

AO TRIBUNAL ARBITRAL

Ref. 24595/PFF

CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A. – CONCEBRA, já qualificada neste procedimento, vem, respeitosamente, trazer ao conhecimento desse Tribunal Arbitral os **novos descumprimentos** das decisões dos ilustres Árbitros por parte da Agência e aproveitar para **impugnar o OFÍCIO SEI Nº 14099/2021/GEFIR/SUROD/DIR-ANTT no que tange à aplicação do Desconto de Reequilíbrio (Fator D)** e para **juntar aos autos documento novo relevante** que corrobora o que vem sendo defendido pela Requerente ao longo deste procedimento arbitral.

I - DO DESCUMPRIMENTO EM RELAÇÃO AO PLEITO DE REEQUILÍBRIO REFERENTE AOS CUSTOS DO PROJETO EXECUTIVO DO CONTORNO DE GOIÂNIA – EXIGÊNCIAS VEICULADAS POR MEIO DO OFÍCIO SEI Nº 10452/2021/GEENG/SUROD/DIR-ANTT.

1. A Requerida encaminhou à Requerente o Ofício SEI Nº 10452/2021/GEENG/SUROD/DIR-ANTT, de 13/04/2021 (RTE – 229), por meio do qual reiterou requisição anteriormente veiculada pelo Ofício SEI Nº 22577/2020/GEPROJ/GEENG/SUROD/DIR-ANTT, para apresentação da documentação referente aos valores dispendidos pela Concessionária com a elaboração de projeto executivo do Contorno de Goiânia, sob a advertência de se prosseguir com os trâmites regulamentares e contratuais para conclusão do processo respectivo em curso na Agência mesmo sem a apresentação dos documentos requisitados.

2. O Gerente de Engenharia e Meio ambiente de Rodovias da Requerida, após consultar o seu corpo jurídico, manifestou seu entendimento no sentido de "**não haver impedimento arbitral sobre pedidos de apresentação de notas fiscais ou**

documentos correlatos com vistas ao ressarcimento pelos custos incorridos pela Concessionária na elaboração de projetos executivos de engenharia" e de que "o ressarcimento de tais custos deve ser realizado prioritariamente pela via administrativa". (destacou-se)

3. Nessa esteira, reiterando carta enviada em 16/12/2020, a Concebra, em nova correspondência (RTE – 230), datada de 27/04/2021, alertou a Agência quanto à necessidade de se preservar a competência desse Tribunal Arbitral, haja vista que o tema relativo ao Contorno de Goiânia, assim como todas as questões relacionadas à lide que envolve o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão por ela titulado, é objeto do presente procedimento arbitral.

4. Ocorre que, em ofício encaminhado no dia 31/05/2021 (RTE – 231 - OFÍCIO SEI Nº 14317/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT), o Gerente de Fiscalização e Investimentos de Rodovias - GEFIR reiterou *"a premente necessidade do envio da documentação comprobatória, nos moldes estabelecidos no Ofício Circular SEI nº 923/2020/GEENG/SUOD/DIR-ANTT (4679785), para que esta ANTT possa realizar de forma eficiente a devida Prestação de Contas e concluir sobre o montante financeiro a ser reequilibrado no Contrato de Concessão relativo ao Edital nº004/2013"* e solicitou *"o envio da documentação comprobatória, impreterivelmente no **prazo limite de 15 (quinze) dias**, sendo que mesmo na falta do envio da documentação por parte da Concessionária Triunfo CONCEBRA, esta Gerência prosseguirá com os trâmites regulamentares e contratuais para conclusão do processo em curso, bem como eventual instauração de processo administrativo previsto no contrato de concessão, caso caiba"*.

5. Todavia, não lhe assiste razão. Ao contrário do que entende a Requerida, uma vez instaurado o presente procedimento, restou impossibilitada a resolução da questão na via administrativa, pois, **de acordo com expressa decisão judicial proferida pela Justiça Federal**, a análise da matéria foi submetida à exclusiva competência do Tribunal Arbitral.

6. Com efeito, essa possibilidade de resolução administrativa da questão mediante a autotutela da Administração, embora tenha sido inicialmente reconhecida pela decisão que deferiu a tutela de urgência na ação cautelar ajuizada pela Requerente, foi expressamente afastada quando da prolação da sentença que, ao fim, acabou sendo parcialmente confirmada pela Ordem Processual n. 03.

7. De fato, a decisão que deferiu a tutela de urgência (RTE – 232) manteve os efeitos das ordens nela determinadas até o pronunciamento do Tribunal Arbitral ou a solução da lide pela Agência:

Sendo assim, com base na legítima confiança do administrado, defiro a tutela de urgência nesta ação cautelar (referibilidade comprovada) para assegurar que, até a resolução do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – ou seja, pela apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo Tribunal Arbitral –, a requerida se abstenha de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos questionados nos pleitos de reequilíbrio/revisão já ofertados, impor novas obrigações de investimento e promover redução tarifária, até o tribunal arbitral se pronunciar, ou a Agência, em sua autotutela buscar solução da lide. (destacou-se)

8. Diferente foi o teor do dispositivo sentencial (RTE – 233), que, ao confirmar a decisão que deferiu a tutela de urgência, manteve os seus efeitos até o pronunciamento do Tribunal Arbitral ou posterior revisão judicial, retirando da Agência a possibilidade de solução da lide pela autotutela:

Forte em tais razões, RATIFICO a decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 106/109), cujos efeitos tornam-se estáveis até revisão posterior judicial, ou resolução arbitral, como a espécie exige. (destacou-se)

9. Nessas condições, ressoa claro que o entendimento ora manifestado pela Requerida representa clara afronta à autoridade da Ordem Processual nº 03 emitida por esse Tribunal Arbitral, que, ao confirmar parcialmente a sentença cautelar – reformando-a expressamente apenas no ponto relativo à proibição de redução tarifária e, portanto, confirmando-a tacitamente em relação a todas as demais determinações –, **incumbiu exclusivamente aos ilustres Árbitros a competência** para dirimir todas as questões relacionadas aos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão – mesmo aquelas que ainda não tenham sido objeto de decisão definitiva da Agência – e reiterou, expressamente, a não aplicação do art. 3º, VIII, do Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019, já rejeitada à época da lavratura da Ata de Missão¹.

¹ Nota de rodapé nº 108 da Ordem Processual nº 03: “art. 3º, VIII, do Decreto nº 10.025, de 20.09.2019, estabelece, como condição para a instauração de arbitragem contra o Poder Público, que a decisão administrativa contestada no procedimento seja definitiva, “assim considerada aquela

10. Registre-se que o argumento que afasta a aplicação do aludido artigo, qual seja, a irretroatividade da lei, é o mesmo que afasta a aplicação do art. 31 da Lei nº 13.448/2017 ao Contrato de Concessão ora analisado e firmado em 2014. Com efeito, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do art. 6º da LINDB, *"no sistema constitucional brasileiro, a eficácia retroativa das leis – (a) que é sempre excepcional, (b) que jamais se presume e (c) que deve necessariamente emanar de disposição legal expressa – não pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. A lei nova não pode reger os efeitos futuros gerados por contratos a ela anteriormente celebrados, sob pena de afetar a própria causa – ato ou fato ocorrido no passado – que lhe deu origem. Essa projeção retroativa da lei nova, mesmo tratando-se de retroatividade mínima, incide na vedação constitucional que protege a incolumidade do ato jurídico perfeito. A cláusula de salvaguarda do ato jurídico perfeito, inscrita na Constituição Federal, art. 5º, XXXVI, aplica-se a qualquer lei editada pelo poder Público, ainda que se trate de lei de ordem pública"* (STF, Ag. 251533-6, REL. Min. Celso de Mello, DJ 23/11/1999)²³.

11. Portanto, estando o tema do desequilíbrio contratual relativo aos valores dispendidos pela Concessionária com a elaboração de projeto executivo do Contorno de Goiânia submetido à definição exclusiva dos ilustres Árbitros, não cabe

insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo". Ocorre que o mesmo Decreto, em seu art. 16, dispõe que suas normas "não se aplicam às arbitragens que tenham sido objeto de convenção de arbitragem firmada anteriormente à sua data de entrada em vigor". Considerando que a cláusula compromissória objeto deste procedimento é datada de 31.01.2014, não há como se aplicar o art. 3º, VIII, do Decreto nº 10.025/2009 a esta arbitragem. Observe-se que, exatamente em função desta circunstância, a REQUERIDA pretendeu inserir na Ata de Missão uma disposição de que mencionado Decreto seria aplicável a este procedimento (cf. minuta da Ata de Missão encaminhada pela REQUERIDA por e-mail em 05.12.2019). Contudo, diante de ausência de consenso entre as partes na conferência telefônica realizada em 17.12.2019, tal disposição acabou sendo afastada, o que reforça a inaplicabilidade da norma a este procedimento".

² **Impossibilidade da incidência de lei nova destinada a reger os efeitos futuros de contratos anteriormente celebrados.** Hipótese de retroatividade mínima vedada pela Constituição da República. Precedentes do STF. Agravo improvido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 244.578-RS, Relator: MIN. CELSO DE MELLO)

³ A corroborar essa assertiva, a Requerente traz ao conhecimento desse Tribunal Arbitral a recente decisão proferida no procedimento arbitral nº 24957/GSS/PFF, que tramita perante a Corte Internacional de Arbitragem - CCI – São Paulo, instaurado pela Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. – MSVIA (também da 3ª Etapa do PROCROFE) em face da ANTT (Ordem Procedimental nº 4) – RTE 234, em que aquele Tribunal, ao analisar cláusula compromissória arbitral idêntica à que respalda a presente arbitragem, afastou a aplicabilidade da Lei 13.448/2017 e do Decreto nº 10.025/2019 a contrato de concessão da 3ª Etapa. Logo, a despeito da diversa composição dos Tribunais, é pertinente a juntada desse documento, haja vista que a discussão travada naquele Tribunal sobre a arbitrabilidade guarda profunda semelhança com a presente arbitragem.

mais à Requerida dar prosseguimento ao processo administrativo respectivo, devendo a discussão ser mantida em seu devido foro, qual seja, o presente procedimento arbitral nº 24595/PFF, sob pena de violação do art. 22 (5) do Regulamento da CCI⁴, bem como de se tumultuar este caso, com risco de prolação de ato administrativo causador de incerteza e insegurança jurídica.

12. Ademais, frise-se que essa limitação judicial/arbitral não foi questionada ou impugnada pela Requerida, que resumiu sua defesa quanto a alguns pleitos de reequilíbrio à postulação de julgamento pela improcedência por ausência de decisão administrativa definitiva a respeito.

13. **Nesse contexto, permitir o avanço desses processos administrativos é tumultuar o regular desenvolvimento deste procedimento arbitral, bem como retromarchar em discussões já assentadas.**

14. Aliás, é sintomático que somente às vésperas da produção das provas periciais postuladas pela Requerente e já deferidas por esse Tribunal Arbitral a Agência tenha resolvido antecipar-se no julgamento desses pleitos, certamente com o propósito de tentar esvaziar o procedimento arbitral quanto a essas questões, por temer eventual resultado que lhe possa ser desfavorável.

15. O que se verifica com essa nova postura de exigir da Concessionária documentação referente aos valores dispendidos pela Concessionária com a elaboração de projeto executivo do Contorno de Goiânia é que **a Agência tenta criar fatos novos administrativos com a nítida intenção de posteriormente trazê-los à discussão nesta arbitragem, em verdadeiro tumulto processual, de forma a prejudicar a celeridade da marcha processual.**

16. Outrossim, à luz do princípio constitucional da lealdade processual, evidencia-se que, em pleno curso do prazo de quesitação, é irrazoável, contraproducente, nada colaborativa⁵ e antieconômica a iniciativa da Agência de

⁴ Art. 22 (5) do Regulamento da CCI: As partes se comprometem a cumprir qualquer ordem proferida pelo tribunal arbitral.

⁵ Egon Bockman Moreira disserta que *“na relação de administração o princípio da boa-fé consubstancia dever de comportamento leal e honesto. Não basta o mero cumprimento impensado e automático da letra da lei [...] Não se permite qualquer possibilidade de engodo – seja ele direto ou gratuito; seja indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração [...] Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endoprocessual e extraprocessual, em atenção à boa-fé”* (MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo:

produzir “*novos fatos regulatórios*”, que, certamente, desordenarão o regular desenvolvimento da produção da prova pericial confirmada em sede da Ordem Processual nº 18.

17. Caso não se reconheça o descumprimento ora aventado (hipótese apenas admitida por força do princípio da eventualidade), esse Tribunal deve impedir o prosseguimento dos procedimentos administrativos questionados, sob pena de se configurar **verdadeiro abuso de direito**⁶ por parte da Requerida⁷.

18. Com efeito, o direito de a Administração suprir omissões denunciadas há mais de dois anos e cujos temas serão em breve periciados não pode ser exercido a qualquer custo. Como bem leciona o Procurador do Município do Rio de Janeiro Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “*a autotutela administrativa encontra limites importantes que são impostos pela necessidade de respeito à segurança jurídica e à boa-fé*”⁸.

19. Nessa esteira, Bruno Miragem, sabiamente, arremata que “*o ordenamento jurídico autoriza o exercício do direito que, entretanto, deve restringir-se aos limites que ele próprio impõe, seja em respeito aos direitos subjetivos dos demais indivíduos, ou em favor da preservação de valores constitutivos do próprio ordenamento*”⁹.

20. Sendo assim, o prosseguimento dessas questões na seara administrativa configura, inequivocadamente, o abuso do direito de autotutela da Requerida.

princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015 – 5. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2017).

⁶ Eduardo Ferreira Jordão adverte precisamente que “*o abuso de direito é um ato ilícito porque contraria o dever de boa-fé imposto por uma norma do sistema jurídico, o princípio da boa-fé [...] O ato abusivo é, assim, o ato ilícito perpetrado sob aparente titularidade de direito, ou, destrinchando este conceito, é o ilícito que, embora aparentemente tenha sido perpetrado no exercício de um direito, viola princípios gerais limitadores dos direitos subjetivos*” (Jordão, Eduardo. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*. Coleção Temas de Direito Civil em homenagem ao Teixeira de Freitas Coordenada por Rodrigo Mazzei. Vol. I, Salvador, Editora JusPODIVM, 2006).

⁷ Roberto Rosas leciona que que é cabível a “*aplicação da noção de abuso de direito ao Estado*” (ROSAS, Roberto. Artigo “*Do Abuso do Direito ao Abuso do Poder*”.

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo – 8.ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020;

⁹ MIRAGEM, Bruno. Abuso do Direito: ilicitude e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado – 2.ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

21. Assim, faz-se mister **nova intervenção** desse Tribunal Arbitral a fim de determinar à Agência que se abstenha de proferir novas decisões sobre matérias que já estão em litígio, sob pena de macular a autoridade das decisões proferidas nesse procedimento, bem como de violar o princípio da duração razoável do processo, que busca "*desenvolver o máximo da prestação jurisdicional no menor espaço de tempo com o menor esforço possível, obtendo o máximo de resultados coincidentes com os objetivos mais amplos de todo o sistema jurídico*"¹⁰.

II. DO DESCUMPRIMENTO EM RELAÇÃO AO PLEITO DE REEQUILÍBRIO REFERENTE AOS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES NORMATIVAS REFERENTES AOS LIMITES DE PESO BRUTO POR EIXO – METODOLOGIA INFORMADA NO OFÍCIO SEI Nº 9322/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT.

22. Em 16/04/2021, a ANTT encaminhou o Ofício SEI Nº 9322/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT (RTE - 235), reiterando seu anterior Ofício SEI Nº 3175/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT, de 17 de fevereiro de 2021, pelo qual deu conhecimento à Concessionária sobre o teor da Nota Técnica nº SEI Nº 518/2021/GEFIR/SUOD/DIR, de 17 de fevereiro de 2021, que tratou da aplicação, nas próximas revisões tarifárias, de "*metodologia para avaliar os impactos do aumento da tolerância nas cargas por eixo nos custos de manutenção de pavimentos de rodovias concedidas*".

23. Por meio da Carta CNB-DIR 0242.2020 (RTE – 236), de 5 de março de 2021, a Requerente igualmente advertiu a Agência no sentido de que a questão do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão no que tange a esse evento também constitui um dos objetos do procedimento arbitral em curso, devendo-se preservar também quanto a esse ponto a competência do Tribunal Arbitral.

24. Mais uma vez ignorando esse alerta, a Agência pontuou, pelo Ofício SEI Nº 9322/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT (RTE 237), que "*atualmente não há qualquer ordem de natureza judicial ou arbitral que impeça a realização de revisão tarifária ou que obste aplicação da metodologia para avaliação dos impactos decorrentes da Lei dos Caminhoneiros*", comunicando o encerramento da avaliação

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 3 ed. São Paulo: 2009.

respectiva, "*cujos efeitos financeiros serão aplicados na próxima revisão da Tarifa Básica de Pedágio (TBP)*".

25. Em 27/04/2021, a Concebra, em nova correspondência (CNB-DIR 04352021 – RTE 238), assertou que "*o prosseguimento dessa Agência com o propósito de aplicar "metodologia para avaliação dos impactos decorrentes da Lei dos Caminhoneiros" afronta a Ordem Processual nº 03, que incumbiu exclusivamente aos ils. Árbitros a competência para dirimir todas as questões relacionadas à lide que envolve o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão – mesmo aquelas que ainda não tenham sido objeto de decisão definitiva da Agência*".

26. No entanto, a Gerência de Fiscalização e Investimento de Rodovias – GEFIR reafirmou a "*aplicação do cálculo realizado através da Nota Técnica nº SEI Nº 518/2021/GEFIR/SUOD/DIR, de 17 de fevereiro de 2021 (SEI nº 5170530) para a próxima revisão da Tarifa Básica de Pedágio (TBP)*" (OFÍCIO SEI Nº 14276/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT de 28/05/2021 – RTE 239).

27. Evidentemente, esse entendimento da Requerida novamente representa manifesta afronta à autoridade da Ordem Processual nº 03, uma vez que o tema relativo aos impactos decorrentes das alterações normativas dos limites de peso bruto por eixo também está submetido à definição exclusiva dos ilustres Árbitros, estando vedado à Agência dar prosseguimento ao processo administrativo respectivo pelas mesmas razões expressas no tópico anterior.

28. Cabe rememorar, quanto ao ponto, que esse Tribunal Arbitral, ratificando a sua competência exclusiva para o julgamento dessa questão, determinou a realização de perícia a fim de se apurar "*a quantificação do reequilíbrio decorrente do aumento do limite de peso bruto por eixo decorrente da Lei nº 13.103/2015*", consoante Ordens Processuais nº 16 e 18.

29. Portanto, somente o Tribunal Arbitral poderá decidir sobre o direito ao reequilíbrio quanto a esse evento e, conseqüentemente, quanto à determinação do *quantum* de desequilíbrio a ser recomposto para **que seja atendido integralmente o mandamento constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato** – recorda-se que a Lei dos Caminhoneiros é apenas um dos eventos listados pela Concessionária que impactaram extraordinariamente os custos de manutenção do pavimento. À vista disso, esse Tribunal, na Ordem Processual nº 18, deferiu o pedido de ajuste formulado pela Requerente e determinou que a perícia "*também considere*

as normas infralegais que disciplinam o aumento de limites de peso bruto por eixo dos veículos, e não somente a Lei nº 13.103/2015".

30. Novamente ressoa evidente que, ao tentar intimidar a Requerente quanto à comunicação do encerramento da avaliação referente a esse tema, "*cujos efeitos financeiros serão aplicados na próxima revisão da Tarifa Básica de Pedágio (TBP)*" (o que realmente foi feito, haja vista a Nota Técnica 1861/2021/GEGEF/SUOD/DIR – RTE 240, sublinhe-se), **o propósito claro da Agência é tentar esvaziar o procedimento arbitral para fugir da perícia já deferida pelos ilustres Árbitros**, cujo resultado igualmente antevê que poderá ser desfavorável aos seus interesses.

31. De mais a mais, esse pleito de reequilíbrio está intrinsicamente interligado ao aumento dos custos de manutenção do pavimento, obrigação contratual em parte mantida pelas Ordens Processuais nº 03 e 15 (a Concessionária está obrigada a manter os serviços essenciais de manutenção, sublinhe-se).

32. Isto é, permitir a incidência dessa metodologia genérica e questionável, que resultará em um decréscimo na tarifa na presente fase processual, é, também, onerar desarrazoadamente a Requerente e comprometer a prestação do serviço público.

33. Ressalva-se, ainda, que até o presente momento processual a ANTT foi incapaz de impugnar o estudo elaborado pelo Laboratório de Pavimentação da escola de Engenharia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul apresentado pela Requerente na arbitragem. Enquanto desenvolvera a sua metodologia de cálculo, a Agência se recusou a rebater os fundamentos do relatório técnico apresentado pela Requerente.

34. Enfim, as novas investidas da Agência a fim de dar cabo, na via administrativa, a pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro que já são objeto de procedimento arbitral representam mais uma atitude reprovável, desgastante e nada colaborativa, o que deve ser mais uma vez objeto de repreensão por esse Tribunal Arbitral, colocando-se um basta na sucessão de descumprimentos por parte da Requerida, que, de forma reiterada, vem fazendo pouco caso das próprias decisões da Corte Arbitral.

III. DA INSISTÊNCIA DA REQUERIDA EM CONSIDERAR, PARA FINS DE REVISÃO TARIFÁRIA IMINENTE, OBRIGAÇÕES COM EXIGIBILIDADE SUSPensa OU QUE,

MESMO QUANDO EXIGÍVEIS, NÃO PODEM PRODUZIR EFEITOS PARA AQUELA FINALIDADE – A NOTA TÉCNICA SEI Nº 1588/2021/GEFIR/SUOD/DIR – PROPOSTA DA 6ª REVISÃO ORDINÁRIA E 10ª REVISÃO EXTRAORDINÁRIA DA TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO – APLICAÇÃO DE DESCONTO DE REEQUILÍBRIO (FATOR D) EM DESACORDO COM A ORDEM PROCESSUAL N. 03.

35. Por meio da Nota Técnica SEI Nº 1588/2021/GEFIR/SUOD/DIR (RTE – 241), a Agência veiculou sua proposta sobre a 6ª Revisão Ordinária e 10ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio, pontuando, no que diz respeito ao Desconto de Reequilíbrio, o seguinte:

O Fator D é utilizado para avaliar o atendimento de obrigações previstas no contrato de concessão, sendo composto de duas partes: Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço do PER (1ª Parte) e Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção (2ª Parte).

Para o cálculo do Fator D Consolidado - 1ª Parte, referente ao Ano 6 (7º ano concessão), considerou-se os descontos de reequilíbrio referentes às metas previstas nos anos anteriores e que continuam sem ser executadas.

Nesse sentido, a GEFIR apresentou o Parecer nº 34/2021/GEFIR/SUOD/DIR (SEI nº 5720679), por meio do Ofício SEI Nº 8476/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT (SEI nº 5721761), o qual consta uma análise preliminar, informando o **percentual relativo à 1ª Parte do Fator D referente ao Ano 6 (7º ano concessão), de 29,86024%, a ser aplicado na presente revisão**, referente à meta do 7º ano concessão.

(...) Portanto, será considerada na presente revisão a aplicação da **2ª parte do Fator D relativo apenas ao Ano 5 (6º ano concessão)**, o qual foi informado pela COINF-URMG através dos seguintes Pareceres, ambos constantes no processo 50500.014054/2020-41: Parecer nº 106/2020/COINF/URMG (SEI nº 3306361) e anexo (SEI nº 3312076) - tratou do cálculo dos itens 1, 2 e 3 do Anexo 5 - totalizando um percentual de **2,40867%**; Parecer nº 71/2021/COINF/URMG (SEI nº 5348845) e anexo (SEI nº 5348866) - tratou do cálculo dos itens 4, 5, 6 e 7 do Anexo 5 - totalizando um percentual de **9,22998%**.

Observa-se que por meio do Despacho GECEF SEI nº 4804927, de 21/12/2020, a GECEF informou que o Fator D encaminhado pela GEFIR no Despacho GEFIR SEI nº 3719695, que tratava do cálculo referente aos itens 1, 2 e 3 do Anexo 5, foi aplicado na 5ª Revisão Ordinária, 9ª Revisão Extraordinária e Reajuste anual da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) da Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A (CONCEBRA).

Assim, diante do exposto, para esta revisão deverá ser considerada a aplicação da **2ª parte do Fator D relativo ao Ano 5 - 6º ano concessão apenas referente aos itens 4, 5, 6 e 7 do Anexo 5**, a qual totaliza um percentual de **9,22998%**.

36. Esse documento embasa a Nota Técnica SEI nº 1861/2021 elaborada pela Gerência de Gestão Econômico-financeira - GEGEF, que faz a *"análise econômico-financeira acerca da 5ª Revisão Ordinária, 9ª Revisão Extraordinária e Reajuste da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) da Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A - Concebra, cujos efeitos econômico-financeiros seriam devidos de 27/06/2020 a 26/06/2021, e da 6ª Revisão Ordinária, 10ª Revisão Extraordinária e do Reajuste anual TBP, com vigência contratual prevista para 27/06/2021"*.

37. A GEGEF, por sua vez, esclarece nesse documento que:

A TBP da Concessionária é composta pela soma de duas parcelas, quais sejam: Tarifa de Contrato, correspondente à tarifa vencedora do certame licitatório, e Tarifa do FCM, relava aos investimentos e serviços incluídos no Contrato de Concessão por meio do FCM.

Além disso, **incide sobre o valor da TBP os efeitos de ajustes previstos no Contrato, mediante aplicação dos Fatores de Reequilíbrio D, Q, X e C, e do percentual de eixos suspensos isentados na rodovia em função da Lei nº 13.103/2015.**

38. Em 11/05/2021 (Carta CNB-DIR 05182021 – RTE 242), a Requerente afirmou que, *"em que pese os árbitros deferirem que a Agência não está impedida de proceder com as revisões de tarifas periódicas previstas no Contrato de Concessão, há que se manter o status quo da época em que foram congelado os investimentos em obras de ampliação de capacidade (Fator D de 28,42076%, conforme Deliberação nº 964, publicada no DOU em 30 de outubro de 2019), ou seja, as obras das quais a Concessionária foi desobrigada pelo tribunal arbitral a executar não deveriam ser mais decrescidas ao Fator D"*.

39. Todavia, em 28/05/2021, a Gerência de Fiscalização e Investimentos de Rodovias informou que *"será aplicado o percentual relativo à **1ª Parte do Fator D referente ao 7º Ano Concessão (Ano 6)**, referente às obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias, no valor de **29,86024%**, na Revisão da TBP que encontra-se em andamento"* (OFÍCIO SEI Nº 14099/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT – RTE 243).

40. Lembre-se que, conforme o Anexo 5 do Contrato de Concessão, “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**”.

41. Considerada essa premissa, ressoa inequívoco que a pretensão de aplicação de Desconto de Reequilíbrio (Fator D) em decorrência da inexecução de obrigações previstas no Contrato de Concessão concernentes à Frente de Recuperação e Manutenção está em descompasso com a Ordem Processual n. 03, que, sobre o ponto, foi enfática no sentido de:

(ii) manter a determinação cautelar exarada pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, no sentido de que a REQUERIDA se abstenha de exigir da REQUERENTE investimentos de ampliação da capacidade da rodovia previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, bem como de aplicar qualquer penalidade por eventual descumprimento dessa obrigação;

(iii) Deixar claro que a decisão acima não abrange a obrigação da REQUERENTE de realizar os demais investimentos previstos no Contrato de Concessão, uma vez que se afiguram necessários à manutenção das atividades essenciais das rodovias, compreendendo a sua operação, conservação e manutenção.

(iv) Esclarecer que a manutenção da decisão exarada pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, na forma do item “ii” do parágrafo 204 acima, não impede a REQUERIDA de aplicar sanções (excetuada a caducidade) para o caso de **inadimplemento pela REQUERENTE de outras obrigações não previstas nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, desde que não leve a cabo a cobrança de quaisquer valores, os considere para fins de revisão tarifária** ou tampouco proceda à execução da garantia contratual; (destacou-se)

42. Assim, desde a vigência da cautelar judicial – parcialmente mantida pela Ordem Processual n. 03 –, a Requerida está impedida de exigir da Requerente investimentos de ampliação da capacidade da rodovia previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER.

43. Isso significa dizer que as inexecuções verificadas a partir de 2019 em relação à Frente de Ampliação (1ª Parte do Fator D) não podem ser consideradas no cômputo cumulativo do Fator D (*"metas previstas nos anos anteriores e que continuam sem ser executadas"*). Ou seja, deve haver um "congelamento" dos descontos aplicáveis até a véspera da decisão judicial, interrompendo-se a partir de então qualquer novo cômputo de Fator D.

44. Logo: (i) os descumprimentos que devem ser computados para o cálculo do Fator D são tão somente aqueles verificados antes da tutela de urgência deferida pelo Poder Judiciário em 10/06/2019; e (ii) devem ser desconsideradas as inexecuções verificadas a partir dessa data 2019 até os dias atuais.

45. Uma vez desobrigada a Concessionária de realizar esses investimentos, o cronograma de obras previsto no PER foi paralisado. **Não há que se falar em "atividades não cumpridas" se essas atividades não são mais exigíveis desde a concessão da tutela de urgência.**

46. Por outro lado, no que diz respeito às obrigações referentes à Frente de Recuperação e Manutenção (outras obrigações não previstas nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER – 2ª Parte do Fator D), em relação às quais a Requerente está obrigada a prestar os serviços mínimos, o que não corresponde aos parâmetros a partir do 5º ano concessão, embora a Requerida esteja autorizada a aplicar sanções para o caso de inadimplemento, **está expressamente impedida de considerar essas inexecuções para fins de revisão tarifária.**

47. Vale dizer: a Agência pode **exigir** da Concessionária o cumprimento dessas obrigações de Recuperação e Manutenção, mas não pode considerar as inexecuções **para fins de** aplicação de Desconto de Reequilíbrio (Fator D).

48. Outrossim, deve-se observar que:

- i. conquanto Ordem Processual nº 15 tenha permitido a Requerida *"promover revisões tarifárias periódicas"*, jamais a desincumbiu de observar os termos da Ordem Processual nº 03. **É cogente a leitura sistêmica e não isolada das ordens processuais emitidas por esse Tribunal. Permitir que a ANTT siga promovendo essas revisões sem se atentar às disposições da Ordem**

Processual nº 03 é, na prática, revogá-la, o que já foi devidamente rechaçado pelos ilustres Árbitros na Ordem Processual nº 08 – “indeferir o pedido formulado no item 113.b da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020 para, em consequência, manter em vigor a decisão tomada nos itens “i”, “ii”, “iii” e “iv” do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03”.

- ii. a aplicação indiscriminada do Fator D enquanto não são solucionadas as questões de reequilíbrio postas nesta arbitragem é uma forma de onerar sobremaneira e desarrazoadamente a Concessionária, ou seja, uma **inaceitável antecipação do mérito** da presente arbitragem;
- iii. em termos regulatórios, a atual tarifa reflete aquilo que foi entregue pela Concessionária enquanto exigíveis todas as obrigações, até 2019;
- iv. muito embora a ANTT tenha sinalizado, numa estimativa bastante preliminar, uma tarifa de R\$ 1,40 para relicitação, esse cálculo (cujá condução foi censurada por esse Tribunal Arbitral) vem sendo devidamente debatido em sede administrativa (RTE – 244), haja vista os conceitos controversos e não isonômicos quando comparados aos procedimentos relicitatórios da Via040 (Concessionária BR-040/DF/MG – RTE 245) e da MSVia (Concessionária BR-163). A condução inapropriada e a discrepância metodológica regulatória contraditam a errática afirmação de que “a manutenção da estrutura contratual tarifária acaba por lhe beneficiar, assegurando uma receita de pedágio baseada em tarifa superior, aparentemente capaz de cobrir os custos operacionais para a manutenção da concessão nos limites determinados na Ordem Processual nº 03”¹¹;

¹¹ Ordem Processual nº 15, parágrafo 80.

- v. a fim de viabilizar os aludidos processos relicitatórios, a ANTT, à luz do art. 11, III, do Decreto nº 9.957/2019¹², acertadamente, permitiu que as concessionárias cobrassem tarifas que não contemplassem “o impacto econômico-financeiro decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais”; e
- vi. as duas concessões que já são objeto de relicitação operarão com uma tarifa de pedágio muito superior àquela calculada pela renomada consultoria Tendências que, debruçada sobre o histórico das demonstrações contábeis e financeiras da Concebra, auditadas por empresas independentes e divulgadas periodicamente à ANTT e ao mercado (o que reafirma a seriedade e a integridade desses documentos), indicou, por meio de robusto parecer, duas possíveis tarifas de *breakeven point*, ambas com valores mais elevados do que aquela praticada atualmente, e ainda abaixo das tarifas cobradas pelas demais concessões em Relicitação, o que rechaça, também, qualquer alegação de que “a manutenção da estrutura contratual tarifária acaba por lhe beneficiar”.

49. Nesse contexto, impõe-se que seja a Agência mais uma vez advertida quanto à necessidade de observância dos exatos termos da Ordens Processuais n. 03 e 08, abstendo-se de promover redução tarifária (aplicação do Fator D) em desacordo com o que restou autorizado pelos ilustres Árbitros.

¹² Art. 11. Serão descontados do valor calculado pela agência reguladora competente, a título de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria, de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017: III - o valor excedente da receita tarifária auferida pelo contratado originário em razão da não contabilização do impacto econômico-financeiro no valor da tarifa decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais no momento da celebração do termo aditivo.

IV. DO PEDIDO

58. Diante do exposto, requer-se:

(i) cautelamente, que seja determinado à Requerida que se abstenha de deliberar sobre as matérias versadas nos **Ofícios SEI Nº 14317/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT** e **SEI Nº 14276/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT** e que suspenda os respectivos processos administrativos até ulterior deliberação desse Tribunal Arbitral, sob pena de aplicação de multa diária;

(ii) também cautelamente, que seja a **Agência advertida quanto à necessidade de observância dos exatos termos da Ordem Processual n. 03**, abstendo-se de promover redução tarifária (aplicação do Fator D) em desacordo com o que restou autorizado pelos ilustres Árbitros, igualmente sob pena de aplicação de multa diária; e

(iii) finalmente, após a oitiva da ANTT, sejam confirmadas as medidas cautelares postuladas nos itens (i) e (ii), determinando-se definitivamente à Agência que se abstenha de dar prosseguimento aos processos administrativos relativos aos pleitos de reequilíbrio contratual a que dizem respeito os **Ofícios SEI Nº 14317/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT** e **SEI Nº 14276/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT**, ou de quaisquer outros itens que estejam em vias de perícia pela arbitragem, bem como de promover redução tarifária (aplicação do Fator D) em desacordo com as Ordens Processuais n. 03 e 08, sob pena de aplicação de multa diária.

Termos em que pede e espera deferimento.


Brasília, 14 de junho de 2021.




| JOSÉ CARDOSO DUTRA JÚNIOR |
OAB/DF 13.641



| MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO |
OAB/RJ 177.738




| KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA |
OAB/DF 15.286



| JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA |
OAB/RJ 228.073



| FERNANDO HENRIQUE FONTES DOS REIS |
OAB/DF 57.513



| ANDRÉ MARTINS BOGOSSIAN |
OAB/RJ 167.898