

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

Procedimento Arbitral nº 23238/GSS/PFF

ECO050 – CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A.

Requerente

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT

Requerida

TRIBUNAL ARBITRAL

Carlos Alberto Carmona

Flávio Amaral Garcia

Sergio Nelson Mannheimer

ORDEM PROCESSUAL Nº 11

19 de junho de 2020

I. PROVA PERICIAL

I.1. RELATÓRIO

1. Por meio da Ordem Processual nº 10, o Tribunal Arbitral prorrogou o prazo concedido para as partes apresentarem quesitos e indicarem assistente técnicos para o dia 22.04.2020, bem como o prazo para cada parte se manifestar sobre os quesitos formulados pela parte contrária para o dia 20.05.2020.

2. Diante disso, em 22.04.2020, a REQUERENTE indicou como seus assistentes técnicos as empresas Beltrame Engenharia S/S Ltda., sociedade inscrita no CNPJ sob nº 05.609.909/0001-65 [REDACTED] sociedade inscrita no CNPJ sob o nº 00.758.743/0001-25, [REDACTED] SP, tendo, ainda, apresentado 20 (vinte) quesitos de engenharia e 11 (onze) quesitos econômico-financeiros.

3. Na mesma data, a REQUERIDA indicou como seus assistentes técnicos o Sr. Giulliano Renato Molinero, especialista em regulação, [REDACTED] e a Sra. Mirian Ramos Quebaud, especialista em regulação, [REDACTED] formulando 10 (dez) quesitos para a perícia de engenharia e 8 (oito) quesitos para a perícia econômico-financeira.

4. Na sequência, em 20.05.2020, a REQUERIDA impugnou os quesitos nºs 2, 4, 9 e 10 formulados pela REQUERENTE para a perícia econômico-financeira, os quais possuem a seguinte redação:

“2) A cláusula 2.5 do anexo 5, que dispõe sobre o Fator D, estabelece que a aplicação dos percentuais referentes ao desconto de reequilíbrio ocorrerá ‘somente no ano subsequente ao que for constatado o seu não atendimento. Tais percentuais serão retirados do cálculo do Desconto de Reequilíbrio seguinte se a irregularidade for sanada até a respectiva avaliação de desempenho e entrega das obras. Dessa forma, o impacto na Tarifa Básica de Pedágio ocorrerá de uma só vez, no ano subsequente ao ano da avaliação’. À luz desta cláusula, queira o Sr. Perito responder:

- a) *O que ocorre, do ponto de vista do equilíbrio do contrato, caso, contrariamente ao previsto pela cláusula 2.5, o desconto permaneça incidindo sobre a tarifa mesmo após o cumprimento da meta?*
- b) *Pode o Fator D se configurar como um evento gerador de desequilíbrio econômico-financeiro?”*

* * *

“4) Considerando (i) que a licença ambiental de instalação, cuja obtenção era de responsabilidade do Poder Concedente, era imprescindível para o início das obras, (ii) que houve atraso na emissão da licença ambiental e (iii) que o cronograma previsto no 1º Termo Aditivo (RTE-17) compatibilizou o prazo para atendimento das metas anuais de investimento previstas no item 3.2.1.1 do PER em todo o escopo de obras de ampliação, pergunta-se: se a aplicação do Fator D não restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pode-se afirmar que essa situação tem o condão de provocar prejuízos à projeção de geração de caixa e lucro da Concessionária? Gentileza esclarecer a questão considerando-se a possibilidade de aplicação do Fator D (desconto) mesmo após a conclusão da meta de investimentos para o ano, bem como o cronograma previsto pelo Primeiro Termo Aditivo.”

* * *

“9) Considerando que o Fator D não pode ser um evento gerador de desequilíbrio do Contrato, pergunta-se: o desconto de reequilíbrio pode ser aplicado mesmo após o cumprimento do cronograma de metas anuais de obras? Solicita-se à instituição perita que justifique a sua resposta, e em caso positivo, indique as situações das quais vislumbra a possibilidade aventada no questionamento.”

* * *

“10) A partir das respostas aos quesitos acima, pergunta-se: como aplicar o Fator D no caso de uma postergação integral do cronograma de investimentos, tal como ocorreu em decorrência do atraso na obtenção da Licença de Instalação pelo Poder Concedente, e não de um atraso de obras pela Concessionária, sem causar desequilíbrio à relação contratual? Solicita-se à instituição perita que justifique a sua resposta.”

5. Eis o resumo da impugnação da REQUERIDA:

- (i) Quesito nº 2: o quesito seria inútil, na medida em que se limitaria a perguntar ao perito se há desequilíbrio em caso de descumprimento do Contrato de Concessão;
- (ii) Quesito nº 4: a indagação da REQUERENTE partiria do pressuposto de que o Fator D não reestabelece o equilíbrio do contrato, com o objetivo de extrair do perito uma resposta de que, se não reestabelecido o equilíbrio, haveria prejuízo à Concessionária;

- (iii) Quesito nº 9: segundo a REQUERIDA, no quesito “*é questionado se o Fator D pode ser aplicado mesmo após o cumprimento do cronograma de metas anuais de obra. Ora, essa definição cabe ao contrato, não ao perito. Nesse ponto, por não referenciar a forma como o instituto foi previsto no contrato, esse quesito pode induzir o perito a erro, de modo a desconsiderar que, no cálculo feito pela ANTT, os impactos foram suavemente diluídos em todo o fluxo de caixa*”¹;
- (iv) Quesito nº 10: a indagação da REQUERENTE teria a pretensão de que o perito formule juízo jurídico sobre o desequilíbrio contratual, levando “*o expert a confundir impactos financeiros negativos com desequilíbrio contratual*”²;

6. A REQUERENTE, por sua vez, impugnou os quesitos nºs 6 e 10 apresentados pela REQUERIDA respectivamente para as perícias econômico-financeira e de engenharia, cuja redação é transcrita abaixo:

“6) Nas revisões objeto de análise, a ANTT aferiu a Tarifa de Pedágio, valendo-se de metodologia de cálculo diversa da fórmula prevista na subcláusula 18.3.3 do Contrato de Concessão?”

* * *

“10) A mera detecção (não a correção) desse tipo de problema ou vício é de alta complexidade?”

7. A REQUERENTE se valeu na impugnação dos seguintes argumentos:

- (i) Quesito nº 6: a indagação formulada pela ANTT buscaria atestar se as revisões tarifárias seguiram as formalidades exigidas pela cláusula 18.3.3 do Contrato de Concessão, o que extrapolaria o escopo da perícia econômico-financeira, que consistiria na apuração dos efeitos da aplicação do Desconto de Reequilíbrio sobre as Revisões Ordinárias das tarifas de pedágio que são praticadas nas rodovias. Além disso, segundo a REQUERENTE, “*ainda que o mencionado Quesito seja analisado, é de se destacar que a aferição e análise da aplicação*

¹ Cf. item 11 da manifestação da REQUERIDA de 22.05.2020.

² Cf. item 12 da manifestação da REQUERIDA de 22.05.2020.

da Tarifa de Pedágio não deve ser realizada com base apenas em uma cláusula contratual, pois deve-se considerar o Contrato em sua totalidade”³;

- (ii) Quesito nº 10: a indagação da REQUERIDA seria genérica, possuindo caráter subjetivo, “*sem qualquer embasamento ou referência em documentos técnicos ou de material afeito à Perícia de Engenharia*”⁴.

8. Em 03.06.2020, o Tribunal Arbitral encaminhou mensagem eletrônica por meio da qual concedeu prazo para que as partes se manifestassem sobre a impugnação apresentada pela parte contrária.

9. Assim, em 09.06.2020, a REQUERENTE apresentou manifestação afirmando que o objetivo da impugnação da REQUERIDA “*é reduzir o escopo da prova a uma simples averiguação objetiva de se a aplicação do Fator D seguiu ou não os procedimentos formais e contratuais previstos no Contrato de Concessão – o que, com efeito, não é objeto deste procedimento arbitral e sequer da prova deferida pelo Tribunal*”⁵. Defendeu, assim, a manutenção dos quesitos impugnados pela ANTT.

10. A REQUERIDA, a seu turno, também se manifestou na mesma data sobre a impugnação da REQUERENTE aos seus quesitos, defendendo a improcedência dos argumentos por ela veiculados.

I.2. PRONUNCIAMENTO DO TRIBUNAL ARBITRAL

11. Após examinar as manifestações das partes, o Tribunal Arbitral decide:

- (i) **acolher parcialmente a impugnação da REQUERIDA aos quesitos econômico-financeiros nºs 2 e 4 da REQUERENTE**, na medida em que não cabe ao perito examinar a existência ou não de equilíbrio/desequilíbrio contratual, mas apenas as implicações financeiras da aplicação do Fator D segundo as interpretações de ambas as partes. O juízo a respeito do equilíbrio/desequilíbrio do Contrato de Concessão depende de uma série de fatores que não apenas econômicos – como,

³ Cf. item 5 da manifestação da REQUERENTE de 22.05.2020.

⁴ Cf. item 8 da manifestação da REQUERENTE de 22.05.2020.

⁵ Cf. item 3 da manifestação da REQUERENTE de 09.06.2020.

por exemplo, interpretação contratual –, sendo, conseqüentemente, da competência do Tribunal Arbitral. Assim, reformulam-se os quesitos nos seguintes termos:

Quesito nº 2: A cláusula 2.5 do anexo 5, que dispõe sobre o Fator D, estabelece que a aplicação dos percentuais referentes ao desconto de reequilíbrio ocorrerá “somente no ano subsequente ao que for constatado o seu não atendimento. Tais percentuais serão retirados do cálculo do Desconto de Reequilíbrio seguinte se a irregularidade for sanada até a respectiva avaliação de desempenho e entrega das obras. Dessa forma, o impacto na Tarifa Básica de Pedágio ocorrerá de uma só vez, no ano subsequente ao ano da avaliação”. À luz desta cláusula, queira o Sr. Perito responder:

a) O que ocorre, caso, contrariamente ao previsto pela cláusula 2.5, o desconto permaneça incidindo sobre a tarifa mesmo após o cumprimento da meta?

Quesito nº 4: Considerando (i) que a licença ambiental de instalação, cuja obtenção era de responsabilidade do Poder Concedente, era imprescindível para o início das obras, (ii) que houve atraso na emissão da licença ambiental e (iii) que o cronograma previsto no 1º Termo Aditivo (RTE-17) compatibilizou o prazo para atendimento das metas anuais de investimento previstas no item 3.2.1.1 do PER em todo o escopo de obras de ampliação, pergunta-se: se o Fator D continuar a ser aplicado pela ANTT da mesma forma em que é atualmente, pode-se afirmar que essa situação tem o condão de provocar prejuízos à projeção de geração de caixa e lucro da Concessionária? Gentileza esclarecer a questão considerando-se a possibilidade de aplicação do Fator D (desconto) mesmo após a conclusão da meta de investimentos para o ano, bem como o cronograma previsto pelo Primeiro Termo Aditivo.

- (ii) **acolher a impugnação da REQUERIDA ao quesito econômico-financeiro nº 9 da REQUERENTE**, visto que este envolve interpretação jurídica do contrato, que não cabe ao perito.

- (iii) **rejeitar a impugnação da REQUERIDA ao quesito econômico-financeiro nº 10 da REQUERENTE**, pois a indagação busca apenas que o perito esclareça, sob o ponto de vista econômico, a forma mais adequada de aplicação do Fator D, a qual, evidentemente, não vinculará o Tribunal Arbitral, podendo, no entanto, eventualmente auxiliá-lo na interpretação do Contrato de Concessão;
- (iv) **rejeitar a impugnação da REQUERENTE ao quesito econômico-financeiro nº 6 da REQUERIDA**, pois este adere ao escopo da perícia, ao pretender aferir apenas a exatidão da aplicação da fórmula financeira prevista na cláusula 18.3.3 do Contrato de Concessão pela ANTT, sem demandar, a princípio, interpretação jurídica da avença;
- (v) **acolher parcialmente a impugnação da REQUERENTE ao quesito de engenharia nº 10 da REQUERIDA**, tendo em vista que a indagação é de caráter subjetivo. Como consequência, reformula-se o quesito nos termos abaixo, que, inclusive, refletem sugestão feita pela própria REQUERIDA em sua manifestação de 09.06.2020:

Quesito nº 10: A mera detecção (não a correção) desse tipo de problema ou vício é de alta complexidade? Esclarecer tecnicamente as razões da resposta.

12. Resulta do acima exposto que ficam mantidos os quesitos de engenharia nºs 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 da REQUERIDA e nºs 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20 da REQUERENTE, assim como os quesitos econômico-financeiros nºs 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 da REQUERIDA e nºs 1, 3, 5, 6, 7, 8, 10 e 11 da REQUERENTE. Os quesitos econômico-financeiros nºs 2 e 4 da REQUERENTE e o quesito de engenharia nº 10 da REQUERIDA, por sua vez, ficam igualmente mantidos, porém, com a redação disposta nos itens “i” e “v” do parágrafo 11 desta Ordem Processual.

13. O Tribunal Arbitral, neste ato, intima a HKA Brasil Consultoria em Gestão de Riscos de Construção Ltda. para que, até o dia 6 de julho de 2020, apresente propostas de honorários específicas e autônomas para a realização da perícia econômico-financeira e da perícia de engenharia deferidas neste procedimento arbitral.

14. O Tribunal Arbitral concede, em seguida, prazo de 10 (dez) dias, contados da apresentação das propostas de honorários periciais, para que as partes se manifestem a respeito das mesmas.

15. A presente Ordem Processual é assinada unicamente pelo Presidente do Tribunal Arbitral, com a concordância dos coárbitros Carlos Alberto Carmona e Flávio Amaral Garcia.

Sede do procedimento: Brasília

19 de junho de 2020.



SERGIO NELSON MANNHEIMER

Árbitro Presidente