

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA
CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

Procedimento de Árbitro de Emergência CCI nº 23238/GSS (AE)

ORDEM DO ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS MINAS GERAIS GOIÁS S.A.

– SOLICITANTE –

V.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT

– PARTE REQUERIDA –

Árbitro de Emergência:

Giovanni Ettore Nanni

O Árbitro de Emergência, nomeado para decidir as controvérsias objeto do Procedimento de Árbitro de Emergência CCI nº 23238/GSS (AE), em curso perante a Corte Internacional de Arbitragem (“**Corte**”) da Câmara de Comércio Internacional (“**CCI**”), **DECIDE** proferir esta **ORDEM**, nos termos do artigo 29 (2) do Regulamento de Arbitragem da CCI, em vigor a partir de 1º de março de 2017 (“**Regulamento**”)¹, e do artigo 6 (1) de seu Apêndice V², aos quais se submete este procedimento, de acordo com a cláusula 37.1.3 do Contrato nº 001/2013, celebrado em 05 de dezembro de 2013 (“**Contrato**”)³.

Em linha com a natureza expedita e urgente do presente Procedimento de Árbitro de Emergência, esta **ORDEM** parte de uma análise sumária das questões que foram submetidas pelas PARTES, podendo ser revista pelo tribunal arbitral competente quando instituído, seja em sede de cognição igualmente sumária ou em sede de sentença arbitral, nos termos que autoriza o artigo 29 (3) do Regulamento⁴.

¹ “ARTIGO 29 - Árbitro de emergência

(...)

2. A decisão do árbitro de emergência tomará a forma de uma ordem. As partes se comprometem a cumprir qualquer ordem proferida pelo árbitro de emergência.”

² “ARTIGO 6º - Ordem

1. Segundo o artigo 29(2) do Regulamento, a decisão do árbitro de emergência deverá ter a forma de uma ordem (“Ordem”).”

³ “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.”

⁴ “ARTIGO 29 - Árbitro de emergência

(...)

3. A ordem do árbitro de emergência não vinculará o tribunal arbitral no que tange a qualquer questão, tema ou controvérsia determinada em tal ordem. O tribunal arbitral poderá alterar, revogar ou anular uma ordem ou qualquer modificação a uma ordem proferida pelo árbitro de emergência.”

SUMÁRIO

I - IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES E SEUS REPRESENTANTES.....	4
II - IDENTIFICAÇÃO DO ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA.....	4
III - CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	5
IV - SEDE DO PROCEDIMENTO, IDIOMA E DIREITO APLICÁVEL.....	6
V – HISTÓRICO DO PROCEDIMENTO	7
VI – PRAZO PARA PROLAÇÃO DA ORDEM E ENVIO ÀS PARTES.....	9
VII – ALEGAÇÕES E PEDIDOS FORMULADOS PELAS PARTES.....	10
VIII – DECISÃO DO ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA	22
A) PRELIMINARMENTE: ADMISSIBILIDADE DA SOLICITAÇÃO E COMPETÊNCIA DO ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA.....	22
A.1 ADMISSIBILIDADE DA SOLICITAÇÃO CONFORME O ARTIGO 29 (1) DO REGULAMENTO	22
A.2 CONFORMIDADE DA SOLICITAÇÃO COM O DISPOSTO NOS ARTIGOS 29 (5) E (6) DO REGULAMENTO.....	25
A.3 ARBITRABILIDADE DA MATÉRIA.....	33
B) PEDIDO LIMINAR: SUSPENSÃO DA APLICAÇÃO DO DESCONTO DE REEQUILÍBRIO.....	36
B.1 AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO (<i>FUMUS BONI IURIS</i>).....	37
B.2.1 <i>A análise sumária do Contrato sinaliza o direito da PARTE REQUERIDA à aplicação do Desconto de Reequilíbrio</i>	38
B.2.2 <i>Ausência de violação à boa-fé objetiva – interpretação contratual da 3ª Revisão Ordinária é consistente com a 2ª Revisão Ordinária</i>	45
B.2 AUSÊNCIA DE REAL URGÊNCIA (<i>PERICULUM IN MORA</i>)	48
C) CUSTOS DO PROCEDIMENTO	51
IX – DISPOSITIVO.....	52

I - IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES E SEUS REPRESENTANTES

1. Figura como SOLICITANTE nesse procedimento:
 - a) Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 19.208.022/0001-70, com sede na Rua José Rodrigues Queiroz Filho, nº 1.529, bairro Santa Mônica, CEP 38408-252, Uberlândia – MG, Brasil ("SOLICITANTE").
2. A SOLICITANTE é representada pelos advogados Floriano Azevedo Marques Neto, inscrito na OAB/SP sob o nº 112.208, Ane Elisa Perez, inscrita na OAB/SP sob o nº 138.128, Carolina Smirnovas Quattrocchi, inscrita na OAB/SP sob o nº 304.877, Deise da Silva Oliveira, inscrita na OAB/SP sob o nº 375.613, e Patrícia Tompeter Secher, inscrita na OAB/SP sob o nº 375.521, todos integrantes do escritório Manesco, Ramires, Peres, Azevedo Marques Sociedade de Advogados, com endereço na Avenida Paulista, nº 287, 7º andar, CEP 01311-000, São Paulo – SP, Brasil.
3. Figura como Parte Requerida na presente disputa:
 - b) Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, autarquia federal, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.898.488/0001-77, com sede no Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, trecho 03, lote 10, Projeto Orla Polo 8, CEP: 70200-003, Brasília – DF, Brasil ("PARTE REQUERIDA").
4. A PARTE REQUERIDA é representada pelos procuradores federais Milton Carvalho Gomes, Artur Watt Neto, Emanuel Gonçalves de Carvalho e Márcio Luís Galindo, com endereço no Setor de Clubes Esportivos Sul – SCES, trecho 03, lote 10, Projeto Orla Polo 8, CEP. 70200-003, Brasília – DF, Brasil.
5. SOLICITANTE e PARTE REQUERIDA são conjuntamente denominadas "PARTES".

II - IDENTIFICAÇÃO DO ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA

III - CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

7. O presente Procedimento de Árbitro de Emergência tem por base a cláusula compromissória inserida no Contrato, a seguir transcrita:

"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. 9º 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 - SEDE DO PROCEDIMENTO, IDIOMA E DIREITO APLICÁVEL

8. De acordo com o artigo 4 (1) do Apêndice V do Regulamento⁵, a sede do Procedimento de Árbitro de Emergência acompanhará a sede da arbitragem, caso essa tenha sido previamente eleita pelas PARTES.

9. Uma vez que as PARTES convencionaram na cláusula 37.1.4 do Contrato que a arbitragem será conduzida em Brasília – DF, Brasil, o presente Procedimento de Árbitro de Emergência tem sede em Brasília – DF, Brasil.

⁵ “ARTIGO 4º - Sede dos procedimentos do árbitro de emergência

1. Se as partes tiverem convencionado a sede da arbitragem, tal será a sede do procedimento do árbitro de emergência. Na ausência de tal acordo, o Presidente fixará o lugar do procedimento do árbitro de emergência, sem prejuízo à determinação da sede da arbitragem nos termos do artigo 18(1) do Regulamento.”

10. Nos termos da cláusula 37.1.4 acima transcrita, o idioma oficial desse procedimento é o português.

11. A presente controvérsia é solucionada de acordo com as Leis da República Federativa do Brasil e com as regras previstas no Regulamento, em conformidade com as cláusulas 37.1.5 e 37.1.3 do Contrato, respectivamente, sendo vedado o julgamento por equidade.

V – HISTÓRICO DO PROCEDIMENTO

12. Em 28 de março de 2018, a SOLICITANTE apresentou à Secretaria Solicitação para Nomeação de Árbitro de Emergência (“Solicitação”).

13. Com base nas informações contidas na Solicitação, o Presidente da Corte entendeu que as regras do Apêndice V do Regulamento seriam aplicáveis com fundamento nos artigos 29 (5) e 29 (6) do Regulamento e que esse procedimento poderia prosseguir.

14. Em 29 de março de 2018, o Presidente da Corte nomeou Giovanni Ettore Nanni como Árbitro de Emergência, com fundamento no artigo 2 (1) do Apêndice V do Regulamento⁶.

15. Ainda em 29 de março de 2018, as PARTES receberam cópia da declaração e do currículo apresentados pelo Árbitro de Emergência. A SOLICITANTE foi devidamente comunicada de que sua Solicitação sobre o árbitro de emergência foi considerada aplicável pelo Presidente, na forma do artigo 1 (5) do Apêndice 5 do Regulamento. Por consequência, à PARTE REQUERIDA e ao Árbitro de Emergência, foi disponibilizada cópia integral da Solicitação e seus respectivos anexos.

16. Encerrado o prazo ao qual faz referência o artigo 3 (1) do Apêndice V do Regulamento⁷, nenhuma das PARTES submeteu impugnação ao Árbitro de Emergência.

⁶ “ARTIGO 2° - Nomeação do árbitro de emergência; transmissão dos autos

1. O Presidente deverá nomear um árbitro de emergência dentro do menor prazo possível, normalmente em dois dias contados da recepção, pela Secretaria, da Solicitação.”

⁷ “ARTIGO 3° - Impugnação de um árbitro de emergência

17. Em 30 de março de 2018, o Árbitro de Emergência proferiu a Ordem Processual nº 1, em que designou conferência telefônica para o dia 02 de abril de 2018 às 15h00 para organização do procedimento, sobretudo a definição do seu cronograma.

18. A pedido do representante da PARTE REQUERIDA, em comunicação eletrônica datada de 30 de março de 2018, às 18h34min, e mediante a anuência da SOLICITANTE em correio eletrônico remetido em 31 de março de 2018, às 12h28min, o horário da conferência telefônica foi alterado para as 14h00 do dia 02 de abril de 2018.

19. Em 02 de abril de 2018, foi realizada conferência telefônica com a participação das PARTES⁸ e do Árbitro de Emergência. Na mesma data, o Árbitro de Emergência encaminhou às PARTES o cronograma do procedimento por meio da Ordem Processual nº 2.

20. Em 06 de abril de 2018, a PARTE REQUERIDA apresentou sua resposta à Solicitação (“Resposta”).

21. A SOLICITANTE submeteu sua réplica à Resposta (“Réplica”) em 07 de abril de 2018.

22. Em 09 de abril de 2018, a PARTE REQUERIDA formulou tréplica à Réplica (“Tréplica”).

23. Também em 09 de abril de 2018, o Árbitro de Emergência proferiu a Ordem Processual nº 3, em que determinou que as PARTES se manifestassem até o dia 10 de abril de 2018 acerca da 2ª Revisão Ordinária da Tarifa de Pedágio, apresentando, se o caso, a documentação pertinente.

24. Em 10 de abril de 2018, as PARTES se pronunciaram nos moldes determinados pela Ordem Processual nº 3 (“Manifestação da SOLICITANTE/PARTE REQUERIDA à Ordem Processual nº 3”).

1. A impugnação de um árbitro de emergência deverá ser feita dentro de três dias contados do recebimento, pela parte, da notificação da nomeação, ou da data em que tal parte foi informada dos fatos e circunstâncias sob as quais se baseia a impugnação, caso esta última data seja posterior ao recebimento da notificação.”

⁸ Participaram da conferência telefônica Ane Elisa Perez, Carolina Smirnovas Quattrocchi e Deise da Silva Oliveira, representando a SOLICITANTE, e Artur Watt Neto, na qualidade de representante da PARTE REQUERIDA.

25. Na data de 11 de abril de 2018, informou a SOLICITANTE que a PARTE REQUERIDA “fez publicar na edição de hoje do Diário Oficial da União (11/04/2018), as tarifas de pedágio que serão praticadas a partir da 00h do dia 12/04/2018”, já contemplando o fator de redução ora discutido.

VI – PRAZO PARA PROLAÇÃO DA ORDEM E ENVIO ÀS PARTES

26. Nos termos do artigo 6 (4) do Apêndice V do Regulamento⁹, a Ordem deve ser prolatada em até quinze dias contados do recebimento dos autos pelo Árbitro de Emergência, o que ocorreu em 29 de abril de 2018.

27. Nesses termos, o prazo para prolação da Ordem findaria em 16 de abril de 2018.

28. Em virtude do teor da Solicitação, o Árbitro de Emergência estipulou na Ordem Processual nº 1 que a Ordem seria prolatada até o dia 11 de abril de 2018.

29. Assim, a Ordem do Árbitro de Emergência é encaminhada às PARTES e à Secretaria da Corte em 11 de abril de 2018, por correio eletrônico com aviso de recebimento, conforme autoriza o artigo 6 (5) do Apêndice V¹⁰ e artigo 3 (2) do Regulamento¹¹. Sem

⁹ “ARTIGO 6º - Ordem

(...)

4. A Ordem deverá ser proferida em no máximo 15 dias contados da data em que os autos foram transmitidos ao árbitro de emergência nos termos do artigo 2º(3) do presente Apêndice. O Presidente poderá prorrogar esse prazo, atendendo a um pedido fundamentado do árbitro de emergência ou por sua própria iniciativa, se julgar necessário fazê-lo.”

¹⁰ “ARTIGO 6º - Ordem

(...)

5. Dentro do prazo estabelecido no artigo 6º(4) do presente Apêndice, o árbitro de emergência deverá enviar a Ordem às partes, enviando uma cópia à Secretaria, por meio de qualquer meio de comunicação permitido pelo artigo 3º(2) do Regulamento que, segundo o árbitro de emergência, assegure uma pronta recepção.”

¹¹ “ARTIGO 3º - Notificações ou comunicações por escrito; prazos

(...)

Todas as notificações ou comunicações da Secretaria e do tribunal arbitral deverão ser enviadas para o último endereço da parte destinatária ou do seu representante, conforme comunicado pela parte em questão ou pela outra parte. A notificação ou comunicação poderá ser entregue contra recibo, carta registrada, entrega expressa, transmissão por correio eletrônico ou qualquer outra forma de telecomunicação que produza um comprovante do seu envio.”

prejuízo, as vias físicas da Ordem, devidamente assinadas pelo Árbitro de Emergência, serão enviadas por correio ou portador no dia 12 de abril de 2018.

VII – ALEGAÇÕES E PEDIDOS FORMULADOS PELAS PARTES

30. A SOLICITANTE submeteu sua Solicitação à Corte buscando obter um provimento cautelar para obstar a aplicação do desconto de reequilíbrio na tarifa básica de pedágio cobrada pela SOLICITANTE no ano de 2018¹², que entrará em vigor no dia 12 de abril de 2018.

31. Narra a SOLICITANTE que é a concessionária responsável pela operação da Rodovia Federal BR-050/GO/MG, trecho entre o entroncamento com a Rodovia Federal BR-040, no Estado de Goiás, até a divisa de Minas Gerais com o Estado de São Paulo ("Rodovia BR-050"), pelo prazo de trinta anos, conforme Contrato celebrado com a PARTE REQUERIDA¹³.

32. Afirma que, de acordo com a sistemática contratual, o descumprimento das obrigações ou dos parâmetros de desempenho pela SOLICITANTE pode ensejar tanto a imposição de sanções de natureza pecuniária¹⁴, como a aplicação do denominado desconto de reequilíbrio¹⁵ pela PARTE REQUERIDA¹⁶.

33. De acordo com a SOLICITANTE, a aplicação do desconto de reequilíbrio, conforme entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União ("TCU"), está atrelada à apuração, pelo Poder Concedente, de atrasos ou inexecuções de serviços contratualmente exigidos pela SOLICITANTE¹⁷, conforme dispõe a cláusula 1.1 (xiii) do Contrato, que estabelece que a aplicação do desconto de reequilíbrio está condicionada ao *“não atendimento dos Parâmetros e à inexecução das obras e serviços da Frente de*

¹² O desconto de reequilíbrio está previsto na Cláusula 22.6 e Anexo 5 do Contrato.

¹³ P. 5 da Solicitação.

¹⁴ Vide cláusula 20 do Contrato.

¹⁵ Vide cláusula 22.6 e Anexo 5 do Contrato.

¹⁶ P. 5 da Solicitação.

¹⁷ P. 6 da Solicitação.

Ampliação de Manutenção de Nível de Serviços, tal como previsto no PER e no Anexo 5, mediante a aplicação do Fator D".

34. O PER - Programa de Exploração da Rodovia ("**PER**")¹⁸, é um dos anexos do Contrato, que segundo entendimento da SOLICITANTE, define os prazos para execução das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço ("**Frente de Ampliação**"). A Frente de Ampliação contemplaria a execução de obras de ampliação e duplicação do Sistema Rodoviário concedido, nos termos da Cláusula 1.1.1 (xxxiv) do Contrato¹⁹.

35. Sustenta a SOLICITANTE que a aferição de eventuais atrasos na conclusão das metas e parâmetros deve ser pautada no quanto estabelecido no PER que, em seu Item 3.2.1, prevê como marco inicial para cômputo dos prazos fixados para a Frente de Ampliação a disponibilização da Licença de Instalação, cuja responsabilidade de obtenção foi atribuída à PARTE REQUERIDA, conforme Cláusula 5.2 do Contrato²⁰.

36. A SOLICITANTE argumenta que tal se dá em razão da indispensabilidade da Licença de Instalação para que a SOLICITANTE pudesse realizar qualquer intervenção no local da concessão, como estabelece o Artigo 8º, inciso II, da Resolução CONAMA nº 232 de 19 de dezembro de 1997 ("**Resolução CONAMA nº 232/1997**")²¹.

37. À obrigação de obtenção da Licença de Instalação é atribuída a natureza de condição suspensiva legal e contratual para o desenvolvimento das suas atividades²², nos termos do que aduzido pela SOLICITANTE. Tal natureza jurídica seria reforçada pelo 1º Termo Aditivo e Modificativo do Contrato, pactuado em 16 de novembro de 2017 ("**TAM**")²³, no qual foram atribuídas datas para os marcos indicados no Item 3.2.1.1 do PER. Adotou-se como parâmetro inicial o dia 1º de julho de 2015, data da disponibilização

¹⁸ Doc. 5 da Solicitação.

¹⁹ Pp. 6/7 da Solicitação.

²⁰ Pp. 7/8 da Solicitação.

²¹ P. 8 da Solicitação.

²² P. 8 da Solicitação.

²³ Doc. 6 da Solicitação

da Licença de Instalação e da Autorização da Supressão Vegetal ("ASV") pela PARTE REQUERIDA²⁴.

38. Na visão da SOLICITANTE, o TAM apenas corrobora o cronograma validado em 29 de outubro de 2015 pela PARTE REQUERIDA, por meio do Ofício nº 1309/2015/GEINV/SUINF²⁵, que deixaria clara a fluência do termo inicial dos prazos desde a disponibilização da Licença de Instalação²⁶.

39. Apesar disso, aduz a SOLICITANTE que, por ocasião da 3ª Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio, que passará a ser praticada a partir de abril de 2018, a PARTE REQUERIDA pretende aplicar o desconto de reequilíbrio relativo à execução das obras de ampliação e duplicação da Rodovia BR-050, sob o argumento de que a SOLICITANTE não teria atingido as metas anuais de ampliação de capacidade.

40. A SOLICITANTE afirma que a razão para tanto é que a PARTE REQUERIDA passou a adotar como parâmetro de aferição do cumprimento dos prazos estabelecidos pelo PER a data da assunção da Rodovia BR-050 pela SOLICITANTE, em 08 de janeiro de 2014²⁷, e não a data de obtenção da Licença de Instalação, em 1º de julho de 2015, como teria feito a PARTE REQUERIDA em seus atos anteriores²⁸.

41. Sustenta a SOLICITANTE que para a aplicação do desconto de reequilíbrio deve-se ponderar o disposto na cláusula 22.6, que vincula a aplicação do Desconto de Reequilíbrio aos casos de atraso do cronograma contratual frente às metas estabelecidas pelo PER²⁹.

42. Nesse sentido, argumenta inexistir qualquer atraso da SOLICITANTE no cumprimento das metas previstas para a Frente de Ampliação que possa fundamentar a aplicação de Desconto de Reequilíbrio no âmbito da 3ª Revisão Ordinária, suscitando o

²⁴ Pp. 8/9 da Solicitação.

²⁵ Doc. 7 da Solicitação.

²⁶ P. 9 da Solicitação.

²⁷ Doc. 4 da Solicitação.

²⁸ Pp. 9/10 da Solicitação.

²⁹ P. 11 da Solicitação.

Item 2.4 do Anexo 5 do Contrato que regula a não aplicação do Fator D em caso de cumprimento dos prazos do PER³⁰.

43. Além disso, descreve a SOLICITANTE que na 1ª Revisão Ordinária a PARTE REQUERIDA chancelou a interpretação de que o prazo para eventual aplicação do Fator D apenas poderia ser contado a partir da emissão da Licença de Instalação. Tal interpretação, dada pela própria PARTE REQUERIDA, teria orientado a atuação da SOLICITANTE no curso das obras de duplicação, considerando que esse seria o critério para o emprego do Fator D³¹.

44. Alega a SOLICITANTE ser imperioso prevalecer a mesma interpretação anterior dada pela PARTE REQUERIDA, como forma de resguardar a segurança jurídica que deve orientar a atuação da Administração (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999) e a irretroatividade das interpretações administrativas em detrimento dos administrados, conforme a boa-fé e a justa expectativa gerada pelas interpretações aduzidas pela Administração³².

45. A SOLICITANTE justifica a urgência da medida em razão do impacto financeiro a ser causado pela aplicação do Desconto de Reequilíbrio a partir de 12 de abril de 2018, havendo iminente risco de comprometimento da prestação regular dos serviços pela SOLICITANTE com o decréscimo acentuado de sua receita, já que os próprios investimentos previstos no PER seriam custeados pela receita da tarifa de pedágio, refletindo diretamente no fluxo de caixa da concessão³³.

46. Ao final, pleiteou a SOLICITANTE que seu requerimento fosse *“recebido e processado nos termos do quanto previsto no artigo 29 e Apêndice V do Regulamento, a fim de ser concedida MEDIDA DE URGÊNCIA **para suspender imediatamente a aplicação do desconto de reequilíbrio na tarifa básica de pedágio a ser praticada a partir do dia 1.2/04/2018 nas praças do Trecho da Rodovia BR-050, operado pela Concessionária MGO, conforme***

³⁰ P. 11 da Solicitação.

³¹ P. 12 da Solicitação.

³² P. 13 da Solicitação.

³³ Pp. 15/16 da Solicitação.

*previsto no Ofício n. 043/2018/SUINF (Doc. 17) até que seja concluído o procedimento arbitral 23238/GSS*³⁴.

47. Em sede de Resposta, a PARTE REQUERIDA impugna o Procedimento de Árbitro de Emergência com fundamento na cláusula 37.1.8 do Contrato. Entende que o Poder Judiciário é o único competente para concessão de medidas de urgência, também em razão de a cláusula compromissória prever a jurisdição de Tribunal Arbitral formado por três árbitros, não admitindo que decisões arbitrais sejam proferidas por órgão ou indivíduo outro que não o próprio tribunal arbitral³⁵.

48. Aduz que a redação da cláusula 37.1.8, ao estabelecer que as PARTES podem recorrer ao Poder Judiciário para obtenção de medidas cautelares, não confere a possibilidade de escolha entre o Poder Judiciário e o Árbitro de Emergência, mas apenas expressa que o recurso ao Poder Judiciário é uma opção da parte, que pode sempre aguardar a constituição do tribunal arbitral para deduzir seu pedido cautelar, em conformidade com a Lei nº 9.307/96 ("Lei de Arbitragem")³⁶.

49. Na visão da PARTE REQUERIDA, a cláusula 37.1.8 é hipótese de exceção ao procedimento de árbitro de emergência, nos termos do artigo 29 (6) (c) do Regulamento. Entendimento em sentido contrário pressuporia que o verbo "poderá" na cláusula 37.1.8 representaria reserva mental quanto à aplicação do procedimento de árbitro de emergência, o que não é admitido no direito contratual. Se as PARTES desejassem a aplicação do Apêndice V, poderiam ter feito referência expressa a referido procedimento³⁷.

50. Ademais, sustenta a PARTE REQUERIDA que a decisão do Presidente da Corte sobre a admissibilidade do presente procedimento de árbitro de emergência, sem oitiva prévia ou posterior da PARTE REQUERIDA, e sem fundamentação, viola frontalmente os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e fundamentação das decisões, pelo que ofende a ordem pública brasileira e deve ser considerada nula. Da

³⁴ P. 17 da Solicitação.

³⁵ Paras. 1 a 5 da Resposta.

³⁶ Paras. 6 a 9 da Resposta.

³⁷ Paras. 10 a 13 da Resposta.

mesma forma, tal decisão não impede que o Árbitro de Emergência analise o tema, à luz do princípio *kompetenz-kompetenz* consagrado nos artigos 8º e 20, § 2º da Lei de Arbitragem³⁸.

51. Conclui a PARTE REQUERIDA que, embora não questione a validade da cláusula compromissória como um todo, impugna a validade do procedimento autônomo de árbitro de emergência, por não ter sido acordado expressamente entre as PARTES e não ter havido sua adesão tácita, nos termos do Regulamento, pelo fato deste Regulamento trazer expressa exceção à adesão tácita³⁹.

52. Protesta, também, contra os diminutos prazos concedidos para defesa no presente procedimento, que são insuficientes para análise da documentação, levantamento e apresentação de documentação própria, e redação de uma resposta apropriada, tendo em vista que a SOLICITANTE teve meses para elaboração de sua Solicitação⁴⁰.

53. Não obstante, a PARTE REQUERIDA alega que o pedido da SOLICITANTE é juridicamente impossível, pois o árbitro não pode invadir a esfera do poder de império do Estado. Qualquer decisão deveria se limitar ao reconhecimento da existência ou não de desequilíbrio econômico-financeiro causado pela decisão de não aumentar o pedágio no montante esperado pela SOLICITANTE, apontando o montante em que ela deve ser compensada por tal ato. Essa decisão só poderá ser tomada na sentença arbitral. Enquanto isso não ocorre, é preciso reconhecer a aplicabilidade do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos⁴¹.

54. Além disso, para a PARTE REQUERIDA, a SOLICITANTE não fundamenta a urgência de seu pedido, já que não comprova o prejuízo alegado e, mesmo considerando os números apresentados pela SOLICITANTE como verdadeiros, não explica minimamente porque não pode aguardar a constituição do Tribunal Arbitral. Sobretudo porque a data de reajuste

³⁸ Paras. 11 a 19 da Resposta.

³⁹ Para. 20 da Resposta.

⁴⁰ Para. 21 da Resposta.

⁴¹ Paras. 23 a 31 da Resposta.

já estava prevista desde o início da concessão, não haveria motivo para a SOLICITANTE não ter ajuizado antes sua demanda, ou no mínimo feito o pedido cautelar anteriormente⁴².

55. A PARTE REQUERIDA sustenta a existência de *periculum in mora* inverso, já que a suspensão do reajuste e a cobrança de mais pedágio dos usuários da rodovia em sede cautelar seria irreversível, na medida em que aqueles usuários específicos não poderiam ser ressarcidos dos valores pagos a mais⁴³.

56. Aduz também não haver *fumus boni iuris*, já que o Desconto de Reequilíbrio possui caráter objetivo, não dependendo de culpa, sendo calculado a partir da ponderação entre o executado ou não executado no contrato de concessão, objetivando adequar a tarifa de pedágio à correspondente realização dos investimentos previstos, o que difere de uma penalidade⁴⁴.

57. Requereu, assim, ao Árbitro de Emergência:

“A) que reconheça o não cabimento do procedimento do árbitro de emergência, por não estar previsto nem expressa nem implicitamente na cláusula arbitral assinada pelas partes;

B) que indefira o pedido cautelar, por impossibilidade jurídica de ordenar a um ente estatal que tome uma decisão que está afeita a seu poder de império, cabendo apenas apuração de perdas e danos ao longo do procedimento arbitral;

C) que indefira o pedido cautelar, por não ter sido comprovada qualquer urgência no pedido em questão, seja por falta de fundamentação, pela possibilidade de ajustes posteriores no valor do pedágio, pela pequena monta do valor envolvido em relação ao faturamento ou pela não indicação específica dos prejuízos caso esse reajuste ocorra em momento posterior;

⁴² Paras. 32 a 45 da Resposta.

⁴³ Paras. 46 a 48 da Resposta.

⁴⁴ Paras. 49 a 55 da Resposta.

D) que indefira o pedido cautelar, por ausência de verossimilhança das alegações.”⁴⁵

58. Em sua Réplica, quanto à admissibilidade do presente procedimento, a SOLICITANTE aduz que a hipótese do artigo 29 (6) (c) do Regulamento não se aplica porque a cláusula 37.1.6 do Contrato apenas afirma que as partes poderão requerer ao Poder Judiciário a obtenção de medidas de urgência antes do Tribunal Arbitral estar constituído. Tratar-se-ia, pois, de uma faculdade e não de uma obrigação⁴⁶.

59. Afirma que o artigo 29 (6) (b) do Regulamento estabelece o sistema *opt-out* para o procedimento de árbitro de emergência, que pressupõe a referência expressa a sua inaplicabilidade caso as PARTES desejem excluí-lo. Considerando que as PARTES se vincularam ao Regulamento por força da cláusula 37.1.3 e que não houve expressa vedação à aplicação do artigo 29 e Apêndice V do Regulamento, conclui a SOLICITANTE que é indiscutível a admissibilidade do procedimento de árbitro de emergência⁴⁷.

60. Ao contrário do quanto alegado pela PARTE REQUERIDA, a SOLICITANTE sustenta que a previsão contratual de que o Tribunal Arbitral deve ser composto por três árbitros e não um árbitro único não retira a legitimidade do árbitro de emergência de decidir questões urgentes, até porque a decisão a ser proferida neste procedimento será posteriormente confirmada ou reformada pelo Tribunal Arbitral, conforme previsto no artigo 29 (3) do Regulamento⁴⁸.

61. Argumenta que não há nulidade no fato de o Presidente da CCI ter decidido pela aplicabilidade das disposições sobre o árbitro de emergência sem ter ouvido previamente a PARTE REQUERIDA, tendo em vista que caberá ao Árbitro de Emergência dirimir a questão em tela à luz do princípio *kompetenz-kompetenz*⁴⁹.

62. A SOLICITANTE afirma que a matéria objeto do pedido de urgência pode ser submetida à arbitragem. Argumenta que o Desconto de Reequilíbrio consiste em

⁴⁵ Para. 66 da Resposta.

⁴⁶ Paras. 4 a 9 da Réplica.

⁴⁷ Paras. 10 a 12 da Réplica.

⁴⁸ Para. 15 da Réplica.

⁴⁹ Paras. 16 da Réplica.

mecanismo contratual destinado à manutenção da equação econômica do Contrato, sendo que a análise da sua aplicabilidade em relação à obrigação de duplicação das rodovias pode e deve ser debatida, apurando-se ser ou não devido o desconto, ponderando-se todos os elementos da meta tida como descumprida⁵⁰.

63. Alega que a discussão está evidentemente atrelada à aplicação de mecanismos contratuais afetos à manutenção do equilíbrio contratual (matéria econômica, não vinculada a direito indisponível por parte da administração e que, portanto, pode e deve ser revista e controlada quando necessário). Ou seja, não se está diante de um ato tipicamente de império⁵¹.

64. Aduz que a aplicação do desconto não se confunde com a rescisão unilateral do contrato de concessão ou com o exercício do Poder de Polícia como sugere a PARTE REQUERIDA. Para a SOLICITANTE, a intenção de atribuir ao Desconto de Reequilíbrio ares de ato de império encontra vedação no fato de ser tal mecanismo exclusivamente exigido em função e por decorrência da celebração do Contrato, e não por força direta e heterônoma da legislação⁵².

65. Sustenta a SOLICITANTE que a diferenciação entre um ato de império e atos de gestão reside no fato de que o primeiro não requer qualquer fundamento contratual para poder ser praticado – o que claramente não é o caso do Desconto de Reequilíbrio. Tanto assim que a inserção do Desconto de Reequilíbrio apenas se deu na 2ª Etapa de Concessões Rodoviárias promovidas pela Administração Federal, não sendo aplicada em qualquer contrato firmado antes de 2008⁵³.

66. Na visão da SOLICITANTE também não prospera o argumento da presunção de legitimidade dos atos administrativos, porque essa presunção não se afigura como absoluta⁵⁴.

⁵⁰ Paras. 18 a 19 da Réplica.

⁵¹ Paras. 20 a 27 da Réplica.

⁵² Paras. 28 a 30 da Réplica.

⁵³ Paras. 30 e 31 da Réplica.

⁵⁴ Para. 33 da Réplica.

67. Sobre a presença do *periculum in mora*, a SOLICITANTE afirma que apenas em março deste ano foi fixado o percentual do Desconto de Reequilíbrio referente à meta de duplicação. Apenas então pode se perceber o impacto da aplicação do Desconto de Reequilíbrio e obter subsídios efetivos para apurar com o mínimo de precisão o valor que suportará de dano imediato⁵⁵.

68. Em contraposição ao alegado pela PARTE REQUERIDA, a SOLICITANTE defende que referido impacto financeiro não se mostra ínfimo em relação ao faturamento anual obtido, já que a única fonte ordinária de obtenção de receita para manutenção da concessão é a cobrança de pedágio, conforme se extrai da cláusula 17.1.1 do Contrato. Restaria claro, assim, que o impacto compromete o ciclo de investimentos para o ano corrente e, por consequência, dos próximos anos⁵⁶.

69. Eventual recomposição dos impactos diretos e indiretos da retenção indevida da remuneração da SOLICITANTE, se revertida em indenização futura ao término da arbitragem, não garantirá a efetiva restauração do *looping* de comprometimento de metas e serviços que dependem de investimentos contínuos⁵⁷.

70. A SOLICITANTE conclui que, com o Fator D erroneamente aplicado, a geração de caixa da concessão será diminuída, os contratos não serão atendidos e, conseqüentemente, as liberações dos recursos não serão concretizadas, comprometendo sobremaneira a realização dos investimentos deste ano, estimados em R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)⁵⁸.

71. Sustenta que, com a impugnação da PARTE REQUERIDA, em 26 de março de 2018, à nomeação do árbitro presidente indicado pelos demais coárbitros, não restou alternativa à SOLICITANTE senão adotar medidas de urgência de forma quase imediata, tanto que a Solicitação foi apresentada apenas dois dias após a impugnação apresentada pela PARTE REQUERIDA⁵⁹.

⁵⁵ Paras. 49 a 52 da Réplica.

⁵⁶ Paras. 37 a 45 da Réplica.

⁵⁷ Para. 46 da Réplica.

⁵⁸ Paras. 47 a 48 da Réplica.

⁵⁹ Paras. 53 a 55 da Réplica.

72. Afirma que a insurgência da PARTE REQUERIDA com os prazos curtos neste procedimento – assim como seriam no Poder Judiciário – está atrelada à diferença da análise esperada da atuação do árbitro de emergência em comparação ao Poder Judiciário, pois não se espera da atuação do árbitro de emergência a repetição da análise superficial e pré-formulada que enseja decisões proferidas pelo Judiciário que privilegiam cegamente, na maioria das vezes, a chamada “discricionariedade” dos atos da administração⁶⁰.

73. A SOLICITANTE afirma que a PARTE REQUERIDA não nega que a SOLICITANTE, considerando o marco inicial da meta de duplicação como sendo a disponibilização da Licença Ambiental, está cumprindo adequadamente o cronograma físico-financeiro do Contrato em relação à duplicação da rodovia⁶¹.

74. A aplicação objetiva do Desconto de Reequilíbrio foi flexibilizada quando da 1ª Revisão Ordinária, em que a PARTE REQUERIDA firmou entendimento claro no sentido de não ser aplicado o Desconto de Reequilíbrio de forma descompassadas com as circunstâncias fáticas do caso, concluindo pela inaplicabilidade do Desconto de Reequilíbrio em razão de falta de aderência ao cronograma⁶².

75. Além disso, a SOLICITANTE constata um novo exemplo de flexibilização da aplicação do Desconto de Reequilíbrio, que ocorreu no âmbito da 2ª Revisão Ordinária da tarifa da Concessão da Ponte Rio-Niterói, em que a concessionária responsável incorreu em atrasos no curso da obra pela ausência de licença ambiental municipal e, ainda, por ausência de apoio operacional⁶³.

76. Enquanto no caso da ora SOLICITANTE a PARTE REQUERIDA passou a sustentar a aplicação objetiva e, portanto, independente da apuração de culpa ou atenuantes ao eventual atraso de uma meta/obrigação, no caso da Ponte Rio-Niterói foi admitida a

⁶⁰ Para. 55 da Réplica.

⁶¹ Para. 58 da Réplica.

⁶² Paras. 61 a 63 da Réplica.

⁶³ Paras. 64 e 65 da Réplica.

ponderação de elementos de exclusão de responsabilidade da concessionária, culminando na não aplicação do Fator D na tarifa básica⁶⁴.

77. Argumenta a SOLICITANTE que a segregação dos cronogramas físico e financeiro das metas de duplicação proposta pela SOLICITANTE desafia a lógica contratual porque o PER, ao fixar as diretrizes para cumprimento da Frente de Ampliação, deixa claro que deveriam ser executadas a partir da data de expedição da Licença de Instalação e concluídas em até 48 meses, como fez, incontroversamente, a SOLICITANTE. O marco inicial da obrigação de investimento está atrelado ao marco para início das obras⁶⁵.

78. Quanto ao *periculum in mora* inverso, a SOLICITANTE alega que o dano causado à coletividade pelo comprometimento da regularidade e continuidade da prestação dos serviços de manutenção, conservação e ampliação da Rodovia BR-050 supera a expectativa de dano em potencial aos usuários suscitado pela PARTE REQUERIDA, que, na realidade, é abstrato⁶⁶.

79. Em Tréplica, a PARTE REQUERIDA reiterou seus argumentos trazidos na Resposta, reforçando que: (i) o Contrato é claro ao determinar que, havendo a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, caberá à PARTE REQUERIDA, “a seu exclusivo critério”, adotar a forma recomposição do equilíbrio “que julgar mais adequada”. Dessa forma, eventual decisão arbitral não poderá ingressar na definição da forma de implementação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; (ii) a culpa não é fator relevante para a aplicação do Desconto de Reequilíbrio e sua incidência não resulta em qualquer prejuízo à Concessionária; (iii) a SOLICITANTE não demonstrou o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, pois suas pretensões encontram claro obstáculo na redação das cláusulas contratuais, sendo que quaisquer conclusões em sentido contrário demandariam produção probatória mais robusta, incompatível com o presente procedimento.

⁶⁴ Para. 66 da Réplica.

⁶⁵ Paras. 68 e 69 da Réplica.

⁶⁶ Paras. 71 a 73 da Réplica.

VIII – DECISÃO DO ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA

80. Não tendo as PARTES obtido êxito em conciliar a controvérsia no curso desse procedimento, decide o Árbitro de Emergência, conforme segue.

A) PRELIMINARMENTE: ADMISSIBILIDADE DA SOLICITAÇÃO E COMPETÊNCIA DO ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA

81. Em atenção ao artigo 6 (2) do Apêndice V do Regulamento⁶⁷ e em razão da impugnação ofertada ao presente Procedimento de Árbitro de Emergência pela PARTE REQUERIDA em sua Resposta, a Ordem analisará, preliminarmente, **(A.1)** admissibilidade da Solicitação conforme o artigo 29 (1) do Regulamento, a **(A.2)** conformidade da Solicitação com o disposto nos artigos 29 (5) e (6) do Regulamento e a **(A.3)** arbitrabilidade da matéria.

A.1 ADMISSIBILIDADE DA SOLICITAÇÃO CONFORME O ARTIGO 29 (1) DO REGULAMENTO

82. Trata-se de requisito de admissibilidade do Procedimento de Árbitro de Emergência a necessidade de obtenção de uma medida urgente que não pode aguardar a constituição do tribunal arbitral, conforme dispõe o artigo 29 (1) do Regulamento:

“Artigo 29 – Árbitro de Emergência

1. A parte que necessitar de uma medida urgente cautelar ou provisória que não possa aguardar a constituição de um tribunal arbitral (“Medidas Urgentes”) poderá requerer tais medidas nos termos das Regras sobre o Árbitro de Emergência dispostas no Apêndice V. Tal solicitação só será aceita se recebida pela Secretaria antes da transmissão dos autos ao tribunal arbitral nos termos do artigo 16 e independentemente do fato de a parte que requerer a medida já ter apresentado seu Requerimento de Arbitragem.” *(sem ênfase no original)*

⁶⁷ “ARTIGO 6º - Ordem

(...)

2. Em sua Ordem, o árbitro de emergência deverá determinar se a Solicitação é admissível nos termos do artigo 29(1) do Regulamento e se o árbitro de emergência é competente para ordenar as Medidas Urgentes.”

83. Tendo em vista que o pleito formulado pela SOLICITANTE visa obstar a aplicação do Desconto de Reequilíbrio que produzirá efeitos em 12 de abril de 2018, resta caracterizada, ao menos em tese, a premência necessária para admissibilidade do presente Procedimento de Árbitro de Emergência.

84. Isso porque a PARTE REQUERIDA apresentou, em 26 de março de 2018, objeção à confirmação do árbitro presidente indicado pelos demais coárbitros⁶⁸, impondo a necessidade de se facultar ao árbitro impugnado, à parte contrária, e aos outros integrantes do tribunal arbitral que se manifestem por escrito dentro de prazo adequado. Apenas após tais providências a Corte decidirá a respeito⁶⁹, o que torna impossível a constituição do tribunal arbitral antes de 12 de abril de 2018 e, por conseguinte, irrealizável a apreciação do pleito objeto da Solicitação pelo tribunal arbitral.

85. A própria PARTE REQUERIDA estima em sua Resposta que a constituição do Tribunal Arbitral deve demorar cerca de dois meses⁷⁰, de modo que resta incontroverso ser a apreciação da Solicitação medida necessária, ante a inviabilidade de apreciação pelo Tribunal Arbitral ainda em formação.

86. O argumento da PARTE REQUERIDA de que a SOLICITANTE não instruiu com memória de cálculo que demonstrasse como chegou aos montantes que compõem o alegado prejuízo que incorrerá ao longo do tempo caso a medida pleiteada não seja concedida antes do dia 12 de abril de 2018 restou superado pela apresentação de referido documento pela SOLICITANTE em Réplica.

87. Também não merece prosperar o argumento da PARTE REQUERIDA de que o presente procedimento se funda em urgência fabricada a fim de não lhe permitir a mais ampla defesa.

⁶⁸ Para. 53 da Réplica.

⁶⁹ “ARTIGO 14 - Impugnação de árbitros

(...)

3. Compete à Corte pronunciar-se sobre a admissibilidade e, se necessário, sobre os fundamentos da impugnação, após a Secretaria ter dado a oportunidade, ao árbitro impugnado, à outra ou às outras partes e a quaisquer outros membros do tribunal arbitral de se manifestarem, por escrito, em prazo adequado. Estas manifestações devem ser comunicadas às partes e aos árbitros.”

⁷⁰ Para. 39 da Resposta.

88. *Primeiro* porque a cada uma das PARTES foi conferida, pelo Árbitro de Emergência, a possibilidade de se manifestar não apenas uma, mas duas vezes sobre o objeto do pedido liminar, tendo a SOLICITANTE, inclusive, se submetido a prazos intermediários mais exíguos para que a PARTE REQUERIDA pudesse adequadamente defender-se.

89. *Segundo* porque dadas as circunstâncias do caso concreto, nem mesmo perante o Poder Judiciário seria possível a concessão de prazos demasiadamente longos para que a PARTE REQUERIDA apresentasse sua defesa.

90. Em verdade, perante o Poder Judiciário nem sequer haveria a garantia de que seria oportunizada à PARTE REQUERIDA a chance de se manifestar sobre o pedido, eis que poderia a medida pleiteada ser concedida em caráter *inaudita altera pars*, ao passo que no procedimento de árbitro de emergência o contraditório deve ser oportunizado, por força do artigo 5 (2) do Apêndice V do Regulamento⁷¹.

91. A rigor, a opção da SOLICITANTE pelo procedimento de árbitro de emergência representou para a PARTE REQUERIDA a certeza e a segurança de que lhe assegurado o contraditório – como de fato foi conferido, assim como exercido na amplitude e profundidade compatíveis com o procedimento de árbitro de emergência.

92. *Terceiro*, em que pese o presente procedimento de árbitro de emergência tenha observado o contraditório e a ampla defesa das PARTES, a PARTE REQUERIDA terá, ao longo do procedimento arbitral, nova oportunidade de se manifestar sobre o tema em comento, tendo em vista que cabe ao Tribunal Arbitral modificar a Ordem ora proferida pelo árbitro de Emergência nos termos do artigo 29 (3) do Regulamento.

93. A tese de urgência fabricada se torna igualmente insustentável em razão de a Nota Técnica nº 053/2018/GEROR/SUINF, relativa à 3ª Revisão Ordinária, acostada pela

⁷¹ “ARTIGO 5º - Procedimento

(...)

2. O árbitro de emergência deverá conduzir o procedimento na maneira que considerar apropriada, levando em consideração a natureza e a urgência da Solicitação. Em todos os casos o árbitro de emergência deverá atuar de maneira justa e imparcial e assegurar que cada parte tenha ampla oportunidade de expor suas alegações.”

SOLICITANTE no Doc. 17 da Solicitação, ter sido emitida pela PARTE REQUERIDA apenas em 09 de março de 2018.

94. A emissão da Nota Técnica nº 053/2018/GEROR/SUINF, portanto, constitui o fato jurídico motivador da Solicitação.

95. Em outras palavras, nem mesmo no plano hipotético poderia a SOLICITANTE ter apresentado pedido cautelar em seu Requerimento de Arbitragem, datado de 21 de novembro de 2017, ou em qualquer momento que antecederesse 09 de março de 2018 – quando efetivamente surgiu o interesse da SOLICITANTE para buscar a tutela pretendida na Solicitação.

96. A Solicitação preenche, assim, o requisito de admissibilidade constante do artigo 29 (1) do Regulamento.

A.2 CONFORMIDADE DA SOLICITAÇÃO COM O DISPOSTO NOS ARTIGOS 29 (5) E (6) DO REGULAMENTO

97. Em 29 de março de 2018, o Presidente da Corte realizou a análise da admissibilidade do presente Procedimento de Árbitro de Emergência com fundamento nos artigos 29 (5) e 29(6) do Regulamento e entendeu que a Solicitação reunia as condições necessárias para o prosseguimento do feito.

98. A PARTE REQUERIDA contesta não apenas a validade da decisão proferida pelo Presidente da Corte, arguindo que seria nula por ausência de fundamentação e por violar o contraditório, como também o seu mérito, por entender que não estão presentes os requisitos para admissibilidade da Solicitação.

99. De início, é de se rejeitar a arguição de nulidade da decisão do Presidente da Corte de 29 de março de 2018. A decisão do Presidente, nos termos do artigo 1 (5) do Apêndice V do Regulamento, serve justamente como uma barreira para solicitações para nomeação de árbitro de emergência manifestamente descabidas.

100. Trata-se de mecanismo instituído à semelhança dos artigos 6 (3) e 6 (4) do Regulamento, que previnem o prosseguimento de procedimentos arbitrais instaurados ante a manifesta ausência de convenção de arbitragem, representando uma garantia

adicional à PARTE REQUERIDA de que estão preenchidos os requisitos dos artigos 29 (5) e 29 (6) do Regulamento⁷².

101. Referida decisão, portanto, enquanto forma de assegurar o preenchimento dos requisitos mínimos para o prosseguimento do procedimento de árbitro de emergência, não viola a ordem pública brasileira na medida em que não priva a PARTE REQUERIDA da oportunidade de se manifestar sobre o tema, em atenção aos princípios do contraditório e ampla defesa, perante o Árbitro de Emergência, que decidirá fundamentadamente a questão, conforme segue.

102. Apesar dos argumentos trazidos pela PARTE REQUERIDA, o Árbitro de Emergência entende que a Solicitação está em conformidade com os artigos 29 (5) e, principalmente, 29 (6) do Regulamento. Dessa maneira, não apenas plenamente válida como deve ser mantida em seu mérito a decisão do Presidente da Corte.

103. Nota-se que as PARTES deste Procedimento de Árbitro de Emergência são aquelas signatárias do Contrato e da Cláusula Compromissória invocada para o requerimento da medida, de modo que aplicáveis os artigos 29 (1) a 29 (4) e as regras do Apêndice V, do Regulamento (conjuntamente, **“Disposições sobre o Árbitro de Emergência”**) em conformidade com o que dispõe o artigo 29 (5)⁷³.

⁷² **“This is one of the most important procedural features of the new ICC Emergency Arbitrator Rules. It serves as a safeguard for the responding party by introducing a simple substitute for the gatekeeper test in Articles 6(3) and 6(4) of the Rules.** Pursuant to this gatekeeper provision, the emergency arbitrator proceedings will continue only if and to the extent that the President considers, on the basis of the information contained in the Application, that the Emergency Arbitrator Provisions apply with reference to Article 29(5) and Article 29(6) of the Rules (Appendix V, Article 1(5)).” VOSER, Nathalie; BOOG, Christopher. ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview. In: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol 22 (special supplement), 2011, p. 89. Tradução livre: **“Essa é uma das mais importantes características procedimentais das novas Regras de Árbitro de Emergência da CCI. Ela funciona como uma salvaguarda para a parte requerida ao introduzir um substituto simples para o teste de admissibilidade dos artigos 6(3) e 6(4) do Regulamento.** De acordo com essa disposição, o procedimento de árbitro de emergência apenas continuará na medida em que o Presente considerar, com base na informação constante da solicitação, que as Disposições sobre Árbitro de Emergência se aplicarão com referência no Artigo 29(5) e Artigo 29(6) do Regulamento (Apêndice V, Artigo 1(5)).”

⁷³ “Artigo 29 – Árbitro de Emergência

(...)

5. Os artigos 29(1)-29(4) e as Regras sobre o Árbitro de Emergência previstas no Apêndice V (coletivamente as “Disposições sobre o Árbitro de Emergência”) serão aplicáveis apenas às partes signatárias, ou seus sucessores, da convenção de arbitragem, que preveja a aplicação do Regulamento e invocada para o requerimento da medida.”

104. Também não se está diante de qualquer das exceções às Disposições sobre o Árbitro de Emergência previstas no artigo 29 (6) do Regulamento.

105. Referido dispositivo estabelece que as Disposições sobre o Árbitro de Emergência não serão aplicáveis se (a) a Cláusula Compromissória foi concluída antes de 1º de janeiro de 2012; (b) as PARTES convencionaram a exclusão das Disposições sobre o Árbitro de Emergência ou (c) houver convenção das partes prevendo aplicação de algum outro procedimento pré-arbitral para concessão de medidas de urgência⁷⁴.

106. O Contrato que contém a Cláusula Compromissória foi pactuado somente em 05 de dezembro de 2013 e não contém disposição expressa que preveja a exclusão das Disposições sobre o Árbitro de Emergência – o que não foi, aliás, nem mesmo objeto de contestação por parte da PARTE REQUERIDA.

107. Muito embora a PARTE REQUERIDA sustente que a cláusula 37.1.8 do Contrato configure óbice à aplicação das Disposições sobre o Árbitro de Emergência com fundamento no artigo 29 (6) (c) do Regulamento, a mera referência à possibilidade de socorro ao Poder Judiciário não pode ser interpretada como procedimento pré-arbitral para concessão de medidas de urgência nos termos do Regulamento.

108. O instituto do Árbitro de Emergência não foi concebido para afastar a regra geral de competência do Poder Judiciário para concessão de medidas cautelares ou urgentes antes da constituição do Tribunal Arbitral⁷⁵, de maneira que convive harmoniosamente com a cláusula 37.1.8 do Contrato.

⁷⁴ “Artigo 29 – Árbitro de Emergência

(...)

6. As Disposições sobre o Árbitro de Emergência não são aplicáveis quando:

a) a convenção de arbitragem que preveja a aplicação do Regulamento foi concluída antes de 1º de janeiro de 2012;

b) as partes tiverem convencionado excluir a aplicação das Disposições sobre o Árbitro de Emergência; ou

c) as partes tiverem convencionado a aplicação de algum outro procedimento pré-arbitral o qual preveja a possibilidade de concessão de medidas cautelares, provisórias ou similares.”

⁷⁵ “(...) the EA procedure is ‘not intended to prevent any party from seeking urgent interim or conservatory measures from a competent judicial authority at any time prior to [the EA procedure] and in appropriate circumstances thereafter’. **Article 29(7) appears to introduce the concept of a concurrent jurisdiction which will allow an application to court at the same time as an application under the EA procedure.**” (sem ênfase no original) BAIGEK, Baruch. The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical

109. Tanto assim que o artigo 29 (7) do Regulamento consagra a competência concorrente do Poder Judiciário e do Árbitro de Emergência, ao estipular a possibilidade de as partes requererem medidas urgentes ao Poder Judiciário a qualquer momento antes da solicitação para nomeação do Árbitro de Emergência e até mesmo depois, em circunstâncias apropriadas:

“29 – Árbitro de Emergência

7. As Disposições sobre o Árbitro de Emergência não têm a finalidade de impedir que qualquer parte requeira medidas cautelares ou provisórias urgentes a qualquer autoridade judicial competente a qualquer momento antes de solicitar tais medidas e, em circunstâncias apropriadas, até mesmo depois de tal solicitação, nos termos do Regulamento. *Qualquer requerimento de tais medidas a uma autoridade judicial competente não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem. Quaisquer pedidos e medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria.” (sem ênfase no original)*

Analysis. In: *Journal of International Arbitration*, Volume 31, Issue 1, 2014, p. 14. Tradução livre: “(...) o procedimento de AE (sic. Árbitro de Emergência) ‘não tem como intenção impedir qualquer uma das partes de pleitear medidas de urgência ou cautelares de uma autoridade judicial competente a qualquer momento antes [do procedimento de AE] e, em circunstâncias apropriadas, depois’. O artigo 29(7) parece introduzir o conceito de competência concorrente que permite o recurso ao poder judiciário ao mesmo tempo que um pleito no procedimento de AE.” Vide também: “(...) **the emergency arbitrator procedure is a complementary procedure, given that it does not prevent the parties from applying for urgent conservatory measures from a competent authority before the adoption of such measures, or even after, according to the new Rules.** This is in line with Article 28(2) of the new Rules, which permits that an application for conservatory measures be submitted to a judicial authority before the file is transmitted to the arbitral Tribunal during the arbitration proceedings in the appropriate circumstances.” LAGO, Carlos de Los Santos; BONNIN, Victor. Emergency Proceedings Under the New ICC Rules. In: *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, Issue 13, 2012, p. 8. Tradução livre: “(...) o procedimento de árbitro de emergência é um procedimento complementar, visto que não impede as partes de pleitearem medidas de urgência a uma autoridade competente antes da adoção de referidas medidas, ou mesmo depois, de acordo com as novas regras. Isso está em linha com o artigo 28(2) do regulamento, que permite o pedido de medidas de urgência a uma autoridade judicial antes da transmissão dos autos ao Tribunal Arbitral e durante o procedimento arbitral em circunstâncias apropriadas.” e **“The Emergency Arbitrator Provisions are not intended to prevent parties from seeking urgente interim measures from a competent judicial authority** before making an Application under the Emergency Arbitrator Rules, or even thereafter if appropriate (AR, Article 29(7)).” BÜHLER, Michael W. ICC Pre-Arbitral Referee and Emergency Arbitrator Proceedings Compared In: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol 22 (special supplement), 2011, p. 97. Tradução livre: **“As disposições sobre árbitro de emergência não têm como intenção obstar qualquer uma das partes de pleitearem medidas de urgência a uma autoridade judicial competente** antes de apresentar uma Solicitação de Árbitro de Emergência, ou mesmo depois, se apropriado.”

110. Apesar de impugnações ao procedimento de árbitro de emergência com fundamento na existência de cláusula contratual com referência a jurisdição de cortes estatais para concessão de medidas de urgência serem relativamente comuns, o argumento tem sido consistentemente rejeitado com base no artigo 29 (7) do Regulamento⁷⁶.

111. Nem poderia ser diferente, uma vez que o direito de se socorrer ao Poder Judiciário para obtenção de medidas de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral decorre da própria redação do artigo 22-A da Lei de Arbitragem⁷⁷ – além de estar consagrado também no artigo 28 (2) do Regulamento⁷⁸ – de maneira que a cláusula 37.1.8 do Contrato não pode ser interpretada como impedimento, mas em plena sintonia com o presente Procedimento de Árbitro de Emergência.

112. É de se observar que o conteúdo da cláusula 37.1.8 não traz qualquer particularidade à regra geral da competência do Poder Judiciário prevista em lei – sendo, de fato, reprodução do comando legal do artigo 22-A da Lei de Arbitragem.

⁷⁶ **“There have been a handful of cases in which jurisdictional challenges were made on the basis of clauses providing for the jurisdiction of national courts or concurrent proceedings in national courts. The emergency arbitrators have so far rejected such challenges, often citing Article 29(7) the Arbitration Rules, which provides that emergency arbitrator proceedings and court proceedings for interim measures are not mutually exclusive.”** CARLEVARI, Andrea; FERIS, José Ricardo. Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases. In: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 25, No. 1, 2014, p. 33. Tradução livre: **“Em um considerável número de casos foram apresentadas impugnações à jurisdição [sic. do árbitro de emergência] com base em cláusulas prevendo a jurisdição de cortes estatais ou procedimento concorrente em cortes estatais. Os árbitros de emergência têm, até o momento, rejeitado tais impugnações, frequentemente citando o Artigo 29(7) do Regulamento de Arbitragem,** que estipula que o procedimento de árbitro de emergência e procedimentos nas cortes estatais para obtenção de medidas de urgência não são excludentes.”

⁷⁷ “Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.”

⁷⁸ “28 - Medidas cautelares e provisórias

(...)

2. As partes poderão, antes da remessa dos autos ao tribunal arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um tribunal arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do tribunal arbitral a esse título. Quaisquer pedidos ou medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o tribunal arbitral.”

113. Em outras palavras, ainda que ausente tal disposição no Contrato, existiria a possibilidade de recurso à via judicial por força da cláusula 37.1.5, nos exatos termos da cláusula 37.1.8, sem prejuízo da opção pelo Árbitro de Emergência em virtude da eleição do Regulamento pela cláusula 37.1.3.

114. Inviável, também por essa razão, o seu enquadramento como procedimento pré-arbitral acordado entre as PARTES, eis que a alternativa da via judicial não dependeria de convenção. Não constitui, portanto, a exceção prevista no Artigo 29 (6) (c) do Regulamento, ao contrário do arguido pela PARTE REQUERIDA.

115. Se a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário fosse encarada como óbice ao procedimento de Árbitro de Emergência, estar-se-ia diante da absoluta inutilidade do instituto em praticamente todos os casos – independentemente de estipulação contratual nesse sentido e a despeito da opção das partes pelas regras do Regulamento – criando-se uma situação de generalizada insegurança jurídica àqueles que optam por um procedimento arbitral administrado e segundo as regras da CCI. Estaria, enfim, na contramão do que se busca ao escolher a via arbitral.

116. Nesse sentido, a opção por um procedimento administrado pela CCI, regido pelo Regulamento, sem ressalvas – como é o caso –, pressupõe a anuência das partes com todos os seus termos, inclusive com as Disposições sobre o Árbitro de Emergência, que se consolidam como uma alternativa complementar ao Poder Judiciário para obtenção de medidas de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral. Nesse sentido:

“A party to an arbitration agreement under the ICC Rules has the right to file an application for interim or conservatory measures to be decided by an emergency arbitrator, even if the parties have not expressly provided for the applicability of the emergency arbitrator proceedings in their agreement (Article 29(1)). (...) In order to make it abundantly clear that the Emergency Arbitrator Provisions shall be an additional option and not curtail a party's ability to go to a state court, Article 29(7) makes it plain that from the viewpoint of the ICC Rules any party can address any

competent judicial authority notwithstanding the existence of the Emergency Arbitrator Provisions.”⁷⁹ (sem ênfase no original)

117. Conclui-se, assim, que a exceção prevista pelo artigo 29 (6) (c) do Regulamento apenas diz respeito a outros procedimentos pré-arbitrais, de caráter privado, que possam ser convencionados entre as partes e não engloba a referência às cortes estatais que, por força de lei, tenham competência paralela para concessão de medidas urgentes⁸⁰.

118. Como corolário lógico, a redação da cláusula 37.1.8 do Contrato não constitui hipótese de reserva mental quanto à aplicação do procedimento do árbitro de emergência como sugere a PARTE REQUERIDA.

119. A reserva mental constante do artigo 110 do Código Civil⁸¹ representa “*um estado psicológico no qual o declarante se propõe a não querer aquilo que todavia declara*”⁸², o que não se verifica no caso concreto. A declaração de vontade deve ser aferida objetivamente pelo conteúdo de sua declaração. E, no caso em análise, o Contrato permite a escolha entre duas opções: a do árbitro de emergência, pois ausente sua vedação, em virtude do disposto na cláusula 37.1.3, e a via judicial, quer seja por força da cláusula 37.1.7 ou também com fundamento nos artigos 22-A da Lei de Arbitragem e 29 (7) do Regulamento.

⁷⁹ VOSER, Nathalie. Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules. In: *ASA Bulletin*, Volume 29, Issue 4, 2011, pp. 813/814. Tradução livre: “**Uma parte de uma cláusula compromissória submetida ao regulamento CCI tem o direito de requerer que medidas cautelares ou de urgência sejam decididas pelo árbitro de emergência, ainda que não tenham expressamente estipulado a aplicabilidade do procedimento de árbitro de emergência em seu acordo (Artigo 29(1)).** (...) Para que restasse abundantemente claro que **as disposições sobre árbitro de emergência deveriam ser uma opção adicional e não um empecilho ao direito das partes de ir a corte estatal**, o Artigo 29(7) do regulamento deixa evidente que do ponto de vista das regras da CCI qualquer das partes pode buscar a autoridade judicial competente inobstante a existência das disposições sobre árbitro de emergência.”

⁸⁰ “It is clear that this exception applies only in cases where the parties have agreed to another private body which is competent to grant interim relief. The exception is not, however, triggered by state courts or other public authorities having parallel jurisdiction to grant such relief.” BOOG, Christopher. Chapter 4, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 29 [Emergency arbitrator]. In: ARROYO, Manuel (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*, Kluwer Law International, 2013, p. 818. Tradução livre: “Está claro que essa exceção aplica-se apenas em casos em que as partes acordaram sobre a competência de um outro ente privado para concessão de medidas de urgência. A exceção não é, contudo, aplicável às cortes estatais ou qualquer outra autoridade pública que tenha jurisdição para conceder medidas de urgência.”

⁸¹ “Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.”

⁸² AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 404.

120. Da mesma maneira, o argumento suscitado pela PARTE REQUERIDA de que as PARTES inseriram referência expressa ao procedimento judicial e não ao procedimento de árbitro de emergência – quando poderiam tê-lo feito⁸³ – torna-se irrelevante na medida em que o árbitro de emergência é um mecanismo *opt-out* e não *opt-in*⁸⁴.

121. Significa que a cláusula 37.1.3, ao eleger a CCI para administração da arbitragem, bem como o Regulamento como conjunto de normas procedimentais aplicáveis, externa a necessária manifestação de vontade no que diz respeito ao procedimento de árbitro de emergência.

122. Caso desejassem excluir sua aplicabilidade, contudo, deveriam necessariamente ter expressamente inserido disposição contratual nesse sentido⁸⁵, por força do artigo 29 (6) (b) do Regulamento, sendo incontroverso que assim não fizeram.

123. Sob o ponto de vista da tese suscitada pela própria PARTE REQUERIDA, ao redigirem a cláusula 37.1.7, as PARTES poderiam ter expressamente excluído a aplicação do procedimento de árbitro de emergência caso houvessem indicado que o Poder Judiciário seria a única e exclusiva autoridade competente para concessão de medidas de urgência

⁸³ Para. 12 da Resposta.

⁸⁴ **“One of the key principles of the ICC emergency arbitrator procedure is that the Emergency Arbitrator Provisions apply automatically to parties having agreed to arbitrate their disputes under the ICC Rules, so long as certain requirements are met. In other words, the parties need not expressly agree on the application of the Emergency Arbitrator Provisions. Rather, they must expressly state if they do not want such procedure to apply. This emergency arbitrator system is commonly referred to as an “opt-out” system and applies under all the commonly applied emergency arbitrator procedures.”** BOOG, Christopher. Chapter 4, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 29 [Emergency arbitrator]. In: ARROYO, Manuel (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013, p. 815/816. Tradução livre: **“Um dos princípios norteadores do procedimento de árbitro de emergência da CCI é que as Disposições sobre Árbitro de Emergência aplicam-se automaticamente à todas as partes que escolheram arbitrar sob as regras da CCI, tão logo certos requisitos estejam presentes. Em outras palavras, as partes não precisam expressamente concordar com as Disposições sobre Árbitro de Emergência. Ao contrário, elas precisam expressamente dizer que não querem que tal procedimento seja aplicável. Esse sistema de árbitro de emergência é comumente referido como um sistema “opt-out” e geralmente se aplica a todos os procedimentos de árbitro de emergência.”**

⁸⁵ A própria CCI recomenda que se as partes não desejarem que as Disposições sobre o Árbitro de Emergência se apliquem, devem acrescentar o seguinte texto à cláusula compromissória: *“As Disposições sobre o Árbitro de Emergência não se aplicarão”* (confira-se as cláusulas padrões da CCI em: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/Standard-ICC-Arbitration-Clause-in-PORTUGUESE-1.pdf>), acesso em 08/04/2017). Em que pese não seja uma exigência (embora recomendável), o Contrato não possui disposição nesse sentido.

antes da constituição do tribunal arbitral. Porém optaram pelo uso do verbo “poder”, que denota apenas uma possibilidade, sem exclusão de qualquer outra.

124. Fica afastada, portanto, a impugnação ofertada pela PARTE REQUERIDA ao presente Procedimento de Árbitro de Emergência.

A.3 ARBITRABILIDADE DA MATÉRIA

125. Caso seja admitido o presente procedimento de árbitro de emergência com fundamento nos artigos 29 (1), 29 (5) e 29 (6) do Regulamento, a PARTE REQUERIDA pleiteia o não conhecimento da solicitação com fundamento na inarbitrabilidade da questão submetida pela SOLICITANTE, eis que a aplicação do Desconto de Reequilíbrio constituiria ato de império.

126. Não lhe assiste razão também nesse ponto. Atos de império são regidos por um *“direito especial exorbitante do direito comum”*⁸⁶, ao passo que os atos de gestão são os praticados pela Administração *“em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não diferem a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum”*⁸⁷.

127. Nessa linha, em sede de cognição sumária típica do procedimento ora instaurado, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, especificamente na hipótese do caso concreto, não decorre de um direito especial exorbitante da PARTE REQUERIDA, mas sim do ajuste contratual entre as PARTES, como admitido pela própria PARTE REQUERIDA em Resposta, sendo sua única prerrogativa nesse contexto estabelecer por qual modalidade ele se dará⁸⁸.

128. A ratificar o caráter privado e disponível de tal disposição contratual, o reequilíbrio poderá dar ensejo a bônus à SOLICITANTE. Fosse a aplicação do desconto ora discutido matéria com gênese legal de direito público, isto é, aquela que confere

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 263.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ Para. 28 da Resposta.

prerrogativas à Administração Pública, não poderia a SOLICITANTE, em tese, ser beneficiada pelo reequilíbrio pretendido com fundamento na mesma cláusula.

129. Assim, e na linha do que prevê o artigo 58, § 1º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei nº 8.666/93”), as cláusulas de cunho econômico financeiro inseridas em contratos administrativos não podem ser alteradas à livre arbítrio da Administração Pública, dependendo da anuência de ambos os polos da relação jurídica. Confira-se:

“Art. 58. O regime dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. *(sem ênfase no original)*

130. Esclareça-se que tal fundamentação é inerente tão-somente ao cabimento da figura do Árbitro de Emergência, não configurando deliberação meritória acerca do enquadramento legal da matéria contratual em debate, o que ficará a cargo do Tribunal Arbitral a ser constituído.

131. Frise-se, ademais, que a modalidade eleita para assegurar o reequilíbrio econômico financeiro do Contrato, qual seja, o desconto ou o acréscimo de reequilíbrio, não é objeto de contestação por parte da SOLICITANTE, tampouco é objeto de disputa o direito da PARTE REQUERIDA em aplicá-lo no âmbito do Contrato, desde que nos termos acordados entre as PARTES.

132. Basta notar que a PARTE REQUERIDA aplica desde a 1ª Revisão Ordinária o Desconto de Reequilíbrio sobre o desempenho da SOLICITANTE na Frente de Recuperação e Manutenção sem insurgência por parte da SOLICITANTE. Isso porque não há, nesse caso, dúvida interpretativa acerca dos critérios para incidência do Desconto de Reequilíbrio.

133. Já na situação em análise, ao contrário, subsiste dissenso interpretativo no que diz respeito aos dispositivos que preveem os critérios para aplicação do Desconto de

Reequilíbrio pela PARTE REQUERIDA no que tange ao desempenho da SOLICITANTE na Frente de Ampliação.

134. De um lado, a PARTE REQUERIDA sustenta por ocasião da 3ª Revisão Ordinária que o marco inicial para aferição do desempenho da SOLICITANTE na Frente de Ampliação é a data planejada para obtenção da licença de instalação, qual seja, 07 de janeiro de 2016 (considerando-se doze meses do início da concessão); de outro, a SOLICITANTE entende que o marco inicial é a data da efetiva obtenção da licença de instalação pela PARTE REQUERIDA – 1º de julho de 2017.

135. A dúvida interpretativa não é descabida, haja vista que a Superintendência da Exploração da Infraestrutura Rodoviária da PARTE REQUERIDA submeteu consulta solicitando a manifestação jurídica da Procuradoria Geral sobre os impactos da data de obtenção da licença de instalação na aplicação do Desconto de Reequilíbrio em razão do conteúdo das cláusulas 2.4 do Anexo 5 e 10.3.2.i (c) do Contrato⁸⁹.

136. Em se tratando de questões relativas à interpretação dos contratos administrativos durante sua execução, portanto, notadamente que surtirão impactos patrimoniais para as partes envolvidas, possível sua sujeição à arbitragem, pois nessa esfera a Administração Pública figura como simples contratante privada⁹⁰.

⁸⁹ Vide Doc. 9 da Solicitação.

⁹⁰ “Assim, pode dizer-se que as questões referentes a interpretação dos contratos na fase de execução, bem como após em sede de rescisão, são matérias de ressonância patrimonial e sujeitas à arbitragem. Não há falar, reiterar-se, em indisponibilidade, pois são interesses da Administração e não, interesses primários, como sobejamento arguido nos Capítulos pregressos desta tese. (...) Constitui, igualmente, mister do árbitro interpretar a abrangência de cláusulas contratuais no que concerne aos seus efeitos econômicos e patrimoniais. Assim, pode o árbitro ser instado a decidir se determinados serviços estão ou não previstos e abrangidos pelo contrato. Ressalte-se que, na relação contratual estabelecida entre a Administração Pública e o particular, a sobreposição da Administração (contratante) só se verifica na estipulação especial atinente aos contratos públicos, mas não nas “relações convencionais ‘bona fidei’” como assevera Rafael BIELSA. No campo do regime econômico dos contratos administrativos, as relações entre a Administração Pública e os particulares são pautadas pelas regras do Direito Privado, fundadas na justiça e na equidade. Não há nesta área contratual espaço para atuação da Administração Pública como “poder”, mas como simples “contratante privada”. É em torno desta órbita que gravita a competência do árbitro que, atentando às disposições contratuais, às regras legais, pode decidir sobre questões referentes a interpretação do contrato durante sua execução e após, em fase de apuração de haveres decorrentes da rescisão contratual. Note-se que na área do inadimplemento contratual, seja decorrente de não cumprimento do estabelecido no contrato, como, por exemplo, atraso no início da obra por fatos imputados ao contratante; como o decorrente da falta de pagamento; de responsabilidade civil; da interpretação quanto a abrangência do objeto do contrato; da interpretação do reajuste previsto no contrato; de declarar se um serviço foi cumprido segundo o estipulado no contrato para fins de multa contratual; são todas matérias que podem

137. Especificamente no que diz respeito ao reajuste de tarifas nos contratos de concessão, explica Selma Lemes:

“As questões referentes aos reajustes de tarifas nos contratos de concessão de obras e serviços públicos, quando se refiram à interpretação das bases pactuadas, por serem contratuais, podem ser, no caso de dissenso interpretativo, dirimidas por arbitragem.”⁹¹ (sem ênfase no original)

138. Plenamente possível, em vista do quanto exposto nos capítulos VIII.A.2. e VIII.A.3. portanto, a apreciação do pleito liminar pelo Árbitro de Emergência, que tem competência para fazê-lo.

B) PEDIDO LIMINAR: SUSPENSÃO DA APLICAÇÃO DO DESCONTO DE REEQUILÍBRIO

139. Apesar de cabível a Solicitação, o Árbitro de Emergência não vislumbra presentes os requisitos autorizadores para a concessão de medidas de urgência, quais sejam, o perigo do dano e a verossimilhança do direito alegado.

140. Em que pese se tratar de medida cautelar pré-arbitral submetida ao Árbitro de Emergência e não ao Poder Judiciário, o acolhimento do pedido formulado pela Solicitante, de acordo com a doutrina, está igualmente subordinado ao preenchimento dos requisitos autorizadores do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Veja-se:

*“Na verdade, a cautelar pré-arbitral tem sua disciplina definida no CPC, mas sempre submetida ao crivo do juízo arbitral, que mantém sua competência para ratificar ou não o decidido ou efetivado na tela judicial. Por isso mesmo essa cautelar sujeita-se aos princípios e ditames albergados no referido Código [sic. de Processo Civil], devendo a eles se amoldar. Presentes, destarte, devem estar os denominados pressupostos processuais e as condições da ação. A despeito da desarmonia existente na doutrina no concernente à natureza jurídica do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, entende-se que ambos integram os fundamentos do*

ser submetidas à arbitragem. Importa reiterar que **em sede contratual não estão sendo discutidos os atos administrativos, mas disposições contratuais.** LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 145/146.

⁹¹ Id., p. 147.

*pedido de cautela, à míngua dos quais esse pedido desvendar-se-ia carente de fundamentação.*⁹² (sem ênfase no original)

141. Assim, deve-se analisar requisitos similares aos da legislação processual civil em geral, ou seja, a probabilidade do reconhecimento do mérito do direito invocado e o risco na demora do provimento final⁹³. É internacionalmente aceito que a medida cautelar só deve ser concedida pelo Tribunal Arbitral quando o caso for razoavelmente sustentável no mérito, existir risco de dano sério ou irreparável e não houver pré-julgamento da causa⁹⁴.

142. Decide, assim, indeferir o pedido liminar formulado pela SOLICITANTE na Solicitação, em virtude da **(B.1)** e inexistência de probabilidade do direito e **(B.2)** ausência de real urgência, pelos fundamentos a seguir expostos.

B.1 AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO (*FUMUS BONI IURIS*)

143. O requisito da probabilidade do direito se satisfaz com a aparência do bom direito invocado pela parte em contraposição à certeza do direito suscitado. No contexto da cognição sumária a que se submete o presente procedimento, o Árbitro de Emergência realiza um juízo de mera probabilidade e verossimilhança do direito invocado.

144. O juízo de probabilidade pressupõe uma análise preliminar da existência do direito alegado pela SOLICITANTE sem, contudo, ser capaz de certificar sua existência, que somente se dará em sede de cognição exauriente a ser realizada pelo Tribunal Arbitral⁹⁵. Sendo assim e como já afirmado, toda e qualquer interpretação ora levada a cabo pelo

⁹² ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de urgências e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 372.

⁹³ São os requisitos normalmente identificados como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O Código de Processo Civil de 2015, no art. 300, disciplina que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

⁹⁴ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 322-324. Na mesma linha: BORN, Gary B. *International commercial arbitration: volume 2: international arbitral procedures*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014, p. 2468 e seguintes.

⁹⁵ “(...) as expressões *fumus boni iuris* e prova inequívoca da verossimilhança da alegação são equivalentes e indicam que a tutela de urgência, tanto quanto a tutela de emergência, compromete-se finalissimamente com juízos de verossimilhança, sem compromisso com a certificação do direito”. ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de urgências e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28.

Árbitro de Emergência, deve ser vista como provisória e preliminar, ainda que ausente tal ressalva nos itens que compõem a fundamentação da decisão.

145. É necessário, portanto, que sejam examinadas as duas causas de pedir centrais da argumentação trazida pela SOLICITANTE no âmbito do *fumus boni iuris*, quais sejam, as disposições do **(i)** Contrato e a **(ii)** a boa-fé objetiva.

146. Dentro dessa dinâmica, não se vislumbra, à luz de uma análise sumária do Contrato e das especificidades do caso concreto, a verossimilhança do direito das alegações da SOLICITANTE.

B.2.1 A análise sumária do Contrato sinaliza o direito da PARTE REQUERIDA à aplicação do Desconto de Reequilíbrio

147. O desconto ou acréscimo de reequilíbrio, calculado pelo Fator D, é uma modalidade contratualmente acordada entre as PARTES para a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do Contrato. Trata-se de um redutor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio em razão do não atendimento aos Parâmetros de Desempenho ou no caso de antecipação na entrega de obras, conforme previsto no Anexo 5 do Contrato.

148. Os Parâmetros de Desempenho – ou seja, os marcos contratuais que devem ser atingidos pela SOLICITANTE dentro de determinados prazos e padrões de qualidade – estão dispostos no PER.

149. O PER contempla os Parâmetros de desempenho das Frentes de Recuperação e Manutenção, Frente de Ampliação, Frente de Conservação e Frente de Serviços Operacionais. Para o caso presente, são relevantes os critérios relacionados ao atendimento dos Parâmetros de Desempenho relativos à Frente de Ampliação.

150. De acordo com a cláusula 3.2.1 do PER, as obras da Frente de Ampliação deveriam ter início desde a obtenção da licença de instalação pela PARTE REQUERIDA, contando-se a partir dessa data 48 (quarenta e oito) meses para conclusão das obras pela SOLICITANTE:

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

3.2.1 Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias

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

151. O período de 48 (quarenta e oito) meses divide-se em quatro anos de referência conforme o cronograma constante da cláusula 3.2.1.1, dentro dos quais incumbe à SOLICITANTE executar serviços de duplicação de pista em uma determinada extensão de quilômetros e em conformidade com certos critérios qualitativos. Veja-se:

3.2.1.1 Obras de ampliação

A duplicação de subtrechos deverá ser realizada conforme a localização, os quantitativos e os prazos indicados a seguir:

Ano	Extensão (km)	% do Total a ser duplicado
1	35,0	16%
2	52,4	24%
3	74,3	34%
4	56,8	26%
Total para implantação	218,5	100%
Trecho duplicado	218,1	
Extensão em duplicação pelo DNIT	0	
Extensão do lote	436,6	

Durante o período de obras de duplicação, a Concessionária deverá garantir que ao menos uma faixa de tráfego por sentido esteja livre a todos os momentos. Em caso de inviabilidade técnica, o fechamento de todas as faixas de tráfego deve ser previamente submetida a aprovação da ANTT.”

152. O PER, assim, não contempla datas pré-fixadas para realização dos serviços da Frente de Ampliação, mas sim lapsos temporais, em meses, que deveriam ser computados pelas PARTES a contar da obtenção da licença de instalação.

153. A licença de instalação prevista na cláusula 5.2.1 do Contrato⁹⁶ deveria ser disponibilizada pela PARTE REQUERIDA em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas na cláusula 3.2.1.1 do PER.

154. O período compatível seria de até doze meses contados da data de assunção da Rodovia BR-050 pela SOLICITANTE, nos termos da cláusula 10.3.2 (i) (a) do Contrato⁹⁷ e findaria em 08 de janeiro de 2015.

155. Assim, , segundo o Contrato, há indicativo da existência de dois cronogramas distintos: um cronograma ideal, considerando a obtenção da licença na data limite estipulada pela cláusula 10.3.2 (i) (a) do Contrato e os lapsos temporais estabelecidos no PER se computariam a partir de então ("**Cronograma Planejado**") e um cronograma real, atrelado à data em que efetivamente foi emitida a licença de instalação ("**Cronograma Real**").

156. O Cronograma Planejado seria aquele que, quando da celebração do Contrato, serviu como base para que as PARTES planejassem – *logicamente* – os investimentos que deveriam acompanhar a execução do Contrato. Confirma-se o Cronograma Planejado:

Ano	Início	Término
1	08/01/2015	07/01/2016

⁹⁶ Contrato, Cláusula 5.2: "5.2 O Poder Concedente deverá:

5.2.1 Obter licença prévia e licença de instalação das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias do item 3.2.1 do PER, nas condições previstas na subcláusula 10.3.2."

⁹⁷ Contrato, Cláusula 10.3.2 (i) (a): "10.3.2 A licença de instalação prevista na subcláusula 5.2.1 será disponibilizada a Concessionária em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1 .I.do PER, de acordo com as seguintes condições.

(i) A licença de instalação necessária ao cumprimento da primeira meta anual das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias prevista no item 3.2.1 do PER será disponibilizada a Concessionária em até 12 (doze) meses contados da Data da Assunção.

(a) Para o cálculo da extensão equivalente ao cumprimento da primeira meta anual das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias prevista no item 3.2.1 do PER será descontada a extensão passível de enquadramento no art. 85 inciso III da Portaria nV88/MT/MMA, nos termos da subcláusula 5.1 .I(i)(a)."

2	08/01/2016	07/01/2017
3	08/01/2017	07/01/2018
4	08/01/2018	07/01/2019

157. O Cronograma Real, por sua vez, teria como marco inicial a data efetiva da obtenção da licença de instalação, qual seja, 1º de julho de 2015:

Ano	Início	Término
1	1º/07/2015	30/06/2016
2	1º/07/2016	30/06/2017
3	1º/07/2017	30/06/2018
4	1º/07/2018	30/06/2019

158. Note-se que o Cronograma Real tem – em tese – as datas variáveis no tempo, a depender do momento de obtenção da licença de instalação, ao passo que o Cronograma Planejado é fixo.

159. É dentro desse contexto que surge um dos pontos controvertidos submetidos ao Árbitro de Emergência, ainda que em um âmbito de cognição sumária. Para a SOLICITANTE, a data-base para aferição da realização do investimento planejado deixou de ser, com o atraso na obtenção da licença, aquela prevista para o término de cada ano no Cronograma Planejado e passou a ser aquela do Cronograma Real.

160. Ou seja, na visão da SOLICITANTE, a PARTE REQUERIDA deveria aferir se na data-base de 30 de junho de cada um dos anos em comento houve a realização do investimento originalmente planejado para aquele ano. Porém, segundo a visão do Árbitro de Emergência, não lhe assiste razão, em sede de cognição sumária e exame perfunctório da pretensão contida na Solicitação.

161. O planejamento de investimentos do Contrato foi realizado com base no Cronograma Planejado. Significa que o desvio do Cronograma Planejado – seja com atraso ou com antecipação dos serviços nele previstos – representa um desequilíbrio econômico-financeiro no âmbito do Contrato, pois o investimento previsto não se concretizou no tempo originalmente estimado, o que é passível de recomposição por

meio da aplicação do desconto ou acréscimo de reequilíbrio. É para tal propósito que as Partes firmaram estipulações atinentes ao reequilíbrio financeiro do Contrato, segundo a interpretação do Árbitro de Emergência, tendo em consideração o quanto até aqui exposto.

162. Nesse racional, apesar de o Cronograma Real ter o condão de alterar a data de início e de término dos Anos 1 a 4, parece não afetar a data-base para apuração da concretização dos investimentos originalmente planejados, que se concretizará ao fim de cada um dos períodos conforme o Cronograma Planejado.

163. A alusão ao desvio no planejamento se vincula ao Cronograma Planejado e não ao Cronograma Real. Não é passível de acolhimento, mediante tal constatação preliminar, a tese da SOLICITANTE no contexto de seu pleito de urgência, de que não é possível desvencilhar o cronograma do avanço físico da obra do avanço financeiro para fins de reestabelecimento do equilíbrio contratual.

164. O reequilíbrio parece incidir se houver discrepância entre o avanço financeiro real, que acompanha o Cronograma Real, e o avanço financeiro planejado, que se mede à luz do cumprimento do Cronograma Planejado, em leitura conjugada e preliminar das cláusulas contratuais.

165. Isso porque, dentro da dinâmica da relação contratual estabelecida, quando não ocorre o investimento no prazo do Cronograma Planejado, independentemente do motivo, é necessário trazer ao valor presente a remuneração da SOLICITANTE para que se torne correspondente ao efetivamente realizado. O Acórdão do TCU nº 283/2016, de Relatoria do Ministro Augusto Nardes, explica⁹⁸:

*“Em essência, **o desconto de reequilíbrio, também chamado de Fator D, traz a valor presente as obras e serviços previstos na concessão e estima o seu impacto no fluxo de caixa.** Em decorrência, a não execução dessa obra ou serviço acarretaria a retirada, da tarifa, que corresponderia exatamente ao impacto de sua inexecução.” (sem ênfase no original)*

⁹⁸ Data da sessão: 17/02/2016. Número da ata: 04/2016.

166. Feito esse esclarecimento inicial, não aparenta ser a mais adequada, nessa análise sumária, a interpretação adotada pela SOLICITANTE de que o marco inicial para aferição de incidência do Desconto de Reequilíbrio deve ser a data da efetiva obtenção da licença, de maneira que, se atendidos os prazos do Cronograma Real, estaria a PARTE REQUERIDA impedida de aplicar o Desconto de Reequilíbrio.

167. Tanto que assim declararam e contrataram as PARTES em disputa. No caso de não cumprimento dos Parâmetros de Desempenho da Frente de Ampliação por força da ausência da licença de instalação cuja responsabilidade era da PARTE REQUERIDA, não incidiria qualquer penalidade à SOLICITANTE, mas aplicar-se-ia o Desconto de Reequilíbrio, nos termos da cláusula 10.3.2 (i) (c) do Contrato, a seguir transcrita:

*“(c) Após o início da cobrança da Tarifa de Pedágio, **o desatendimento da meta de duplicação de cada ano prevista no item 3.2.1.I. do PER, por força da ausência de obtenção da licença de instalação, não acarretará responsabilização da Concessionária, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mediante aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio previsto na subcláusula 22.6 deste Contrato.**” (sem ênfase no original)*

168. Do mesmo modo, a sistemática contratual estabelece que, caso se verifique atraso no atingimento dos prazos originalmente previstos –, ou seja, Cronograma Planejado – por força dos eventos que estão sob a responsabilidade da PARTE REQUERIDA, nos termos da cláusula 21.2 do Contrato (sendo a licença de instalação um deles), incidirá o Desconto de Reequilíbrio. Veja-se o que dispõe a cláusula 22.6.4 (v) do Contrato:

*“(v) em caso de atraso na execução das obras e serviços da ***Frente De Ampliação De Capacidade E Manutenção Do Nível Dos Serviços*** decorrente de eventos que sejam comprovados e reconhecidos expressamente pela ANTT como de enquadramento na Cláusula 21.2 **será aplicado o Desconto de Reequilíbrio, mas não será aplicada a penalidade.**” (sem ênfase no original)*

169. Tende-se a interpretar que tais previsões perderiam a razão de ser caso a data base para aferição dos parâmetros de desempenho para fins de aplicação de desconto

ou acréscimo de reequilíbrio fosse variável, acompanhando a data de obtenção da licença, pois, nesse caso, inexistiria desatendimento às metas originalmente estipuladas.

170. É o que explica a Procuraria Geral junto à PARTE REQUERIDA na Nota nº 02425/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, de 25 de novembro de 2016:

"22. Se essa fosse a ideia, computar o desconto de reequilíbrio a partir da data da expedição da licença, não haveria sentido algum em impor, em cláusula específica para tanto, a incidência automática do fator D, exatamente porque não haveria, nesse caso, descumprimento da meta em razão do atraso na licença."⁹⁹

171. Nesse contexto, em análise sumária, as distinções realizadas pela PARTE REQUERIDA no que diz respeito às diferenças conceituais entre as penalidades contratuais e o Desconto de Reequilíbrio parecem fazer sentido ao Árbitro de Emergência. O reequilíbrio contratual, destarte, não constituiria penalidade. Isso autoriza concluir, no atual âmbito, que a penalidade está atrelada à apuração da culpa da SOLICITANTE pelo atraso ou inexecução dos serviços. O reequilíbrio, por sua vez, visa tão somente manter o contrato financeiramente equilibrado em razão da existência de fato objetivo da inocorrência – ou atraso – de investimentos previstos.

172. Por isso, parece ser incabível discutir quanto à aplicação do Desconto de Reequilíbrio quem, o que e qual motivo gerou a incompatibilidade entre o Cronograma Planejado e o Cronograma Real – que no caso se deu pelo atraso na obtenção da licença de instalação.

173. Importa verificar se, dentro de cada ano de execução do Contrato, que tem seu início e término compatíveis com o Cronograma Real, consubstanciou-se ou não o investimento originalmente previsto à data-base planejada para término daquele período conforme o Cronograma Planejado.

174. Não se nega que o Contrato entabulado entre as PARTES seja complexo, capaz de dar ensejo a interpretações distintas, como já destacado na presente Ordem, e que poderão ser objeto de maior desenvolvimento pelas PARTES no curso do procedimento

⁹⁹ P. 148 do Processo nº 50500.1950-66-2016-81 acostado pela PARTE REQUERIDA aos autos em sua Manifestação à Ordem Processual nº 3.

arbitral instaurado, inclusive autorizando, se o caso, a alteração do entendimento ora firmado.

175. Contudo, em sede de cognição sumária, entende o Árbitro de Emergência que a interpretação sistemática de suas cláusulas não demonstra a probabilidade do direito da SOLICITANTE, pelo que descabida, por ora, a suspensão do Desconto de Reequilíbrio

B.2.2 Ausência de violação à boa-fé objetiva – interpretação contratual da 3ª Revisão Ordinária é consistente com a 2ª Revisão Ordinária

176. De igual modo, a conduta da PARTE REQUERIDA na aplicação do Desconto de Reequilíbrio na 3ª Revisão Ordinária não parece constituir afronta à boa-fé objetiva por supostamente frustrar a legítima expectativa da SOLICITANTE, como argumentado. Tal questão, evidentemente, está intimamente ligada à produção probatória ampla, de maneira que a apreciação ora deduzida se faz diante de um juízo de mera probabilidade do direito invocado.

177. Vale dizer, de início, que a doutrina acostada pela própria SOLICITANTE pressupõe que, para haver legítima expectativa do ente privado com relação à determinada interpretação da Administração, esta deve ter sido adotada pela Administração em caráter uniforme:

*"Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação **adotada em caráter uniforme para toda a Administração**, é evidente que sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor das interpretações jurídicas variáveis no tempo"¹⁰⁰(sem ênfase no original)*

178. Não se verifica no estrito âmbito de cognição sumária, no caso concreto, interpretação pela não aplicação do Fator D em função da não obtenção da licença de instalação que tenha sido adotada pela PARTE REQUERIDA em caráter uniforme.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 116.

179. Existem, de fato, dois eventos isolados que poderiam criar dúvida à SOLICITANTE pela não aplicação do Desconto de Reequilíbrio nos anos subsequentes, caso a discussão sobre o tema perante a esfera administrativa não houvesse persistido, quais sejam: **(i)** a 1ª Revisão Ordinária, em que a PARTE REQUERIDA deixou de aplicar o Desconto de Reequilíbrio em 10 de março de 2016 e **(ii)** o Parecer nº 01181/2016/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU¹⁰¹, de 10 de junho de 2016, em que a Procuradoria Geral manifestou-se a favor da não incidência do Fator D no caso de atraso pela não obtenção da licença.

180. Contudo, aparentemente, ainda que tais eventos pudessem ser enquadrados como *“interpretação uniforme da Administração”* a ponto de fazer surgir para a SOLICITANTE a legítima expectativa de não aplicação do Desconto de Reequilíbrio nos anos subsequentes, a Nota nº 04155/2016/PF-ANTT/PFANTT/PFG/AGU de 28 de junho de 2016¹⁰² – proferida apenas dezoito dias após a emissão do Parecer nº 01181/2016/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU¹⁰³ – coloca em xeque a potencial assertividade que daria guarida ao entendimento da SOLICITANTE no sentido de que não viria a ser aplicado, nas revisões ordinárias subsequentes, o Fator D.

181. Mesmo que, na visão da SOLICITANTE, tenha ocorrido incerteza interpretativa quanto às cláusulas que autorizam a incidência do Desconto de Reequilíbrio após a emissão da Nota nº 04155/2016/PF-ANTT/PFANTT/PFG/AGU, a SOLICITANTE não evidenciou – ao menos do quanto até aqui noticiado – ter se pronunciado contrariamente diante **(i)** do entendimento exarado pela Procuradoria Federal na Nota nº 02425/2016/PF-ANTT/PGF/AGU de 25 de novembro de 2016¹⁰⁴; **(ii)** da adoção de referido entendimento pela PARTE REQUERIDA por ocasião da 2ª Revisão Ordinária ocorrida em março de 2017; e **(iii)** diante da possibilidade de incidência do Fator D na 3ª Revisão Ordinária. Isso revela, ao menos em tese, que se havia hesitação sobre a matéria, ao que se tem notícia, ela não foi suscitada ao longo de mais de um ano, o que era factível.

¹⁰¹ Doc. 09 da Solicitação.

¹⁰² Doc. 07 da Solicitação.

¹⁰³ Doc. 09 da Solicitação.

¹⁰⁴ Cópia integral se inicia na p. 141 do Processo nº 50500.1950-66-2016-81 acostado pela PARTE REQUERIDA aos autos em sua Manifestação à Ordem Processual nº 3.

Inviável, assim, concluir, no atual estágio, que se encontra presente entendimento reiteradamente exarado pela Administração Pública desde junho de 2016.

182. O que aparenta existir desde o mês de junho do ano de 2016 é uma expectativa diversa da arguida pela SOLICITANTE, no sentido de que incidiria, dali em diante – como de fato recaiu na 2ª Revisão Ordinária – o Desconto de Reequilíbrio adotando como data-base para sua aferição sempre o mês de janeiro de cada ano.

183. Ademais, o entendimento exarado pela PARTE REQUERIDA no Parecer Técnico nº 014/2018/GEFOR/SUINF¹⁰⁵, emitido no caso da Concessão da Ponte Rio-Niterói, não sinaliza servir de supedâneo à pretensão da Solicitação. Com efeito, dentro dos limites de cognição deste Árbitro de Emergência, o caso apresentado se mostra diverso do ora discutido.

184. As circunstâncias que não se assemelham na integralidade à presente demanda, como admite a própria SOLICITANTE¹⁰⁶, eis que naquele caso discutia-se também a metodologia para aplicação do Fator D para a Frente de Manutenção e ausência de apoio operacional da PARTE REQUERIDA, elementos capazes de, segundo o entendimento firmado naquele caso, contribuir para a formação de sua alegada legítima expectativa pela não aplicação do Fator D. Ressalta-se que o Árbitro de Emergência não teve acesso ao contrato discutido naquele caso, tampouco as partes lá em disputa são coincidentes com as do presente procedimento.

185. Além disso, o entendimento manifestado pela PARTE REQUERIDA naquela oportunidade no que diz respeito à aplicação do Fator D em razão do atraso na apresentação da licença ambiental também aparenta não favorecer a tese da SOLICITANTE.

186. Veja-se que, a despeito da não obtenção da licença no prazo contratual, a PARTE REQUERIDA afirmou que "*não existem argumentos suficientes que suportam a não aplicação do fator D da presente obra pelo atraso apresentado no licenciamento ambiental*"¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Acostado pela SOLICITANTE em Réplica.

¹⁰⁶ Paras. 65 a 67 da Réplica.

¹⁰⁷ Para. 27 do Parecer Técnico nº 014/2018/GEFOR/SUINF.

187. Dessa forma, também pelo viés da boa-fé objetiva, portanto, deve ser afastada a pretensão liminar da SOLICITANTE.

B.2 AUSÊNCIA DE REAL URGÊNCIA (PERICULUM IN MORA)

188. O *periculum in mora* que legitima a providência cautelar deve considerar a existência de um perigo real, grave e iminente, que possa causar ao interessado um dano irreparável ou de difícil reparação.

189. Nessa linha, o Árbitro de Emergência entende que não há urgência atual nem iminente a justificar a concessão da liminar pleiteada. Apesar dos argumentos expostos pela SOLICITANTE, inexistente demonstração de irremediável perecimento de direito, ao menos no corrente estágio do procedimento, em que há incipiente produção instrutória.

190. Embora o Árbitro de Emergência tenha mencionado no item VIII.A.1 da presente Ordem, ao avaliar o cabimento do procedimento de emergência instaurado, a existência de um evento que, em tese, teria potencial de causar prejuízos à SOLICITANTE, o juízo que se faz no âmbito do mérito do pedido liminar propriamente dito deve ser distinto. Nesse ponto deve-se examinar o efetivo risco de dano grave ou de difícil reparação que a medida contestada tem o condão de causar à SOLICITANTE.

191. Sustenta a SOLICITANTE que o impacto em sua receita anual será afetado em R\$ 14.000.000,00 (catorze milhões de reais), causando, entre outros prejuízos, a queda na qualidade dos serviços aos usuários, especialmente no ano de 2018, quando está prevista a maior meta de investimentos do Contrato.

192. A urgência alegada consistente na queda de receitas que se acumulam ao longo do tempo não é premente, pelo que não justifica a intervenção imediata de um árbitro de emergência.

193. Assim que a própria SOLICITANTE, como forma de demonstrar os prejuízos que estaria exposta, promoveu cálculos de potencial redução de receita em período de 12 (doze) meses. A perda, destarte, se concretizada, é diluída, não se concretiza de plano.

194. O prejuízo a que alegadamente está suscetível a SOLICITANTE, portanto, pelo menos no que tange a uma queda significativa de receita, não é grave nem iminente a justificar

a intervenção imediata deste Árbitro de Emergência. É plenamente viável e razoável imaginar que até a constituição do tribunal arbitral, ainda em formação, a retração de receita não afetará (ou pelo menos não deveria) de maneira substancial o seu fluxo de caixa e a qualidade dos seus serviços, não sendo trazidos elementos que justificariam conclusão diversa.

195. Sob outra ótica e considerando, ainda, que o reequilíbrio previsto contratualmente parece ter como norte restabelecer grau de remuneração maior ao concessionário para o fim de amortizar grandes investimentos ocorridos em período de apuração anterior, certo é que a inexecução ou atraso das obras de ampliação também atrasaram o dispêndio de recursos, inexistindo, pois, sob a lógica do Contrato, necessidade de intervenção imediata deste Árbitro de Emergência. É que o atraso dos investimentos, ainda que sem culpa da SOLICITANTE, faz presumir que os gastos também foram prorrogados na mesma proporção da demora causada pela PARTE REQUERIDA.

196. É de se notar, ainda, que na 2ª Revisão Tarifária, ocorrida em 2017, as PARTES confirmaram a aplicação do Desconto de Reequilíbrio, o que não foi contestado pela SOLICITANTE, criando uma expectativa de também ter a sua aplicação no ano de 2018, como de fato ocorreu agora. Assim, é plausível cogitar que não deveria a SOLICITANTE ter ignorado tal situação por ocasião da programação de seus investimentos, receitas, fluxo de caixa etc., pois presumivelmente já tinha ciência àquela altura que o Desconto de Reequilíbrio a atingiria em maior grau em 2018.

197. Por ocasião da contratação, contemplaram ou deveriam ter contemplado as PARTES que eventual atraso na liberação das frentes necessárias para a realização dos investimentos, que culminariam aplicação do Desconto de Reequilíbrio, causaria perda de receita após a verificação da demora, independentemente da parte culposa na relação.

198. Nesse ponto, vale lembrar, por se tratar de um reequilíbrio econômico financeiro, o atraso ou a inexecução contratual devem ser compreendidos, *a priori*, objetivamente, isto é, desvinculados da atribuição de culpa. Isso foi declarado pela SOLICITANTE na cláusula 22.4.4 (v) do Contrato, que prevê não só o caráter objetivo da avaliação a ser realizada, como também que, em caso de atraso decorrente de eventos

sob o risco e responsabilidade da PARTE REQUERIDA, conforme Cláusula 21.2 do Contrato, aplicar-se-á o Desconto de Reequilíbrio.

199. Também contemplaram as PARTES que, entre a assinatura do Contrato e o prazo previsto no mesmo instrumento para obtenção das licenças de que necessitava a SOLICITANTE, não haveria aplicação do Desconto de Reequilíbrio, o que possibilitaria, de certa forma, à SOLICITANTE amortizar parcela de dispêndios atinentes à contratação, ante a maior remuneração e a ausência de obrigação dos investimentos que ora são discutidos. A partir da mora da PARTE REQUERIDA, aplicou-se, ao que tudo indica, uma verificação objetiva (sem juízo de culpa) dos trabalhos de ampliação que inibiriam a aplicação do Desconto de Reequilíbrio. Tal circunstância deveria ter sido levada em consideração pelos contraentes no que se refere à organização financeira do Contrato.

200. Ainda que se afirme ser o período do ano de 2018 aquele em que maior fluxo de recursos serão empregados, o que se conclui é que a apuração do Fator D para os investimentos desse período somente serão amortizados por ocasião da aferição subsequente do Fator D, a realizar-se no ano seguinte. O cronograma contratual não prevê a antecipação do aumento da receita pelo Fator D em relação aos investimentos a serem realizados, pois estes antecedem o reequilíbrio que virá no ano seguinte. Determina a Cláusula 22.6.2¹⁰⁸ do Contrato e 2.3 do Anexo 5 do Contrato¹⁰⁹ que a cada ano do Contrato de Concessão haverá a avaliação de desempenho a ensejar a aplicação do Fator D.

201. Assim, se em 2018 haverá maior desembolso, presume-se que tal fato deverá ser considerado apenas em 2019, quando os cálculos de avaliação de desempenho considerarão os investimentos de 2018.

¹⁰⁸ "22.6.2 **A cada ano do Prazo da Concessão**, o resultado da avaliação de desempenho determinará o Desconto ou Acréscimo de Reequilíbrio para o respectivo ano, na forma prevista no Anexo 5." (sem ênfase no original).

¹⁰⁹ "2.3 **A avaliação de desempenho será realizada em periodicidade anual** e terá por objetivo identificar a inexecução dos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção e das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço, de acordo com os Parâmetros Técnicos e os Parâmetros de Desempenho. Essa identificação será feita por meio da constatação do não cumprimento de cada uma das referidas atividades em cada subtrecho do Sistema Rodoviário e **para cada ano do Prazo de Concessão**, observando-se que: (...)" (sem ênfase no original).

202. De qualquer maneira, a existência de maior ou menor grau de investimento, que possa afetar o fluxo de caixa, é ínsito a qualquer negócio empresarial voltado ao lucro, não se podendo valer a parte de socorro da urgência ausente, *a priori*, uma medida ilegal por sua contraparte.

203. Em suma, a questão patrimonial debatida não é irreversível. Se o caso, poderá eficazmente ser modificada, permitindo que a SOLICITANTE recomponha a situação anterior. Da mesma maneira, não há comprometimento da eficácia de futura sentença arbitral a ser proferida, seja qual for o resultado.

204. De toda forma, o pleito poderá ser reapreciado pelo Tribunal Arbitral, notadamente após a apresentação das alegações escritas, juntada de documentos e respectivas respostas.

205. Por tais motivos, deve ser rejeitado o pedido lançado na Solicitação.

C) CUSTOS DO PROCEDIMENTO

206. Nos termos do Artigo 7 (3) do Apêndice V do Regulamento¹¹⁰, incumbe ao Árbitro de Emergência a alocação dos custos decorrentes do presente Procedimento de Árbitro de Emergência.

207. Em que pede as PARTES não tenham se pronunciado sobre o tema em suas manifestações escritas, entende o Árbitro de Emergência que, em virtude do disposto na cláusula 37.1.10 do Contrato, que prevê que as custas do procedimento arbitral serão suportadas pela parte vencida, a alocação dos custos atinentes ao Procedimento de Árbitro de Emergência deve acompanhar o mesmo racional.

208. Dessa maneira, tendo a SOLICITANTE sucumbido em seu pedido liminar, deverá arcar integralmente com os montantes incorridos nos termos do artigo 7 (4) do Apêndice V do Regulamento¹¹¹. De acordo com carta da Secretaria datada de 29 de março de 2018,

¹¹⁰ “ARTIGO 7º - Custos do procedimento do árbitro de emergência
(...)”

3. A Ordem do árbitro de emergência fixará os custos do procedimento do árbitro de emergência e decidirá qual das partes arcará com o seu pagamento, ou em que proporção serão repartidos entre as partes.”

¹¹¹ “ARTIGO 7º - Custos do procedimento do árbitro de emergência

os valores totalizam R\$ 128.000,00 (cento e vinte e oito mil reais), incluindo R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais) relativos às despesas administrativas e R\$ 96.000,00 (noventa e seis mil reais) atinentes aos honorários do árbitro de emergência.

209. Não tendo as PARTES formulado pleitos relativos à condenação em honorários advocatícios, deixa o Árbitro de Emergência de se pronunciar a respeito.

IX – DISPOSITIVO

210. À luz do quanto exposto, decide o Árbitro de Emergência:

- a) Admitir a Solicitação à luz do artigo 29 (1) do Regulamento, nos termos do capítulo VIII.A.1 desta Ordem;
- b) Reconhecer sua competência para apreciação da Solicitação, uma vez que preenchidos os requisitos de conformidade aos artigos 29 (5) e 29 (6) do Regulamento, nos termos dos capítulos VIII.A.2 e VIII.A.3 desta Ordem;
- c) Conhecer da Solicitação, tendo em vista que a matéria submetida ao Árbitro de Emergência é passível de solução pela via arbitral;
- d) Indeferir o pedido liminar constante da Solicitação para que a PARTE REQUERIDA se abstenha de aplicar o Desconto de Reequilíbrio até ulterior decisão do Tribunal Arbitral sobre o tema, nos termos do artigo 29(3) do Regulamento;
- e) Condenar a SOLICITANTE a arcar integralmente com os montantes incorridos relativos aos custos do procedimento, nos termos do artigo 7 (4) do Apêndice V do Regulamento.

Sede do Procedimento de Árbitro de Emergência: Brasília – DF, Brasil.

Data: 11 de abril de 2018.



Giovanni Ettore Nanni

(...)

4. Os custos do procedimento do árbitro de emergência incluem as despesas administrativas da CCI, os honorários e despesas do árbitro de emergência, as despesas razoáveis, legais e outras, incorridas pelas partes no curso do procedimento do árbitro de emergência.”