

**CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA
CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL**

Procedimento Arbitral 23433/GSS/PFF

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 SPE S/A

Requerente

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT

Requerida 1

UNIÃO FEDERAL

Requerida 2

TRIBUNAL ARBITRAL

Anderson Schreiber (Coárbitro)

Patrícia Ferreira Baptista (Coárbitra)

Sergio Nelson Mannheimer (Árbitro Presidente)

SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO

10 de Setembro de 2020

ÍNDICE:

I – IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES E SEUS REPRESENTANTES.....	4
II – FORMAÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	5
III – CONVENÇÃO ARBITRAL.....	5
IV – IDIOMA, LOCAL DA ARBITRAGEM E DIREITO APLICÁVEL.....	7
V – HISTÓRICO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	7
V.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE NA ATA DE MISSÃO.....	14
V.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA 1 NA ATA DE MISSÃO.....	15
V.3. POSIÇÃO DA REQUERIDA 2 NA ATA DE MISSÃO.....	16
V.4. PROCEDIMENTO A PARTIR DA ATA DE MISSÃO.....	17
VI – SÍNTESE DAS ALEGAÇÕES DAS PARTES QUANTO AO OBJETO DA SENTENÇA PARCIAL.....	31
VI.1. ALEGAÇÕES DA REQUERENTE – CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 SPE S/A.....	32
VI.2. ALEGAÇÕES DA REQUERIDA 1 – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT.....	40
VI.3. ALEGAÇÕES DA REQUERIDA 2 – UNIÃO FEDERAL.....	45
VII – FUNDAMENTAÇÃO.....	49
VII.1. INTRODUÇÃO.....	49
VII.2. A ARBITRABILIDADE DOS PEDIDOS DAS PARTES.....	51
VII.3. A CADUCIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO.....	54
VII.4. A ANÁLISE DA MATRIZ DE RISCO CONTRATUAL.....	57
VII.5. A CARTA DE APOIO DOS BANCOS PÚBLICOS.....	61
VII.6. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.....	65
VII.7. TEORIA DA IMPREVISÃO.....	68
VII.8. FATO DA ADMINISTRAÇÃO.....	72
VII.9. A INDENIZAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS.....	81
VIII – DISPOSITIVO.....	85

GLOSSÁRIO:

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT;

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social;

Carta de Apoio – Carta de Apoio dos Bancos Públicos, datada de 04.09.2013;

CONCEBRA - Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A.

CCI – Câmara de Comércio Internacional;

Contrato ou **Contrato de Concessão** – Contrato de Concessão nº 001/2014

Edital de Licitação – Edital de Concessão nº 1/2014;

EVTEA – Estudo de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental;

GALPAR – Galvão Participações S/A

OP – Ordem Processual;

Partes – Requerente e Requeridas, em conjunto;

PER – Programa de Exploração da Rodovia, acostado ao procedimento arbitral como R2-03;

PSR – Plano de Segurança Rodoviária;

Regulamento - Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, vigente a partir de 1 de março de 2017;

Requerente ou **Concessionária** - Concessionária de Rodovias Galvão Br-153 SPE S/A;

Requerida 1 – Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT;

Requerida 2 – União Federal;

Requeridas – Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e União Federal, em conjunto;

Requerimento – Requerimento de Arbitragem apresentado pela Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional em 02.02.2018;

TIR – Taxa Interna de Retorno;

União – União Federal.

I – IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES E SEUS REPRESENTANTES

1. Esta Arbitragem, regida pelo Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, vigente a partir de 1 de março de 2017 (“Regulamento”), foi iniciada a Requerimento de **CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 SPE S/A** (“REQUERENTE” ou “CONCESSIONÁRIA”), sociedade anônima inscrita no CNPJ/MF sob o n. 20.541.127/0001-25, com sede na Rua Gomes de Carvalho n. 1510, 1º andar, conjunto 12, sala 02, Vila Olímpia, CEP: 04547-005, na Cidade de São Paulo, SP.

2. A REQUERENTE é representada neste procedimento, na forma e na ordem constante da Ata de Missão, pelos Drs. Antonio Henrique Medeiros Coutinho, Arthur Lima Guedes, Jessica Rios, Mauricio Portugal Ribeiro e Marcelo Lennertz.

3. O Requerimento foi formulado em face da **AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT** (“REQUERIDA 1”), Autarquia Federal, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 04.898.488/0001-77, com endereço no Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, trecho 03, lote 10, Porto Orla Polo 8, CEP: 70200-003 e da **UNIÃO FEDERAL** (“REQUERIDA 2”), com endereço na Esplanada dos Ministérios, Bloco R, 5º andar, sala 511, Zona Cívico-Administrativa, Brasília, DF, CEP: 70044-902.

4. A REQUERIDA 1 é representada neste procedimento pelos Drs. André Luís Macagnan Freire, Artur Watt Neto, Emanuel Gonçalves de Carvalho, Kalliane Wilma Cavalcante de Lira, Maria Lúcia Squillace, Milton Carvalho Gomes, Paulo Roberto Magalhães de Castro Wanderley, Priscila Cunha do Nascimento e Victor Valença Carneiro de Albuquerque.

5. A REQUERIDA 2 é representada neste procedimento pelos Drs. Julia Thiebaut Sacramento, Marco Aurélio Melluci Figueiredo, Paula Butti Cardoso, Paulo Mayer, Ana Sobral e Aristhéa Totti.

II – FORMAÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

6. O Tribunal se encontra constituído da seguinte forma:

Coárbitro indicado pela Requerente:

ANDERSON SCHREIBER

Rua Visconde de Pirajá nº 250/201, Ipanema

Rio de Janeiro, RJ, CEP: 22410-000

e-mail: as@schreiber.adv.br

Coárbítra indicada pelas Requeridas:

PATRÍCIA FERREIRA BAPTISTA

Rua Eurico Cruz nº 64, Cob. 02, Jardim Botânico

Rio de Janeiro, RJ, CEP: 22461-200

e-mail: patriciafbaptista@gmail.com

Árbitro Presidente

SERGIO NELSON MANNHEIMER

Av. Almirante Barroso nº 139/ 4º andar, Centro

Rio de Janeiro, RJ, CEP: 20031-005

e-mail: mannheimer@mpladv.com.br

III – CONVENÇÃO ARBITRAL

7. A convenção arbitral está inserida na cláusula 37.1 do Contrato de Concessão nº 001/2014 (“Contrato de Concessão” ou “Contrato”), celebrado entre REQUERENTE e REQUERIDA em 12 de setembro de 2014, derivado do Edital de Concessão nº 1/2014 (“Edital de Licitação”), para a operação da Rodovia Federal BR-153, do subtrecho rodoviário localizado entre o entroncamento da BR-060 em Anápolis, no Estado de Goiás, e o entroncamento com a TO-070 (Oeste) em Aliança do Tocantins, com extensão de 624,8km, a qual tem a seguinte redação:

“37.1. Arbitragem

37.1.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

(i) Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.

37.1.2 A submissão a arbitragem, nos termos deste item, não exime o poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.

37.1.3 A arbitragem será administrada pela CCI, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

37.1.4 A arbitragem será conduzida em Brasília, Distrito Federal, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.

37.1.5 A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira excluída a equidade.

37.1.6 O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada Parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) Partes, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no art. 9 do regulamento de arbitragem da CCI.

37.1.7 Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada parte, o terceiro árbitro será indicado pela CCI, observados os termos e condições aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem.

37.1.8 Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou mesmo durante o procedimento de mediação, as Partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.

37.1.9 As decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as Partes e sucessores.

37.1.10 A Parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.”

IV – IDIOMA, LOCAL DA ARBITRAGEM E DIREITO APLICÁVEL

8. A convenção de arbitragem, nas cláusulas 37.1.4 e 37.1.5, e os itens 11.1 e 9.1 da Ata de Missão, respectivamente, estabelecem que a Arbitragem será conduzida em português e o local da Arbitragem será a cidade de Brasília, Distrito Federal. O item 10.1 da Ata de Missão estabelece que o Tribunal Arbitral julgará a controvérsia segundo as normas de direito material estabelecidas pela legislação brasileira aplicável, não sendo autorizado o julgamento por equidade (item 10.1 da Ata de Missão e art. 3º, I, do Decreto n.º 8.465/2015).

V – HISTÓRICO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

9. As questões submetidas à presente Arbitragem têm origem no Contrato de Concessão nº 01/2014, por meio do qual a ANTT e a UNIÃO FEDERAL delegaram à CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 SPE S.A. a exploração, por 30 anos, do subtrecho rodoviário localizado entre o entroncamento da BR-060 em Anápolis, no Estado de Goiás, e o entroncamento com a TO-070 (Oeste) em Aliança do Tocantins, perfazendo um itinerário de 624,8 km.

10. Em 02.02.2018, a REQUERENTE apresentou seu Requerimento de Arbitragem à CCI, no qual sugeriu que a sede da arbitragem fosse a cidade de Brasília, situada no Distrito Federal, o idioma o português e a lei aplicável aquela da República Federativa do Brasil. Também indicou o Dr. Anderson Schreiber para atuar como Coárbitro.

11. Em 19.02.2018, a Secretaria da CCI atribuiu a referência 23433/GSS para a arbitragem e solicitou à REQUERENTE o pagamento da taxa de registro, no valor de R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais).

12. Em 02.03.2018, a Secretaria da CCI confirmou o recebimento da taxa de registro, assim como solicitou ao Dr. Anderson Schreiber que preenchesse Declaração de

Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência para atuar na arbitragem como Coárbitro.

13. Na mesma data, a Secretaria da CCI encaminhou às REQUERIDAS o Requerimento de Arbitragem, convidando-as a apresentar Resposta e seus comentários sobre o número de árbitros, a sede e o idioma da arbitragem, a possibilidade de se aplicar as regras do REGULAMENTO sobre arbitragem expedita, dentre outros, no prazo de 30 (trinta) dias.

14. Em 07.03.2018, a Secretaria da CCI enviou às PARTES cópia da Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência, bem como o *curriculum vitae* do Dr. Anderson Schreiber. Neste mesmo ato, tendo em vista que o Coárbitro apresentou revelação, a Secretaria da CCI convidou as REQUERIDAS e a REQUERENTE a apresentarem seus comentários.

15. Em 06.04.2018, as REQUERIDAS apresentaram manifestação na qual: (i) requereram em conjunto a prorrogação do prazo para apresentação de Resposta ao Requerimento de Arbitragem; (ii) indicaram para funcionar como Coárbitra a Dra. Patrícia Ferreira Baptista; (iii) requereram maiores informações em relação ao Coárbitro indicado pela REQUERENTE, Dr. Anderson Schreiber, de modo a melhor avaliar sua plena imparcialidade.

16. Em 10.04.2018, o pedido de extensão do prazo para oferecimento de Resposta foi acolhido pela Secretaria da CCI, que o alterou para 09.05.2018. Paralelamente, a Secretaria da CCI convidou a Dra. Patrícia Ferreira Baptista a preencher a Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência para atuar na arbitragem como Coárbitra. Na mesma data, a Secretaria da CCI convidou o Coárbitro Dr. Anderson Schreiber a apresentar seus comentários ao pedido de esclarecimentos formulado pelas REQUERIDAS.

17. Em 16.04.2018, a Secretaria da CCI enviou às PARTES cópia da Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência e o *curriculum vitae* da Coárbitra Dra. Patrícia Ferreira Baptista.

18. Em 17.04.2018, a Secretaria da CCI confirmou o recebimento dos esclarecimentos do Coárbitro Dr. Anderson Schreiber e os remeteu às PARTES, fixando prazo até o dia 25.04.2018 para estas se manifestarem.

19. Em 09.05.2018, as REQUERIDAS apresentaram suas Respostas ao Requerimento de Arbitragem. Em sua Resposta, a REQUERIDA 1 informou que não deduziria pedido contraposto. Por sua vez, a REQUERIDA 2, além de apresentar sua defesa, informou que formularia pedido contraposto de natureza indenizatória, bem como impugnou o valor designado para a disputa pela REQUERENTE.

20. Em 10.05.2018, a Secretaria da CCI confirmou o recebimento das Respostas das REQUERIDAS ao Requerimento de Arbitragem e da Reconvenção da REQUERIDA 2.

21. Em 11.05.2018, a Secretaria da CCI fixou o prazo de 30 (trinta) dias para a REQUERENTE se manifestar sobre o pedido contraposto deduzido pela REQUERIDA 2, bem como fixou prazo até o dia 18.05.2018 para a REQUERIDA 2 apontar o valor do seu pedido. Nessa mesma oportunidade, a Secretaria da CCI esclareceu que a impugnação ao valor da causa manifestada pela REQUERIDA 2 será decidida pelo Tribunal Arbitral em momento oportuno.

22. Em 17.05.2018, a REQUERIDA 2 solicitou à Secretaria da CCI extensão do prazo para designar o valor do seu pedido contraposto. Por esse motivo, o referido prazo foi prorrogado para o dia 25.05.2018.

23. Após solicitação expressa da REQUERENTE, em 23.05.2018, a Secretaria da CCI, em 25.05.2018, encaminhou às PARTES correspondência na qual prorrogou para o dia 25.06.2018 o prazo para pagamento pela REQUERENTE do saldo de aditamento das custas da Arbitragem.

24. Em 25.05.2018, a REQUERIDA 2 apresentou a estimativa do seu pedido contraposto, que quantificou em R\$ 277,22 milhões.

25. Em 29.05.2018, a Secretaria da CCI acusou o recebimento da manifestação da REQUERIDA 2, datada de 25.05.2018, e a enviou às demais PARTES do procedimento.

26. Na mesma data, a REQUERENTE solicitou que o prazo de 30 (trinta) dias para a apresentação de Resposta à Reconvensão fosse reiniciado a partir do dia 29.05.2018, diante do recebimento de informações complementares pela REQUERIDA 2. Em 30.05.2018, a Secretaria da CCI manteve o prazo da correspondência, datada de 11.05.2018, para a Resposta à Reconvensão, mas informou que a REQUERENTE poderia solicitar uma prorrogação do prazo.

27. Em 01.06.2018, a Secretaria da CCI confirmou recebimento de correio eletrônico da REQUERENTE, datado de 30.05.2018, e, após, lhe concedeu o prazo até 13.07.2018 para apresentação de sua Resposta à Reconvensão.

28. Em 28.06.2018, a Secretaria da CCI confirmou o recebimento, em 26.06.2018, do saldo do adiantamento da provisão no valor de R\$ 434.000,00.

29. Considerando que as PARTES não se opuseram aos nomes indicados para funcionarem como Coárbitros nesse procedimento, o Secretário Geral confirmou, em 09.07.2018, os Coárbitros Dr. Anderson Schreiber e Dra. Patrícia Ferreira Baptista.

30. Nesse sentido, em 10.07.2018, a Secretaria da CCI concedeu aos Coárbitros o prazo de 30 (trinta) dias para que designassem conjuntamente o Presidente do Tribunal Arbitral.

31. Em 12.07.2018, a REQUERENTE apresentou sua Resposta à Reconvensão da REQUERIDA 2, em manifestação que em síntese pede (i) o reconhecimento da ausência de arbitrabilidade objetiva dos “*prejuízos à sociedade*” apontados pela UNIÃO; (ii) a improcedência do pedido de ressarcimento dos custos de manutenção do sistema rodoviário e dos estudos de viabilidade realizados; e (iii) a ilegitimidade da UNIÃO para tutelar direitos e interesses coletivos e difusos em sede arbitral.

32. Em 03.08.2018, a Secretaria da CCI informou às PARTES que o valor de provisão dos custos da arbitragem foi fixado em R\$ 2.110.000,00, divididos entre REQUERENTE e REQUERIDAS em igual proporção. A Corte esclareceu que fixou essa provisão com base no valor total em disputa – R\$ 554.400.000,00. A Secretaria da CCI informou, ao final,

que, como o adiantamento da provisão no valor de R\$ 450.000,00 tinha sido integralmente pago, os autos seriam transmitidos ao tribunal arbitral, assim que constituído.

33. Em 09.08.2018, a Secretaria da CCI informou às PARTES que os Coárbitros designaram conjuntamente para atuar, como Presidente do Tribunal Arbitral, o Dr. Sergio Nelson Mannheimer. No mesmo dia, a Secretaria da CCI informou o Dr. Sergio Nelson Mannheimer da indicação para atuar como Presidente do Tribunal Arbitral, convidando-o a preencher e assinar a Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência.

34. Em 22.08.2018, a Secretaria da CCI encaminhou às PARTES cópia da Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência, bem como o *curriculum vitae* do Presidente indicado. Tendo em vista o apontamento de uma revelação na Declaração firmada, a Secretaria da CCI convidou as PARTES a apresentarem seus comentários até 03.09.2018.

35. Considerando que nenhuma das PARTES apresentou objeção à indicação do Dr. Sergio Nelson Mannheimer, em 10.09.2018, a Secretaria da CCI informou que, nos termos do art. 13 (2) do Regulamento, o Secretário Geral, em 07.09.2018, confirmou o Dr. Sergio Nelson Mannheimer na qualidade de Presidente do Tribunal Arbitral.

36. Na sequência, a Secretaria da CCI transmitiu ao Tribunal Arbitral os autos do procedimento, que foram recebidos pelos Árbitros em 11.09.2018, e convidou a REQUERENTE a efetuar o pagamento da sua parcela da provisão para os custos de arbitragem, bem como a substituir a REQUERIDA no pagamento de sua parcela da provisão, nos termos do artigo 37 (5) do Regulamento.

37. Em 14.09.2018, o Tribunal Arbitral indagou às PARTES sobre a possibilidade de realização de audiência para discussão do Termo de Arbitragem por via telefônica, fixando prazo para resposta até o dia 21.09.2018.

38. Em 19.09.2018, a REQUERENTE manifestou sua concordância com a realização de audiência para discussão do Termo de Arbitragem por via telefônica.

39. Na mesma data, a REQUERENTE apresentou ao Tribunal Arbitral petição na qual: (i) alegou a inaplicabilidade do art. 31, § 2º da Lei n.º 13448/17 para pedir que o valor da provisão seja rateado entre ela e a REQUERIDA 2; e, alternativamente, (ii) na remota hipótese de o Tribunal assim não entender, pediu que seja reconhecida a inarbitrabilidade dos pedidos deduzidos pela REQUERIDA 2, com os devidos ajustes na provisão.

40. Em 20.09.2018, o Árbitro Presidente, Dr. Sergio Nelson Mannheimer, enviou correspondência eletrônica às PARTES e aos Coárbitros para agregar informações à sua declaração de independência e imparcialidade.

41. Em 21.09.2018, as REQUERIDAS também manifestaram sua concordância acerca da realização de audiência para discussão do Termo de Arbitragem por via telefônica.

42. Considerando a concordância expressa das PARTES em realizar a audiência para a assinatura do Termo de Arbitragem por via telefônica, em 26.09.2018, o Tribunal Arbitral encaminhou correspondência eletrônica às PARTES, na qual: (i) informou que, em breve, circularia a minuta da Ata de Missão, com o cronograma e as regras aplicáveis ao procedimento, para comentários e contribuição de todos; (ii) sugeriu a realização de uma conferência telefônica no dia 29.10.2018, às 14h30min, para consolidação da versão final do documento; e (iii) solicitou que as PARTES confirmassem se estariam de acordo com a sugestão proposta até 03.10.2018, bem como sua disponibilidade.

43. Em 26.09.2018, a REQUERIDA 1 manifestou sua disponibilidade para a conferência telefônica no dia 29.10.2018, às 14h30min.

44. Em 27.09.18, a Secretaria da CCI confirmou o recebimento da carta da REQUERENTE, de 19.09.2018, e informou que, sem prejuízo da decisão do Tribunal Arbitral, o prazo para pagamento do saldo da provisão seria 19.10.2018. Nessa mesma oportunidade, a Secretaria da CCI convidou a REQUERENTE a esclarecer, até dia 01.10.2018, se estava solicitando que a Corte fosse convidada a analisar se deveria fixar provisões separadas, nos termos do artigo 37 (3) do Regulamento.

45. Em 01.10.2018, a REQUERENTE e a REQUERIDA 2 manifestaram sua disponibilidade para a conferência telefônica no dia 29.10.2018, às 14h30min. Nessa mesma data, a REQUERENTE reiterou à Secretaria da CCI para que fossem previamente deliberados pelo Tribunal os pedidos deduzidos na correspondência datada de 19.09.2018, que versam sobre os custos da arbitragem e a possibilidade de separação das provisões. Por fim, a REQUERENTE pugnou pelo parcelamento dos valores da provisão, em 12 (doze) parcelas ou no máximo de parcelas permitido por essa Corte, bem como pela prorrogação do prazo de pagamento do restante da provisão, inicialmente previsto para o dia 19.10.2018.

46. Ainda em 01.10.2018, a REQUERIDA 2 encaminhou à Secretaria da CCI correspondência na qual se manifestou sobre o pagamento do restante da provisão e requereu fosse toda a provisão, inclusive a referente ao pedido contraposto, adiantada pela REQUERENTE. Nessa mesma oportunidade, a REQUERIDA 2 solicitou a inclusão neste Procedimento, inclusive para fins de recebimento de correspondência, da advogada Juliana Tiemi Maruyama Matsuda (juliana.matsuda@agu.gov.br e juliana.matsuda@transportes.gov.br) e do e-mail cnea.arbitragem@agu.gov.br.

47. Em 04.10.2018, a Secretaria da CCI encaminhou às PARTES e ao Tribunal Arbitral correspondência para (i) esclarecer que, nos termos do artigo 37 (3) do Regulamento cabe à Corte, e não ao Tribunal Arbitral, a eventual fixação de provisões separadas para a demanda principal e reconvenção ou o parcelamento do pagamento do saldo da provisão para os custos da arbitragem; (ii) reiterar que o prazo para o pagamento do saldo da provisão para os custos da arbitragem terminava em 19.10.2018; (iii) considerando a correspondência da REQUERENTE datada de 01.10.2018, fixar o prazo até dia 08.10.2018 para a REQUERENTE esclarecer se estava solicitando que a Corte fosse convidada a analisar se deveria fixar provisões separadas, nos termos do artigo 37 (3) do Regulamento, ou se estava solicitando o parcelamento dos valores da provisão para os custos da arbitragem, nos termos do artigo 1 (6) do Apêndice III do Regulamento, em 12 (doze) parcelas ou no máximo de parcelas permitido por essa Corte, bem como a prorrogação do prazo para pagamento inicialmente previsto para 19.10.2018.

48. Em 08.10.2018, a REQUERENTE (i) esclareceu que seu requerimento era de separação das provisões, nos termos do artigo 37 (3) do Regulamento; e (ii) requereu a prorrogação do prazo para pagamento da provisão por mais 30 (trinta) dias.

49. Em 09.10.2018, o Tribunal Arbitral enviou a minuta da Ata de Missão e do Cronograma Processual para as PARTES, que, por sua vez, apresentaram seus comentários em 23.10.2018.

50. Em 29.10.2018, as PARTES, seus Patronos e o Tribunal Arbitral realizaram conferência telefônica para a organização do procedimento e definição da redação final da Ata de Missão e do anexo Cronograma Processual.

51. A Ata de Missão foi assinada pelas PARTES e pelo Tribunal eletronicamente e nela constam os argumentos e pedidos das PARTES, que podem ser sintetizados da seguinte forma:

V.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE NA ATA DE MISSÃO

52. A argumentação da REQUERENTE volta-se ao reconhecimento da inexistência de descumprimentos contratuais que pudessem justificar a aplicação da penalidade de caducidade e a cobrança de multas. Alega que as dificuldades impostas à execução contratual foram provocadas exclusivamente pela não obtenção do financiamento prometido pelo BNDES e amplamente divulgado pelo Poder Concedente à época da publicação do Edital de Licitação.

53. Sustenta a REQUERENTE que não conseguiu obter o financiamento em razão da crise econômica que assolou o Brasil após a assinatura do Contrato de Concessão, crise essa, que, na sua visão, se enquadra como evento extraordinário e de força maior, cujos riscos são atribuídos por lei e pelo Contrato de Concessão ao Poder Concedente.

54. A REQUERENTE questiona a existência das infrações que ensejaram a aplicação de multas administrativas no curso do Contrato e pretende a condenação das REQUERIDAS ao pagamento de indenização à Concessionária, no valor histórico de R\$ 413.229.540,66 (quatrocentos e treze milhões, duzentos e vinte e nove mil, quinhentos e quarenta reais e

sessenta e seis centavos), correspondente ao valor dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados.

V.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA 1 NA ATA DE MISSÃO

55. A REQUERIDA 1, em contraposição aos argumentos da REQUERENTE, aduz que, desde a assinatura do Contrato de Concessão, a CONCESSIONÁRIA descumpriu todos os parâmetros de desempenho, não tendo atingido os parâmetros técnicos mínimos estabelecidos no Programa de Exploração da Rodovia (“PER”), que padeceu de problemas graves.

56. Aponta a REQUERIDA 1 que o procedimento administrativo que culminou com a decretação da caducidade respeitou o direito ao contraditório e à ampla defesa da REQUERENTE, que também teve a oportunidade de sanar todos os inadimplementos, não restando qualquer vício capaz de ensejar a anulação do procedimento.

57. No que diz respeito ao financiamento do BNDES, a REQUERIDA 1 alegou que sua obtenção é elemento meramente acidental do Contrato de Concessão, destacando que a não concessão do financiamento não pode ser justificativa para a inexecução contratual. Para fundamentar essa alegação, a REQUERIDA 1 se ampara no anexo 10 do Edital de Licitação e na redação das cláusulas 21, 21.1.13, 21.2, 21.3, 26.1, 26.3 do Contrato de Concessão.

58. Segundo a REQUERIDA 1, o risco quanto à não obtenção do financiamento é contratualmente alocado de modo exclusivo à REQUERENTE, não havendo no Contrato de Concessão, no Edital de Licitação ou em qualquer outro documento uma promessa de financiamento por parte do BNDES ou de qualquer outro banco.

59. Quanto ao valor da indenização pretendida pela REQUERENTE, a REQUERIDA 1 sustentou que a CONCESSIONÁRIA não realizou qualquer investimento necessário à continuidade do serviço objeto da outorga, e que, por esse motivo, *“não cabe ao Poder Concedente pagar por bens que não são indissociáveis da Concessão e cujas condições econômico-financeiras e técnico-operacionais não representam a melhor opção ao erário e ao serviço público.”*

V.3. POSIÇÃO DA REQUERIDA 2 NA ATA DE MISSÃO

60. A REQUERIDA 2, por sua vez, contestou os pleitos da REQUERENTE na Ata de Missão: (i) defendendo a regularidade do procedimento administrativo de caducidade instaurado pela REQUERIDA 1; e (ii) salientando o inadimplemento por parte da REQUERENTE das obrigações assumidas no Contrato de Concessão, não só no que diz respeito às obras e investimentos na rodovia, como também em relação a outras obrigações, dentre elas, a de manter vigente a Garantia de Execução do Contrato.

61. Além disso, a REQUERIDA 2 argumenta que carece de amparo legal ou contratual a alegação da REQUERENTE de que a não obtenção do financiamento requerido junto ao BNDES constitui risco extraordinário. Para tanto, sustenta que *“O próprio edital de licitação estipulou que a proponente deveria prestar declaração de capacidade financeira, por meio da qual “deverá declarar que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e obtenção de recursos de terceiros necessários à consecução do objeto da Concessão, inclusive a obrigação de integralização no capital social da SPE, conforme definido e descrito no Edital em referência”.*

62. Fundamenta sua argumentação na cláusula 26 do Contrato de Concessão, que estabelece que a REQUERENTE é *“a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato”* e que *“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”.*

63. A REQUERIDA 2 diz, ainda, tratar-se a disponibilização do financiamento de prerrogativa exclusiva da instituição financeira, não competindo à ANTT ou à UNIÃO analisar as razões de eventual negativa, nem assumir quaisquer consequências dela decorrentes.

64. No tocante ao pedido de indenização formulado pela REQUERENTE – referente aos investimentos não amortizados ou depreciados em bens reversíveis –, a REQUERIDA 2 afirma que o pleito não procede porque foram constatadas diversas irregularidades nos ativos estudados, que recomendaram a não reversibilidade. Além disso, ressalta que nada foi posto em operação pela CONCESSIONÁRIA, de modo que não há bens vinculados passíveis de indenização pelo Poder Concedente.

65. A REQUERIDA 2, ao final, formulou pedido reconvenicional/contraposto, fundado nos prejuízos que alega ter amargado em razão da extinção do Contrato, por culpa exclusiva da REQUERENTE. Além disso, salienta que o descumprimento contratual gerou a aplicação de multas, conforme cláusula 32.7.2.ii do Contrato de Concessão, que devem ser adimplidas pela REQUERENTE. Dessa forma, na Ata de Missão, a REQUERIDA 2 estimou seus prejuízos no montante histórico de aproximadamente R\$ 277,22 milhões de reais. Valor esse que, após, como será adiante relatado, foi ajustado quando da apresentação de sua peça de defesa e reconvenção.

V.4. *PROCEDIMENTO A PARTIR DA ATA DE MISSÃO*

66. Em 03.12.18, a Secretaria da Câmara encaminhou às PARTES e ao Tribunal Arbitral correspondência na qual, em síntese, (i) confirmou o recebimento da via eletrônica da Ata de Missão devidamente assinada, bem como do Cronograma Processual; (ii) informou que a Ata de Missão e o Cronograma Processual foram transmitidos à Corte na sessão de 28.11.2018 (artigos 23 (2) e 24 (2)); (iii) informou que a conferência sobre a condução do procedimento ocorreu em 29.10.2018 (artigo 24 (1)), bem como que todas as eventuais alterações no Cronograma deverão ser comunicadas à Corte e às PARTES (artigo 24 (2)); (iv) apontou o valor em disputa naquela data como sendo de R\$ 690.449.540,00 (cabe registrar que esse valor foi posteriormente revisto pela Corte em razão da redução do valor do pedido contraposto formulado pela REQUERIDA 2 de R\$ 277.200.000,00 para R\$ 96.199.028,00).

67. Após, em cumprimento ao Cronograma Processual estabelecido na Ata de Missão, no dia 14.01.2019, a REQUERENTE apresentou suas Alegações Iniciais, nas quais desenvolveu seus argumentos de que não deu causa à inexecução contratual, porquanto não obteve o necessário e prometido financiamento do BNDES por razões que não são

de sua responsabilidade. Por esse motivo, afirma ter direito a receber indenização pela integralidade dos bens reversíveis não amortizados, bem como ser isenta do pagamento das multas administrativas aplicadas pelo Poder Público, deduzindo o seguinte pedido, *verbis*;

“222. Por todo o exposto pede a Requerente:

vi. O reconhecimento da arbitrabilidade dos pedidos formulados nestas Alegações Iniciais e, conseqüentemente, da jurisdição do Tribunal Arbitral para a resolução da presente controvérsia;

vii. A condenação das Requeridas ao pagamento de indenização à Requerente pelos investimentos vinculados a bens reversíveis e não amortizados que realizou, em valor final a ser arbitrado neste procedimento conforme a metodologia apresentada na seção IV.1 destas Alegações Iniciais e no Parecer GO Associados, devidamente atualizados;

viii. O reconhecimento de que a inexecução do objeto contratual não se deveu aos supostos inadimplementos imputados à Concessionária pelas Requeridas e que fundamentaram a aplicação de multas administrativas pela ANTT e a decisão das Requeridas de extinguir antecipadamente o Contrato de Concessão por caducidade, e sim à materialização de risco alocado contratualmente e por lei ao Poder Concedente, que desequilibrou a equação econômico-financeira contratual em desfavor da Concessionária, inviabilizando a Concessão.

ix. A declaração da inexistência das infrações que ensejaram a aplicação de multas administrativas à Requerente pela Requerida 1; e

x. A declaração da inexigibilidade do pagamento pela Requerente de tais multas, ou, subsidiariamente, caso o Tribunal Arbitral entenda que as controvérsias sobre a aplicação de penalidades contratuais e seu cálculo não são arbitráveis, o reconhecimento de que o valor de tais multas não deve ser descontado do valor da indenização devida à Requerente.”

68. Em 23.03.2019, as REQUERIDAS 1 e 2 apresentaram suas Respostas às Alegações Iniciais da REQUERENTE, contestando a integralidade dos argumentos, para defender (i) a validade e eficácia do ato de decretação de caducidade da concessão, pela inexecução contratual da CONCESSIONÁRIA; (ii) a ocorrência de infrações contratuais pela CONCESSIONÁRIA; (iii) bem como que os valores das multas administrativas aplicadas pela ANTT podem ser descontados de eventual indenização devida à CONCESSIONÁRIA; (iv) a adequação da metodologia de cálculo adotada pela ANTT relativa aos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados; (v) que os investimentos apontados pela REQUERENTE não atenderam às condicionantes legais e negociais que

justifiquem qualquer pagamento por parte do Poder Público; e (vi) que o fato de o BNDES não ter concedido o empréstimo requerido pela CONCESSIONÁRIA constitui ato particular praticado por aquele banco público, pessoa jurídica distinta da UNIÃO FEDERAL. Subsidiariamente, na remota hipótese de o Tribunal Arbitral considerar que a não obtenção do empréstimo deveu-se a fato extraordinário ou de força maior, as REQUERIDAS sustentam que a postura desleal e protelatória da CONCESSIONÁRIA em aceitar o fim do Contrato contribuiu para a majoração dos danos causados ao trecho rodoviário objeto da concessão.

69. A REQUERIDA 2 defende, ainda, o seu direito subjetivo de receber indenização pelos prejuízos causados pelos inadimplementos da REQUERENTE, bem como pela extinção antecipada do Contrato de Concessão por caducidade, com a consequente retomada do serviço público pelo Poder Concedente. A REQUERIDA 2 traz em sua Reconvenção metodologia de cálculo para demonstrar e quantificar os danos que sustenta ter sofrido.

70. Assim, a REQUERIDA 2, em contraposição, formula os seguintes pedidos no item 355 de sua Resposta às Alegações Iniciais e Reconvenção apresentada em 29 de março de 2019:

“355. À luz das conclusões expostas, requer a União:

- i. Seja declarada a perfeita validade e eficácia do ato de declaração de caducidade do Contrato n.º 01/2014, com todos os efeitos que lhe são inerentes, reconhecendo-se a culpa exclusiva da concessionária pela inexecução contratual, e afastando-se as alegações de fato da Administração, fato do príncipe, imprevisão e caso fortuito e força maior;*
- ii. Seja reconhecida a prática de infrações contratuais pela concessionária, de modo a serem devidas as multas aplicadas pela ANTT, as quais, por expressa previsão contratual, podem ser diretamente descontadas de eventual indenização devida à concessionária Galvão;*
- iii. Seja declarado que a metodologia de cálculo adotada pela ANTT, relativamente aos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados, foi adequada, reconhecendo-se que os investimentos invocados pela Requerente não atenderam às condicionantes legais e negociais para justificarem o pagamento de indenização. Em todo caso, subsidiariamente, a União se reserva o direito de impugnar os cálculos apresentados pela Requerente em sede de liquidação;*
- iv. Subsidiariamente, na remotíssima hipótese de se considerar que a Carta de intenção de financiamento do BNDES teria efeito vinculante, a gerar a legítima expectativa na concessionária, seja reconhecido que se*

trata de ato particular do próprio BNDES, pessoa jurídica distinta da União, a qual, por isso mesmo, não pode ser responsabilizada por tal ato; v. Subsidiariamente, na remotíssima hipótese de se considerar que a não obtenção do financiamento relacionou-se a fatos imprevisíveis ou força maior, que seja reconhecido que a postura desleal e protelatória da Galvão, que se negou a aceitar o fim do contrato, contribuiu significativamente para a majoração dos danos causado do trecho rodoviário, em razão da ausência prolongada de obras de conservação na rodovia. Desse modo, na improvável eventualidade de se considerar que a extinção do contrato decorreu de força maior, ainda assim, diante da responsabilidade recíproca aliada à conduta protelatória da Galvão, a União teria direito a ser indenizada pelos gastos com a recuperação da rodovia;

vi. Seja reconhecida a arbitrabilidade dos pedidos formulados na reconvenção apresentada pela União tendo em vista seu caráter patrimonial;

vii. Seja a requerente condenada a ressarcir a União pelos prejuízos que lhe causou em razão do seu inadimplemento contratual, no valor de R\$ 96.199.028,17 (noventa e seis milhões, cento e noventa e nove mil, vinte e oito reais e dezessete centavos), atualizado até janeiro/2019, requerendo, ainda, que referido valor seja atualizado pelo IPCA-E até a data do efetivo pagamento pela Galvão;

viii. Sejam descontados os valores não pagos pela Requerente à ANTT a título de Verba de Fiscalização.”

71. Em 14.02.2019, a REQUERIDA 2 comunicou alteração de endereço das instalações da sede da AGU na Cidade de São Paulo, localizada na Rua Bela Cintra 657, Consolação, São Paulo, SP, CEP: 01415-003. O núcleo especializado em arbitragem está localizado no 9º andar, sala 116.

72. Em 01.04.2019, o Presidente do Tribunal Arbitral comunicou a nova denominação de seu escritório: Mannheimer, Perez e Lyra Advogados; bem como seu novo endereço de e-mail: mannheimer@mpladv.com.br e o novo endereço de e-mail da Secretária do Tribunal: karina.stern@mpladv.com.br, ressaltando que o endereço e os telefones de contato do escritório permanecem os mesmos.

73. Em 03.05.2019, foi apresentada Réplica pela REQUERENTE e Resposta à Reconvenção da UNIÃO FEDERAL. A Réplica da REQUERENTE foi dividida em duas seções. A primeira foi destinada a reiterar o direito da REQUERENTE de ser indenizada pelos investimentos não amortizados vinculados a bens reversíveis. Na segunda, foi desenvolvido o argumento de que a REQUERENTE não deu causa à extinção do Contrato de Concessão.

74. Na primeira parte, a REQUERENTE afirma que as REQUERIDAS “erraram ao assumir as conclusões do Relatório Final da Comissão Processante no Processo de Caducidade e não reconhecer o direito da Requerente à indenização pelos investimentos vinculados a Bens Reversíveis e não amortizados que realizou”. Sustenta que a posição das REQUERIDAS implica adotar critérios que não encontram respaldo na legislação aplicável e no Contrato de Concessão, que se levados em consideração produzirão situação altamente lesiva à CONCESSIONÁRIA, além de criar ambiente de incerteza jurídica e oportunismo estatal.

75. Alega a REQUERENTE que não há inconsistências ou irregularidades na relação entre a REQUERENTE e a Galvão Engenharia S/A firmada por meio do Contrato de EPC, que seguiu parâmetros e práticas de mercado e na qual os gastos incorridos e as dívidas contraídas pela REQUERENTE estão documentadas nos boletins de medição de n.º 1 a 6 e por demonstrações contábeis auditadas. Tais dívidas devem ser consideradas no cálculo da indenização.

76. A REQUERENTE afirma, ainda, que a correta metodologia de cálculo do valor da indenização é aquela descrita no Parecer da GO Associados (doc. A-07) considerando a ausência de responsabilidade da REQUERENTE quanto à inexecução do Contrato de Concessão.

77. Quanto à causa da inexecução contratual, a REQUERENTE reafirmou na Réplica que foi a indisponibilidade de recursos advinda da não contratação de financiamento que gerou evento de desequilíbrio contratual não solucionado pelas REQUERIDAS. Nessa toada, afirma que a lei e o Contrato de Concessão alocam o risco e a responsabilidade de tomar as providências necessárias para neutralizar os impactos dos eventos que causaram essa indisponibilidade de recursos ao Poder Concedente.

78. Afirma, ainda, a REQUERENTE (i) que a indisposição e negativa do BNDES em conceder o financiamento antecede tanto a recuperação judicial da acionista da REQUERENTE, quanto o impacto da Lava-Jato, tendo a Advocacia Geral da União exarado na oportunidade parecer afirmando a possibilidade de contratação de financiamento com empresas do Grupo Galvão; (ii) que as condições de financiamento eram essenciais à

viabilidade do Contrato de Concessão, que foram diretamente consideradas no EVTEA que, por sua vez, fundamentou o Edital; (iii) que as condições de financiamento compuseram a estrutura básica da modelagem econômico-financeira da concessão, pois as condições contidas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos correspondem às premissas adotadas tanto pelas REQUERIDAS no EVTEA que originou o Edital da Concessão quanto pelos licitantes; (iv) que o Governo Federal utilizou os bancos públicos para tentar viabilizar uma política pública específica para o setor rodoviário e, para tanto, garantiu a concessão dos financiamentos subsidiados.

79. Continua sua argumentação declarando (v) que restou caracterizada a ocorrência de caso fortuito ou força maior pela verificação da crise econômica e a impossibilidade de tanto as REQUERIDAS, quanto a REQUERENTE, preverem a queda do PIB em patamares verificados no ano de 2015; (vi) que esses eventos extraordinários quebraram a base objetiva da concessão; (vii) que nos termos da cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão este é um risco atribuído ao Poder Concedente que tem o dever de reequilibrar a equação econômico-financeira do Contrato; (viii) que não discute na presente arbitragem um suposto inadimplemento do BNDES, mas sim a desídia das REQUERIDAS em relação ao desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato; (ix) que até o momento da verificação do desequilíbrio econômico do Contrato a CONCESSIONÁRIA prestou o serviço de forma satisfatória, tendo apresentado, inclusive, um Plano de Contingência para minimizar os efeitos graves do atraso do BNDES; (x) que pretende seja aplicada a matriz de risco do Contrato e entende que a alocação do risco ordinário do financiamento contido na cláusula 26 não prevalece sobre a alocação ao Poder Concedente do risco relativo a caso fortuito e força maior na ocorrência de situações extraordinárias.

80. Na visão da REQUERENTE seria inócua a alocação de risco ao Poder Concedente nesses casos se a ele simplesmente fosse possível alegar alocação do risco ordinário à CONCESSIONÁRIA, mesmo diante de uma situação extraordinária e imprevisível; (xi) que embora a CONCESSIONÁRIA tenha atendido tempestivamente a todas as exigências do BNDES, não houve a contratação do empréstimo-ponte, tendo a recusa sido imotivada.

81. No que respeita à negativa do financiamento, a REQUERENTE sustenta na Réplica que não tem responsabilidade pela sua não obtenção porque não foi envolvida na operação Lava-Jato, as REQUERIDAS confundem os grupos empresariais Galvão e Queiroz

Galvão, o BNDES recusou disponibilizar o empréstimo-ponte muito antes do pedido de recuperação judicial do acionista da CONCESSIONÁRIA e não há que se falar em desídia ou falta de expertise da CONCESSIONÁRIA. Do mesmo modo, alega que não havia qualquer razão para a não contratação do empréstimo-ponte, o BNDES não corria o risco de inadimplemento da CONCESSIONÁRIA e seu grupo societário, eis que salvaguardado pela garantia a ser conferida pelo Banco Santander.

82. Na Resposta à Reconvensão, a REQUERENTE sustenta a inarbitrabilidade de parcela dos pedidos contrapostos indicados pela REQUERIDA 2 em sua Resposta ao Requerimento de Instauração de Arbitragem e consignados na Ata de Missão, tendo em vista tratar-se de direitos não patrimoniais e indisponíveis. Afirma, ainda, que os pedidos fixados na Ata de Missão não incluem os supostos prejuízos suportados pela UNIÃO FEDERAL para a recuperação das características estruturais e funcionais do pavimento e da sinalização existentes na BR-153, haja vista que os custos incorridos com serviços e obras de recuperação e de manutenção do sistema rodoviário são distintos, independentes e não estão contidos um no outro.

83. No mérito, a REQUERENTE aponta a improcedência dos pedidos formulados pela REQUERIDA 2 sob o fundamento de que não gerou nenhum prejuízo à UNIÃO que justifique qualquer desconto de valores da indenização que lhe é devida. Afirma que não são quaisquer danos ou prejuízos que podem ser objeto de desconto, apenas aqueles a que tiver dado causa. Contesta a alegação de que deu causa à deterioração do Sistema Rodoviário, que aduz ser um processo natural e esperado. Ao contrário, afirma que foram os investimentos feitos pela CONCESSIONÁRIA e sua conduta proativa durante o período da concessão que certamente impediram que as condições da rodovia ficassem ainda piores. Sustenta, por fim, (i) que os gastos com a operação, recuperação e manutenção que a UNIÃO pretende dela cobrar nada mais são que uma consequência natural da retomada da rodovia pelo Poder Concedente; bem como (ii) critica a metodologia de cálculo adotada pela REQUERIDA 2 para valorar a indenização pretendida, que aduz não ter sido capaz de retomar de forma fidedigna a realidade do Sistema Rodoviário à época de sua assunção pela CONCESSIONÁRIA, além de ter adotado segmentos rodoviários não homogêneos e de ter desconsiderado os investimentos realizados pela CONCESSIONÁRIA em trechos mais críticos, e, ainda, por não comprovar que os valores cobrados pela UNIÃO tenham sido efetivamente gastos.

84. No que se refere à fixação de honorários, a REQUERENTE deixou claro que não se opõe à proposta apresentada pela ANTT (REQUERIDA 1) de aplicação das regras de fixação de honorários sucumbenciais prevista no art. 85, § 3º do Código de Processo Civil.

85. Em 17.05.2019, a REQUERENTE apresentou manifestação para trazer ao conhecimento do Tribunal Arbitral “**diversos ofícios e manifestações encaminhados recentemente pela ANTT (Doc. A.68), destinados à confirmação da cobrança de multas administrativas à Concessionária pelo descumprimento do Contrato de Concessão**” (negrito no original), trazendo aos autos deste procedimento novos documentos.

86. Em 23.05.2019, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 1, em que, considerando a manifestação da REQUERENTE de 17.05.2019, abriu vista para as REQUERIDAS se manifestarem sobre o novo documento A-68 apresentado pela REQUERENTE, até o dia 10.06.2019.

87. Em 10.06.2019, as REQUERIDAS apresentaram Tréplica ao pedido principal, bem como se manifestaram sobre o documento A-68. Na mesma data, a REQUERIDA 2 apresentou também sua Réplica na Reconvensão.

88. Os argumentos das REQUERIDAS 1 e 2 nas Tréplicas apresentadas são, em linhas gerais comuns, no sentido de: (i) reforçar que as multas administrativas aplicadas são devidas, porque além de previstas na lei e no Contrato, são mecanismos concretos e eficientes para reduzir os impactos advindos da retomada da concessão pela Administração Pública; (ii) que não foram preenchidos os requisitos necessários para o reequilíbrio contratual; (iii) que a REQUERENTE é responsável pela elaboração da proposta, sua precificação e os riscos assumidos (princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia entre os licitantes); (iv) demonstrar a inexistência de motivo para o reequilíbrio contratual, porque não houve a ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, que possam ter causado algum desequilíbrio no Contrato (art. 65, II, letra “d” da Lei 8.666/93), aduzindo que o TCU fixou as balizas necessárias para que se proceda à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato (acórdão 1286/2019, 2ª Câmara, Rel. Ministro Augusto Nardes; acórdão

4125/2019, 1ª Câmara, Rel. Ministro Bruno Dantas; acórdão 874/2018, Plenário, Rel. Ministro Bruno Dantas; acórdão 2927/2011, Plenário, Rel. Ministro Walton Alencar).

89. Argumentam, ainda no sentido de demonstrar (v) que a teoria da imprevisão não se aplica; (vi) a inexistência de fato da administração ou fato do príncipe; (vii) que o risco do negócio era todo da REQUERENTE; (viii) que não há vinculação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos e que o financiamento não é elemento essencial para a formulação da proposta; (ix) que todas as demais Concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE conseguiram o empréstimo-ponte junto ao BNDES; e (x) que a REQUERENTE não obteve o financiamento por fatos imputáveis a ela, como o envolvimento na operação Lava-Jato, a prisão de dirigentes de seu grupo econômico e a queda sistemática no seu *rating* pelas empresas de avaliação de risco.

90. Além disso, as REQUERIDAS (i) criticam a postura da REQUERENTE que parte do pressuposto de que “cumpru suas obrigações”, sendo o BNDES obrigado a conceder o financiamento, aduzindo as REQUERIDAS que nem sempre as providências adotadas pelo postulante ao financiamento podem ser suficientes para a respectiva concessão, conforme disposto no art. 10 do Decreto n.º 4418/2002, que aprova o Estatuto Social do BNDES; (ii) afirmam que a efetivação do empréstimo é ato discricionário do BNDES; (iii) afirmam que 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 pressuposto para a participação da concorrência em questão, além de encontrar respaldo em cláusula contratual nesse sentido; (iv) rebatem a tese de que a invocação rasa da ocorrência de uma crise econômica poderia impulsionar pedidos de reequilíbrio, porque é esperado que um contrato de 30 (trinta) anos atravesse períodos de oscilações da economia, que alterna picos de crescimento e desaceleração; (v) alegam a não configuração do seu dever de indenizar ante à inexistência de investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados que atendam às condicionantes legais e negociais; e, (vii) subsidiariamente, pedem que eventual indenização arbitrada pelo Tribunal em favor da REQUERENTE seja proporcional ao *quantum* efetivamente executado, nos termos da avaliação técnica realizada pela ANTT.

91. A UNIÃO FEDERAL, na Réplica à Reconvensão, sustenta (i) a arbitrabilidade do seu pedido, porquanto diz respeito unicamente à indenização pelos custos de reparação/manutenção do trecho da rodovia concedido; (ii) que este pedido está em perfeita consonância com o disposto na Ata de Missão porque trata de danos causados em razão da degradação do ativo rodoviário; (iii) que o dever de indenizar da REQUERENTE em razão dos danos incorridos ao sistema rodoviário é claro diante dos descumprimentos da CONCESSIONÁRIA aos parâmetros de qualidade do PER e aos prazos contratuais, sendo incontroverso que a rodovia foi devolvida em condições inferiores àquelas ao tempo da assunção do Contrato. No que se refere à metodologia de cálculo da indenização pretendida, a UNIÃO FEDERAL esclarece que não pleiteia o ressarcimento dos gastos que despendeu ou que ainda despenderá para recuperar o trecho rodoviário. Afirmo que optou por adotar metodologia objetiva, em que os custos unitários e dos serviços seguem pesquisa de preço com custos extremamente econômicos, usualmente praticados pela Administração nos seus contratos, após concorrência pública.

92. No mesmo dia 10.06.2019, a REQUERENTE trouxe ao conhecimento do Tribunal Arbitral o documento A-69, para informar que a ANTT havia encaminhado a ela novos ofícios para a cobrança de multas administrativas referentes ao Contrato de Concessão em discussão.

93. Em 15.06.2019, a REQUERENTE apresentou sua Tréplica na Reconvensão. Nessa peça a REQUERENTE sustenta que (i) a UNIÃO FEDERAL não formulou pedidos relativos ao suposto direito à reparação pelos *“prejuízos incalculáveis à sociedade”*, *“lucros cessantes, decorrentes da perda de receita em razão da não ocorrência de fato gerador tributário”*, não estando tais questões submetidas à jurisdição deste Tribunal Arbitral; (ii) o pedido reconvencional formulado pela REQUERIDA 2 relativo à reparação dos custos assumidos pela UNIÃO FEDERAL para a recuperação do ativo não pode ser admitido porque não consta da Ata de Missão; (iii) a deterioração do Sistema Rodoviário é desdobramento natural da ação do tráfego, do tempo e da interferência de fatores climáticos, de modo que sua ocorrência não tem o condão de responsabilizar a REQUERENTE pela recomposição dos custos que a REQUERIDA 2 venha a ter com a recuperação e manutenção do pavimento; (iv) há uma clara diferença entre custos de manutenção e de recuperação, e que os pedidos fixados na Ata de Missão não incluem os supostos prejuízos suportados pela UNIÃO FEDERAL para a recuperação das características

estruturais e funcionais do pavimento e da sinalização da rodovia BR-153; (v) jamais houve abandono do Contrato por parte da REQUERENTE, que diz ter sempre buscado soluções para a continuidade do Contrato; (vi) fez uma série de investimentos na rodovia; (vii) os descumprimentos que levaram à declaração de caducidade da concessão resultaram da ocorrência de caso fortuito, fato impeditivo da execução contratual, que corresponde à materialização de risco contratual não atribuído à CONCESSIONÁRIA; (viii) o fato de não ter dado causa à inexecução do Contrato afasta o dever de pagar qualquer indenização pleiteada pela REQUERIDA 2 nesta arbitragem; e (ix) o cálculo da indenização pretendida pela REQUERIDA 2 padece de inconsistências, principalmente porque desconsiderou os investimentos realizados pela CONCESSIONÁRIA em trechos mais críticos.

94. No dia 31.07.2019, as PARTES se manifestaram sobre as provas pretendidas, justificadamente. Nessa oportunidade, todas as PARTES pediram ao Tribunal Arbitral a bifurcação do procedimento para que seja prolatada sentença parcial que decida preliminarmente (i) a questão relativa à responsabilidade pela inexecução do Contrato de Concessão, (ii) o risco da não obtenção do financiamento solicitado pela REQUERENTE e (iii) sua alocação na matriz de risco do Contrato. No que diz respeito à produção de provas:

- (a) A REQUERENTE pediu, antes da prolação da sentença parcial, a realização de prova técnica de natureza macroeconômica com o objetivo de demonstrar (i) o contexto da crise econômica de 2014 e os seus efeitos sobre os financiamentos públicos; bem como realizar (ii) análise do mercado de crédito brasileiro, para demonstrar (iii) a inviabilidade do Contrato de Concessão por meio de outros meios de financiamento, como os de banco privados.

Pleiteou, uma vez prolatada a sentença parcial, a continuidade da instrução do procedimento com a realização de prova pericial multidisciplinar para definição da metodologia de cálculo da indenização devida, a depender dos termos da sentença parcial prolatada. A REQUERENTE pediu, subsidiariamente, caso o Tribunal entendesse pela inviabilidade da bifurcação, fossem as duas perícias realizadas simultaneamente.

- (b) A REQUERIDA 1 pediu a realização de audiência preliminar para a apresentação do caso com a oitiva das testemunhas arroladas no item 18 de sua petição. Pediu, em caráter subsidiário, a realização de prova técnica de engenharia civil e de contabilidade no caso de o Tribunal Arbitral não decidir pela bifurcação do procedimento.
- (c) A REQUERIDA 2 também disse pretender a realização de audiência preliminar com a oitiva das testemunhas arroladas no item 20 de sua petição, bem como, subsidiariamente, também na hipótese de não se decidir pela sentença parcial (i) a produção de prova oral em audiência de instrução, conforme rol apresentado no item 24; (ii) a produção de prova técnica; e (iii) a produção de prova documental complementar nos termos do item 14.3.5 da Ata de Missão.

95. Após a manifestação em provas das PARTES, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 02, datada de 13.08.2019, em que estabeleceu o contraditório em favor das REQUERIDAS sobre os novos documentos juntados pela REQUERENTE na sua Tréplica à Reconvenção, prazo esse concedido até o dia 12.09.2019.

96. Em cumprimento à determinação contida na Ordem Processual nº 02, a REQUERIDA 1 se manifestou em 10.09.2019 e a REQUERIDA 2 em 12.09.2019.

97. Em 14.10.2019, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 03 que designou audiência preliminar de apresentação do caso para o dia 12.12.2019, às 13:30, em Brasília.

98. Em 25.11.2019, o Coárbitro Anderson Schreiber encaminhou aos Patronos das PARTES, integrantes da Secretaria da Corte e demais membros do Tribunal Arbitral seus novos dados de contato: Schreiber Advogados, Rua Visconde de Pirajá 250/201, Ipanema, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 22410-000, tel: +55213828-0194, e-mail: as@schreiber.adv.br.

99. Em 03.12.2019, a REQUERIDA 2 juntou aos autos o documento R2-87.

100. Dada a proximidade da audiência, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 04, em que abriu prazo para a REQUERENTE se manifestar sobre o novo documento R2-87 até o dia 19.12.2019, bem como determinou que o mesmo documento não poderia ser utilizado por qualquer das PARTES na audiência preliminar do dia 12.12.2019.

101. Em 12.12.2019, foi realizada a audiência preliminar, na qual as PARTES puderam fazer uma ampla exposição de seus pleitos e defesas. Ao final da audiência, a REQUERENTE manifestou desistência com relação à alegação de inarbitrabilidade do pedido contraposto formulado pela UNIÃO FEDERAL e o Tribunal Arbitral decidiu pela bifurcação do procedimento para proferir sentença parcial sobre a questão relativa à causa da caducidade do Contrato de Concessão e seus efeitos jurídicos, nos termos do pleiteado pelas PARTES.

102. Na audiência foi estabelecido também prazo para as PARTES se manifestarem conjuntamente até o dia 31.01.2020 sobre a transcrição da audiência preliminar e sobre as questões polêmicas nela tratadas, e, após, no dia 02.03.2020, prazo igualmente comum para as PARTES exercerem o contraditório, restando superado o prazo estabelecido na Ordem Processual nº 04.

103. Assim, todas as PARTES se manifestaram, (i) em 31.01.2020, para apresentação de documentação adicional acerca dos pontos controvertidos que foram objeto de discussão. Nessa mesma data, as PARTES apresentaram ao Tribunal Arbitral versão consolidada da revisão da transcrição da audiência; e, em (ii) 02.03.2020, sobre os documentos apresentados pela parte contrária. Nessa última oportunidade, a REQUERENTE ainda trouxe os documentos A-99, A-100.a, A-100.b, A-101, A-102, A-103, a REQUERIDA 2 o documento R2-110 e a REQUERIDA 1 não juntou documentos.

104. No que se refere às provas a serem produzidas para a finalidade da sentença parcial, as PARTES, ao final, assim se posicionaram:

- (a) A REQUERENTE, na manifestação do dia 02.03.2020, pediu “o prosseguimento da arbitragem, sem a necessidade de qualquer prova adicional, com a prolação de competente Sentença Arbitral Parcial por esse

Tribunal”, renunciando, portanto, expressamente, a qualquer outro meio de prova anteriormente requerido;

- (b) A REQUERIDA 1, como já fizera na manifestação de provas datada de 31.07.2019, requereu a realização de audiência para a oitiva das testemunhas arroladas no item 18 daquela peça apenas no caso de o Tribunal Arbitral não decidir pela bifurcação do Procedimento Arbitral. A prova técnica também foi requerida em caráter subsidiário, também na hipótese de não se decidir pela sentença parcial; e
- (c) A REQUERIDA 2, na audiência preliminar realizada, apontou a necessidade de produção de prova oral, com a oitiva dos representantes do BNDES, para comprovar que a não concessão do financiamento se deu por culpa exclusiva da REQUERENTE (linhas 3365 e seguintes da transcrição da audiência preliminar).

105. Assim, considerando que (i) o Tribunal Arbitral deliberou bifurcar o procedimento para proferir sentença parcial que decidisse sobre a responsabilidade sobre a Caducidade da Concessão; (ii) a REQUERENTE se manifestou pela desnecessidade de realização de provas adicionais; (iii) a REQUERIDA 1 manifestou o interesse em produzir provas oral e pericial apenas no caso de não haver bifurcação; restava apenas ao Tribunal Arbitral apreciar o pedido de prova oral realizado pela REQUERIDA 2 em audiência.

106. Na Ordem Processual nº 05, datada de 17.03.2020, o Tribunal Arbitral, após analisar o farto conteúdo probatório já existente, inclusive o documento R2-87, trazido a este procedimento pela REQUERIDA 2, entendeu que a prova oral pleiteada se afigura dispensável para a solução da questão que será objeto da sentença parcial, porque o documento R2-87 já expressa as razões pelas quais o BNDES, na visão dessa entidade, não concedeu à REQUERENTE o empréstimo-ponte para a Concessão da BR-153. Tal documento constitui Nota Técnica do BNDES emitida em 26.11.2019 em resposta ao Ofício AGU S/N, no qual a REQUERIDA 2 solicitou subsídios para sua defesa justamente neste procedimento arbitral. Cabe destacar que, na Ordem Processual nº 05, o Tribunal Arbitral não fez qualquer juízo de valor sobre o documento R2-87.

107. Assim, considerando que o procedimento encontrava-se maduro para a prolação da sentença parcial, o Tribunal Arbitral, na mesma Ordem Processual nº 05, fixou o prazo até dia 18.05.2020 para que as PARTES apresentassem suas alegações finais sobre a questão da causa da caducidade, prazo no qual poderiam ainda se manifestar sobre os últimos documentos trazidos pela parte contrária nas petições de 02.03.2020. Por fim, o Tribunal vedou a juntada de quaisquer outros documentos até ulterior decisão a respeito.

108. No dia 18.05.2020, as PARTES apresentaram suas alegações finais sobre o tema que será objeto da sentença parcial, ou seja, sobre as causas das inexecuções contratuais que levaram à caducidade do Contrato de Concessão. A REQUERIDA 2, no Anexo 1 de sua peça, exerceu contraditório sobre os documentos juntados pela REQUERENTE na manifestação de 02.03.2020.

109. Em 06.07.2020, a REQUERIDA 1 apresentou requerimento de atualização de seus representantes legais, solicitando sejam anotados os seguintes endereços eletrônicos, eliminando os demais:

Endereço Eletrônico Institucional: arbitragem.pfantt@antt.gov.br

Dr. André Luís Macagnan Freire: andre.freire@agu.gov.br

Dr. Artur Watt Neto: artur.watt@agu.gov.br

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

Dra. Kalliane Wilma Cavalcante de Lira: kalliane.lira@antt.gov.br

Dra. Maria Lúcia Squillace: lucia.squillace@agu.gov.br

Dr. Milton Carvalho Gomes: milton.gomes@antt.gov.br

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

Dra. Priscila Cunha do Nascimento: priscila.nascimento@agu.gov.br e priscila.nascimento@antt.gov.br

Dr. Victor Valença Carneiro de Albuquerque: victor.albuquerque@agu.gov.br

VI – SÍNTESE DAS ALEGAÇÕES DAS PARTES QUANTO AO OBJETO DA SENTENÇA PARCIAL

110. Considerando que a sentença parcial tem por objeto definir a responsabilidade pela inexecução do Contrato de Concessão nº 01/2014 que resultou na decretação de sua

caducidade e seus efeitos jurídicos, antes de adentrar na sua fundamentação, afigura-se necessário fazer um resumo das alegações das PARTES sobre o tema.

VI.1. ALEGAÇÕES DA REQUERENTE – CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 SPE S/A

111. A REQUERENTE alega, em síntese, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, além de fato da administração como causas do rompimento contratual, sustentando a absoluta ausência de inadimplemento contratual que lhe seja imputável.

112. Afirma que a não disponibilização do financiamento prometido à época da licitação, nos prazos e condições divulgados na Carta de Apoio dos Bancos Públicos (“Carta de Apoio”), datada de 04.09.2013, resultou da superveniência da crise fiscal e econômica iniciada no final do ano de 2014.

113. Segundo a REQUERENTE, as REQUERIDAS publicaram e divulgaram a Carta de Apoio e prometeram que as condições de financiamento nela previstas seriam honradas pelos bancos públicos, fato que gerou confiança necessária em potenciais investidores, atraindo-os para a licitação da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – PROCROFE.

114. A REQUERENTE ressalta, em suas razões, (i) matéria do jornal Valor Econômico datada de 10.06.2014, em que o então Ministro dos Transportes, César Borges, enviou mensagem de tranquilidade quanto ao financiamento dos bancos públicos aos licitantes vencedores; (ii) declaração do então Secretário Executivo do Ministério dos Transportes, Paulo Caffarelli, no mesmo dia, garantindo que as regras contidas na Carta de Apoio não seriam alteradas; e, por fim, (iii) declaração da própria Presidente da República, Dilma Rousseff, em entrevista concedida por ocasião da inauguração da ampliação do berço 201 do Porto de São Francisco do Sul, Santa Catarina, divulgada pelo Globo e Estado de São Paulo (item 36 das Alegações Iniciais).

115. Sustenta que as condições da Carta de Apoio não tinham paralelo no mercado privado de crédito, sendo, inclusive, mais favoráveis do que as próprias condições que os bancos públicos costumavam ofertar.

116. A modelagem da 3ª Etapa do PROCROFE tinha por objeto priorizar a expansão da malha rodoviária com a garantia de uma tarifa baixa para os usuários. A configuração desses dois objetivos fez com que os projetos dessa etapa não se mostrassem inicialmente viáveis como uma concessão comum, remunerada unicamente através de tarifas cobradas dos usuários e de eventuais receitas acessórias.

117. A REQUERENTE sustenta que as condições contidas na Carta de Apoio foram consideradas no Estudo de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental (“EVTEA”) de todos os projetos da 3ª Etapa do PROCROFE, inclusive na licitação da BR-153, da qual se sagrou vencedora.

118. As condições (taxas e prazos) de financiamento da Carta de Apoio integram as condições essenciais do Contrato, de tal sorte que sua alteração constitui evento de desequilíbrio cujos riscos são alocados às REQUERIDAS. Tais premissas, alega, foram consideradas no volume 4 do EVTEA – documento no qual a REQUERIDA 1 definiu e justificou o valor da tarifa-teto prevista no Edital de Licitação.

119. Assim, o valor mínimo da tarifa de pedágio foi obtido por meio de modelo econômico-financeiro que considerou as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio como premissa. Essas condições foram levadas em consideração também pela REQUERENTE para a formulação de sua proposta.

120. A REQUERENTE sustenta que se essas condições não tivessem sido levadas em consideração pela REQUERIDA 1 no EVTEA, o valor máximo da tarifa de pedágio seria muito maior. Por outro lado, se não fossem considerados pelos licitantes os efeitos sobre a Taxa Interna de Retorno (“TIR”) do acionista com a alavancagem proporcionada pelo financiamento subsidiado, não haveria interessados no projeto e a licitação seria deserta. A REQUERENTE traz a Nota Técnica 266/2015/SUINF da ANTT (doc. A-26) como uma evidência dessa alegação.

121. Relata a REQUERENTE que, no final de 2014, sobreveio a crise financeira decorrente de forte desajuste fiscal. A manifestação da crise sobre o Contrato se deu por meio do fechamento do mercado de crédito para a CONCESSIONÁRIA logo no primeiro ano da concessão, o que impediu a contratação do empréstimo-ponte que corresponderia em valores a 70% dos investimentos que deveriam ser feitos nos 5 (cinco) anos iniciais do Contrato. Sem esses recursos, as obras tiveram que ser paralisadas e a CONCESSIONÁRIA ficou impedida de atingir as metas que contratualmente lhe autorizariam a iniciar a cobrança de pedágio.

122. Segundo a REQUERENTE, essa situação “*verdadeiramente inviabilizou a execução do Contrato de Concessão em sua concepção original*”.

123. A não disponibilização à CONCESSIONÁRIA desses recursos dos financiamentos ponte e de longo prazo, que eram fundamentais para a execução do Contrato na forma pactuada, o que teria se dado por força de eventos de força maior, completamente alheios ao seu controle, teria alterado as condições do Contrato. Deu-se, com isso, ensejo ao desequilíbrio econômico-financeiro (art. 10 da Lei n.º 8987/95), uma vez que o risco pela ocorrência de eventos extraordinários fora alocado ao Poder Concedente pela lei (art. 65, II, d, da Lei n.º 8666/93) e pelo Contrato de Concessão (cláusula 21.2.4).

124. Sustenta que, em razão da superveniência da crise fiscal e econômica por que passou o Brasil nos anos de 2015 e 2016, houve uma drástica alteração da política pública de investimentos no setor de infraestrutura rodoviária. O documento denominado de Estudo Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões (doc. A-13) é uma evidência da imprevisibilidade e severidade da crise sobre as concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE.

125. Ainda na visão da REQUERENTE, do advento da crise financeira decorreu uma queda acentuada tanto nos desembolsos já programados como também na aprovação de novas linhas de crédito para o setor rodoviário. Assim, há uma relação direta entre a alteração da política pública implementada pelo Poder Concedente e a não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES à CONCESSIONÁRIA.

126. Afirmar a REQUERENTE que todos os empréstimos-ponte que foram concedidos pelo BNDES aos vencedores das licitações da 3ª Etapa, o foram até o terceiro trimestre de 2014, antes, pois, do advento da crise financeira reclamada.

127. A REQUERENTE sustenta que cumpriu todas as exigências e requisitos necessários para a obtenção do empréstimo-ponte junto ao BNDES (doc. A-20). Alega que o prazo final para a concessão do empréstimo-ponte terminou em 11.12.2014, sem qualquer manifestação do BNDES a respeito. No mesmo mês de dezembro de 2014, foi encaminhado ao BNDES pela AGU parecer (doc. A-11) que ressalta não haver impedimento para a realização de operações financeiras com empresas investigadas.

128. A partir do silêncio do BNDES quanto à concessão do financiamento, a REQUERENTE diz não ter ficado inerte, pois passou a, de boa-fé, encaminhar ofícios à REQUERIDA 1 comunicando o atraso na liberação do financiamento e sugerindo planos e providências para a manutenção do contrato e prestação dos serviços.

129. Alega a REQUERENTE que a edição das Medidas Provisórias 752/2016 e 800/2017 é também evidência do reconhecimento das REQUERIDAS quanto ao desequilíbrio contratual motivado pela crise financeira. A primeira, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/17, criava uma espécie de relicitação com a extinção amigável dos contratos vigentes e indenização pelos investimentos não amortizados. A segunda, que caducou, continha uma proposta de reprogramação das obrigações das Concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE.

130. No que tange à Medida Provisória 800/2017, a REQUERENTE salienta que as condições de reprogramação nela contidas eram, inclusive, mais favoráveis do que as propostas em seus pleitos administrativos de reequilíbrio contratual, reprovados pela REQUERIDA 1.

131. Outra alegação da REQUERENTE é a ocorrência de Fato da Administração que impediu que a REQUERENTE obtivesse tanto os financiamentos da Carta de Apoio, quanto uma solução para a continuidade do Contrato, com a reprogramação das datas das obrigações da CONCESSIONÁRIA. Houve condutas específicas do Poder Concedente que

interferiram no Contrato de Concessão, prejudicando a sua execução. Segundo a REQUERENTE, o Fato da Administração estaria consubstanciado:

- (i) na alteração da política pública de financiamento de projetos de infraestrutura, violando os deveres de boa-fé objetiva e de proteção da confiança legítima da CONCESSIONÁRIA; e
- (ii) na violação do dever de colaboração para encontrar uma solução para a manutenção do Contrato e continuidade da concessão.

132. Sustenta a REQUERENTE que, durante toda a fase preparatória da licitação, as REQUERIDAS geraram uma legítima expectativa de que seria concedido o financiamento público nas condições e prazos divulgados na Carta de Apoio. Por outro lado, após a assinatura do Contrato, passaram a agir de forma contrária, violando essas expectativas. A mudança da política pública de investimentos federais levou as REQUERIDAS a atuarem decisiva e diretamente para a não liberação do empréstimo-ponte pelo BNDES. A devolução de recursos do BNDES ao Tesouro Nacional teve início em 2015, e, em 2016, os valores devolvidos ultrapassaram 100 bilhões de reais.

133. A REQUERENTE afirma que todas as suas propostas administrativas para viabilizar a continuidade da concessão foram ao final rejeitadas injustificadamente pela REQUERIDA 1, que de início havia se posicionado a favor do adiamento das obrigações (doc. A-26).

134. Foi a partir do parecer da REQUERIDA 2, docs. A-32 e A-34, que concluiu pela impossibilidade de adiamento das obrigações contratadas, que a REQUERIDA 1 passou a rever seu posicionamento (doc. A-33), para adotar postura contraditória ao interesse público e à continuidade da concessão (docs. A-36, A-37, A-38).

135. Em sua defesa, a REQUERENTE alega que envidou todos os esforços para a manutenção do Contrato, ofereceu inúmeras opções que garantiriam sua continuidade, mas não houve boa-fé e cooperação por parte das REQUERIDAS.

136. No que se refere às justificativas para a não concessão do empréstimo-ponte pelo BNDES, a REQUERENTE inicia sua narrativa alegando que as versões das REQUERIDAS mudaram ao longo da arbitragem.

137. Afirma que é fato incontroverso neste procedimento que a alocação do risco ordinário de financiamento previsto na cláusula 26.1 não se sobrepõe à alocação ao Poder Concedente do risco relativo à ocorrência de caso fortuito e força maior. Na visão da REQUERENTE, os riscos extraordinários prevalecem sobre o risco ordinário da cláusula 26.1, devendo o Contrato ser interpretado de forma sistêmica e coerente, de modo que não haja nele cláusulas inúteis.

138. No que se refere à alegação de envolvimento na operação Lava Jato, a REQUERENTE sustenta que “*jamaís foi envolvida na Lava-Jato*” (item 127 da Réplica e Resposta à Reconvensão, de 03.05.2019), não tendo praticado qualquer irregularidade ou ato lesivo. Diz também que seu acionista direto, a GALPAR, não foi envolvido no escândalo de corrupção. Nesse sentido, sustenta ser incoerente a alegação das REQUERIDAS de que o BNDES é ente com personalidade jurídica própria, não podendo ser confundido com seu controlador, a UNIÃO FEDERAL, mas, de outro lado, a imputação à REQUERENTE de eventuais atos cometidos por outras empresas de um mesmo Grupo empresarial, sem fazer qualquer distinção.

139. Ademais, segundo a REQUERENTE, esse suposto envolvimento não poderia prejudicar a obtenção do empréstimo-ponte, porque o risco de crédito do BNDES estava totalmente garantido por fiança que seria concedida pelo Banco Santander. A REQUERENTE alega que apresentou carta de intenção de fiança bancária, emitida pelo Banco Santander no valor integral do empréstimo-ponte, conforme documentos A-8, A-75, A-76 e A-99.

140. A REQUERENTE aduz que solicitou o empréstimo-ponte no valor de R\$ 500.000.000,00 e o BNDES, unilateralmente e sem exigir complemento de garantia, aumentou o valor para R\$ 798.000.000,00. Sustenta, ainda, que a suposta ineficiência da carta de intenção do Banco Santander nunca foi apontada pelo BNDES como causa da não concessão do empréstimo-ponte.

141. A REQUERENTE ressalta que outros empréstimos-ponte foram concedidos a empresas investigadas, destacando o concedido à Concessionária Rota do Oeste S/A, do Grupo Odebrecht, mesmo após a prisão do executivo Marcelo Odebrecht, ocorrida em maio de 2015.

142. No que se refere à recuperação judicial da GALPAR, controladora da REQUERENTE, alega que o enquadramento do crédito e o término do prazo de 90 (noventa) dias para a concessão do empréstimo-ponte pelo BNDES antecederam ao pedido de recuperação judicial. O prazo para a concessão do empréstimo-ponte se encerrou em 12.12.2014 e o pedido de recuperação judicial foi feito em 25.03.2015.

143. Mais do que isso, sustenta que foi a negativa do financiamento pelo BNDES que agravou a situação financeira do Grupo, culminando no pedido de recuperação judicial.

144. Sobre a queda dos *ratings* do Grupo Galvão, além de argumentar que todas as formalidades foram cumpridas até dezembro de 2014, bem como que apresentou carta de intenção de fiança bancária idônea e suficiente para garantir o empréstimo-ponte, a CONCESSIONÁRIA alega que o rebaixamento dos *ratings* decorrente de envolvimento de dirigentes do Grupo Galvão na Lava Jato não foram determinantes para a não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES.

145. Diz que as REQUERIDAS tentam confundir o Tribunal quanto aos requisitos necessários para a obtenção do empréstimo-ponte e o de longo prazo. Para o empréstimo-ponte, sustenta que o BNDES não tomaria o risco do acionista e sim do Banco Santander, que se comprometeu a prestar fiança. Assim, qualquer rebaixamento de *ratings* do Grupo Galvão não poderia servir de justificativa naquele momento para a negativa do BNDES.

146. Com relação à alegação de agressividade da proposta, a REQUERENTE afirma que o deságio por ela ofertado foi um dos dois menores descontos no âmbito da 3ª Etapa do PROCROFE, sendo mais conservador que os descontos dados em outros lotes. Afirma, ainda, que a sua proposta era perfeitamente viável e exequível, desde que cumpridas as condições de financiamento constantes da Carta de Apoio.

147. No que se refere aos pedidos de reequilíbrio financeiro do Contrato, a REQUERENTE afirma que inicialmente fez um pedido de suspensão do Contrato (doc. A-23), que foi negado. No entanto, depois desse pedido, os que se sucederam tinham por objeto apenas o adiamento de suas obrigações (doc. A-18). Os pedidos eram bastante simples e objetivos e não comportavam um pedido de revisão ampla do Contrato, mas, mesmo assim, não foram aprovados.

148. O comportamento das REQUERIDAS deixaria claro que elas escolheram não cooperar com a REQUERENTE para a construção de uma solução satisfatória para a manutenção da concessão. Pior, segundo a REQUERENTE, as REQUERIDAS agiram de maneira contraditória, descumprindo o dever de coerência entre as diversas esferas administrativas para proteção das expectativas criadas na REQUERENTE.

149. Por fim, para rebater o argumento de que há impossibilidade legal de reprogramação das obrigações na fase pré-operacional, quando ainda não há cobrança de pedágio, a REQUERENTE invoca a cláusula 22.3.1 do Contrato de Concessão para afirmar que a REQUERIDA 1 poderia ter adotado outras formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato que não a variação do valor da tarifa de pedágio, como por exemplo, a inclusão de novas obrigações de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA e a remoção de cabines de bloqueio.

150. Já no que tange ao argumento de que a lei só permite as revisões quinquenais, a REQUERENTE, no item 229 e seguintes de suas alegações finais parciais, traz exemplos de casos em que essa regra não foi observada.

151. Diante de todos esses argumentos, a REQUERENTE pede que o Tribunal Arbitral reconheça que (i) a não contratação do empréstimo-ponte decorre de razões não imputáveis a ela, cuja responsabilidade, nos termos da lei e do Contrato de Concessão em questão, é do Poder Concedente, seja por força da ocorrência de caso fortuito, ou força maior, seja pela caracterização de Fato da Administração; (ii) a alteração da política pública de financiamento promovida pela REQUERIDA 2 e a consequente recusa do BNDES em conceder o empréstimo-ponte nos termos ofertados na Carta de Apoio, foram as causas da inviabilidade do Contrato, sendo condutas abusivas, contraditórias e violadoras dos padrões objetivos de lealdade e proteção da confiança legítima impostos

pela boa-fé; e (iii) não existe qualquer inadimplemento contratual imputável à CONCESSIONÁRIA e, por esse motivo, são inexigíveis as multas administrativas aplicadas pela REQUERIDA 1, rejeitando-se os pedidos reconventionais.

VI.2. ALEGAÇÕES DA REQUERIDA 1 – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

152. Segundo alega, em síntese, a REQUERIDA 1, ANTT, o procedimento licitatório, que ocorreu no ano de 2014 para a concessão da exploração da BR-153/TO/GO, seguiu o modelo comum a todas as concessões da 3ª Etapa do PROCROFE. Esse modelo conferia maior liberdade aos licitantes para a elaboração de seus próprios estudos de viabilidade econômica e exequibilidade do projeto (item 9.4 do Edital de Licitação), mas, em contrapartida, lhes atribuía ampla responsabilidade por riscos atinentes ao volume de tráfego e financiamento.

153. O procedimento foi modelado de forma a proporcionar que os licitantes fizessem seus próprios levantamentos para elaborar um plano empresarial exequível, compatível com o lance formulado e com os recursos de que dispunham ou tinham a capacidade de obter de terceiros. Segundo a REQUERIDA 1, *“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”* (item 11 das Alegações Finais Parciais da REQUERIDA 1, de 18.05.2020).

154. Para tanto, a REQUERIDA 1 aponta a ressalva de vinculação feita no item 2.4.1 do Edital de Licitação, bem como argumenta que o Anexo 10 do Edital traz importante declaração do licitante de que *“dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e de terceiros necessários à consecução do objeto da Concessão”* (item 10 das Alegações Finais Parciais da REQUERIDA 1, de 18.05.2020).

155. Argumenta que as declarações contidas no Contrato de Concessão também reforçam que o Concessionário tinha a obrigação de realizar seus próprios estudos e obter todas as informações necessárias para o cumprimento de suas obrigações contratuais (cláusulas 11.1 e 11.2).

156. Afirma que o Contrato de Concessão traz clara repartição de riscos, alocando exclusivamente à REQUERENTE os riscos referentes ao volume de tráfego e de eventual obtenção de financiamento, cláusulas 21.1 e 26.1, respectivamente.

157. A REQUERIDA 1 alega, assim, que, desde a publicação do Edital de Licitação, restou claro que os licitantes assumiriam a responsabilidade pela elaboração de seus próprios estudos e de um plano ou estratégia empresarial que absorvesse os riscos assumidos em caso de contratação, especialmente os riscos do volume de tráfego e pela obtenção de recursos próprios ou de terceiros para o cumprimento das obrigações contratuais, sobretudo a execução das obras e serviços previstos no PER.

158. Quanto à não obtenção do financiamento do BNDES, a REQUERIDA 1 traz em sua defesa que o motivo para a negativa do empréstimo-ponte foi a queda dos *ratings* da REQUERENTE, principalmente pelo seu envolvimento em escândalo de corrupção, que culminou na condenação e prisão de seus sócios, conforme exposto no documento R2-87.

159. A REQUERIDA 1 sustenta que não há evidência de que a crise macroeconômica ocorrida no biênio 2015/2016 tenha impactado na obtenção do empréstimo-ponte pela REQUERENTE junto ao BNDES.

160. Diz que não há nexo de causalidade entre a depressão econômica e a inexecução contratual por parte da REQUERENTE. Afirma que os inadimplementos da CONCESSIONÁRIA se iniciaram no começo da vigência do Contrato em tal nível de intensidade que a REQUERENTE sequer foi autorizada a iniciar a cobrança do pedágio na rodovia.

161. A oscilação negativa do tráfego, além de não ter sido comprovada nos autos, não teve qualquer impacto no Contrato, justamente porque a tarifa de pedágio nem chegou a ser cobrada.

162. Além disso, argumenta a REQUERIDA 1 que a cláusula 26.1 do Contrato estabelece que todo risco relativo à obtenção do financiamento pertence à

CONCESSIONÁRIA/REQUERENTE, não havendo qualquer outro dispositivo editalício ou contratual que alocue ao Poder Concedente responsabilidade pelo insucesso nessa operação. Sustenta que a alocação do risco relacionado à obtenção do financiamento ao Concessionário não configura algo extravagante ou restrito aos contratos regulados pela ANTT, sendo, inclusive, um padrão internacionalmente aceito como boa prática de modelagem de contratos do setor de infraestrutura.

163. Para a REQUERIDA 1 a Carta de Apoio (doc. R-06) é um documento estranho à relação contratual, que não tem caráter vinculativo, porque se trata de mera intenção de contratar, condicionada a futura análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas.

164. Sustenta, ainda, que mesmo que se pudesse cogitar que essa carta teria gerado uma legítima expectativa à CONCESSIONÁRIA, qualquer insurgência dela deveria ser dirigida ao BNDES, instituição financeira que a frustrou. Nesse ponto a REQUERIDA 1 traz como paradigma decisão proferida nos autos do processo nº 0012434-56.2017.4.015101, ajuizado pela Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. (“CONCEBRA”) (doc. RDA-28).

165. Finaliza esse tópico argumentando que a mencionada Carta de Apoio, além de não vincular a ANTT ou a UNIÃO FEDERAL, não pode sequer ser discutida na presente Arbitragem, na medida em que *“não figuram como partes os criadores da suposta expectativa que ampararia a pretensão da requerente”* (item 54 das Alegações Finais Parciais da REQUERIDA 1, de 18.05.2020)

166. A REQUERIDA 1 afirma 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”* (item 27 das Alegações Finais Parciais da REQUERIDA 1, de 18.05.2020).

167. Alega que o EVTEA traz em seu bojo uma série de projeções baseadas em dados e expectativas abstratas que podem ou não se materializar na prática, que envolvem gastos com investimentos (CAPEX), manutenção e serviços (OPEX), despesas com tributos e volume de tráfego. Assegura que a tarifa teto é fruto dessas projeções.

168. A REQUERIDA 1 sustenta 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*” (item 39 das Alegações Finais Parciais da REQUERIDA 1, de 18.05.2020). Afirma que todos os estudos tiveram como premissa um fluxo de caixa não alavancado.

169. Sustenta que a viabilidade de um projeto é aferida de forma global e traduz-se na capacidade de as receitas trazidas a valor presente serem suficientes para pagar as despesas, também trazidas a valor presente. À vista disso, afirma que no caso em exame as projeções de viabilidade do projeto contemplavam as premissas trazidas no EVTEA, que não incluía os parâmetros de financiamento do BNDES, e que a REQUERENTE se afastou bastante dessas premissas ao oferecer um deságio substancial na tarifa de 45,99% (quarenta e cinco vírgula noventa e nove por cento).

170. A ANTT aponta, ainda, a irrelevância do documento intitulado “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões” (doc. A-13), porque ele não representa o entendimento técnico da ANTT e constitui um documento apócrifo. Além disso, constitui documento genérico que não chegou a analisar o impacto da crise financeira sobre o tráfego na rodovia objeto da concessão, tendo em vista que esta foi prematuramente extinta. Salienta, ainda, que “*as análises trazidas no citado documento em nada se relacionam com os motivos para a negativa do financiamento*” (item 68 das Alegações Finais Parciais da REQUERIDA 1, de 18.05.2020).

171. O mesmo alega em relação às medidas provisórias 752/2016 e 800/2017, que não se aplicariam à hipótese em questão e não servem para amparar a tese da REQUERENTE. Primeiro, porque a exposição de motivos de atos normativos não se presta a reconhecer direitos. Segundo, porque os atos normativos são gerais e abstratos, não traduzem normas individuais e concretas para regular cada caso específico. Terceiro, porque tais atos não guardam qualquer nexo de causalidade entre a crise econômica e os descumprimentos contratuais.

172. No que se refere à medida provisória 800/2017, afirma que esta entrou em vigor somente após ter sido decretada a caducidade do Contrato e teve duração efêmera em razão de sua não conversão em lei.

173. A REQUERIDA 1 argumenta que não há fundamento jurídico capaz de respaldar uma renegociação do Contrato em questão nos moldes pleiteados pela REQUERENTE. O dever de renegociar como corolário do dever de boa-fé estabelecido no art. 422 do Código Civil esbarra nas regras específicas que regem as contratações públicas, que não possuem o mesmo nível de liberdade das contratações privadas. A REQUERIDA 1 invoca para tanto os princípios da legalidade e impessoalidade (art. 37 da CF/88) e o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º da Lei 8.666/93).

174. Argumenta que renegociar as bases contratuais decorridos apenas alguns meses de um contrato de concessão de 30 (trinta) anos configura comportamento contraditório, este sim violador da boa-fé. No caso, é a REQUERENTE que age em desrespeito à boa-fé objetiva, porque em um primeiro momento assume ter ciência dos riscos e se compromete a cumprir o Contrato, para poucos meses após o início da sua execução pretender a completa modificação de suas obrigações.

175. Ainda no que se refere à alegação do dever de renegociar, a REQUERIDA 1 sustenta que no caso concreto não havia justificativa para alteração de prazos e reprogramação de obrigações, já que não se materializou qualquer risco atribuído ao Poder Concedente com impactos diretos na concessão. A propalada crise macroeconômica, além de fazer parte do risco alocado contratualmente à REQUERENTE, não trouxe impactos diretos ao Contrato de Concessão objeto deste procedimento.

176. A REQUERIDA 1 ainda contesta a possibilidade de uma reavaliação mais ampla da concessão nos termos previstos na Resolução ANTT n. 675/2004 (doc. R2-22), porque essa possibilidade não estava à disposição do regulador considerando que a concessão em questão sequer atingiu seus primeiros 5 (cinco) anos, bem como porque a revisão quinquenal se presta a reavaliar a concessão com vistas a uma adequação às demandas dos usuários, e não para atender as necessidades da CONCESSIONÁRIA.

177. Por fim, a REQUERIDA 1 sustenta que, sob a ótica regulatória, qualquer renegociação criaria incentivos perversos com potencial impacto deletério em todo o programa geral de concessões do governo federal, porque em última análise acabaria servindo de incentivo para que as concessionárias descumprissem os contratos, sempre com ameaça de inviabilidade na continuidade da prestação do serviço, com vistas a obter uma renegociação em condições mais vantajosas.

178. Diante desses argumentos de defesa, a REQUERIDA 1 pede a improcedência do pedido da REQUERENTE, reconhecendo-se a legitimidade do ato de decretação da caducidade da concessão.

VI.3. ALEGAÇÕES DA REQUERIDA 2 – UNIÃO FEDERAL

179. Seguindo basicamente a mesma linha de defesa da REQUERIDA 1, a REQUERIDA 2, UNIÃO FEDERAL, sustenta, em síntese, que é da REQUERENTE, exclusivamente, a responsabilidade pela inexecução do Contrato de Concessão. Primeiro, porque não há vinculação entre a proposta presente na Carta de Apoio e a execução do Contrato de Concessão. Alega que o financiamento não é elemento essencial, e sim accidental, do Contrato, tendo a CONCESSIONÁRIA se obrigado a executar o Contrato mesmo com recursos próprios.

180. A REQUERIDA 2 também afirma que a obtenção de financiamento constitui risco alocado única e exclusivamente à CONCESSIONÁRIA. O Contrato de Concessão (doc. R2-01) atribui à CONCESSIONÁRIA o risco de suportar alterações de diversas variáveis econômicas, como juros, inflação, taxas de câmbio, imposto de renda (cláusula 21). Além disso, o Contrato estabelece expressamente que a CONCESSIONÁRIA é a única responsável pela obtenção dos empréstimos necessários à exploração da concessão (cláusula 26), não podendo invocar qualquer condição ou obrigação de Contrato de financiamento para eximir-se das obrigações assumidas.

181. Salienta que o Edital de Licitação nº 01/2014 (doc. R2-02) também deixou clara a alocação integral da responsabilidade pelo financiamento na matriz de risco da CONCESSIONÁRIA, no item 9.3 e nos Anexos 4, 5, 10 e 19. Além disso, a própria Lei de Concessões, no art. 2º, II, estabelece que a CONCESSIONÁRIA assume os riscos pela

execução contratual, bem como, no art. 37, VIII, prevê expressamente que incumbe à CONCESSIONÁRIA captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

182. No que se refere ao conteúdo da Carta de Apoio, a REQUERIDA 2 afirma que esse documento nunca constituiu um “cheque em branco” ou um “direito líquido e certo” da REQUERENTE. Até porque, a carta é expressa no sentido de que as condições divulgadas dependem de análise do risco de crédito a ser feita pelo Banco. A REQUERIDA 2 ainda argumenta que a Carta 730/2014 do BNDES (doc. A-09) reforça que não há garantias na obtenção do financiamento.

183. Na visão da REQUERIDA 2, a REQUERENTE foi agressiva em relação às demais participantes da licitação, tendo sido ousada ao assumir integralmente o risco de apresentar uma proposta que apostou única e exclusivamente na obtenção de um financiamento específico, conferindo um deságio de 46%, quando a segunda colocada ofereceu 21,49%. Segundo a REQUERIDA 2, o projeto não era inexecutável *per se*, mas a proposta da REQUERENTE foi agressiva “*por ter sido formulada de tal modo que nenhuma variável da equação poderia ser alterada*” (item 51 das Alegações Finais Parciais da REQUERIDA 2, de 18.05.2020).

184. Nesse aspecto, a REQUERIDA 2 ressalta que o EVTEA do projeto utilizou como premissa o fluxo de caixa não alavancado. Assim, as condições contidas na Carta de Apoio não foram consideradas para o cálculo do valor da tarifa-teto, de modo que não integra a equação econômico-financeira do Contrato.

185. A REQUERIDA 2 argumenta que não exerce qualquer influência na concessão de empréstimos, o que se insere na competência de pessoa jurídica diversa (no caso discutido, o BNDES), que possui independência e discricionariedade para aprovação dos financiamentos segundo seus regramentos e posturas internas.

186. Por este motivo, entende que qualquer discussão na presente arbitragem a respeito de concessão de empréstimo e seu impacto na execução do Contrato é inócua e ineficaz, devendo a REQUERENTE – se assim o quiser – acionar o BNDES pelas vias próprias, não em sede de arbitragem contra a ANTT e a UNIÃO FEDERAL.

187. A crise financeira e a não obtenção do financiamento pela REQUERENTE não se enquadram na definição de evento extraordinário, caso fortuito ou força maior, para a finalidade de atrair o disposto nas cláusulas 21.2.4 e 32.2 do Contrato de Concessão, uma vez que esse fato não foi o fator ensejador da negativa do empréstimo-ponte pelo BNDES, não havendo a comprovação do necessário nexo de causalidade entre a crise financeira e os descumprimentos contratuais da REQUERENTE.

188. A REQUERIDA 2 também aponta que as causas para a não obtenção do financiamento foram as crises financeira e de credibilidade do Grupo Galvão por fatos a ele unicamente imputáveis. A controladora da REQUERENTE se envolveu em gravíssimos escândalos de corrupção apurados na Operação Lava-Jato, com executivos presos e condenados, seus *ratings* econômicos sofreram forte queda até chegarem a nível mínimo, tendo culminado com pedido de recuperação judicial, conforme documentos R2-87 e R2-88.

189. A partir do item 102 e seguintes de suas alegações finais, a REQUERIDA 2 apresenta uma linha do tempo com a cronologia dos fatos que entende terem sido determinantes para a negativa final do BNDES.

190. No item 97 de suas alegações finais, a REQUERIDA 2 argumenta que o BNDES concedeu o empréstimo-ponte para todas as demais Concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE, tendo duas delas obtido o empréstimo de longo prazo, fato que também serviria para comprovar que não foi a alegada crise macroeconômica a causa determinante da não obtenção do financiamento pela REQUERENTE.

191. A REQUERENTE está se comportando de maneira contraditória, o que é vedado por lei, não podendo se beneficiar da própria torpeza, eis que não preencheu os requisitos e os *ratings* financeiros para a obtenção do financiamento junto ao BNDES.

192. Sustenta que por esses motivos a não obtenção do empréstimo não se enquadra em nenhuma das hipóteses de reequilíbrio contratual.

193. A REQUERIDA 2 também contesta a ocorrência de fato do príncipe/ fato da administração causador do desequilíbrio contratual. Sustenta que os pleitos administrativos de adiamento ou suspensão de obrigações e reprogramação de investimentos submetidos pela REQUERENTE à ANTT não possuíam o mínimo respaldo, seja na lei, seja no Contrato, e foram todos motivados pela REQUERENTE por sua dificuldade de obtenção de financiamento junto ao BNDES.

194. A REQUERIDA 2 defende a atuação da ANTT frente a esses pleitos administrativos, salientando a correção dos atos praticados pela Agência frente aos graves descumprimentos contratuais, o que demonstra a legalidade, a legitimidade e a adequação da decretação de caducidade do Contrato de Concessão em discussão, cujo processo também afirma ter seguido todos os ritos e requisitos legais, sendo absolutamente regular.

195. Afirma, por fim, que o Parecer da AGU nº 02/AADMA/CGU/AGU/2014 (doc. A-11); o Memorando 876/2018/SUINF (doc. A-12) e o estudo “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões” (doc. A-13), assim como a edição das Medidas Provisórias 725/2016 e 800/2017, não são hábeis para fazer prova de qualquer direito de revisão contratual por parte da REQUERENTE.

196. Por esses motivos, a REQUERIDA 2 pede (i) a declaração de validade e eficácia do ato de decretação de caducidade do Contrato nº 01/2014, reconhecendo-se a culpa exclusiva da REQUERENTE pela inexecução contratual, afastando-se as alegações de fato da administração, fato do príncipe, imprevisão, caso fortuito e força maior; (ii) subsidiariamente, caso o Tribunal entenda que a Carta de Apoio tem efeito vinculante, seja reconhecido que se trata de ato particular do BNDES, não podendo a REQUERIDA 2 ser responsabilizada por tal ato; e (iii) também em caráter subsidiário, no caso de o Tribunal entender que a não obtenção de financiamento pela REQUERENTE deriva de fato extraordinário, imprevisível e de força maior, que seja reconhecida que a postura desleal e protelatória da REQUERENTE contribuiu para o incremento dos danos causados ao trecho rodoviário objeto da concessão, em razão da não realização de obras de conservação na rodovia, o que configuraria responsabilidade recíproca da REQUERENTE, do que resultaria o direito de a UNIÃO FEDERAL ser indenizada pelos gastos com a recuperação da rodovia.

VII – FUNDAMENTAÇÃO

VII.1. INTRODUÇÃO

197. Antes do ingresso propriamente nas razões de decidir, vale registrar que o processo decisório que culminou na presente Sentença Arbitral Parcial é fruto do convencimento dos Árbitros, ante todo acervo probatório constante dos autos e todas as manifestações das PARTES, devidamente examinados e considerados. Em consonância com o que dispõe a Lei de Arbitragem, em especial os arts. 18 e 21, § 2º, a fundamentação exposta adiante, portanto, se baseia nos argumentos e provas que melhor serviram para motivar o convencimento do Tribunal Arbitral.

198. Particularmente, salienta-se que o direito à ampla defesa e ao contraditório das PARTES foi respeitado e que não houve qualquer tipo de objeção à condução do procedimento pelo Tribunal Arbitral.

199. Todas as manifestações escritas foram comunicadas às PARTES. Foi realizada uma audiência preliminar de apresentação do caso na qual as PARTES tiveram a oportunidade de expor as suas teses e tratar dos pontos controvertidos da demanda, principalmente os relativos ao objeto da Sentença Parcial.

200. Aliás, o Tribunal aproveita o ensejo para parabenizar os patronos das PARTES pela excelente qualidade do trabalho apresentado, e pelo espírito colaborativo de todos, o que permitiu fosse o procedimento conduzido até o momento de modo eficiente e produtivo.

201. Como dito, a concessão objeto deste procedimento arbitral seguiu a modelagem adotada para a 3ª Etapa do PROCROFE, iniciada em 2013. Esse modelo contemplou uma redução da TIR máxima dos projetos para 7,2% e, como resposta às críticas da etapa anterior em relação aos baixos níveis de investimentos exigidos e aos constantes atrasos de execução, demandava a duplicação total dos trechos das rodovias até o quinto ano de execução contratual. Em setembro de 2013, para atrair o interesse das concessionárias, foi oferecida uma linha de crédito subsidiada a ser viabilizada pelos Bancos Públicos de até 70% dos valores a serem investidos nos contratos.

202. O Edital de Licitação nº 01/2014, tendo por objeto a concessão da BR-153/TO/GO, foi lançado em 03.04.2014 e a abertura das propostas ocorreu em 23.05.2014. O Contrato foi firmado em 12.09.2014, contemplando o seguinte objeto: *“exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço do Sistema Rodoviário, no prazo e nas condições estabelecidos no Contrato e no PER e seguindo os Escopos, Parâmetros de Desempenho e Parâmetros Técnicos mínimos estabelecidos no PER”* (cláusula 2.1), mediante a cobrança de Tarifa de Pedágio e recebimento de outras receitas previstas no Contrato (cláusula 2.2).

203. A licitação se deu na modalidade de leilão, e o critério de julgamento da melhor proposta econômica foi o de menor valor da Tarifa Básica de Pedágio em relação à Tarifa Teto – tarifa quilométrica relativa ao veículo de rodagem simples e de dois eixos – que no item 9.2 Edital foi fixada no valor de R\$ 0,09220, referenciado a maio de 2012.

204. A REQUERENTE sagrou-se vencedora da licitação, apresentando tarifa no valor de R\$ 0,04979 e o termo de assunção da concessão foi celebrado em 31.10.2014, dando início ao período de exploração do Sistema Rodoviário concedido pelo prazo total previsto no Edital e no Contrato de 30 (trinta) anos, prorrogáveis por mais 30 (trinta) (cláusula 3 do Contrato).

205. O Contrato englobava 648,8km de extensão de pista de rodovia. Deste total, 598,3km deveriam ser objeto de obras de duplicação pela CONCESSIONÁRIA. As obras foram divididas em quatro frentes: (a) recuperação e manutenção; (b) ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço; (c) conservação; e (d) serviços operacionais (item 3 do PER).

206. Em 16.05.2016, a REQUERIDA 1 instaurou processo administrativo para apurar as inexecuções contratuais da REQUERENTE (doc. R2-04, R2-05, R2-06, R2-07 e R2-08), que culminou na edição do Decreto sem número de 15 de agosto de 2017, no qual o então Presidente da República, Michel Temer, declarou a caducidade da concessão, extinguindo o Contrato (doc. R2-12).

207. Nesse cenário, a sentença parcial tem por finalidade apontar a PARTE que deu causa à inexecução do Contrato, definindo as responsabilidades e os efeitos dela advindos. Saliente-se que o ato que decretou a caducidade não é questionado por nenhuma das PARTES na presente arbitragem.

VII.2. A ARBITRABILIDADE DOS PEDIDOS DAS PARTES

208. A REQUERENTE nas suas alegações iniciais pede no item 222 (vi) “*O reconhecimento da arbitrabilidade dos pedidos formulados nestas Alegações Iniciais e, conseqüentemente, da jurisdição do Tribunal Arbitral para resolução da presente controvérsia*”.

209. Esse pedido não foi objeto de contestação por parte das REQUERIDAS, de modo que sobre ele não se formou controvérsia.

210. No que se refere aos pedidos formulados pela REQUERIDA 2, quando da apresentação de sua RESPOSTA ao REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM, a UNIÃO indicou que formularia pleito reconvenicional, de caráter indenizatório, pelos prejuízos que o descumprimento do CONTRATO DE CONCESSÃO teriam lhe causado, englobando “*a) custos de manutenção do sistema rodoviário; b) arrecadação frustrada de tributos e c) custo dos estudos de viabilidade*”, além de “*danos ao meio ambiente, ao consumidor/usuário, etc.*”

211. Na Ata de Missão a REQUERIDA 2 fez constar o seguinte: “*Conforme será demonstrado, a caducidade do contrato de concessão gerou prejuízos incalculáveis à sociedade, bem como danos econômicos causados diretamente à União, tais como a necessidade de dispêndio de recursos para manutenção do sistema rodoviário; a contratação de novos estudos de viabilidade para nova licitação; além de lucros cessantes, decorrentes da perda de receita em razão da não ocorrência de fato gerador tributário, degradação do ativo rodoviário, entre outros.*”

212. Diante disso, a REQUERENTE passou a alegar nas suas manifestações iniciais a inarbitrabilidade objetiva de parcela das pretensões reconvencionais da REQUERIDA 2, sustentando que os pleitos relativos ao ressarcimento de danos coletivos, ambientais e à arrecadação frustrada de tributos tratam de direitos não patrimoniais e indisponíveis.

213. Ocorre que, na RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS E RECONVENÇÃO, a UNIÃO acabou por deixar de formular aqueles pedidos relativos aos danos coletivos, tributários e ambientais, conforme se verifica do parágrafo 355 da mencionada manifestação.

214. Diante desse fato, a REQUERENTE, posteriormente, ao se manifestar em RÉPLICA E RESPOSTA À RECONVENÇÃO, reconheceu expressamente que a UNIÃO na reconvenção apresentada acabou por desistir dos requerimentos que tratavam de direitos por ela considerados indisponíveis e difusos (parágrafos 171 a 179). E, na audiência preliminar realizada, essa desistência também restou manifestada, conforme se pode ler nas linhas 2736 e seguintes da transcrição daquele ato.

215. Assim, apesar de também não mais existir controvérsia sobre a arbitrabilidade objetiva dos pedidos que afinal foram deduzidos pela REQUERIDA 2, vale o registro de que a arbitrabilidade objetiva, no caso, decorre da evidente natureza patrimonial desses pedidos, diretamente relacionados ao Contrato firmado.

216. Os direitos patrimoniais são aqueles que decorrem ou estão vinculados às relações jurídicas de cunho obrigacional. Luiz Antonio Scavone Junior, *in* Manual de Arbitragem, 10ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, p.p 15/16, afirma:

“Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade.

Os direitos não patrimoniais, por seu turno, são aqueles ligados aos direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas, como, por exemplo, a capacidade, a filiação e o poder familiar, entre outros com a mesma natureza.

Todavia, para que se possa ser adotada como meio de solução dos conflitos, além de se limitar aos direitos patrimoniais, a arbitragem ainda exige a existência de direitos disponíveis.

A disponibilidade dos direitos se liga, conforme pensamos, à possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação.”

217. Em contencioso envolvendo a Administração Pública, ainda que atualmente já haja autorização legal específica atinente à arbitrabilidade subjetiva (§1º do Art. 1º da Lei 9.307), o critério adotado pelo legislador, com relação à arbitrabilidade objetiva, persiste

sendo a submissão à arbitragem de conflitos que versem sobre “direitos patrimoniais disponíveis”.

218. Neste sentido, sobre a análise da arbitrabilidade objetiva no âmbito das arbitragens envolvendo a Administração Pública, vale trazer à colação moderna lição de João Pedro Accioly:

“Assim, a arbitragem será cabível, no campo das relações jurídicas com a Administração Pública, quando as pretensões formuladas pelas partes apresentarem natureza patrimonial e forem suscetíveis de disposição contratual – de caráter transacional ou não. A natureza patrimonial do direito controvertido deve ser apurada com abstração dos caracteres do direito do qual derive e estará satisfeita no caso de sua violação implicar medidas reativas de índole econômica.

A verificação desses caracteres deve se dar empiricamente, à luz do direito posto e da contextura da controvérsia em exame – considerando-se apenas a arbitrabilidade dos pedidos formulados pelas partes; não das suas causas de pedir ou questões prejudiciais. Sempre que se admitir, ainda, que excepcionalmente, a possibilidade de disposição negocial de uma pretensão jurídica patrimonial, titularizada ou oponível à Administração, poderá ela ser submetida à arbitragem.” (Accioly, João Pedro. Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2019, p. 103/104)

219. Em suma, os pleitos deduzidos nesta arbitragem têm, todos, em última análise, caráter patrimonial, inexistindo também qualquer controvérsia remanescente acerca da plena arbitrabilidade dos mesmos.

220. Dessa forma, o Tribunal Arbitral entende que todos os pedidos da forma como formulados pela REQUERENTE e pela REQUERIDA 2 neste procedimento são arbitráveis e obedecem ao disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996 que estabelece que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

221. Cabe consignar, todavia, que as demais alegações da REQUERENTE relativas ao pedido reconvenicional da REQUERIDA 2 que não são objeto desta sentença parcial serão decididas oportunamente quando da prolação da Sentença Arbitral posterior.

VII. 3. A CADUCIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO

222. A decretação da caducidade de um contrato significa a extinção do vínculo jurídico existente entre as partes por culpa do Concessionário, operando-se a reversão dos bens da concessão ao Poder Concedente. Da extinção desse vínculo decorrem consequências práticas e jurídicas relevantes.

223. A Lei 8.987/95 dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. A caducidade está prevista no inciso III do art. 35 dessa Lei como forma de extinção antecipada do contrato de concessão de serviço público por culpa do concessionário.

224. A caducidade traduz-se na rescisão unilateral do contrato de concessão, a critério do Poder Concedente, motivada por inexecução das obrigações contratuais por parte da contratada. O descumprimento pode em tese consubstanciar um ou mais atos ou fatos graves, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, atribuídos à CONCESSIONÁRIA e violadores de suas obrigações.

225. O § 1º do art. 38 da Lei 8.987/95 estabelece as hipóteses em que a caducidade de um contrato pode ser decretada:

“§ 1º A caducidade da concessão poderá ser decretada pelo poder concedente quando:

1 - 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;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da

concessão, na forma do art. 29 da Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993.”

226. Cabe ao Poder Concedente considerar se o inadimplemento é ou não causa suficiente para extinguir um contrato por caducidade, que representa uma medida grave e extrema.

227. O ato de caducidade é ato administrativo punitivo, veiculado por decreto editado pela Administração Pública Concedente, nos termos do § 4º do art. 38 da Lei 8.987/95, mas que permite o pagamento de indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados, descontadas as multas e os eventuais danos sofridos pelo Poder Concedente (§ 5º do art. 38 da Lei 8.987/95).

228. A decretação da caducidade deve ser precedida de algumas formalidades, pois depende de prévio processo administrativo para comprovar a inadimplência do contratado. É imperioso que nesse processo seja assegurado ao Concessionário amplo direito de defesa, conforme prescreve o § 2º do art. 38 da Lei 8.987/95. O processo somente pode ser instaurado após o Poder Concedente comunicar, detalhadamente, ao Concessionário acerca do descumprimento de suas obrigações, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas, *ex vi* do disposto no § 3º, também do art. 38.

229. Seguindo a diretriz legal, a cláusula 29 do Contrato de Concessão da BR-153 estabelece a possibilidade de extinção da concessão por caducidade (subcláusula 29.1.3).

230. Na cláusula 32.1 o Contrato também estabeleceu a possibilidade de a UNIÃO, mediante proposta da ANTT, declarar a caducidade da concessão na hipótese de inexecução total ou parcial do Contrato, observado o disposto nas normas regulamentares e legais aplicáveis, especialmente nas hipóteses elencadas nas subcláusulas 32.1.1 a 32.1.8, que reproduzem, em linhas gerais, o § 1º do art. 38 da Lei 8.987/95, acima transcrito.

231. O Contrato ainda prevê a instauração de procedimento administrativo prévio, obedecendo os critérios da lei, conforme redação das cláusulas 32.2, 32.3, 32.4 e 32.5.

232. Assim, no caso concreto, após procedimento administrativo instaurado pela REQUERIDA 1, com base na Lei e no Contrato (docs. R2-4, R2-5, R2-6, R2-7, R2-8, R2-9, R2-10 e R2-11), a caducidade foi declarada pelo Poder Concedente, por meio de Decreto do então Presidente da República, Michel Temer, publicado em 15.08.2017 (doc. R2-12).

233. O ato que declarou a caducidade, além de ter extinguido o Contrato de Concessão, negou à REQUERENTE o direito à indenização por entender não haver investimentos vinculados a bens reversíveis a serem amortizados e impôs a ela o pagamento de indenização, em caráter preliminar, em favor da REQUERIDA 2, no montante histórico em abril de 2017 de R\$ 20.141.831,50 (doc. R2-08).

234. Vale notar, como noticiado neste procedimento arbitral, que o processo de caducidade do Contrato de Concessão da BR-153/TO/GO foi o pioneiro, e até agora o único, na história das concessões brasileiras de infraestrutura de rodovias (informação que consta também do doc. A-13).

235. No procedimento administrativo, a REQUERIDA 1 constatou a incapacidade técnica e econômica da REQUERENTE de cumprir as obrigações previstas no Contrato, conforme se lê do relatório final da comissão processante da ANTT (doc. R2-08).

236. Nesse ponto, a REQUERENTE não contesta que, no momento em que declarada a caducidade da concessão da BR-153, de fato, não tinha mais capacidade para cumprir o Contrato nos termos originalmente firmados.

237. No entanto, atribui sua incapacidade à ocorrência de evento extraordinário e imprevisível (caso fortuito ou força maior) e à caracterização de Fato da Administração por parte das REQUERIDAS, circunstâncias capazes de eximi-la de culpa pela extinção do Contrato por caducidade.

238. Para a REQUERENTE, a declaração de caducidade *in casu* esbarraria na cláusula 32.2 do Contrato de Concessão que estabelece que “**32.2 A União não poderá declarar a caducidade da Concessão resultante dos eventos indicados na subcláusula 21.2 acima ou causados pela ocorrência de caso fortuito ou força maior**”.

239. A cláusula 21 do Contrato de Concessão é relevante para a solução da presente controvérsia, porque dispõe sobre a alocação dos riscos assumidos contratualmente pelas PARTES.

VII.4. A ANÁLISE DA MATRIZ DE RISCO CONTRATUAL

240. A definição e a delimitação prévia dos riscos alocados a cada uma das partes em um projeto da magnitude da concessão da BR-153 é fundamental e assegura ao particular uma adequada avaliação prévia dos ônus e dos bônus do negócio.

241. A definição precisa da matriz de risco contratual, além de trazer segurança jurídica para as partes, serve como garantia da manutenção da base econômica dos contratos, principalmente naqueles de longo prazo:

“Já se disse acima que a equação econômico-financeira em contratos de longo prazo forma-se a partir de sua matriz de riscos. A estabilização dos efeitos dessa matriz garante às partes a preservação do conteúdo econômico da avença. Sempre que determinado risco materializa-se, deve-se resgatar de quem será a responsabilidade contratualmente delimitada pelos prejuízos derivados.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 15, n.º 58, p. 37-60, abr./jun. 2017.)

242. No Contrato em exame, a cláusula 21 partilha os riscos do negócio entre os contratantes. Os riscos de responsabilidade da REQUERIDA 1 foram elencados na subcláusula 21.2; já os riscos assumidos pela REQUERENTE foram estabelecidos na subcláusula 21.1, que tem a seguinte redação:

“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:” (grifou-se)

243. No que se refere à obtenção do financiamento, o Contrato alocou esse risco integralmente à REQUERENTE, ao dispor expressamente na subcláusula 26.1, *verbis*:

*“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**.”*

244. A redação do Contrato não deixou dúvida quanto aos riscos que foram alocados às partes. Tanto é assim que, na cláusula 21.3, a CONCESSIONÁRIA declara:

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

245. Vale notar, ainda, que a subcláusula 26.3 é expressa no sentido de 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.”

246. Com efeito, o teor da subcláusula 26.3, além de reforçar a independência entre o Contrato de Concessão e eventual contrato de financiamento obtido pela CONCESSIONÁRIA, demonstra que o risco financeiro relacionado a financiamentos ou mesmo ao atraso no desembolso de recursos foi integralmente alocado à REQUERENTE, que não poderia invocá-lo para justificar atraso ou inadimplemento de suas obrigações.

247. Ademais, no Anexo 10 do Edital de Licitação constou o Modelo de Carta de Declaração de Capacidade Financeira, no qual a REQUERENTE “*declara, sob as penas da legislação aplicável, que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e obtenção de recursos de terceiros necessários à consecução do objeto da Concessão (...)*” (Anexo 10 do Edital de Licitação – Modelo de Carta de Declaração de Capacidade Financeira - doc. A-02).

248. Vale registrar que a alocação do risco pela obtenção do financiamento na matriz de risco das concessionárias é bastante comum, sendo adotada em praticamente todos os contratos de concessão de serviço público no Brasil.

249. Nesse contexto, não se pode perder de vista o fato de que qualquer contrato traduz-se essencialmente num acordo sobre partilha de riscos. E estes riscos estão devidamente distribuídos e aquilutados no caso concreto, de modo que, segundo a doutrina:

“reduz-se o espaço para a tutela jurídica do arbitramento ex post de riscos (conduzida pelo juiz, no âmbito de disputas judiciais sobre a responsabilidade acerca de riscos materializados) e ampliou-se a Sua ‘tutela’ econômica, exercitada no momento da confecção dos contratos, o que promove uma substituição da lógica do arbitramento jurídico corretivo da responsabilidade sobre os riscos contratuais por uma alocação preventiva de riscos.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 37-60, abr./jun. 2017.)

250. Além disso, é natural que o risco seja alocado à parte que tem mais capacidade de controlar as suas variáveis. No caso dos financiamentos, sem dúvida é o concessionário que tem condições de controlar o atendimento dos requisitos da instituição financeira. Assim, é ele, por motivos óbvios, quem pode com mais facilidade controlar e mitigar esse risco. A respeito, veja-se:

*“Ou seja: a precificação do serviço é feita considerando-se os riscos que poderão incidir sobre a prestação do objeto contratado. Assim é que, na disciplina dos contratos, de uma maneira geral, o preço atribuído a uma prestação contratual leva consigo embutido o risco com o qual se terá de arcar; precifica-se a proposta, levando em consideração não só as certezas, mas, também, as incertezas que podem afetar a futura execução do contrato. A dúvida quanto à titularidade de determinado risco faz com que o particular tenha de considerá-lo como seu. Por isso, é importante o planejamento, a identificação, a distribuição e a gestão eficiente dos riscos, que deve ser feita caso a caso, amoldando-se à hipótese específica. **Essa alocação de riscos é fator de importante economia contratual, eis que a partilha dos riscos leva em consideração a capacidade de sua gestão por cada uma das partes.** Cada risco determinado, portanto, deverá ser distribuído à parte que tenha maior capacidade para evitá-lo ou, ainda, de absorvê-lo, no caso de sua ocorrência, da forma mais econômica possível.”* (FREITAS, Rafael Vêras de. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. In: Revista de Direito Público da Economia, v. 58, 2017, p. 208-209)

251. Como se verá adiante, não há no presente procedimento prova de que as REQUERIDAS tenham determinado ou de algum modo influenciado a não concessão do empréstimo-ponte à REQUERENTE, de modo que se pudesse afastar a aplicação da matriz de risco contratual.

252. Conquanto as diversas manifestações do Poder Concedente e de seus prepostos tenham buscado atrair licitantes com a divulgação do financiamento em tese disponível para quem se sagrasse vencedor dos certames¹, conforme afirma a REQUERENTE nos itens 18, 19, 20 e 36 de suas Alegações Finais Parciais, fato é que o Contrato expressamente atribuiu à REQUERENTE o risco pelo financiamento. E a CONCESSIONÁRIA tinha perfeito conhecimento disso e condições de, no momento da formulação de sua proposta no decorrer da concorrência pública, avaliar o que essa atribuição de risco significava.

253. Em outras palavras, a REQUERENTE concordou com essa matriz, a ela aderindo com a participação na licitação e a assinatura do Contrato.

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

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

¹ Matéria veiculada no jornal Valor Econômico de 10 de junho de 2014, do Ministro dos Transportes, César Borges; Matéria veiculada no Jornal Estado de São Paulo de 10 de junho de 2014, do Secretário Executivo do Ministério da Fazenda, Paulo Caffarelli; Entrevista da Presidente da República, Dilma Rousseff, concedida por ocasião da inauguração da ampliação do berço do Porto de São Francisco do Sul, Santa Catarina, divulgada nos jornais Estado de São Paulo e O Globo, disponível no site da Presidência da República <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/dilma-rousseff/entrevistas/entrevistas/entrevista-concedida-pela-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-apos-cerimonia-de-inauguracao-do-berco-201-e-do-porto-de-sao-francisco-do-sul>>)

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

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

258. O próprio Contrato (subcláusula 21.4) veda expressamente a possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no caso de materialização de quaisquer dos riscos assumidos pela CONCESSIONÁRIA, nos seguintes termos:

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

259. Assim, não resta dúvida de que o risco do não-financiamento foi expressamente assumido pela Concessionária. E, ao contrário do que sustenta a REQUERENTE, essa assunção expressa do risco não é alterada pela Carta de Apoio dos Bancos Públicos emitida antes do Edital de licitação e da assinatura do Contrato.

VII.5. A CARTA DE APOIO DOS BANCOS PÚBLICOS

260. A Carta de Apoio dos Bancos Públicos é datada de 04.09.2013 e foi assinada pelo BNDES, pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal, que foram a público *“informar as condições de apoio aos investimentos relacionados aos projetos dos futuros concessionários”*.

261. Nela, de fato, constavam expressamente as condições e os prazos para a obtenção do empréstimo-ponte, *verbis*:

“Empréstimo Ponte:

. Condições financeiras: TJLP + até 2% a.a.

. Volume: equivalente a até 30% do financiamento de longo prazo.

- . *Início do desembolso: em até 90 dias após a assinatura do contrato de concessão (atendidas as condições usualmente exigidas pelas instituições Financeiras)*
- . *Vencimento: definido em função do prazo para a estruturação da operação de longo prazo, limitado à primeira liberação de recursos da operação de financiamento de longo prazo.*
- . *Garantia: Preferencialmente Fiança Corporativa ou Fiança Bancária.”*

262. Todavia, na mesma Carta de Apoio, constava também uma expressa ressalva:

“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.”

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

264. O documento A-9, por meio do qual o BNDES comunicou à REQUERENTE o enquadramento do projeto, reforça essa condição, porque dispôs:

*“O pagamento da Comissão de Estudo constitui requisito para análise do projeto pelo BNDES e não assegura qualquer resultado em relação ao pedido de financiamento. Em caso de cancelamento da operação durante a fase de análise ou de concessão do financiamento, os valores pagos a título de comissão de Estudo não serão devolvidos à Postulante.
Registramos, finalmente, que o presente enquadramento é uma das etapas do processo de concessão financeira do BNDES. Caso a análise conclua pela viabilidade do apoio, suas condições serão submetidas à aprovação da Diretoria do Banco.”*

265. Assim, o BNDES não estava obrigado a conceder o empréstimo-ponte caso suas análises internas referentes ao projeto e aos acionistas indicassem que não era

recomendado o mútuo. Resta, portanto, evidente que o BNDES poderia negar o financiamento, como de fato aconteceu.

266. No caso concreto da concessão da BR-153, o BNDES justificou a impossibilidade de realização da operação financeira por pendências que não recaem sobre a esfera de responsabilidade das REQUERIDAS, mas tocam a fatos relacionados exclusivamente à própria CONCESSIONÁRIA (doc. A-28 e R2-87).

267. Com efeito, nos documentos A-28 e R2-87, trazidos ao procedimento pela REQUERENTE e pela REQUERIDA 2, respectivamente, o BNDES expôs os motivos pelos quais não concedeu o financiamento à REQUERENTE. Nesses documentos, o BNDES esclareceu que o empréstimo-ponte não foi concedido porque “*o rating atribuído ao Grupo Econômico (...) sofreu substancial downgrade*”, resultado do “*envolvimento do Grupo Galvão na Operação Lava-Jato*”, bem como em razão do pedido de recuperação judicial datado de 25.03.2015, que “*constitui-se em fato impeditivo à concessão de crédito ao referido grupo econômico*”.

268. O BNDES afirmou no documento R2-87 que a confiabilidade no Grupo Galvão restou seriamente abalada após as prisões dos executivos Erton Medeiros Fonseca e Dario de Queiroz Galvão Filho, ocorridas em 14.11.2014 e 27.03.2015, respectivamente, e o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Federal em 11.12.2014 (doc. R2-38 e R2-40) contra esses dois executivos e também contra Jean Alberto Lusher Castro, diretor-presidente da CONCESSIONÁRIA.

269. Ademais, o documento R2-45 constitui prova de que os *ratings* do Grupo Galvão chegaram, de fato, no primeiro semestre de 2015, a patamares mínimos, tendo a Galvão Engenharia S.A. e a Galvão Participações S.A., controladora da REQUERENTE à época, entrado com pedido de recuperação judicial em 25.03.2015 (doc. A-62).

270. Nesse cenário, verifica-se que o BNDES considerou que a REQUERENTE não preencheu os requisitos necessários para a obtenção do empréstimo-ponte, em virtude de fatores que não dizem respeito às REQUERIDAS.

271. Não se trata, aqui, de adentrar o mérito das razões da negativa do BNDES, que não é parte na presente arbitragem. Como dito acima, a Carta de Apoio ressalva expressamente o direito do BNDES de negar o empréstimo solicitado, esclarecendo que 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*”.

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

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

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

275. Se a proposta da REQUERENTE considerou exclusivamente as premissas econômicas anunciadas na Carta de Apoio, não resta dúvida de que, ao optar por agir dessa forma, assumiu ela integralmente o risco referente à obtenção do financiamento público para o cumprimento das obrigações contratuais. Mesmo porque, como já destacado, o risco do financiamento foi contratualmente alocado na matriz de risco da

Concessionária (cláusula 26.1 do Contrato de Concessão), que assinou, por sua livre decisão, o referido instrumento contratual.

276. O Tribunal Arbitral não conseguiu identificar nos autos qualquer evidência de que a UNIÃO FEDERAL pudesse ter agido de forma a interferir negativamente para a concessão do empréstimo, por isso não vê como ela pode ser responsabilizada por esse fato, à luz da expressa distribuição de riscos constante do Contrato.

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

VII.6. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

278. A REQUERENTE invoca a subcláusula 21.2 do Contrato de Concessão, que contém a seguinte disposição: “**21.2** A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente”; e a subcláusula 21.2.4, por sua vez, afirma: “**21.2.4** caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência.”

279. Nesse sentido, a REQUERENTE sustenta que a não obtenção do financiamento derivou de duas causas: (a) a crise econômica, que teria afetado a política de financiamento dos bancos – evento que a REQUERENTE caracteriza como caso fortuito ou de força maior –; e (b) a suposta mudança na política adotada pela UNIÃO em relação aos financiamentos públicos – evento que a REQUERENTE qualifica como fato da Administração.

280. A primeira análise a ser feita é se a não obtenção do financiamento deriva, de fato, da crise econômica iniciada em 2014 e intensificada nos anos de 2015/2016. As provas dos autos evidenciaram que a negativa do BNDES foi calcada em outros fatores, que dizem respeito à própria Concessionária, conforme já evidenciado no tópico anterior, em particular a queda dos *ratings* do Grupo Galvão, o pedido de recuperação judicial e

prisões relacionadas à Operação Lava-Jato. Repita-se, ainda uma vez, que não compete ao Tribunal Arbitral avaliar o mérito das razões invocadas pelo BNDES, mas simplesmente constatar que as razões da negativa – corretas ou não – não repousaram sobre qualquer crise econômica.

281. Isso, por si só, seria suficiente para afastar a incidência da cláusula 21.2.4 do Contrato.

282. Mesmo, contudo, que a não obtenção do financiamento decorresse da crise econômica, não se poderia, a rigor, invocar, no caso concreto, caso fortuito ou força maior.

283. Conforme registra o parágrafo único do art. 393 do Código Civil, “[o] caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

284. A doutrina afirma não haver diferença substancial entre caso fortuito ou força maior. É ponto pacífico que tanto uma hipótese como a outra estão fora dos limites da culpa. O caso fortuito ou a força maior podem ser definidos como aqueles acontecimentos que escapam a toda diligência e são inteiramente estranhos à vontade do devedor da obrigação.

285. Os eventos de caso fortuito ou de força maior caracterizam-se, pois, numa circunstância irresistível, externa, que impossibilita o devedor de praticar a conduta devida para o cumprimento da sua obrigação:

*“Sem descer a uma distinção que destaque os extremos do caso fortuito e da força maior, o legislador de 2002 os reuniu como uma causa idêntica de exoneração do devedor e resolução absoluta da obrigação, o que para o Direito suíço já foi igualmente notado. **Conceituou-os em conjunto como o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, conceito que bem se ajusta à noção doutrinária, abrangente de todo evento não imputável, que obsta ao cumprimento da obrigação sem culpa do devedor.** Aprofundando na dissecação do princípio, a doutrina sustenta que o legislador pátrio aliou-se ao conceito objetivista. Basta, pois, apurar os requisitos genéricos: a) Necessariedade. Não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, bastante para liberar o devedor, porém, aquele que impossibilita o cumprimento da*

obrigação. Se o devedor não pode prestar por uma razão pessoal, ainda que relevante, nem por isto fica exonerado, de vez que estava adstrito ao cumprimento e tinha de tudo prever e a tudo prover, para realizar a prestação. Se esta se dificulta ou se torna excessivamente onerosa, não há força maior ou caso fortuito. Para que se ache exonerado, é indispensável que o obstáculo seja estranho ao seu poder, e a ele seja imposto pelo acontecimento natural ou pelo fato de terceiro, de modo a constituir uma barreira intransponível à execução da obrigação. b) Inevitabilidade Mas não basta que à sua vontade ou à sua diligência se anteponha a força do evento extraordinário. Requer-se, ainda, que não haja meios de evitar ou de impedir os seus efeitos, e estes interfiram com a execução do obrigado. Muito frequente é, ainda, encontrar-se, entre os doutrinadores, referência à imprevisibilidade do acontecimento, como termo de sua extremação. Não nos parece cabível a exigência, porque, mesmo previsível o evento, se surgiu como força indomável e inarredável, e obstou ao cumprimento da obrigação, o devedor não responde pelo prejuízo. Às vezes a imprevisibilidade determina a inevitabilidade, e, então, compõe a etiologia desta. O que não há é mister de ser destacado como elemento de sua constituição.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume II. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 331)

286. O *caput* do art. 393 do Código Civil deixa claro que, mesmo que determinado evento se caracterize em tese como caso fortuito ou força maior, os contratantes podem assumir para si o risco de sua ocorrência. Afirmar a codificação, nesse sentido, que “[o] devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”

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

VII.7 TEORIA DA IMPREVISÃO

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

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

290. No caso concreto, a REQUERENTE alega que a crise econômica teve início logo após a celebração do Contrato², enquanto as REQUERIDAS afirmam que o período da crise "*abrangeu a assinatura do contrato*"³. A delimitação do marco inicial da crise econômica é, portanto, matéria controvertida entre as partes, mas é fato notório que o cenário econômico brasileiro já não se encontrava, ao tempo da assinatura do Contrato de Concessão, isento de sinais de recessão⁴. Nesse contexto, o Tribunal Arbitral entende que competiria à REQUERENTE demonstrar a configuração de acontecimento extraordinário e imprevisível posterior à celebração do Contrato de Concessão, pressuposto do seu direito à revisão, mas a REQUERENTE não logrou fazê-lo, mesmo tendo tido ampla oportunidade para tanto ao longo do procedimento arbitral.

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

² página 22 das Alegações Iniciais da REQUERENTE, de 14.01.2019.

³ item 92 das Alegações Finais Parciais da REQUERIDA 2.

⁴ A economia brasileira entrou em recessão técnica no primeiro semestre de 2014, quando apresentou Produto Interno Bruto (PIB) negativo nos dois primeiros trimestres.

292. Registre-se, por fim, que doutrina e jurisprudência tem hesitado em enquadrar crises econômicas como acontecimentos extraordinários e imprevisíveis:

*“EMBARGOS À EXECUÇÃO - Confissão de dívida - Devedor assume o débito Alegação de Crise econômica e financeira no país - Caso fortuito e força maior - Não Cabimento - Risco da atividade empresarial Título não desconstituído Dívida exigível: - **Não pode o devedor alegar descumprimento da obrigação em virtude de dificuldade financeira resultante da crise no país, o que não configura caso fortuito ou força maior por ser risco da atividade empresarial, e assim, não tem o condão de afastar sua responsabilidade perante a dívida contraída, nem de desconstituir o título.** RECURSO NÃO PROVIDO.”* (TJSP, Apelação nº 1006425-56.2018.8.26.0564, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. em 06.11.2019)

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. SUPERMERCADO. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE PRAZO A TÍTULO DE AVISO PRÉVIO. 30 (TRINTA) DIAS. INOBSERVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE CRISE ECONÔMICA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO CASO FORTUITO OU MOTIVO DE FORÇA MAIOR. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES TRAZIDAS PARA APRECIAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. **A alegação de crise econômica não pode ser caracterizada como caso fortuito ou motivo de força maior para fins de rescisão contratual, visto que se enquadra no risco inerente à atividade empresarial exercida pela agravante. Ora, o momento pelo qual passa a nação caracteriza-se como fato previsível, sobretudo em razão dos prognósticos econômicos há muito veiculados na mídia especializada, sendo, portanto, os efeitos passíveis de adequação;** 2. Saliente-se que, como o próprio agravante afirma por mais de uma vez em suas razões, os rumores de encerramento de suas atividades já circulavam na imprensa, fato que demonstra que tal decisão já havia sido cogitada com bastante antecedência. É de se estranhar, portanto, ao menos à primeira vista, que os sublocatários do imóvel apenas tenham sido notificados, por meio de carta, dois dias antes do fechamento definitivo. Tal medida não é provida de qualquer razoabilidade, sendo deveras prejudicial aos locatários o abrupto encerramento das atividades lotéricas desempenhadas. Isso sem falar na ofensa aos mais basilares princípios do direito contratual, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva; 3. Demonstrado, portanto, que a crise econômica não pode ser entendida como elemento a configurar caso fortuito ou força maior, bem como que, ausente o termo de rescisão, entende-se como existente e em vigor o contrato de*

locação estabelecido entre o agravante e o locador, a conclusão a que se chega é que falta verossimilhança em suas alegações, não estando seus argumentos constituídos da solidez necessária à concessão do efeito suspensivo vindicado. 4. Precedentes do STJ e Tribunais Pátrios; 5. Recurso conhecido e improvido. Unanimidade.” (TJAL, Agravo de Instrumento nº 0800078-71.2016.8.02.0000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Alcides Gusmão da Silva, j. em 18.02.2016)

*“COBRANÇA. Contrato de Compra e Venda de Cana-de-açúcar. Inexistência de cerceamento de defesa, pois a prova pericial não tem o condão de se sobrepor a prova documental trazida aos autos. **Alegação de crise econômica que afetou a atividade empresarial do setor Sucroalcooleiro - Circunstância que não a elide a obrigação assumida, e não configura força maior ou caso fortuito, pois faz parte da atividade empresarial.** Inaplicabilidade da pena prevista no artigo 940 do Código Civil, pois ausente má-fé por parte do credor. Verba honorária bem distribuída, pois ocorreu a sucumbência recíproca entre as partes. Sentença mantida. Recurso não provido.” (TJSP, Apelação nº 1000227-66.2015.8.26.0383, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. em 28.02.2018)*

“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 1. Questão do conhecimento do recurso especial resolvida em agravo regimental, julgado na Segunda Turma, que, acolhendo o voto do Relator, conheceu do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional, determinando fosse o caso incluído novamente em pauta para a análise do mérito recursal, tendo em vista da observância do princípio do devido processo legal e da ampla defesa. 2. Se o acórdão chegou à conclusão diversa da pretendida pelas partes, e de forma fundamentada, nem por isso existe violação do art. 535 do CPC. 3. Art. 18 do CPC. Litigância de má-fé. As razões recursais acabam por confundir a multa por litigância de má-fé (art. 18, caput, CPC) com a indenização em casos de prejuízos decorrentes da litigância de má-fé (art. 18, § 2º, CPC). Mesmo tomando-se por base que os recorrentes apontaram corretamente a violação do art. 18, § 2º do CPC, impossível chegar à conclusão diversa da que o Tribunal local chegou, sem reanalisar os pressupostos fático-

probatórios dos autos, pois a instância ordinária é soberana na análise da prova e afirmou não existir o dano alegado para eventual indenização por litigância de má-fé. 4. Teoria da Imprevisão. Alegada violação dos arts. 478, 479 e 480 do novo Código Civil. De início, cumpre asseverar ser irrelevante o fato de que o contrato foi firmado antes da vigência do novo Código Civil para a análise da Teoria da Imprevisão. Questões principiológicas de que se valiam os intérpretes do próprio Código Beviláqua. 5. Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ. 6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente. Recurso especial conhecido em parte e improvido.” (STJ, Recurso Especial nº 744.446/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 17.04.2008).

“A primeira é que a teoria da imprevisão não pode ser invocada genericamente por qualquer dos contratantes para justificar o desequilíbrio do contrato recorrendo a argumentações imprecisas e vagas como “crise econômica” ou “desvalorização excessiva do Real”. A comprovação efetiva do fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis e de sua incidência direta no contrato como elemento causador da onerosidade excessiva é determinante para qualquer processo de reequilíbrio. Cabe àquele que pleiteia o reequilíbrio do contrato demonstrar quais custos ou receitas foram impactados pela ocorrência de fatos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis e que provocaram desequilíbrio desproporcional em relação àquilo que foi inicialmente pactuado.” (GARCIA, Flavio Amaral. Concessões, parcerias e regulação. São Paulo: Malheiros, 2019, p.196).

293. Por diferentes caminhos, chega-se, portanto, à mesma conclusão: não foi demonstrada nos autos a presença dos requisitos necessários para o reequilíbrio contratual, sendo certo que o Contrato atribui expressamente à Concessionária o risco que teria derivado da crise econômica: o da não obtenção do financiamento.

VII.8. FATO DA ADMINISTRAÇÃO

294. A REQUERENTE alega que, além da crise econômica, a UNIÃO teria praticado atos voltados a impedir a obtenção do financiamento necessário ao cumprimento das suas obrigações. Na visão do Tribunal Arbitral, também não há evidências nos autos de que a UNIÃO FEDERAL teria agido de forma a impedir a concessão do empréstimo-ponte, alterando a política pública de investimento no setor de infraestrutura.

295. Destaque-se, inicialmente, que, para o Poder Público, é, em regra, muito mais custoso extinguir um contrato de concessão, por caducidade, com a retomada do bem público. Como visto, essa providência depende de prévio processo administrativo, longo e dispendioso para o Poder Concedente, que, ao fim e ao cabo, terá que arcar com todos os custos ao menos de manutenção da rodovia até conseguir fazer uma nova licitação.

296. Além disso, a caducidade é uma medida gravíssima reservada aos casos extremos, de severo inadimplemento e ausência de capacidade técnica e financeira do concessionário de seguir com o contrato.

297. Dito isso, não parece fazer sentido que, depois de assinado o Contrato e formada a relação contratual, a UNIÃO FEDERAL e a ANTT tivessem decidido agir contra a própria continuidade da concessão, impedindo a obtenção do empréstimo-ponte pela REQUERENTE.

298. O parecer da Advocacia Geral da União (doc. A-11), de 15.12.2014, serve como mais uma evidência de que a REQUERIDA 2 não atuou para atrapalhar a concessão do empréstimo não só em favor da REQUERENTE, mas também em favor de outras sociedades empresárias eventualmente envolvidas em investigações de crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro naquele momento.

299. Tal parecer foi emitido a partir de consulta motivada pelo ofício SUP/AJ-03/2014-BNDES, datado de 08.12.2014, que partiu da área jurídica do BNDES, e tinha por objeto analisar “a viabilidade jurídica da manutenção das operações realizadas pelo Sistema BNDES com empresas e respectivos dirigentes que estejam sob investigação para apuração de supostos delitos de lavagem de dinheiro e evasão de divisas”.

300. Vale notar que o referido ofício se reporta às investigações da Polícia Federal envolvendo executivos da Petrobras e de sociedades privadas, fazendo questionamento a respeito do impacto jurídico das investigações e das sanções delas decorrentes nas operações de crédito em andamento no BNDES.

301. Trata-se, pois, de consulta com viés jurídico, e não econômico.

302. E, nesse contexto, a UNIÃO FEDERAL não se manifestou de modo contrário à concessão do benefício. Seu posicionamento foi claro no sentido de concluir *“que a instauração de procedimento sob a Lei n. 12.486/13, não impede, necessariamente, a concessão de créditos por instituições financeiras (públicas ou privadas), contudo, em conformidade com sua política de gerenciamento de riscos, poderá considerar necessário reclassificar o risco de crédito do devedor ou da operação, constituindo as necessárias provisões, ou, ainda, no limite, cancelando as operações em curso e aquelas em vias de formalização do contrato”* (item 43 do parecer).

303. Assim, a AGU entendeu que, em tese, naquele momento o BNDES poderia conceder financiamento a empresas investigadas porque *“o mero fato de fornecer crédito a empresas sob investigação, quando observada a regulação prudencial em vigor, não caracteriza infração às normas de regência do Sistema Financeiro Nacional, nem indício de gestão temerária”*.

304. Registrou, contudo, a AGU que, na prática, a concessão ou não do benefício dependeria *“do resultado de nova análise de risco de crédito e da nova análise cadastral a ser realizada pela área técnica do banco, com base em seus standards de atuação, seus normativos internos e nos dispositivos legais de regência da matéria”* (item 65 do parecer).

305. Em outras palavras, o parecer da AGU concluiu que o fato de a REQUERENTE e alguns de seus executivos estarem naquele momento sofrendo investigação criminal no âmbito da operação Lava-Jato não desencadeava, por si só, um obstáculo jurídico para a concessão do financiamento, mas que caberia exclusivamente ao BNDES, por meio de

sua área técnica, avaliar os riscos econômicos da operação para conceder ou cancelar a operação.

306. Verifica-se, assim, mais uma vez, a falta de prova nos autos de qualquer ingerência negativa da UNIÃO FEDERAL que pudesse ter resultado na não concessão do empréstimo-ponte pelo BNDES à REQUERENTE.

307. Ao contrário, o documento A-11 demonstra que, juridicamente, a UNIÃO FEDERAL não enxergava existir motivos que pudessem justificar algum entrave ou cancelamento das operações naquele momento, mas relegava a análise do risco financeiro do negócio ao BNDES.

308. No que se refere à modelagem criada pelo Governo Federal para a 3ª Etapa do PROCROFE, ela pode aparentar ter sido, em tese, arrojada, mas o fato é que a REQUERENTE pertence a um grupo econômico com *expertise* em negócios de vulto, muitos deles firmados inclusive com o Poder Público. Nessa condição assumiu de forma deliberada e consciente todos os riscos da operação quando assinou o Contrato, que, repita-se, atribuía à Concessionária o risco pela não obtenção de financiamento e, também, por atrasos em eventuais desembolsos.

309. Repita-se, por relevante, que a notícia que se tem é que no decorrer dos anos de 2014, 2015 e 2016, isto é, no âmbito do mesmo contexto político e econômico da negativa do financiamento à REQUERENTE, o BNDES concedeu o empréstimo-ponte a todas as demais Concessionárias participantes da 3ª Etapa do PROCROFE, e o empréstimo de longo prazo a duas delas.

310. A própria REQUERENTE corroborou tal fato ao trazer aos autos o doc. A-81 (tabela de empréstimos-ponte). Além disso, em suas Alegações Finais Parciais, a REQUERENTE afirma expressamente: *“Tanto é que outras concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE, cujos grupos econômicos estavam mais profundamente envolvidos na Lava-Jato, obtiveram financiamento mesmo depois da prisão de seus integrantes”* (item 145, p. 84).

311. Portanto, conclui-se que a decisão gerencial do BNDES não é fruto de uma suposta mudança da política pública promovida pela REQUERIDA 2, de modo que não é

cabível imputar a ela a responsabilidade pelo insucesso do financiamento buscado pela REQUERENTE, sendo certo, ademais, que, conforme também já ressaltado, a UNIÃO e o BNDES têm personalidades jurídicas distintas.

312. Não resta, assim, caracterizado Fato da Administração, como alega a Requerente.

313. A subcláusula 21.2.21 do Contrato, de fato, estabeleceu que a CONCESSIONÁRIA não seria responsável por “*fato do príncipe ou fato da administração que provoque impacto econômico-financeiro no Contrato*”, hipóteses que lhe dariam, em tese, o direito de requerer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato nos termos da subcláusula 22.1.2.

314. O Fato da Administração compreende o comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico, dando ao contratado o direito a sua recomposição. Nesse sentido, as seguintes lições doutrinárias:

“Álea Administrativa do Fato da Administração: É ação ou omissão ilegítima da Administração contratante, que atinge concreta e diretamente o contrato, não sendo uma medida estatal geral que o afete reflexamente (ao contrário do Fato do Príncipe, que veremos em seguida). Consiste em um inadimplemento por parte da Administração contratante, que pode levar à responsabilização da Administração instrumentalizada pelo reequilíbrio do contrato ou à rescisão do contrato (ex.: não entrega ou não desapropria o local da obra).

O Fato da Administração libera o contratado de qualquer responsabilidade pelo atraso ou inexecução do ajuste, podendo levar, como já mencionado a depender da sua gravidade, tanto ao reequilíbrio econômico-financeiro como à rescisão contratual (art. 78, XIV a XVI), e como, ao contrário das demais áleas, além de causa de desequilíbrio contratual, também constitui inadimplemento das obrigações da Administração, impõe-se, caso chegue a ser de impacto suficiente para levar à rescisão, o pagamento da indenização prevista no art. 79, § 2º.”

(ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.680-1)

“Para a abordagem tradicional da mutabilidade dos contratos administrativos, o fato da Administração integra as categorias

que ensejam responsabilidade ao contratante público, podendo gerar a necessidade de reequilibrar o contrato. Por compor um sistema, ao lado de outras categorias (alteração unilateral do contrato, fato do príncipe, fatos imprevistos, força maior e caso fortuito), o fato da Administração precisa de um conceito operativo e coerente para a solidez do sistema de tutela do contratante particular, em contrapartida da mutabilidade contratual. Para a abordagem dinâmica do equilíbrio econômico-financeiro, o fato da Administração perde relevância como categoria, uma vez que os riscos serão individualmente alocados, a depender das especificidades do caso concreto. Sem prejuízo, mantém sua importância em duas frentes. A primeira é interpretativa. As matrizes de riscos dos contratos poderão lançar mão de categorias tradicionais para alocar a responsabilidade das partes. Esse fato foi observado nas concessões federais de rodovias. No decorrer dos Editais da 3ª Etapa de Concessões das Rodovias Federais (entre 2011 e 2014), a matriz desenhada para os contratos foi sofrendo pequenas alterações, principalmente para maior detalhamento. Em certo momento, nota-se que se alocou fato do príncipe e fato da Administração como riscos do concedente. Utilizaram-se as expressões tradicionais da teoria do contrato administrativo sem qualquer explicação ou delimitação. Em outros termos, a matriz de risco do contrato fez referência às categorias tradicionais dos contratos administrativos. Ora, se não se sabe ao certo o seu conceito – ou havendo tantos e incompatíveis entre si – a alocação do risco se torna ineficiente, passível de discussões quanto à hipótese abarcada. Ainda que se tenha estabelecido o responsável por suportar os efeitos decorrentes de um evento, a discussão recairá sobre a sua interpretação. Não fosse isso, os critérios tradicionais da teoria do contrato administrativo ainda são ferramentas usadas pelos tribunais e órgãos de controle, o que dificulta superar a teoria sem prestar homenagem aos seus conceitos. A segunda refere-se aos casos omissos. Principalmente nos contratos de longo prazo, que “são essencialmente incompletos” (MOREIRA, 2014, p. 511), algumas hipóteses desestabilizadoras do contrato não estarão previstas na matriz de riscos. Nesses casos, recorrer-se-á à regra do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993, por tratar-se de álea extracontratual, e, conseqüentemente, à divisão tradicional de áleas do contrato administrativo. Essa frente é ainda mais importante aos contratos de menor complexidade, cuja matriz de riscos não tenha sido objeto de muito estudo e detalhamento.” (GASIOLA, Gustavo Gil. Fato da Administração: uma revisão bibliográfica. In: Revista Digital de Direito Administrativo, v. 4, 2017, p. 62-64)

315. Todavia, não só os inadimplementos contratuais clássicos, como também aqueles derivados dos deveres impostos pela boa-fé objetiva estão inseridos no conceito de Fato da Administração, *verbis*:

“Tanto a teoria da base do negócio jurídico quanto a das modificações construtivas possibilitam o reconhecimento da ilicitude da violação da boa-fé pela Administração, com o consequente direito do particular ao reequilíbrio do contrato. O entendimento que norteia essas conclusões é o de que o descumprimento dos deveres derivados da boa-fé encontra-se, tanto quanto o inadimplemento clássico, na esfera da ilicitude contratual. Os dois atos são igualmente antijurídicos, merecendo reprimenda do Direito; o que varia de um para outro são as consequências da ilicitude, já que a violação positiva do contrato, como se disse anteriormente, não tem seus efeitos expressamente definidos pela lei. Não obstante isso, diante da compreensão de que o contrato deve ter sua finalidade socioeconômica preservada ao máximo (evitando-se sua resolução), é possível aplicar a revisão prevista no art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 para sanar o eventual desequilíbrio causado pela infração à boa-fé objetiva. Essa medida depende, é certo, da utilidade fática de sua implementação. Se a violação positiva perpetrada pela Administração inviabilizar totalmente o prosseguimento da relação contratual, a melhor saída pode ser a extinção do negócio, cabendo ao particular o direito de indenização por perdas e danos. Se, por outro lado, o fato da Administração não se revestir da seriedade necessária para alterar a base econômica do contrato, sendo de irrelevante monta, também não se justifica o manejo da revisão. O que não se pode, todavia, é manter o particular vinculado à literalidade de um contrato cujo equilíbrio econômico-financeiro foi negativamente afetado pela atuação administrativa, por meio da violação da boa-fé objetiva, sem que se permita qualquer alteração em seu conteúdo. O contratado, em tais casos, deverá ter verdadeira pretensão subjetiva à modificação dos termos negociais (a Anspruch auf Vertragsanpassung do Direito alemão), exigível judicialmente em caso de resistência do ente público (Westermann; Bydlinski; Weber, 2010, p. 230).” (CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda; MOTTA, Thiago de Lucena. O fato da Administração e a revisão dos contratos administrativos a partir da violação da boa-fé objetiva. In: Revista Direito Público, v. 15, 2019, p. 50-52)

316. Tomando por base esses conceitos, no entendimento da REQUERENTE, o Fato da Administração estaria no caso concreto fundado em dois pilares:

- (a) na alteração da política pública de financiamento de projetos de infraestrutura, violando os deveres de boa-fé objetiva e de proteção da confiança legítima da CONCESSIONÁRIA; e

- (b) na violação do dever de colaboração para encontrar uma solução para a manutenção do Contrato e continuidade da concessão.

317. Em relação ao primeiro argumento, a alegação da REQUERENTE é de que, durante toda a fase preparatória da licitação, as REQUERIDAS geraram uma legítima expectativa de que seria concedido o financiamento nas condições e prazos da Carta de Apoio, mas, após a assinatura do Contrato, passaram a atuar decisiva e diretamente contra sua concessão em razão da mudança da política pública de investimentos federais no setor de infraestrutura rodoviária.

318. Como já afirmado, o Tribunal Arbitral não enxergou nos autos prova de que as REQUERIDAS teriam violado a boa-fé objetiva, pois a própria Carta de Apoio dos Bancos Públicos ressaltava a possibilidade de não concessão do financiamento e o Contrato – assinado em momento posterior à referida Carta de Apoio – expressamente atribuía à Concessionária o risco de não obtenção daquele financiamento.

319. Se expectativa houve, não foi legítima, na medida em que não poderia ser extraída do teor da Carta de Apoio dos Bancos Públicos, que expressamente dispunha em contrário, atestando não se tratar de uma promessa incondicionada, nem um “cheque em branco” em favor dos Concessionários. Se a REQUERENTE utilizou apenas as premissas nela insertas para a formulação da sua proposta e para a análise de viabilidade do projeto, o fez de forma deliberada, por sua própria conta e risco, conforme também já se destacou.

320. Ademais, o Tribunal Arbitral também não identificou a prática de qualquer ato das REQUERIDAS que pudesse ter influenciado na negativa do financiamento à REQUERENTE.

321. No que se refere ao argumento de violação do dever de cooperação, o Tribunal Arbitral também entende não assistir razão à REQUERENTE.

322. Primeiro, porque o dever de cooperação não impõe a renúncia a direitos expressamente assegurados no contrato e na legislação. O Contrato, como já repetido à exaustão, atribuía expressamente à Concessionária o risco de não obtenção do financiamento, de modo que não se pode atribuir à contraparte o dever de assumir ou

contornar, em qualquer medida, a assunção de risco expressamente pactuada, no legítimo exercício da autonomia dos contratantes.

323. Além disso, os documentos que foram trazidos ao procedimento evidenciam que a REQUERENTE passou a inadimplir o Contrato praticamente desde o seu marco zero (docs. R2-04 a R2-08), circunstância que inviabilizou qualquer solução por parte das REQUERIDAS visando à manutenção da concessão, eis que a CONCESSIONÁRIA, logo nos primeiros meses de Contrato, já demonstrou não dispor de recursos financeiros suficientes para os necessários investimentos.

324. Nesse ponto, assiste razão às REQUERIDAS quando afirmam que a Administração Pública não possui o mesmo nível de liberdade das contratações privadas.

325. Com efeito, a Administração Pública é obrigada a observar os princípios da legalidade e da impessoalidade (art. 37 da CF/88) e o princípio da vinculação do ato convocatório (art. 3º da Lei 8.666/93). Além da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995) e da Lei de criação da ANTT (Lei 10.233/2001), a Administração Pública está vinculada às disposições das Resoluções 675/2004 (doc. R2-22), 1.187/2005 (R2-103), 3.561/2011 (R2-21) e 3.850/2019, editadas pela ANTT, que tratam de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de rodovias federais.

326. Todas as Resoluções ANTT destacadas acima tratam de reequilíbrio contratual, o que não se aplica ao caso concreto, ainda mais quando se leva em consideração que os pedidos de revisão feitos pela REQUERENTE são anteriores à cobrança de pedágio, que sequer foi iniciada.

327. Igualmente não encontrava respaldo legal, nem contratual, a adoção do Plano de Segurança Rodoviária (“PSR”) proposto pela REQUERENTE em substituição ao PER. Este plano alterava substancialmente todos os prazos e obrigações constantes do Contrato. Esse plano foi rejeitado pela REQUERIDA 1 (docs. A-23 e A-36), que, na sua legítima avaliação, entendeu que tal plano não preenchia os requisitos necessários de atendimento ao interesse público. Não se vislumbra violação à boa-fé objetiva nessa conduta.

328. É preciso considerar, por sua extrema relevância, que no caso concreto não havia sequer justificativa para se proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, com a reprogramação de prazos e alterações de obrigações em favor da REQUERENTE, porque, como já visto acima, não houve a materialização de qualquer risco atribuível ao Poder Concedente que gerasse impacto direto no Contrato.

329. Por fim, cabe dizer que as Medidas Provisórias 752/2016 e 800/2017 também não servem como prova da alegada falta de cooperação das REQUERIDAS em cumprir o seu dever de renegociar o Contrato em questão.

330. Primeiro, porque a MP 752/2016, convertida na Lei 13.448/2017, trata dos institutos da relicitação e da prorrogação de contratos administrativos, dos quais, ao que se tem notícia, a REQUERENTE jamais manifestou formalmente a intenção de se valer. Além disso, a adequação do Contrato de Concessão para os fins da Lei 13.448/2017 dependeria de estudos técnicos e avaliação discricionária a respeito da vantajosidade para a Administração Pública, conforme se extrai dos arts. 2º, 8 e 14, § 1º do diploma legal:

“Art. 2º A prorrogação e a relicitação de que trata esta Lei aplicam-se apenas a empreendimento público prévia e especificamente qualificado para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI).”

“Art. 8º Caberá ao órgão ou à entidade competente, após a qualificação referida no art. 2º desta Lei, realizar estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.”

“Art. 14. (...) § 1º Caberá ao órgão ou à entidade competente, em qualquer caso, avaliar a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação do objeto do contrato de parceria, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos.”

331. E, segundo, porque a MP 800/2017, além de ter caducado, é posterior ao próprio Decreto Presidencial que declarou a caducidade da concessão da BR-153, uma vez que a MP é datada de 18.09.2017, sendo o referido Decreto de 15.08.2017.

VII.9. A INDENIZAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS

332. Como já visto, a declaração de caducidade do Contrato foi precedida da verificação dos inadimplementos contratuais da Concessionária em processo administrativo instaurado pela REQUERIDA 1 na forma da Lei e do Contrato. Nesse procedimento, a REQUERENTE exerceu amplamente o seu direito de defesa e contraditório. Ao final, foi acolhido o relatório final da comissão processante da ANTT (doc. R2-08), com a consequente declaração de caducidade da concessão.

333. A caducidade do Contrato foi motivada pelas inexecuções das obrigações por parte da REQUERENTE nos termos da subcláusula 32.1 e verificadas desde o início da concessão. Essas inexecuções, por sua vez, foram causadas pela incapacidade econômica, técnica e operacional da CONCESSIONÁRIA após lhe ter sido negado o empréstimo-ponte pelo BNDES.

334. Também já restou decidido que o empréstimo-ponte, por não ter caráter obrigatório e vinculativo ao Contrato, foi negado por razões que não podem ser imputadas às REQUERIDAS. Além disso, o risco do financiamento estava alocado na matriz de risco da REQUERENTE, que dele estava ciente e a ele plenamente aderiu quando decidiu, à luz das regras do Edital de Licitação e do Contrato, participar da concorrência.

335. Desse modo, no entendimento do Tribunal Arbitral evidenciou-se que a parte que deu causa à declaração de caducidade do Contrato foi a REQUERENTE, que deve, pois, suportar os ônus dela decorrentes, uma vez que da extinção desse vínculo decorrem consequências relevantes.

336. De fato, as consequências vão desde a retomada do bem público concedido, com a reversão para a UNIÃO de todos os bens reversíveis, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, até à cessação de todos os direitos emergentes do Contrato

para a CONCESSIONÁRIA, além do pagamento de indenizações de parte a parte, conforme o caso concreto.

337. No que se refere ao pagamento de indenização, o § 4º do art. 38 da Lei 8.987/95 estabelece que, “[i]nstituído o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, **independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.**” (grifou-se)

338. E o § 5º da mesma lei complementa que “[a] indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.”

339. Nesse contexto, mesmo tendo dado causa à extinção do Contrato por caducidade, à REQUERENTE assiste o direito de ser indenizada na forma do 36 da Lei 8.987/95 e da subcláusula 32.7 do Contrato. Esta indenização **restringe-se aos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados.**

340. Dispõe o citado art. 36, *verbis*:

“Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.”

341. O Contrato também tratou dessa questão na subcláusula 32.7, que cuida justamente da indenização na hipótese de extinção da concessão por caducidade. Com efeito, a subcláusula 32.7.1 tem a seguinte redação:

“32.7.1 A indenização devida à Concessionária em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos investimentos vinculados a **Bens Reversíveis ainda não amortizados.”** (grifo no original)

342. Portanto, a fase seguinte desta arbitragem servirá para que, entre outros, seja estabelecido (i) quais bens devem ser considerados reversíveis para os fins do Contrato, de modo que (ii) se possa apurar quais investimentos deverão ser objeto de indenização.

343. Todavia, do montante da indenização a ser pago à CONCESSIONÁRIA devem ser abatidas as multas administrativas aplicadas pela REQUERIDA 1, ANTT, no curso da execução do Contrato, bem como os valores dos prejuízos comprovadamente causados à REQUERIDA 2, UNIÃO FEDERAL, uma vez que:

“(...) Da indenização devida pelo concedente, relativa aos bens do concessionário, serão descontados as multas e os danos por ele causados.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 238-239).

344. O Contrato de Concessão da BR-153 é claro e estabelece a possibilidade de desconto dessas verbas do valor da indenização devida à REQUERENTE, nos seguintes termos:

“32.7.2 Do montante previsto na subcláusula anterior [subcláusula 32.7.1] serão descontados:

- (i) os prejuízos causados pela Concessionária à União e à sociedade;***
- (ii) as multas contratuais aplicadas à Concessionária que não tenham sido pagas até a data do pagamento do montante previsto na subcláusula 32.7.1 acima; e***
- (iii) quaisquer valores recebidos pela Concessionária a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a declaração de caducidade.”***

345. Assim, forte na Lei e no Contrato, o Tribunal Arbitral entende que à REQUERENTE assiste o direito de receber indenização pelo valor correspondente aos bens reversíveis ainda não amortizados. O ônus de demonstrar a existência desses investimentos e o seu valor pertence à REQUERENTE.

346. Do montante de eventual indenização a ser pago à REQUERENTE deverão ser abatidos os valores das multas administrativas e das verbas de fiscalização não quitadas, bem como os prejuízos comprovadamente sofridos pela UNIÃO a partir da extinção da concessão por caducidade.

347. Nesse ponto, cabe registrar que a REQUERIDA 2 formulou pedidos contrapostos em face da REQUERENTE, nos quais pretende:

- (i) que o Tribunal Arbitral reconheça “a prática de infrações contratuais pela concessionária, de modo a serem devidas as multas aplicadas pela ANTT, as quais, por expressa previsão legal, podem ser diretamente descontadas de eventual indenização devida à concessionária;
- (ii) o ressarcimento “pelos prejuízos que lhe causou em razão do seu inadimplemento contratual, no valor de R\$ 96.199.028,17 (noventa e seis milhões, cento e noventa e nove mil, vinte e oito reais e dezessete centavos)”, em valores históricos de janeiro de 2019, atualizados pelo IPCA-E até a data do efetivo pagamento; e
- (iii) “sejam descontados os valores não pagos pela Requerente à ANTT a título de verba de fiscalização”.

348. A REQUERIDA 1, por seu turno, em sua Resposta às Alegações Iniciais afirma que “a ex-Concessionária deve ressarcir a União pelas multas transitadas em julgado e verbas de fiscalização não pagas, igualmente pelos danos causados ao sistema rodoviário. Isto ficou bem evidenciado pela Comissão Processante no Relatório Final” (item 47, p. 15).

349. A partir do exame das manifestações apresentadas nos autos, o Tribunal Arbitral verificou que as Partes não controvertem a respeito dos valores objeto das multas administrativas e das verbas de fiscalização, cingindo a lide unicamente à existência ou não de inadimplemento da REQUERENTE que justificasse a cobrança de tais montantes, à luz da frustração do financiamento que seria concedido pelo BNDES.

350. Considerando que, neste ato, o Tribunal Arbitral julgou que a frustração do referido financiamento não é causa apta a afastar o inadimplemento – e que, por conseguinte, o incumprimento se configurou na hipótese –, por consequência, há de também reconhecer como devidos os valores cobrados pelas REQUERIDAS a título de multas administrativas e das verbas de fiscalização, os quais deverão ser apurados na liquidação que terá lugar na segunda fase desta arbitragem.

351. Do mesmo modo, ante à configuração da inexecução contratual por culpa da REQUERENTE, o Tribunal Arbitral também reconhece que a REQUERIDA 2 faz jus, em tese, ao ressarcimento por eventuais prejuízos suportados com extinção da concessão por caducidade. A identificação desses eventuais prejuízos e a quantificação do respectivo montante, no entanto, deverão igualmente ser remetidas para a segunda fase da presente arbitragem, momento próprio para a apuração das quantias devidas de parte a parte.

352. Assim, sintetizando-se o acima decidido, (i) a comprovação dos investimentos em bens reversíveis não amortizados realizados pela REQUERENTE e a eventual liquidação desses valores; (ii) a verificação dos valores das multas administrativas aplicadas pela REQUERIDA 1 e ainda não quitadas pela REQUERENTE; (iii) os valores não pagos pela REQUERENTE a título de verba de fiscalização; e (iv) a comprovação e a liquidação das perdas e danos que a REQUERIDA 2 sustenta ter sofrido, serão objeto da segunda etapa do procedimento arbitral, a qual terá início após o decurso do prazo de esclarecimentos referentes a esta sentença parcial.

VIII - DISPOSITIVO

353. Diante do exposto, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, decide:

- (i) acolher os pedidos formulados pela REQUERENTE no item 222, “vi”, de suas Alegações Iniciais, e pela REQUERIDA 2 no item 355, “vi”, de sua Reconvensão, para reconhecer a arbitralidade objetiva dos pedidos formulados;
- (ii) julgar improcedente o pedido formulado pela REQUERENTE no item 222, “viii”, de suas Alegações Iniciais e procedente o pedido formulado pela REQUERIDA 2 no item 355, “i”, de sua Reconvensão, para declarar a validade do ato de declaração de caducidade do Contrato de Concessão e reconhecer a responsabilidade exclusiva da Concessionária pela inexecução do objeto contratual;

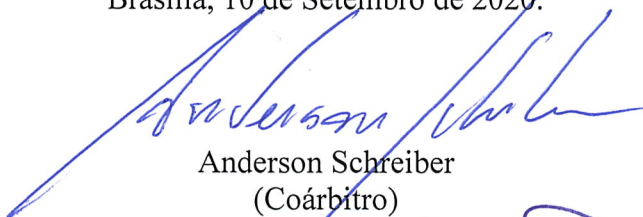
- (iii) julgar prejudicados os pedidos deduzidos pela REQUERIDA 2 no item 355, “iv” e “v”, de sua Reconvensão, tendo em vista o acolhimento do pedido principal formulado no item 355, “i”, da mesma manifestação;
- (iv) julgar parcialmente procedente o pedido deduzido no item 222, “vii”, das Alegações Iniciais da REQUERENTE, para condenar as REQUERIDAS ao pagamento de indenização à Concessionária pelos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, em valor a ser liquidado na segunda fase do presente procedimento arbitral;
- (v) julgar procedentes os pedidos formulados pela REQUERIDA 2 nos itens “ii” e “viii”, do parágrafo 355 de sua Reconvensão e parcialmente procedente o pedido formulado no item “vii” do mesmo parágrafo da manifestação, para condenar a REQUERENTE ao pagamento (a) das multas administrativas aplicadas pela REQUERIDA 1, ainda não quitadas, (b) dos valores não pagos a título de verba de fiscalização e (c) das perdas e danos comprovadamente sofridas pela REQUERIDA 2 com extinção da concessão por caducidade, tudo a ser liquidado na segunda fase do presente procedimento arbitral;
- (vi) esclarecer que a metodologia a ser adotada para a apuração da indenização devida à REQUERENTE pelos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados e para o cálculo das multas, verbas de fiscalização e perdas e danos devidas às REQUERIDAS será definida na segunda fase do procedimento arbitral, momento em que será apreciado o pedido formulado pela REQUERIDA 2 no item “iii” do parágrafo 355 de sua Reconvensão;
- (vii) estabelecer, desde já, que os valores apurados por força do acolhimento dos pedidos discriminados nos itens “ii”, “vii” e “viii” do parágrafo 355 da Reconvensão apresentada pela REQUERIDA 2 poderão ser compensados com eventual indenização a ser quantificada em favor da REQUERENTE na segunda fase desta arbitragem, na forma do item “iii” do parágrafo 335 desta Sentença Arbitral Parcial;
- (viii) julgar improcedentes os pedidos formulados pela REQUERENTE nos itens “ix” e “x” do parágrafo 222 de suas Alegações Iniciais, para deixar de declarar (a) a inexistência de infrações contratuais incorridas pela

Concessionária e (b) a inexigibilidade das multas administrativas aplicadas pela REQUERIDA 1;

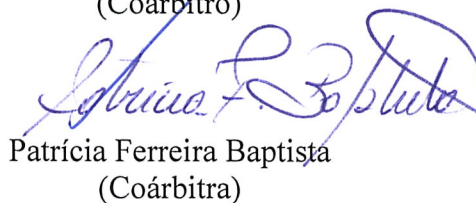
354. Considerando que os valores objeto da condenação imposta ainda serão objeto de liquidação, o Tribunal Arbitral também resolve relegar a definição do reembolso de custos e despesas incorridos pelas partes no curso deste procedimento arbitral, bem assim eventual condenação em honorários de sucumbência, para a Sentença Arbitral posterior.

355. Por fim, o Tribunal Arbitral consigna que todas as questões não decididas nessa Sentença Parcial, inclusive com relação aos custos da arbitragem, serão tratadas igualmente na Sentença Arbitral posterior.

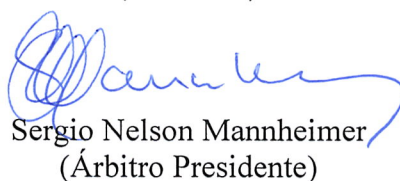
Brasília, 10 de Setembro de 2020.



Anderson Schreiber
(Coárbitro)



Patrícia Ferreira Baptista
(Coárbitra)



Sergio Nelson Mannheimer
(Árbitro Presidente)