de denúncia formulada pelo MPF (Doc. R2-38) em face dos dirigentes da Requerente. Vejamos:

Conforme mencionado anteriormente, o recebimento de denúncia contra dirigentes do Grupo Galvão levaram o BNDES a refazer a análise cadastral¹⁰ deste Grupo, sendo que houve uma deterioração substancial do conceito atribuído. Em consequência, o *rating* atribuído ao Grupo Econômico também sofreu correspondente rebaixamento¹¹, já que o normativo interno do BNDES determina um teto para Grupos Econômicos com determinado conceito cadastral.

Vale ressaltar que o novo *rating* atribuído ao Grupo Galvão fez com que o grupo deixasse de ter margem para operar com o BNDES, o que significa a proibição de o BNDES se expor diretamente à Galvão 153, que somente poderia conceder crédito integralmente por via indireta (mediante repasse de algum Agente Financeiro credenciado) ou que fosse totalmente garantido por fiança bancária. Vale dizer: o BNDES não poderia correr o risco de crédito do Grupo Galvão. Ou seja, além da restrição imposta pelo CEC para a concessão do Empréstimo-Ponte para a Galvão 153, qualquer outra operação de crédito com o Grupo Galvão não poderia acarretar exposição direta do BNDES a tal Grupo.



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

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

62. Observa-se que, segundo informações do próprio Banco, **eventuais projeções de tráfego em nada influenciaram na negativa do empréstimo-ponte.**

63. Situação diversa é a do empréstimo de longo prazo. A concessão deste, **em tese**, poderia ser impactada pela redução significativa do volume de tráfego, segundo informações do BNDES extraídas do mesmo documento:

É preciso reconhecer que a crise econômica vivenciada no país impactou negativamente diversos empreendimentos financiados pelo BNDES, inclusive as concessões rodoviárias. A crise econômica poderia ter sido um dos componentes que dificultariam uma futura concessão de financiamento de longo prazo para a Galvão 153, tendo em vista o impacto gerado nas projeções de demanda das rodovias, o que por consequência impactaria na capacidade de endividamento da Galvão 153.

Todavia, a não concessão do Empréstimo-Ponte para a Galvão 153 se deveu, como supramencionado, à situação cadastral e de crédito do Grupo Galvão. E, como já citado, o pedido de recuperação judicial constituiu-se em fator impeditivo à concessão de crédito ao referido grupo econômico, nos termos das normas aplicáveis do BNDES.

64. **Os esclarecimentos trazidos pelo BNDES deixam claro que a crise econômica não teve qualquer impacto na negativa do empréstimo-ponte.** Por consequência, o debate sobre a gravidade da crise, sua ordinariedade ou extraordinariedade, a compatibilidade com as projeções de tráfego dos estudos de viabilidade entre outras especulações trazidas pela Requerente são absolutamente irrelevantes para diagnosticar as razões da não obtenção do empréstimo-ponte.

II.6. Irrelevância do “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões”

65. Nesse contexto de irrelevância da variação de tráfego para a questão da negativa do empréstimo-ponte, também, por consequência, não há qualquer importância a ser



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

atribuída ao chamado “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões” (Doc. RTE-13).

66. Primeiro, porque o referido documento **não representa o entendimento técnico da ANTT**, na medida em que se constitui em documento **apócrifo**, não aprovado pelo órgão máximo da Agência, a Diretoria-colegiada, e que **não seguiu qualquer rito procedimental interno** previsto nas regulamentações da ANTT, em especial, o procedimento de revisão previsto no contrato e na Resolução nº 675/2004 (Doc. R2-22).

67. Em segundo lugar, o **documento é genérico**, na medida em que apenas aponta a existência de crise com possíveis impactos no volume de tráfego das concessões. **Não avalia, contudo, especificamente o impacto da crise sobre o tráfego da BR-163/TO/GO. Aliás, a concessão em análise foi tão prematuramente extinta que sequer foi objeto de análise e referência no citado documento.**

68. Por fim, e não menos importante, conforme já salientado, a variação do tráfego não foi relevante para a negativa do empréstimo apontado pela própria Requerente como causa eficiente para os inadimplementos. Ora, ainda que fosse o posicionamento da Agência (não é), ainda que houvesse reconhecimento de impacto da crise no volume de tráfego (não houve esse reconhecimento), **as análises trazidas no citado documento em nada se relacionam com os motivos para a negativa do financiamento.**

69. Diante desse quadro, também não pode ser acolhida a argumentação da Requerente acerca de um suposto reconhecimento de desequilíbrio por parte da ANTT.

II.7. Irrelevância das exposições de motivos das Medidas Provisórias nº 752 e 800

70. As exposições de motivos trazidas nas Medidas Provisórias 752 e 800 também não podem amparar a tese da Requerente.



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

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

71. A uma, porque a Exposição de Motivos de atos normativos **tem por finalidade apenas "justificar e fundamentar, de forma clara e objetiva a edição do ato normativo"** (cf. art. 27 do Decreto n.º 9.191, de 2017, anteriormente disciplinado no art. 38 do Decreto n.º 4.176, de 2002), não se prestando, portanto a reconhecer direitos.

72. A duas, porque atos normativos **possuem como característica a generalidade e a abstração**, não traduzem normas individuais e concretas para regular cada caso específico. Por decorrência, a justificativa para edição desses atos gerais e abstratos materializada na Exposição de Motivos não pode ser invocada como reconhecimento expresso de um suposto direito da Requerente ao reequilíbrio.

73. A três, porque **tais atos não demonstram qualquer nexo de causalidade entre a crise econômica e os descumprimentos contratuais**. Conforme exposto anteriormente, no caso específico do contrato de concessão da Requerente, a eventual variação do volume de tráfego, além de não comprovado, não impactou seja na arrecadação da Concessionária, uma vez que não vinha cobrando tarifa de pedágio, seja na não obtenção do empréstimo-ponte, que foi causada pela queda do *rating* da Requerente em decorrência de denúncia (Doc. R2-38) e condenação (Doc. R2-40) dos sócios controladores por envolvimento em casos de corrupção.

74. Portanto, mais uma vez fica claro que **a Requerente busca apenas eleger um evento abstrato, a crise, e, sem qualquer nexo com o caso concreto, tenta, sem sucesso, justificar os descumprimentos contratuais**.

IV – INVIABILIDADE DE RENEGOCIAÇÃO

75. A Requerente insiste em diversas oportunidades que, diante da crise econômica supostamente sem precedentes sofrida pelo país, a ANTT deveria ter renegociado o contrato.



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

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

76. Conforme visto, não há qualquer relação entre a crise vivenciada e os descumprimentos contratuais. A própria Requerente atribui os descumprimentos à não obtenção do financiamento, que, como visto, não decorreu da crise, e sim da queda do *rating* da Concessionária, sobretudo denúncia (Doc. R2-38) e condenação (Doc. R2-40) dos sócios controladores por envolvimento em casos de corrupção. Ora, se a crise não está relacionada com os descumprimentos, também não estaria com qualquer suposto dever de renegociar o contrato.

77. De todo modo, cabe avançar na discussão para refutar os pontos levantados pela Requerente.

III.1. Incompatibilidade concreta com o regime jurídico administrativo

78. O chamado dever de renegociar é apontado pela doutrina² como corolário da Cláusula Geral de Boa-fé prevista no art. 422 do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

79. Não se duvida que a lei geral de processo administrativo, Lei nº 9.784/99, também traz a previsão da boa-fé (inciso IV do parágrafo único do art. 2º) ou que a lei geral de contratações administrativa, Lei nº 8.666/93, em seu art. 54, prevê a aplicação supletiva dos “princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”. Todavia, transpor esse dever anexo à boa-fé para o âmbito do direito administrativo e, por conseguinte, para o regime jurídico aplicável aos contratos de concessão exige maiores cautelas.

² Por todos, SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar, 1ª.edição. Saraiva.



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

80. Primeiro, porque a Administração Pública está sujeita ao **princípio da legalidade** previsto no art. 37 da Constituição. Ainda que se chame de juridicidade³, ou que se admita que essa legalidade não seja tão estrita quanto se entendia outrora, **a Administração Pública indiscutivelmente não detém o mesmo nível de liberdade do privado.**

81. Segundo, porque há **regras específicas que regem as contratações públicas**. Em especial, promover uma renegociação ampla do contrato, logo após o certame licitatório, além de **violar o também constitucional princípio da impessoalidade** (art. 37) em detrimento dos demais licitantes, violaria o princípio legal da **vinculação ao instrumento convocatório**, tal qual previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, aplicável também às concessões:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

82. De fato, não havia qualquer fundamento legal que conferisse ao Poder Concedente, nas circunstâncias do caso concreto, qualquer prerrogativa de simplesmente desconsiderar o procedimento licitatório e oferecer à Requerente um contrato em outras bases econômico-financeiras.

83. Não bastassem as amarras próprias do regime jurídico administrativo, a promoção de uma prematura renegociação contratual nas circunstâncias do caso em análise significaria não a observância da cláusula de boa-fé, mas sua violação. Afinal, a boa-fé objetiva veda justamente o comportamento contraditório.

84. Ora, no caso dos autos, promoveu-se um procedimento licitatório no qual as propostas de outros dois licitantes foram rejeitadas e foi assinado contrato em **12/09/2014**

³ Por todos, BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



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

com previsão de duração de **30 (trinta) anos**. Renegociar as bases contratuais decorridos **apenas alguns meses** de concessão sim configuraria **comportamento contraditório do Poder Concedente e violador da boa-fé**.

85. Na verdade, a conduta da Requerente é que denota comportamento contraditório, em clara ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Num primeiro momento, assume ter ciência dos riscos e se compromete ao cumprimento das obrigações contratuais, para, num segundo momento, apenas **poucos meses** após o início de execução de um contrato de **30 (trinta) anos**, pleitear a completar desfiguração desse contrato com a alteração das obrigações pactuadas.

86. Não havia, portanto, como conduzir a pretensa negociação sem violação do direito.

III.2. Reprogramação de investimentos e alteração de obrigações contratuais

87. Outro argumento trazido pela Requerente, na linha de um suposto dever de renegociar, seria a possibilidade de que a Requerida tivesse reprogramado os investimentos com vistas a permitir um alívio financeiro imediato à Concessionária, até que esta solucionasse o problema do financiamento.

88. Primeiramente, é preciso reiterar que o termo “reprogramação de investimentos” é muitas vezes utilizado para significar duas coisas diversas.

89. Num primeiro sentido, pretende-se referir ao **reposicionamento de determinada obra no fluxo de caixa** da Concessão. Nessa hipótese, se por exemplo uma obra era prevista para ser executada no 2º ano-concessão e, por qualquer razão, essa obra não é executada (por culpa ou sem culpa da Concessionária, tanto faz), ela é automaticamente reposicionada no fluxo de caixa para o ano seguinte e o **contrato reequilibrado economicamente** mediante a aplicação do instrumento contratual denominado Fator D.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

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

Se o atraso se deve a culpa da Concessionária, esta ainda recebe uma punição (advertência, multa moratória etc). Esse tipo de situação é do cotidiano da Agência.

90. Por outro lado, quando a Concessionária afirma que pleiteou junto à ANTT uma reprogramação das obras, na verdade, ela pretende se referir a um pedido de **alteração de obrigações contratuais com postergação de prazos ou mesmo a exclusão de obrigações**. Essa situação exige cautelas maiores, pois, embora a alteração de prazo ou a exclusão de obrigações vá produzir o mesmo efeito da situação anterior de ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a ANTT ficaria **impossibilitada de punir** a Concessionária, justamente porque o prazo previsto originalmente seria dilatado ou porque não haveria mais aquela obrigação que foi excluída. Por consequência, demandaria justificativas técnicas plausíveis para subverter o cronograma previsto no contrato.

91. No caso dos autos, não havia essas justificativas para alteração de prazos, justamente porque **não se materializou risco atribuído ao Poder Concedente com impactos diretos** na concessão.

92. A propalada crise econômica, além de fazer parte do risco alocado à Concessionária, não trouxe impactos diretos no contrato da Requerente.

93. O argumento central da Requerente é a não obtenção do financiamento, que, conforme exaustivamente demonstrado, além de ser risco alocado à Concessionária, não se materializou por culpa do envolvimento dos seus sócios controladores em casos de corrupção.

94. Importante ainda destacar que o documento trazido pela Requerente (A.87), não pode ser utilizado como parâmetro para o caso atual.

95. Primeiro, porque é bastante antigo (remonta aos anos de 2008, 2009 e 2010), anterior inclusive à celebração do seu contrato (2014), o que demandaria um



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

levantamento da regulamentação vigente à época e dos próprios entendimentos da Agência acerca de temas como revisão ordinária, extraordinária e quinquenal.

96. Segundo, porque envolve modelos contratuais da 1ª (ECOSUL) e 2ª (Autopista Régis Bittencourt e Autopista Litoral Sul) Etapa de Concessões. Diferentemente da modelagem do contrato da Requerente, que faz parte da 3ª Etapa, esses contratos mais antigos eram bem mais lacônicos e, conseqüentemente, permitiam uma maior margem para Regulador na alteração das obrigações.

97. Do contrato da **ECOSUL**, por exemplo, extrai-se a **possibilidade de revisão de encargos conforme a variação de receita e ou de custos**, algo impensável no modelo da 3ª Etapa de Concessões do PROCOFE:

Trecho do Contrato de Concessão da ECOSUL (disponível em: www.antt.gov.br):

8.2. - REVISÃO ENCARGOS CONCESSIONÁRIA:	DOS DA	Ajustam as partes, com o objetivo de manter e preservar de forma permanente o equilíbrio econômico-financeiro inicial deste CONTRATO, que os encargos da CONCESSIONÁRIA poderão ser revisados sempre que ocorrerem situações supervenientes vinculadas a variação de receita e ou de custos , sobejamente fundadas em critérios técnico e juridicamente justificados.
--	-------------------	--

98. Por sua vez, enquanto na 3ª Etapa de Concessões a diretriz por trás da modelagem era a imposição de grande volume de investimentos nos primeiros anos da Concessão, no contrato da Autopista Régis Bittencourt (2ª etapa), confere-se **maior poder ao regulador para alteração do cronograma de obras, inclusive em função da evolução do tráfego**:

*Trecho do Contrato de Concessão da Autopista Régis Bittencourt (disponível em:
www.antt.gov.br):*

17.8. Os cronogramas das obras e serviços obrigatórios incluídos no PER poderão ser alterados, por decisão da ANTT em função da evolução do tráfego no Lote Rodoviário, das reais necessidades da Rodovia e do interesse público, sempre mantendo o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.



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

99. Ademais, o modelo da 2ª Etapa de Concessões ainda trazia a exigência de que o contratado apresentasse Plano de Negócios, **o que tornava viável tecnicamente, por exemplo, o cálculo da exclusão de obras constantes do PER, algo inexequível no âmbito da 3ª etapa.**

100. Enfim, há uma série de diferenças entre os modelos contratuais da 1ª e 2ª etapa de concessões cuja interpretação e aplicação constituem objeto estranho à presente arbitragem e que tornam os exemplos trazidos pela Requerente inadmissíveis como parâmetro de comparação.

101. De todo modo, é possível perceber que, no caso trazido da Concessionária Autopista Régis Bittencourt, houve reconhecimento de fato imputável ao Poder Concedente que a impediu iniciar a cobrança do pedágio. Diversamente da situação dos autos, houve reconhecimento de nexos diretos entre, de um lado, uma atuação da Administração Pública e/ou eventos de força maior e, de outro, o atraso na cobrança de pedágio, motivo pelo qual autorizada alteração do PER com o devido reequilíbrio tarifário negativo:

Trecho da Nota Técnica nº 144/2009/GEINV/SUINF (Doc. A.87):

11. Em sua conclusão a Nota Técnica nº 124/2009/GEFOR/SUINF propõe que se acate parcialmente o pleiteado pela Concessionária, reconhecendo a imputabilidade à Administração e à força maior dos atrasos demonstrados na tabela a seguir.

69. Dessa forma, propõe-se a alteração no Cronograma Físico-Financeiro da Concessão da Rodovia Régis Bittencourt, conforme apresentado no Anexo I e a consequente alteração do texto do PER.

Trecho do voto do diretor relator (Doc. A.87):



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

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

Diante do exposto, e com base nas manifestações das Áreas Técnicas competentes, bem como no **PARECER/ANTT/PRG/LCA/Nº 0556-3.4.1.11/1009**, proponho à Diretoria que autorize a 1ª Revisão Extraordinária da TBP devido à reprogramação do Programa de Exploração da Rodovia – PER, da BR-116/SP/PR, trecho São Paulo – Curitiba, explorado pela Autopista Régis Bittencourt S/A, que altera a TBP de R\$ 1,36400 para R\$ 1,35323, a partir de 29/12/2009.

102. Também no caso da Concessionária Autopista Litoral Sul S.A. houve reconhecimento de atrasos imputáveis ao Poder Concedente e que inviabilizavam o início das obras. Mais uma vez, o nexó causal é evidente:

Trecho do PARECER/ANTT/PRG/LCA/Nº 0066-3.4.1.11/2010:

2. Nos autos do Processo nº 50500.039913/2009-08, a Autopista Litoral Sul requereu a readequação do cronograma de obras e investimentos da Rodovia BR-116/376/PR - BR-101/SC, pelos motivos expostos na correspondência de fls. 02/12, que, em linhas gerais, referem-se a atrasos da Administração Pública quanto à formalização do Termo de Cessão de Bens da Concessão, à tomada das necessárias providências para emissão da Licença Ambiental de Operação, e emissão do Decreto de Utilidade Pública para fins expropriatórios.

103. Por sua vez, no caso da revisão da Concessionária ECOSUL S.A., trata-se tecnicamente de mero reposicionamento das obras no fluxo de caixa em razão da verificação de descumprimentos, o que não era a pretensão da Requerida, justamente porque permite o prosseguimento de processos punitivos como os de caducidade. Vejamos:

Trechos extraídos da NOTA TÉCNICA Nº 167/2008/GEGEX/SUINF (Doc. A.87):

Objetivo

1. A presente Nota Técnica tem por objetivo apresentar as inexecuções do ano 2007 da Concessionária Ecosul S.A.



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

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

3. Segundo o Cronograma Financeiro de Investimentos, estava previsto para o ano 2007 um investimento em recuperação estrutural de pavimento de R\$ 3.529.903,33. No entanto, foi apurado a execução de apenas R\$ 2.305.484,06, restando ainda um total de R\$ 1.224.419,27, para que o item fosse plenamente atendido.

6. Segundo o Cronograma Financeiro de Investimentos, estava previsto para o ano 2007 um investimento, em recuperação estrutural de obras de arte especiais, de R\$ 167.765,82, referentes à recuperação da Ponte sobre o Arroio Goulart e da Ponte sobre o Rio Camaquã, ambas na BR-392/RS. No entanto, foi apurado que não foram realizados investimentos neste item. D

Conclusão

44. Considerando o disposto nesta Nota Técnica, propõe-se a readequação do Cronograma Financeiro de Investimentos conforme apresentado, devendo suas alterações serem incluídas na próxima revisão de tarifa. D

104. Percebe-se que a Requerente pretende comparar casos totalmente distintos. No caso dos autos, o fato é que não havia justificativas plausíveis para a alteração de prazo para cumprimento das obrigações.

III.3. Renegociação, revisão quinquenal e MP 800

105. Outra possibilidade ventilada pela Requerente, mas que também não se afigura plausível no caso concreto, seria uma reavaliação mais ampla da concessão em sede de **revisão quinquenal**, nos termos previstos na Resolução ANTT nº 675/2004 (Doc. R2-22) :

Art. 2º-B Nas revisões quinquenais serão consideradas as repercussões decorrentes de modificações por: alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços, com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário. (Acrescentado pela Resolução 5172/2016/DG/ANTT/MTPA)



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

Parágrafo único. Quinquenalmente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ser submetida ao Processo de Participação e Controle Social a fim de garantir o direito de manifestação de todos os interessados. (Acrescentado pela Resolução 5172/2016/DG/ANTT/MTPA)

106. Essa possibilidade também não estava à disposição do regulador, uma vez que **a Concessão sequer atingiu seus primeiros 05 (cinco) anos.**

107. Ademais, a revisão quinquenal se presta a reavaliar a concessão com vistas a uma adequação das obrigações às **necessidades dos usuários**. Adiar obrigações que incrementariam a segurança desses usuários em nada lhes favorece. Não havia, portanto, fundamento para uma adequação para atendimento das **necessidades da concessionária**.

108. Por sua vez, a **Medida Provisória nº 800**, de **18/09/2017**, trazia uma possibilidade de reprogramação sem a necessidade de se aguardar o decurso do prazo de 05 (cinco) anos e mesmo sem a necessidade de materialização de risco atribuído contratualmente ao Poder Concedente. Tal benefício, contudo, **ingressou no ordenamento jurídico somente após ter sido decretada a caducidade**, em **15/08/2017** (vide decreto de caducidade, Doc. R2-12) e, mesmo assim, teve duração efêmera, em razão da não conversão da referida medida provisória em lei.

109. Também é importante deixar claro que eventual dever de renegociar não se confunde, como pretende defender a Requerente, com um dever de edição de ato normativo com status legal para fundamentar uma renegociação. São coisas diferentes e não devem ser confundidas. Por óbvio, não pode qualquer cidadão ou empresa alimentar expectativa quanto à eventual edição de medida provisória pela Presidência da República.

110. Portanto, nem as revisões quinquenais nem a MP 800 eram instrumentos à disposição do regulador ou do Poder Concedente para conduzir a pretensa renegociação contratual. Mais uma vez, não assiste razão à Requerente.



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

III.4. Impactos regulatórios de uma renegociação

111. Se, sob a ótica estritamente jurídica, não havia fundamento para se promover a repactuação contratual pleiteada pela Requerente, sob a ótica regulatória a necessidade de manutenção do contrato também é evidente.

112. Embora toda conceituação seja problemática, é possível afirmar com boa margem de segurança que tratar de regulação, em última análise, é tratar da **capacidade de uma autoridade pública de influenciar o comportamento dos agentes econômicos com vistas a atingir bens jurídicos maiores identificados com o interesse público**, que, no caso dos autos, se concretiza na **busca pelo serviço adequado**. Nesse sentido, ensinam os professores britânicos Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge:

Therefore, we follow Julia Black's more wide-ranging definition of regulation as 'the intentional use of authority to affect behaviour of a different party according to set standards, involving instruments of information-gathering and behaviour modification' (Black, 2001)
(BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. LODGE, Martin. Introduction: Regulation – The Field and the Developing Agenda. *In*: The Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press. Oxfordshire/UK, 2010, p. 12)

113. Admitir a repactuação contratual implicaria na criação de incentivos perversos.

114. Primeiro, para que os agentes econômicos, no procedimento licitatório, apresentassem lances agressivos e desconexos com a realidade, apenas com o objetivo de vencer o procedimento a qualquer custo.

115. Segundo, haveria incentivo para que as Concessionárias descumprissem o contrato, sempre com ameaça de inviabilidade na continuidade da prestação do serviço, com vistas à renegociação de condições mais vantajosas para o período remanescente da Concessão. Não custa lembrar que o contrato da Requerente tem duração prevista de **30 (trinta) anos**. Uma repactuação ampla e prematura **nos primeiros meses** de concessão acarretaria a **execução da quase totalidade do contrato numa modelagem muito mais**



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

favorável do que aquela disponibilizada para o processo competitivo entre os então licitantes.

116. Portanto, seja sob a ótica estritamente jurídica, seja sob a ótica regulatória, não havia fundamento para a alteração contratual pretendida pela Requerente.

V – CONCLUSÃO

117. Diante do exposto, é possível concluir que:

- (i) A concessão para exploração da BR-153/TO/GO foi modelada de forma a conferir maior liberdade aos então licitantes para elaboração dos seus próprios estudos e estratégia empresarial, mas, em contrapartida, lhes atribuiu ampla responsabilidade por riscos atinentes ao volume de tráfego e ao financiamento;
- (ii) As condições de financiamento previstas na “Carta de Apoio dos Bancos Públicos”, além de não terem caráter vinculativo, não foram tomadas como premissas seja nos estudos de viabilidade ou no edital e contrato;
- (iii) No caso concreto, o motivo para a negativa do empréstimo-ponte foi a queda dos *ratings* da Concessionária, sobretudo pela denúncia, prisão e condenação de seus sócios em casos de corrupção. Não há, portanto, qualquer relação com a propalada crise econômica do biênio 2015/2016;
- (iv) A ausência denexo causal entre a crise e a negativa de financiamento tornam ainda mais irrelevantes documentos que não traduzem a opinião técnica da Agência (“Diagnóstico”) e exposições de motivos de atos normativos gerais e abstratos;
- (v) Não havia concretamente qualquer fundamento jurídico a respaldar uma ampla renegociação contratual, nos moldes pleiteados pela Requerente;



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

(vi) Também sobre a ótica regulatória, eventual renegociação criaria incentivos perversos com potencial impacto deletério em todo o programa federal de concessões.

118. À luz de tais considerações, deve ser julgado totalmente improcedente o pedido da Requerida, reconhecendo-se a legitimidade do ato de decretação da caducidade da concessão.

Brasília, 18 de maio de 2020.

PAULO ROBERTO MAGALHÃES DE CASTRO WANDERLEY
Procurador Federal

EMANOEL GONÇALVES DE CARVALHO
Procurador Federal

KALIANE WILMA CAVALCANTI DE LIRA
Procuradora Federal

ANDRÉ LUÍS MACAGNAN FREIRE
Advogado da União

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO
Advogada da União