

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

Procedimento Arbitral nº 24595/PFF

CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A. – CONCEBRA

Requerente

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT

Requerida

TRIBUNAL ARBITRAL

Flávio Amaral Garcia

Patrícia Ferreira Baptista

Sergio Nelson Mannheimer

ORDEM PROCESSUAL Nº 08

30 de outubro de 2020

1. O Tribunal Arbitral, constituído para dirimir a controvérsia objeto do procedimento arbitral em referência, aprecia, por meio desta Ordem Processual nº 08, os pedidos de reconsideração da Ordem Processual nº 03 formulados pela REQUERENTE e pela REQUERIDA, respectivamente, em 26.06.2020 e 13.07.2020, o que faz pelos fundamentos expostos abaixo.

I. RELATÓRIO

2. Por meio da Ordem Processual nº 03, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, deferiu parcialmente o pedido formulado pela REQUERIDA no item 6.5.8 da Ata de Missão e em sua manifestação de 31.01.2019, assim como deferiu parcialmente o pedido deduzido pela REQUERENTE no item 988 das Alegações Iniciais, para:

- (i) 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 instaurar processo administrativo voltado à decretação da caducidade da concessão enquanto tramitar a presente arbitragem e não for proferida decisão a respeito do direito ou não da REQUERENTE ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- (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 das rodovias previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão (cf. RTE-001) e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do Programa de Exploração de Rodovias – PER (cf. RTE-014), 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 2 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; e

- (v) revogar 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, que havia impedido a redução das tarifas objeto da concessão, de modo a permitir à REQUERIDA implementar a nova tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 964/2019 (cf. R-028 e RTE-046).

3. Em 26.06.2020, a REQUERENTE formulou pedido de reconsideração da Ordem Processual nº 03, para que restasse mantida a suspensão da aplicação do Fator D aprovado na Deliberação nº 964/2019 para a nova de tarifa de pedágio da concessão até a prolação da sentença arbitral ou, ao menos, até a superveniência de produção de prova pericial.

4. Na oportunidade, a REQUERENTE pediu, de forma subsidiária, a suspensão provisória da Ordem Processual nº 03, na parte em que autorizou a implementação da nova tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 964/2019, “*pelo prazo necessário à realização de audiência perante o Tribunal, com a presença de ambas as partes, para a deliberação efetiva sobre a modificação da referida parte do aresto*”¹.

5. Na mesma data, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 04, por meio da qual concedeu prazo para a REQUERIDA se manifestar sobre o pedido de reconsideração formulado pela REQUERENTE e os respectivos documentos a ele anexados. No referido pronunciamento, o Tribunal Arbitral ainda esclareceu que, até uma decisão a respeito do pedido de reconsideração, ficariam integralmente mantidos os efeitos da Ordem Processual nº 03.

6. Em 13.07.2020, a REQUERIDA apresentou manifestação deduzindo argumentos contrários à suspensão da aplicação do Fator D aprovado na Deliberação nº 964/2019 para a nova tarifa de pedágio, acostando, ainda, 16 (dezesseis) documentos novos ao procedimento arbitral (R-036 ao R-051).

¹ Cf. item 97 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

7. Na ocasião, a REQUERIDA também formulou pedido de revogação parcial da Ordem Processual nº 03, especificamente na parte em que o Tribunal Arbitral deliberou por suspender provisoriamente as obrigações da REQUERENTE de promover os investimentos na ampliação da capacidade das rodovias objeto da concessão.

8. Em 15.07.2020, a REQUERENTE apresentou manifestação em que aduziu que essa “*nova pretensão da ANTT, trazida agora aos autos, de reforma parcial da Ordem Processual nº 03*”² transbordaria os limites da Ordem Processual nº 04, “*deve[ndo] ser precedida de prévio contraditório pela Requerente e resolvida em sede de audiência especificamente designada para tratar desse objeto*”³.

9. Nessa esteira, diante do teor da referida petição e com vistas a assegurar o contraditório, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 05, por meio da qual concedeu prazo específico para que a REQUERENTE se manifestasse sobre os documentos juntados pela REQUERIDA em sua petição de 13.07.2020, bem como sobre o pedido por ela deduzido de revogação parcial da Ordem Processual nº 03.

10. Em 23.07.2020, a REQUERENTE apresentou manifestação alegando que a petição da REQUERIDA teria “*avanzado sobre questões de mérito a serem oportunamente respondidas por ocasião da Réplica*”. Requereu, desse modo, “*a declaração expressa do Tribunal Arbitral no sentido de assegurar à Requerente o direito de restringir ao objeto específico da cognição cautelar o conteúdo da manifestação a ser apresentada em cumprimento à Ordem Processual nº 05, sem risco de preclusão e sem inversão do devido processo legal e do cronograma processual previamente estabelecido pelas partes*”⁴.

11. Além disso, a REQUERENTE reiterou seu pedido de designação de audiência específica para apreciação de seu pleito de reconsideração da Ordem Processual nº 03, ao mesmo tempo em que requereu que este pedido fosse apreciado de forma autônoma em relação à pretensão da REQUERIDA deduzida em sua manifestação de 13.07.2020.

² Cf. item 4 da manifestação da REQUERENTE de 17.07.2020.

³ Cf. item 4 da manifestação da REQUERENTE de 17.07.2020.

⁴ Cf. item 5 da manifestação da REQUERENTE de 23.07.2020.

12. Considerando que o conteúdo da manifestação da REQUERENTE não atendeu propriamente ao determinado na Ordem Processual nº 05, em 28.07.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 06, esclarecendo que permaneceria no aguardo da manifestação a respeito do conteúdo delimitado naquele pronunciamento, ou no decurso do prazo *in albis*, para que pudesse dar prosseguimento ao procedimento.

13. Na Ordem Processual nº 06, o Tribunal Arbitral advertiu, ademais, que (i) após o recebimento da manifestação da REQUERENTE em atenção à Ordem Processual nº 05, ou do decurso do prazo *in albis*, apreciaria o pedido de realização de audiência deduzido em 26.06.2020, 15.07.2020 e 23.07.2020; e que (ii) os pedidos de reconsideração da Ordem Processual nº 03 formulados por ambas as partes seriam decididos conjuntamente.

14. Em 31.07.2020, a REQUERENTE apresentou petição em atenção à Ordem Processual nº 05. Nela, a CONCEBRA se contrapôs ao pedido de reconsideração da REQUERIDA, ao mesmo tempo em que reiterou estar no aguardo da “*designação, com a brevidade que o caso reclama [...], da já solicitada audiência perante o Tribunal Arbitral, com a presença de ambas as partes, para deliberação sobre os pedidos que envolvem as medidas cautelares*”⁵.

15. Na Ordem Processual nº 07 foi deferida a realização da audiência requerida, de modo que, em 09.09.2020, as partes e o Tribunal Arbitral se reuniram virtualmente, tendo REQUERENTE e REQUERIDA apresentado oralmente os argumentos que embasam suas respectivas pretensões de reconsideração da Ordem Processual nº 03, assim como esclarecidos determinados questionamentos dos árbitros.

16. Na audiência, restou acordado que REQUERENTE e REQUERIDA encaminhariam os arquivos de *powerpoint* utilizados em suas apresentações, assim como uma versão conjunta revisada da transcrição da assentada, para que o Tribunal Arbitral pudesse, enfim, deliberar sobre os pedidos de reconsideração formulados.

17. Assim é que, tendo recebido os referidos documentos em 11.09.2020 e 29.09.2020, o Tribunal Arbitral passa a apreciar os pedidos de reconsideração.

⁵ Cf. item 100 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020.

II. POSIÇÃO DAS PARTES SOBRE A NECESSIDADE DE RECONSIDERAÇÃO DA ORDEM PROCESSUAL Nº 03

18. A seguir, são elencadas as posições da REQUERENTE e da REQUERIDA sobre a necessidade de reconsideração da Ordem Processual nº 03, que apreciou o pedido das partes de manutenção/revogação da decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

II.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

19. Em sua manifestação datada de 26.06.2020, a REQUERENTE alega que, ao revogar parcialmente a decisão judicial para autorizar a implementação da nova tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 964/2019, a Ordem Processual nº 03 teria incorrido em “*equivocos de premissas econômico-financeiras*”⁶, quais sejam:

- (i) a de que a exoneração da REQUERENTE de promover investimentos nas obras de ampliação da capacidade das rodovias e a frustração do financiamento de longo prazo afastariam o *periculum in mora* necessário à manutenção da suspensão da redução tarifária; e
- (ii) a de que a falta de correspondência entre os investimentos previstos contratualmente e os efetivamente realizados pela REQUERENTE constituiria um elemento a ser considerado para se autorizar a redução da tarifa.

20. Em relação à primeira premissa elencada, a REQUERENTE defende que o Tribunal Arbitral deixou de considerar determinadas circunstâncias, dentre as quais: (a) a frustração da expectativa de receita da concessionária com a concessão⁷; (b) a atual “*relação dívida de financiamento vs. receitas de pedágio*”⁸; e (c) que parcela expressiva dos investimentos na

⁶ Cf. item 01 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

⁷ Segundo a REQUERENTE, a receita de pedágio originalmente estimada no RTE-054 não teria se concretizado, em razão de diversos fatores, de modo que o Tribunal Arbitral não poderia ter utilizado o plano negocial apresentado naquele documento como base para considerar que a Concessionária terá uma situação menos gravosa com a redução dos custos advinda da exoneração da obrigação de realizar investimentos e da frustração do financiamento de longo prazo.

⁸ Cf. item 21 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020. De acordo com a REQUERENTE, a se adotar a nova tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 964/2019, a relação *dívida de financiamento vs. receita de pedágio* será da ordem de R\$ 0,43 para cada R\$ 1,00 arrecadado, cenário muito distinto daquele originalmente estimado

ampliação da capacidade das rodovias a que a REQUERENTE estaria obrigada seriam realizadas com recursos do empréstimo de longo prazo, o qual não se consumou.

21. No que diz respeito à segunda premissa, a REQUERENTE sustenta que a estrutura contratual que busca preservar a equivalência entre os serviços prestados e a remuneração da Concessionária foi concebida sob um cenário que não mais se faz presente atualmente. Assim, argumentando que o Contrato de Concessão busca garantir, por meio do Fator D, que a remuneração efetivamente percebida pela Concessionária corresponda àquela que fora definida em um cenário ideal em que se lançaram as propostas da licitação, a REQUERENTE defende não ser possível a redução da tarifa de pedágio.

22. A REQUERENTE defendeu, ademais, que, ao contrário do que constou da Ordem Processual nº 03, a REQUERIDA não teria observado o prévio contraditório da Concessionária antes de aprovar a redução da tarifa de pedágio. Segundo ela, a agência reguladora não teria analisado o argumento da CONCEBRA referente à frustração do financiamento de longo prazo no âmbito da revisão ordinária que resultou na Deliberação nº 964/2019.

23. Argumentou, ainda, a REQUERENTE que, a se permitir a aplicação da nova tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 964/2019 – que acabou sendo implementada pela REQUERIDA⁹ –, como determinado na Ordem Processual nº 03, a Concessionária seria levada a uma “*situação de insolvência em curtíssimo espaço de tempo*”¹⁰.

24. Como forma de comprovar sua alegação, a REQUERENTE acostou ao procedimento parecer elaborado pela GO ASSOCIADOS¹¹, apresentando projeções no sentido de que a redução da tarifa de pedágio, na forma autorizada na Ordem Processual nº 03, prejudicaria sobremaneira o fluxo de caixa da CONCEBRA, a ponto de inviabilizar a própria concessão.

(R\$ 0,23 para cada R\$ 1,00 de receita de pedágio) e até mesmo daquele verificado quando da instauração da arbitragem (R\$ 0,40 para cada R\$ 1,00 de pedágio). Tal constatação demonstraria que a exoneração quanto à obrigação de realizar investimentos e a frustração do financiamento de longo prazo não teriam diminuído os custos da REQUERENTE a ponto de justificar a redução tarifária.

⁹ Cf. documento acostado como RTE-04 à manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

¹⁰ Cf. item 65 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020

¹¹ Cf. documento RTE-001 acostado à manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

25. Do mesmo modo, também acostou a REQUERENTE a esta arbitragem a Nota Técnica nº 1628/2019/GEREF/SUINF/FIR¹², que demonstraria um reconhecimento da própria REQUERIDA quanto à delicada situação financeira da Concessionária, a qual, por sua vez, teria se agravado com a autorização da redução tarifária.

26. A situação de iminente insolvência, assim, configuraria o *periculum in mora* necessário para a suspensão da Ordem Processual nº 03 no tocante à autorização da redução tarifária. Com efeito, tal redução impediria a REQUERENTE de prosseguir com suas atividades, afetando não apenas a prestação do serviço público, mas a ordem socioeconômica de toda a região, ante o iminente risco de inadimplemento de obrigações trabalhistas¹³, previdenciárias e tributárias¹⁴.

27. Para a REQUERENTE, os efeitos da situação de insolvência (decorrente da redução tarifária) seriam tão ou mais gravosos do que a caducidade que a Ordem Processual nº 03 quis evitar. Por essa razão, ela sustenta que tal *“medida drástica e de resultado irreversível não pode ser autorizada sem que se avaliem ‘as consequências práticas da decisão’, conforme exige o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”*¹⁵.

28. Afinal, prossegue a REQUERENTE, *“não é razoável e proporcional a redução tarifária, que consubstancia imposição inadequada ao fim público visado com a concessão e em medida superior ao atingimento do interesse público, ao arrepio da previsão expressa no art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/1999 e no art. 4º da Lei de Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2020). O fim público ou interesse público, na regulação da rodovia, pode ter significado amplo, porém nunca poderá ser o da quebra empresarial em questão de meses, inviabilizando a execução contratual”*¹⁶.

29. Na manifestação datada de 26.06.2020, a REQUERENTE ainda defendeu que não haveria perigo de dano inverso na suspensão da redução tarifária aprovada na Deliberação nº 964/2019, visto que, *“se ao fim e ao cabo, a Requerente vier a sucumbir em sua pretensão de reequilíbrio*

¹² Cf. documento RTE-003 acostado à manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

¹³ Segundo a REQUERENTE, 1.700 (um mil e setecentos) funcionários seriam prejudicados a com eventual insolvência.

¹⁴ De acordo com a REQUERENTE, ela recolhe anualmente aos cofres municipais, a título de ISS, aproximadamente R\$ 84.000.000,00 (oitenta e quatro milhões de reais), destacando-se como relevante contribuinte dos municípios atendidos pelas rodovias concedidas, integrantes dos Estados de Goiás e Minas Gerais.

¹⁵ Cf. item 86 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

¹⁶ Cf. item 88 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

*contratual, bastará que a ANTT implemente a redução do valor da tarifa de pedágio a patamar que entender necessário, considerando, para tanto, os impactos financeiros do período em que tiver vigorado a suspensão ora postulada*¹⁷.

30. A REQUERENTE afirma, ainda, que sequer os usuários das rodovias concedidas seriam onerados com medida irreversível, *“pois, evidentemente, na eventualidade de sua revogação, munidos de seus comprovantes de pagamento de pedágio, poderão, facilmente, reaver os valores dispendidos a título de pedágio durante o período de vigência da cautelar*”¹⁸.

31. Com base nesses fundamentos – que foram reiterados e melhor detalhados por seus patronos e equipe técnica na audiência arbitral realizada em 09.09.2020 –, a REQUERENTE postulou a reconsideração da Ordem Processual nº 03, nos seguintes termos:

“96. Diante do exposto, requer-se que, mediante revisão das premissas – notadamente as econômico-financeiras – consideradas pelo Tribunal ao autorizar a imediata redução tarifária, e em harmonia e coerência com a admissão da onerosidade excessiva causada pela frustração do Financiamento de Longo Prazo – e seu reflexo sobre a tarifa praticada pela Requerente –; e, ainda, ante a comprovação do risco de dano grave e irreparável decorrente da situação de insolvência e prejuízo ao serviço público concedido que derivaria da implementação imediata da rebaixa de tarifa, seja reconsiderada em parte a Ordem processual nº 03, como medida de urgência urgentíssima, para manter-se a suspensão, até a sentença arbitral ou pelo menos até a superveniência de produção de prova pericial, da aplicação do Desconto Tarifário (Fator D) aprovado pela Deliberação nº 964/209, cuja implementação já foi autorizada na 65ª Reunião Extraordinária de Diretoria da ANTT do dia 25/06/2020, para entrar em vigor a partir de 00:00 do dia 28/06/2020 (RTE-04).

*97. Subsidiariamente, caso as informações ora apresentadas não sejam de plano suficientes para convencer essa Corte Arbitral a modificar imediatamente aquele provimento cautelar anteriormente prolatado, requer-se tão somente a suspensão provisória dos efeitos da citada deliberação, na parte relativa à redução tarifária, pelo prazo necessário à realização de audiência perante o Tribunal Arbitral, com a presença de ambas as partes, para deliberação sobre a efetiva modificação da referida parte do aresto.”*¹⁹

32. Em sua manifestação de 31.07.2020, por outro lado, a REQUERENTE se posicionou contrariamente ao deferimento do pedido da REQUERIDA de revogação parcial da Ordem Processual nº 03, na parte em que o Tribunal Arbitral deliberou por suspender provisoriamente

¹⁷ Cf. item 89 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

¹⁸ Cf. item 90 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

¹⁹ Cf. itens 96 e 97 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

as obrigações relacionadas aos investimentos na ampliação da capacidade das rodovias objeto da concessão.

33. Com efeito, na ótica da REQUERENTE, a referida pretensão extrapolaria os limites da Ordem Processual nº 04 e se encontraria preclusa, seja porque não apresentada em prazo razoável²⁰, seja porque fundada em argumentos não veiculados no momento definido no Cronograma Processual²¹. Tal circunstância demonstraria que a investida da REQUERIDA não teria a real intenção de modificar a Ordem Processual nº 03, mas sim de causar tumulto processual, postergando a análise do pedido de reconsideração da Concessionária.

34. Além disso, a REQUERENTE defende que, *“sob pena de inversão da ordem processual e de antecipação e esvaziamento do próprio juízo de mérito do procedimento arbitral, faz-se necessário traçar uma linha de corte na manifestação apresentada pela ANTT, voltando-se a atenção, por ora, apenas à verificação dos requisitos necessários ao acolhimento do Pedido de Reconsideração da Requerente e à confirmação da medida cautelar no ponto objeto de impugnação específica da requerida, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano irreversível, exclusivamente”*²².

35. A toda evidência, para a REQUERENTE, a REQUERIDA teria trazido em seu pedido de revogação parcial da Ordem Processual nº 03 argumentos afetos ao mérito da controvérsia, com o objetivo de abalar o *fumus boni iuris* das alegações da Concessionária, que já teria sido constatado pelo Tribunal Arbitral.

36. Segundo a REQUERENTE, *“incluem-se nessa categoria os argumentos da Requerida acerca das projeções do Plano de Negócios da Requerente e das premissas da licitação e do EVTEA, bem como as digressões sobre a composição do cálculo da Tarifa ‘alavancada’ e ‘não alavancada’ utilizada para aferir a viabilidade do projeto. Igualmente, s[er]iam irrelevantes para esta fase processual a alegada má gestão de riscos e negligência na alocação de riscos*

²⁰ Neste particular, a REQUERENTE defende que a Requerida deixou de formular a sua pretensão dentro do prazo razoável de 10 (dez) dias genericamente previsto na Ata de Missão para manifestações em geral.

²¹ Afirma a REQUERENTE que a REQUERIDA teria trazido argumentos novos em seu pedido de reconsideração, que não teriam sido apresentados na data de 31.01.2020, que foi definida no Cronograma Processual para a ANTT se formular seu pedido de revogação da decisão judicial proferida nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

²² Cf. item 41 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020.

contratual e as sugeridas origens da deterioração do fluxo de caixa da Concessionária e das dificuldades financeiras relatadas pela Requerente”²³.

37. Nessa esteira, defende a CONCEBRA que, por se confundirem com o mérito da controvérsia – qual seja, o direito ou não ao reequilíbrio contratual –, a análise destes novos argumentos deveria ser desconsiderada nesta fase procedimental.

38. A REQUERENTE argumentou, ademais, que não estariam presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para o deferimento do pedido de reconsideração da REQUERIDA voltado ao restabelecimento das obrigações contratuais de investimentos na ampliação da capacidade das rodovias objeto da concessão.

39. Em relação ao primeiro requisito, a REQUERENTE:

- (i) afirmou que o Tribunal Arbitral já teria reconhecido, no âmbito da Ordem Processual nº 03, “*a probabilidade do direito sobre a consideração das promessas de Financiamento de Longo prazo nas projeções da Requerente e sobre as consequências de sua frustração para o desequilíbrio econômico-financeiro ora vivenciado pelo Contrato de Concessão*”²⁴;
- (ii) defendeu que a declaração do BNDES trazida pela REQUERIDA para demonstrar que a frustração do financiamento de longo prazo teria decorrido de uma situação ligada à própria REQUERENTE (cf. RTE-039) não poderia ser considerada como prova nesta arbitragem, por ter sido produzida unilateralmente, sem o contraditório da Concessionária, e de forma superveniente aos fatos controvertidos;
- (iii) reiterou suas considerações feitas nas Alegações Iniciais sobre a frustração do financiamento de longo prazo; e
- (iv) reiterou que não teria sido observado plenamente o contraditório quando da aprovação da deliberação, pela ANTT, na esfera administrativa, da redução

²³ Cf. item 43 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020.

²⁴ Cf. item 43 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020.

tarifária, na medida em que a REQUERIDA teria se recusado a analisar o pleito de reequilíbrio formulado pela Concessionária.

40. Quanto ao segundo requisito, por sua vez, a REQUERENTE aduz que:
- (i) a REQUERIDA não teria impugnado os fundamentos elencados na Ordem Processual nº 03 para caracterização do *periculum in mora* na hipótese de não se suspender os investimentos na ampliação da capacidade das rodovias;
 - (ii) as medidas buscadas pela REQUERIDA culminariam no fim da concessão, o que prejudicaria sobremaneira os usuários, representando um retrocesso a assunção das rodovias pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, sobretudo no momento atual de pandemia;
 - (iii) a REQUERIDA não teria se desincumbido de desconstituir os dados técnicos apresentados no parecer da GO ASSOCIADOS sobre “*o iminente estado de insolvência evidenciado pela atual situação financeira da Requerente e tampouco as consequências de curto prazo da aplicação do redutor da tarifa sobre a saúde financeira e a própria sobrevivência da Concessionária*”²⁵;
 - (iv) as alegações da REQUERIDA (a) atinente à inexistência de nexo causal entre a redução da tarifa e eventuais dificuldades financeiras da Concessionária; e (b) de que o quadro financeiro da concessão é compatível com o estágio de maturação do projeto; além de estarem relacionadas ao “*mérito da demanda arbitral*”²⁶, não teriam o condão de “*tolher o Tribunal Arbitral da adoção de providências cautelares urgentes e necessárias para impedir a consumação das consequências letais de curto prazo efetivamente comprovadas pela Requerente, a fim de garantir o próprio resultado útil da arbitragem*”²⁷;
 - (v) as alegações da REQUERIDA sobre a tendência de aumento do volume de tráfego e das receitas da Concessionária nos próximos trimestres deste ano configurariam meras conjecturas desacompanhadas de prova técnica, igualmente não capazes de objetar o estado emergencial da Concessionária;

²⁵ Cf. item 43 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020.

²⁶ Cf. item 77 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020.

²⁷ Cf. item 77 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020.

- (vi) a tese da REQUERIDA de que a Concessionária apresenta índice de solvência compatível com projetos da mesma natureza e de que a curva de *payback* é favorável à REQUERENTE se encontra desacompanhada de prova técnica, não importando sob o enfoque do *periculum in mora*, visto que o momento do retorno do investimento em um projeto não se confunde com estado de insolvência;
- (vii) o benefício econômico decorrente da renegociação das condições do empréstimo ponte concedido pelo BNDES, que foi invocado pela REQUERIDA, já teria sido considerado nas projeções elaboradas no parecer da GO ASSOCIADOS;
- (viii) a alegação da REQUERIDA de que o valor concreto da perda tarifária em decorrência da aplicação do Fator D representaria apenas 6,24% dos investimentos não realizados até o quinto ano da concessão também estaria desacompanhada de prova técnica, apenas buscando desviar o foco de que nenhuma empresa sobrevive com a redução de 37% em sua receita; e
- (ix) não procederiam as alegações da REQUERIDA relacionadas às projeções de tráfego, sendo que, no presente ano, tais projeções se afiguram atípicas em função da pandemia provocada pelo Covid-19.

41. Na referida manifestação, como forma de corroborar o *periculum in mora* necessário à manutenção da suspensão dos investimentos na ampliação da capacidade das rodovias e à reconsideração da parte da Ordem Processual nº 03 que tratou da redução tarifária, a REQUERENTE ainda adicionou às projeções contidas no parecer elaborado pela GO ASSOCIADOS uma planilha que reflete o fluxo de caixa da empresa levando em conta novas premissas²⁸.

42. Segundo a REQUERENTE, mesmo que se considerasse esse novo cenário descolado da realidade, as projeções indicariam que “a Concessionária iria à bancarrota em novembro de 2020”²⁹, comprovando que o *periculum in mora* no caso não estaria a justificar o

²⁸ Segundo a REQUERENTE, a planilha levou em consideração as seguintes premissas: “(i) *desconsideração de quaisquer impactos da crise sanitária e socioeconômica global do coronavírus sobre o tráfego a partir de agosto de 2020 (de forma errática e desconecta da realidade, frise-se)*, (ii) *aumento do tráfego em 9% (nove por cento), em razão da sazonalidade normalmente apontada no segundo semestre (considerando um ano normal, sem ocorrência de fatos extraordinários como uma pandemia)*; e (iii) *manutenção dos investimentos mínimos essenciais*” (cf. item 88 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020).

²⁹ Cf. item 90 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020.

restabelecimento das obrigações contratuais relacionadas aos investimentos nas rodovias, mas sim a necessidade de suspensão da redução tarifária autorizada na Ordem Processual nº 03.

43. Por fim, a REQUERENTE afirma inexistir *periculum in mora* inverso apto a autorizar a concessão do pedido da REQUERIDA de reconsideração da Ordem Processual nº 03. Para a REQUERENTE, o perigo de dano inverso está presente apenas no caso de não suspensão da redução tarifária prevista na Deliberação nº 964/2019, tendo em vista que esta poderia culminar, em última análise, na interrupção do serviço público.

II.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

44. Em sua petição de 13.07.2020, a REQUERIDA se manifestou sobre o pedido de reconsideração da REQUERENTE, tendo asseverado, em primeira ordem, que a Concessionária vem subvertendo o procedimento acordado entre as partes na Ata de Missão e no Cronograma Processual, incorrendo em abuso do direito de petição e de seu poder econômico.

45. Advertiu, ademais, que a presente arbitragem é de direito, na forma do art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996 e do item 37.1.5 da Ata de Missão, não podendo, por consequência, serem ignoradas as disposições contratuais acordadas pelas partes no Contrato de Concessão e a matriz de risco nele prevista.

46. Deveras, na visão da REQUERIDA, a pretensão da REQUERENTE de reconsideração da Ordem Processual nº 03 encontraria óbice na cláusula 26.1 do Contrato de Concessão, que estabelece ser da Concessionária o risco quanto à obtenção de financiamentos para a consecução dos investimentos contratados.

47. Nesse sentido, aduz a REQUERIDA que pouco importariam os dados trazidos pela REQUERENTE sobre sua atual situação financeira, visto que o fator determinante por ela alegado para a iminente insolvência – qual seja, a frustração do financiamento de longo prazo – seria um risco alocado à própria CONCEBRA.

48. Ainda segundo a REQUERIDA, as condições divulgadas pelos Bancos Públicos na Carta de Apoio (cf. RTE-003) para a concessão de financiamentos jamais teriam integrado a modelagem econômica da licitação que resultou na celebração do Contrato de Concessão, não

tendo sido consideradas no cálculo da tarifa de pedágio que serviu de base para a realização das propostas no certame.

49. A toda evidência, após apresentar uma detalhada explicação a respeito da modelagem da concessão, a REQUERIDA esclareceu que “*a premissa tomada pelo EVTEA [leia-se: Estudo de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental] para a viabilidade do projeto, mediante a fixação da tarifa-teto, leva em consideração o fluxo de caixa não alavancado*” e que, portanto, “*o financiamento do BNDES não é tomado como premissa necessária à viabilidade do projeto*”³⁰.

50. Com base nisso, defende a REQUERIDA que a frustração do financiamento de longo prazo jamais poderia ser considerada para efeito de aferição do (des)equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão ou mesmo para justificar a suspensão de obrigações contratuais ou aplicação de reduções tarifárias, como pretende a REQUERENTE.

51. Aliás, segundo a REQUERIDA, a frustração do financiamento de longo prazo não teria decorrido de uma mudança na política dos Bancos Públicos, como defende a CONCEBRA nesta arbitragem. De acordo com a ANTT, “*a não contratação do empréstimo de longo prazo se deve exclusivamente a fatos imputáveis à própria Requerente, seus sócios e empresas do mesmo grupo econômico*”³¹, conforme comprovaria a missiva do BNDES acostada como R-039.

52. Na realidade, para a REQUERIDA, as reais dificuldades enfrentadas pela REQUERENTE para a consecução de suas obrigações não decorreriam da frustração do financiamento de longo prazo, mas sim do fato de ela ter sido extremamente otimista em suas projeções e ofertado um lance com um deságio de 52% (cinquenta e dois por cento) sobre a tarifa-teto, negligenciando a alocação de risco contratual.

53. De fato, assevera a REQUERIDA que, “*quanto maior o desconto ofertado, maior a disposição do então licitante de renunciar a uma receita futura em seu fluxo de caixa e, por*

³⁰ Cf. item 38 da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020.

³¹ Cf. item 88 da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020.

consequência, maior o risco assumido quanto à obtenção de recursos, próprios ou de terceiros, para desincumbir-se de obrigações contratuais”³².

54. Como forma de comprovar sua alegação, a REQUERIDA acostou ao procedimento a Nota Informativa SEI 241/2020/NAM/DG/DIR (cf. RTE-036), dando conta de que “*caso houvesse prevalecido o lance ofertado pela 2ª colocada no certame, esta auferiria, no período de 2015 a 2019, receitas superiores da Requerente em aproximadamente R\$ 708.460.000,00 (setecentos e oito milhões e quatrocentos e sessenta mil reais)*”, bem como que, “*se vencedora fosse a 5ª colocada, para o mesmo período, a receita seria superior em R\$ 2.040.000.000,00 (dois bilhões e quarenta milhões de reais)*”³³.

55. Com o mesmo propósito, a REQUERIDA anexou a esta arbitragem relatório elaborado pelo corpo instrutivo do Tribunal de Contas da União no TC nº 039.5841/2019 (cf. R-041) e a Nota BNDES AST/DECRO nº 031/2020 (cf. R-039), que apontariam para o fato de que as dificuldades da REQUERENTE no desempenho da concessão estariam atreladas ao “*lance agressivo*”³⁴ por ela ofertado no leilão.

56. Ainda em contraposição à pretensão da REQUERENTE, a REQUERIDA afirma que não faria sentido a suspensão da aplicação do Fator D na redução tarifária, bem como não ser verdade que a Concessionária não tenha auferido “*alívio financeiro [...] enorme*”³⁵ pela simples manutenção da suspensão da obrigação da REQUERENTE de promover investimentos na ampliação da capacidade das rodovias.

57. Nas palavras da ANTT:

██
██
██
██
██
██
██
██
██

³² Cf. item 44 da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020.

³³ Cf. item 45 da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020.

³⁴ Cf. item 48 da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020.

³⁵ Cf. item 57 da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020.

[REDACTED]

58. A REQUERIDA também rebateu o argumento da REQUERENTE de que não teria sido observado o contraditório prévio à aprovação da Deliberação nº 964/2019, tendo, para tanto, acostados os documentos R-045, R-046, R-047 e R-048.

59. A respeito da situação financeira da REQUERENTE, a par de entender se afigurar questão irrelevante, a REQUERIDA alega que:

- (i) o quadro financeiro atual da concessão, mormente a relação entre receitas e despesas, seria compatível com o estágio de maturação do projeto, sendo natural que os primeiros anos de concessão exijam um volume de investimentos superior às receitas obtidas e que, nos últimos anos, a relação se inverta, com receitas superando despesas;

- (ii) a REQUERENTE teria experimentado um benefício econômico decorrente da renegociação com o BNDES do empréstimo ponte, o qual não teria sido considerado no parecer técnico elaborado pela GO ASSOCIADOS;
- (iii) as projeções de tráfego (e, conseqüentemente, de receitas com a concessão) seriam *“melhores do que aquelas apresentadas pela Requerente. Tanto que, segundo o TCU, a Requerente promoveu adiantamento de pagamentos a empreiteiras do mesmo grupo econômico, antes mesmo da execução das obras”*³⁶, contradizendo o cenário de insolvência narrado (cf. R-036, R-041 e R-043);
- (iv) a ANTT já estaria adotando providências para mitigar eventuais impactos decorrentes da pandemia do Covid-19 na concessão objeto da arbitragem, para além das já anunciadas suspensão de prazo em processos sancionadores e suspensão do pagamento de verba de fiscalização (cf. R-050); e
- (v) não haveria risco aos usuários das rodovias em caso de insolvência da REQUERENTE, na medida em que a ANTT estaria pronta para tomar as *“providências cabíveis para comunicar ao Ministério da Infraestrutura, que seguramente atuará junto ao DNIT para suprir eventual interrupção dos serviços”*³⁷.

60. De outra banda, aduz a REQUERIDA que *“o argumento [da REQUERENTE] de que o usuário guardaria comprovante de pagamento de pedágio anos a fio com vistas a num futuro remoto poder pleitear a devolução de alguns poucos reais que pagou a maior não parece minimamente crível. Tão improvável quanto, é uma empresa privada, que como tal, naturalmente visa ao lucro, arvorar-se em defensora do serviço público que explora na condição de monopolista.”*³⁸.

61. Enfim, defende a REQUERIDA que não estariam presentes os requisitos necessários para a suspensão da redução tarifária, devendo o Tribunal Arbitral, sobretudo em sede de cognição sumária, ter deferência à decisão regulatória da autarquia, em prol da teoria das capacidades institucionais.

³⁶ Cf. item 74 da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020.

³⁷ Cf. item 110 da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020.

³⁸ Cf. itens 104 e 105 da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020.

62. Entende a REQUERIDA, portanto, que os argumentos por ela apresentados não apenas são suficientes para afastar a pretensão da REQUERENTE de suspensão da redução tarifária, como também justificariam a retomada imediata da exigibilidade da obrigação da Concessionária de promover os investimentos previstos no Contrato de Concessão para a ampliação da capacidade das rodovias.

63. É o que se infere do pedido por ela formulado em sua manifestação de 13.07.2020, abaixo transcrito, reiterado na audiência arbitral de 09.09.2020:

“113. Assim, requer a ANTT a reforma parcial da Ordem Processual n° 03, de modo que:

- a) seja mantida a possibilidade de redução tarifária; e*
- b) sejam reestabelecidas todas as obrigações contratuais.”³⁹*

III. FUNDAMENTAÇÃO

64. Uma vez expostas as posições das partes, o Tribunal Arbitral passa a deliberar sobre a pretensão da REQUERIDA e da REQUERENTE de reconsideração da Ordem Processual n° 03.

III.1. DECISÃO SOBRE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA REQUERIDA

65. A REQUERIDA pretende a reconsideração da Ordem Processual n° 03 para que seja imediatamente retomada a exigibilidade da obrigação da REQUERENTE de promover os investimentos previstos no Contrato de Concessão para a ampliação da capacidade das rodovias.

66. Sua argumentação para tanto gira em torno da irrelevância da atual situação financeira da REQUERENTE, visto que o fator determinante por ela alegado para a iminente insolvência e para a conseqüente dificuldade no cumprimento das obrigações contratuais – qual seja, a frustração do financiamento de longo prazo – seria um risco alocado à própria CONCEBRA, na forma da cláusula 26.1 do Contrato de Concessão.

³⁹ Cf. item 113 da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020.

67. O Tribunal Arbitral considera que a argumentação da REQUERIDA se confunde com o mérito da controvérsia, não buscando infirmar propriamente a realidade atual de onerosidade excessiva no cumprimento do cronograma de investimentos do Contrato de Concessão, mas sim a responsabilidade pelo referido evento, à luz da matriz de risco da avença.

68. Conforme assinalado na Ordem Processual nº 03, no entanto, o exame acerca da responsabilidade pelos “Eventos de Desequilíbrio” narrados pela Concessionária – dentre os quais se inclui a frustração do financiamento de longo prazo –, de seus impactos e da alocação dos riscos contratuais depende do aprofundamento do contraditório pleno e, possivelmente, de dilação probatória, sendo prematuro, em sede de cognição sumária, exercer juízo sobre a matéria.

69. Dessa forma, o Tribunal Arbitral considera que a argumentação da REQUERIDA não infirma, por ora, a verossimilhança vislumbrada na Ordem Processual nº 03 de que haveria onerosidade excessiva no cumprimento do cronograma previsto no Contrato de Concessão para a ampliação da capacidade das rodovias, sobretudo em função da frustração do financiamento de longo prazo que seria concedido pelos Bancos Públicos para viabilizar recursos para a Concessionária fazer frente a estes investimentos.

70. Conforme apontado na ocasião, *“independentemente da discussão a respeito da responsabilidade por tais eventos e da matriz de risco contratual, o fato é que o empréstimo de longo prazo que seria concedido pelo BNDES à REQUERENTE, no valor de R\$ 3.587.850.000,00 (três bilhões, quinhentos e oitenta e sete milhões, oitocentos e cinquenta mil reais), se destinaria a viabilizar parcela expressiva dos investimentos previstos no Contrato de Concessão”*⁴⁰.

71. Assim, ao menos em juízo de cognição sumária e enquanto não concluída a instrução probatória para o aprofundamento da cognição acerca dos fatos sobre os quais deve ser aplicada a matriz de risco contratual, o Tribunal Arbitral toma como verossímil a alegação de que a impossibilidade de obtenção do empréstimo de longo prazo dificultou o cumprimento das obrigações contratuais pela REQUERENTE.

⁴⁰ Cf. item 124 da Ordem Processual nº 03.

72. Até mesmo porque, do conjunto probatório até então produzido, extraem-se manifestações dos representantes do Poder Público Federal e da própria REQUERIDA no sentido de que os contratos de concessão da 3ª Etapa de concessões do Programa de Concessões de Rodovias Federais (“PROCROFE”) – dentre os quais se insere aquele celebrado com a REQUERENTE – foram impactados com a deterioração das variáveis macroeconômicas no cenário nacional nos últimos anos, tornando seu cumprimento excessivamente oneroso⁴¹.

73. Diante disso, persiste hígida a conclusão da Ordem Processual nº 03 de que, enquanto não for proferida decisão por este Tribunal Arbitral acerca da responsabilidade pela excessiva onerosidade no cumprimento do cronograma de investimentos, se afigura prudente que se assegurem medidas destinadas a preservar a concessão e a garantir o resultado útil desta arbitragem.

74. E, dentre estas medidas, estão exatamente a determinação de que a REQUERIDA continue provisoriamente a se abster de instaurar processo administrativo voltado à decretação da caducidade da concessão, bem como de exigir da REQUERENTE investimentos de ampliação da capacidade das rodovias.

75. Vislumbrou o Tribunal Arbitral que a revogação da decisão judicial neste aspecto acarretaria risco de dano iminente à REQUERENTE e ao resultado útil da arbitragem, mormente porque esta última poderia, desde logo, ver unilateralmente extinta a concessão ou mesmo se ver obrigada ao pagamento de multas pelo inadimplemento de obrigações que são controvertidas, antes de ter apreciados os pedidos formulados nesta sede ou mesmo de ser processado o pedido de relicitação formulado⁴².

76. Vale observar, ademais, que, em seu pedido de reconsideração, a REQUERIDA não impugnou especificamente os fundamentos elencados pelo Tribunal Arbitral na Ordem Processual nº 03 para tomar como preenchido o requisito do *periculum in mora* necessário à

⁴¹ Cf. RTE-021, RTE-022, RTE-023, RTE-024, RTE-026, RTE-027 e Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 800/2017.

⁴² Para maiores detalhes acerca da presença do *periculum in mora* necessário à manutenção parcial da decisão judicial, ver fundamentação declinada nos parágrafos 142 a 172 da Ordem Processual nº 03.

manutenção de tais medidas, tendo centrado sua argumentação na alegação de inexistência de *fumus boni iuris*.

77. Por essas razões, o Tribunal Arbitral indefere o pedido formulado pela REQUERIDA em sua manifestação de 13.07.2020, mantendo em vigor os itens “i”, “ii”, “iii” e “iv” do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03.

III.2. DECISÃO SOBRE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA REQUERENTE

78. A REQUERENTE busca a reconsideração da Ordem Processual nº 03 para que se restabeleça a suspensão da aplicação do Fator D aprovado na Deliberação nº 964/2019 para a nova tarifa de pedágio da concessão até a prolação da sentença arbitral ou, ao menos, até a superveniência de produção de prova pericial.

79. As alegações apresentadas pela REQUERENTE, contudo, não lograram convencer o Tribunal Arbitral de que a suspensão da aplicação do Fator D seria medida adequada e necessária para a preservação da concessão.

80. Com efeito, não restam caracterizados equívocos de premissa na Ordem Processual nº 03. Todos os dados e números trazidos no pedido de reconsideração – referentes, por exemplo, à frustração da expectativa de receita da Concessionária com a concessão e à atual “*relação dívida de financiamento vs. receitas de pedágio*” – não foram apresentados pela REQUERENTE ao tempo da prolação da Ordem Processual nº 03, não podendo, por essa razão, ter sido considerados pelo Tribunal Arbitral na ocasião.

81. A ausência de apresentação, pela REQUERENTE, de dados a respeito de suas receitas e despesas em suas Alegações Iniciais para a demonstração de qual seria o impacto da redução tarifária, a propósito, chamou a atenção do Tribunal Arbitral naquela oportunidade, conforme se verifica do item 184 da Ordem Processual nº 03, *in verbis*:

“184. Tal entendimento, inclusive, é corroborado pelo fato de que, em suas Alegações Iniciais, a REQUERENTE não se desincumbiu de demonstrar, contabilmente, que o novo valor da tarifa de pedágio aprovado pela REQUERIDA na Deliberação nº 964/2019 (cf. R-028 e RTE-046) seria incapaz de cobrir seus custos operacionais e demais despesas necessárias à exploração da concessão. Conquanto tenha apresentado relatório dos investimentos por ela realizados (cf.

RTE-044), a CONCEBRA não detalhou, em números, o impacto da redução tarifária, circunstância que chamou a atenção do Tribunal Arbitral.”⁴³

82. Sem prejuízo, mesmo os números apresentados supervenientemente pela REQUERENTE em seu pedido de reconsideração da Ordem Processual nº 03 não são capazes de comprovar, de forma clara, que a implementação da redução tarifária aprovada na Deliberação nº 964/2019 teria o efeito de tornar as receitas da Concessionária insuficientes para a manutenção das atividades essenciais da concessão.

83. Com efeito, as projeções de fluxo de caixa apresentadas no parecer da GO ASSOCIADOS, que foi elaborado em junho de 2020 e comprovariam a iminente situação de insolvência da REQUERENTE com a redução tarifária, na prática, parecem não ter se materializado após a implantação da nova tarifa de pedágio pela Deliberação nº 303/2020⁴⁴.

84. Basta verificar, nesse sentido, o esclarecimento prestado pelo Dr. Ricardo J. Victorelli na audiência arbitral realizada em 09.09.2020. Indagado pelo Tribunal Arbitral se “*os números apontados no parecer do doutor Gesner, são diferentes daqueles que se constatou da realidade*”, o referido Diretor de Operações da REQUERENTE esclareceu que “*a realidade foi levemente melhor que os números apresentados no parecer*”. Confira-se:

“Dr. Sergio Mannheimer [Árbitro Presidente]: Então, o senhor poderia informar que os números apontados no parecer do doutor Gesner, são diferentes daqueles que se constatou na realidade?”

Dr. Ricardo J. Victorelli [Rept. Repte.]: Os números do doutor Gesner eram anteriores. O parecer foi produzido há cerca de... Um mês e meio a dois meses atrás. E a realidade foi levemente melhor do que os números apresentados no parecer. Fato que traria uma diferença ínfima, aí, no número de meses de insolvência da companhia.”⁴⁵

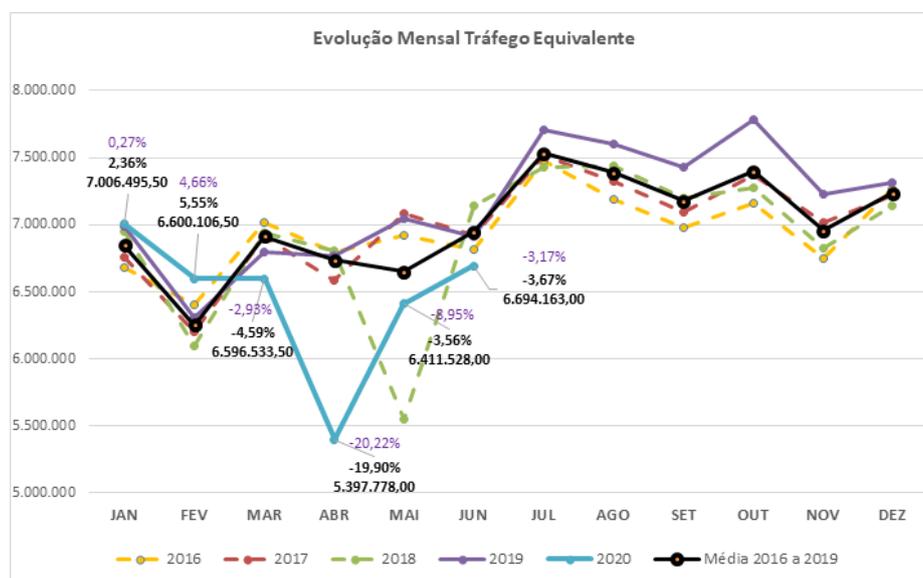
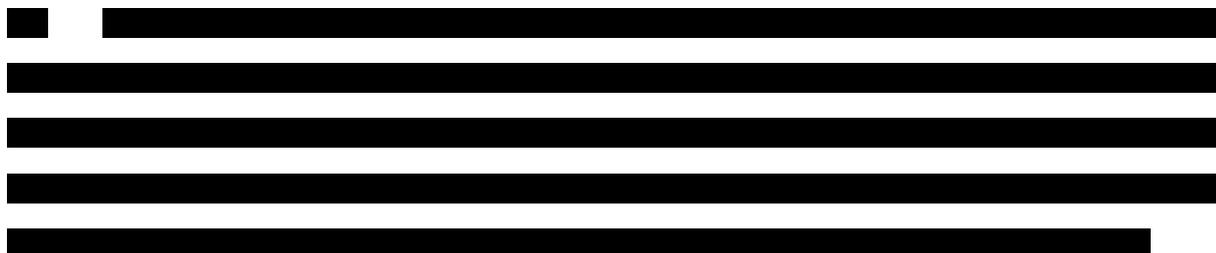
85. Do mesmo modo, é de se observar que, embora o parecer elaborado pela GO ASSOCIADOS tenha projetado que em “*outubro já não haver[ia] recursos para manter serviços*

⁴³ Cf. item 184 da Ordem Processual nº 03.

⁴⁴ Cf. documento acostado como RTE-004 à manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020. Por meio da referida Deliberação nº 303/2020, em 28.06.2020, a REQUERIDA implementou a nova tarifa de pedágio aprovada na Deliberação nº 964/2019, conforme autorizado na Ordem Processual nº 03.

⁴⁵ Cf. linhas 1570/1574 da transcrição da audiência arbitral realizada em 09.09.2020.

mínimos de operação e manutenção das rodovias”⁴⁶, a própria REQUERENTE admitiu em suas manifestações e na audiência arbitral que tal situação, na prática, não ocorreria imediatamente⁴⁷.



⁴⁶ Cf. RTE-01 acostado à manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

⁴⁷ Na audiência arbitral realizada em 09.09.2020, o Diretor Financeiro da REQUERENTE afirmou que a ausência de caixa para fazer frente às atividades da concessão ocorreria em dezembro de 2020; confira-se: “**Dr. Daniel S. Amaral [Rept. Repte.]:** Senhores árbitros boa tarde, eu sou Daniel Amaral, sou diretor financeiro da concessionária, com relação à pergunta do nosso... Da nossa posição de caixa, nesse momento, nós temos uma reserva de caixa de 17 milhões, nesse momento, apesar de estarmos em déficit operacional desde o primeiro mês de aplicação do ‘fator D’, e só não entramos em insolvência nesse exato mês por conta das reservas de caixa que a empresa tinha acumulado para esse ano, para fazer frente aos investimentos previstos para esse ano. Esses 17 milhões devem ser suficientes para nos abastecer aí pelo próximo mês, aí devemos seguramente ter uma situação de insolvência, de total insolvência, a partir de dezembro. Essa sobra de caixa se deu também em razão são [sic] stand still do BNDES, dos seis meses de dispensas do pagamento da amortização. E essa amortização se inicia novamente agora a partir de novembro. Obrigado.” (cf. linhas 1642/1656 da transcrição da assentada). Na manifestação datada de 31.07.2020, por outro lado, a REQUERENTE afirmou o seguinte: “Senhores Árbitros, observem: ainda que desprezando qualquer efeito da crise do coronavírus no segundo semestre e confirmando uma sazonalidade padrão do segundo semestre, a Concessionária iria à bancarota em novembro de 2020” (cf. item 90 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020).

87. E, conquanto não reconheça os volumes de tráfego apontados pela REQUERIDA no sobredito gráfico, a REQUERENTE não apresentou quais seriam os dados que ela considera reais nos meses que se seguiram ao primeiro trimestre, tendo, ao contrário, na audiência arbitral realizada em 09.09.2020, admitido que “*a afirmação da ANTT de que o impacto maior se deu em abril e posterior a esse [sic] data o volume começou a melhorar é verdadeira*”⁴⁸.

88. Diante dessas circunstâncias, o Tribunal Arbitral considera que as projeções contidas no parecer elaborado pela GO ASSOCIADOS, por não refletirem fielmente a realidade atual da concessão, não são capazes, por si só, de caracterizar o *periculum in mora* necessário ao deferimento do pedido de reconsideração da REQUERENTE, ao menos não na estrita forma em que deduzido na manifestação de 26.06.2020.

89. Não obstante, o Tribunal Arbitral não está indiferente às consequências práticas de sua decisão, até mesmo em vista do que determina o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

90. Com efeito, na forma como veiculada pelas partes, a questão da redução ou não da tarifa apresenta duas consequências distintas: (i) a manutenção da estrutura remuneratória poderá acarretar uma abrupta redução tarifária (decorrente da aplicação do Fator D), que teria em tese o condão de levar a REQUERENTE à situação de insolvência, impedindo-a de prosseguir com as suas atividades e com a própria prestação do serviço público; e (ii) a suspensão da aplicação do Fator D poderá ocasionar uma situação extremamente prejudicial aos usuários que, ao fim e ao cabo, não serão favorecidos com os investimentos programados no Contrato de Concessão e serão obrigados a pagar um valor de tarifa que não se afigura proporcional aos benefícios efetivamente auferidos.

⁴⁸ Cf. linhas 1564/1566 da transcrição da audiência arbitral realizada em 09.09.2020.

91. Na perspectiva do Tribunal Arbitral, ambas as consequências podem acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação, caracterizando *periculum in mora*.

92. Como assinalado na Ordem Processual nº 03 e reafirmado neste pronunciamento, enquanto não for proferida decisão por este Tribunal Arbitral acerca da responsabilidade pela excessiva onerosidade, à luz da matriz de risco do contrato, e do consequente direito ou não da REQUERENTE ao reequilíbrio econômico-financeiro, se afigura prudente que se assegurem medidas destinadas a preservar a concessão e a garantir o resultado útil da arbitragem.

93. Assim, em que pese entenda que os números apresentados no parecer elaborado pela GO ASSOCIADOS não refletem precisamente a situação financeira atual da REQUERENTE, o Tribunal Arbitral não pode ficar indiferente ao risco de insolvência a que ela pode estar submetida, aliado à circunstância da interrupção do serviço público, ante as notícias de inexistência de recursos orçamentários e financeiros da União Federal para cobrir os custos de manutenção rodoviária – aspecto este que foi assinalado na Ordem Processual nº 03.

94. De outro lado, também não pode o Tribunal Arbitral ser alheio ao direito dos usuários de arcarem com valor de tarifa que seja minimamente correspondente aos benefícios que lhe forem outorgados a partir dos investimentos aportados pela REQUERENTE. Como a parcela mais expressiva destes investimentos se encontra suspensa (desde a decisão judicial até a sua manutenção por ocasião da Ordem Processual nº 03), a cobrança do valor de tarifa sem qualquer perspectiva de proporcionalidade com os benefícios efetivamente auferidos cria uma situação apta a violar o princípio da modicidade tarifária, previsto expressamente no § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995.

95. Ao que parece, a estrutura tarifária prevista no Contrato de Concessão foi concebida a partir de premissas e circunstâncias que não se concretizaram, estando a fase de execução contratual desalinhada com as previsões econômico-financeiras originais do ajuste. Isso explicaria, na visão do Tribunal Arbitral, o descasamento que ocorre entre a estrutura tarifária e as expectativas das partes e dos próprios usuários.

96. Neste contexto, ponderando, de um lado, o risco de dano inerente à alegada situação de insolvência da REQUERENTE e de consequente interrupção do serviço público e, de outro, o *periculum in mora* a que poderiam estar submetidos os usuários das rodovias, o Tribunal

Arbitral resolve, por cautela, converter o pedido de reconsideração da CONCEBRA em diligência, para apurar qual seria valor da tarifa que atenderia às finalidades de: (i) preservação do Contrato de Concessão e do resultado útil desta arbitragem; e (ii) garantia de que o princípio da modicidade tarifária não será infringido.

97. Parece indubitoso que os elementos até então trazidos ao procedimento não são suficientes ao Tribunal Arbitral para aferir (i) se a tarifa de pedágio aprovada na Deliberação nº 964/2019 é capaz ou não de assegurar receitas para a REQUERENTE fazer frente às atividades essenciais da concessão atualmente; ou mesmo (ii) se ela tem o efeito de onerar ou não os usuários ante a realidade dos serviços prestados.

98. Diante disso, para formação de sua cognição a respeito da necessidade ou não de alteração do valor provisório da tarifa de pedágio hoje praticado nas rodovias, entende o Tribunal Arbitral ser necessário aferir qual seria propriamente o valor de tarifa capaz de permitir que a REQUERENTE consiga cumprir os parâmetros mínimos de investimentos e manutenção operacional das rodovias que foram determinados na Ordem Processual nº 03, sem risco de *default*.

99. Para tanto, deve ser apurado o valor de tarifa calculado a partir do *break even point*, ou seja, um ponto de equilíbrio tarifário que expurgue a margem de lucro da REQUERENTE, mas que permita a manutenção dos serviços nos parâmetros mínimos determinados na Ordem Processual nº 03.

100. Afinal, esse parâmetro do *break even point* teria duplo objetivo: (i) afastar o alegado risco de insolvência da REQUERENTE, assegurando receita mínima para a manutenção dos serviços prestados até que ocorra a relicitação da rodovia ou seja proferida sentença final na presente arbitragem; e (ii) garantir a modicidade tarifária para os usuários a partir da nova realidade factual que se apresenta, com a definição de valor de tarifa estritamente necessário para o atendimento dos parâmetros essenciais da manutenção da rodovia.

101. Desse modo, o Tribunal Arbitral determina que a ANTT, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, apresente o cálculo de qual seria o valor da tarifa de pedágio da concessão se considerado o critério do *break even point*, devendo, para tanto, observar a

oitiva prévia da REQUERENTE (como é próprio da metodologia regulatória), que poderá submeter à apreciação da agência reguladora seus cálculos e a sua proposta de tarifa.

102. Note-se que a atribuição de tal incumbência à REQUERIDA se afigura medida consentânea com a urgência que o caso reclama, incompatível com o tempo de produção de uma prova pericial.

103. Além disso, tal medida preserva a capacidade institucional da REQUERIDA, sendo inegável que detém a ANTT o maior conhecimento sobre a estrutura tarifária do Contrato de Concessão, bem como especialização e *expertise* que decorre da sua competência setorial para regular o segmento da infraestrutura rodoviária federal.

104. Importante consignar que, no Brasil, parte significativa dos setores de infraestrutura são duplamente regulados (por contrato e por Agência)⁴⁹, com a especial característica da própria Agência Reguladora figurar, também, na qualidade de Poder Concedente⁵⁰. Assim ocorre na presente hipótese. A ANTT é, a um só tempo, parte e reguladora.

105. Assim, a despeito de a ANTT ser parte no procedimento arbitral e no próprio Contrato de Concessão, tal circunstância não afasta as suas competências regulatórias, em especial para

⁴⁹ Como ensina Pedro Costa Gonçalves: “*Sem ir tão longe nestas considerações, porquanto qualquer um dos modelos de regulação pode excluir o outro, tem de se reconhecer que a regulação por contrato – enquanto estratégia regulatória e não apenas enquanto técnica regulatória – pode conviver com a regulação por agência. Hoc sensu, não se exclui que haja setores e empresas reguladas por contrato (de concessão) e por agência reguladora*”. (GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 140).

⁵⁰ Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão: “*Discute-se se a atribuição das funções de poder concedente ao Poder Executivo central, e não à agência independente, que ficaria apenas com as funções fiscalizatórias residuais, seria compatível com o que contemporaneamente se espera da regulação à luz do princípio da eficiência (art. 37, caput, CF). Há os que sustentam que as atribuições inerentes ao poder concedente são ínsitas à regulação e que, ao se retirar o poder concedente das agências reguladoras, estar-se-lhes-ia retirando a própria substância da competência regulatória. Afirmam ainda que a competência do Poder Executivo central para elaborar e promover os editais de licitação para outorga de serviços públicos e atividades econômicas não é condição para que possa fixar as políticas públicas de cada setor, até porque essas são logicamente anteriores à elaboração dos editais. O Poder Executivo central fixaria previamente as políticas públicas que pautariam as licitações a serem promovidas pelas agências. No outro polo, afirma-se que a permanência do poder concedente no Poder Executivo central é condição de uma eficaz regulação, já que só assim teríamos configurado o triângulo regulatório (poder público – empresas reguladas – usuários), em cujo centro ficaria o regulador. (...) Vemos, assim, que, do ponto de vista da Teoria da Regulação, há fortes argumentos tanto no sentido da atribuição das prerrogativas de poder concedente às agências reguladoras, como da sua permanência ou retorno ao Poder Executivo central.*” (ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. Ed. Belo Horizonte: 2017, p. 447-448).

promover os estudos aplicados às definições de tarifas, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados, conforme determina o artigo 24, inciso II, da Lei nº 10.233/2001.

106. É, portanto, na qualidade de reguladora que compreende o Tribunal Arbitral que a ANTT detém a maior capacidade institucional para apurar qual seria o valor tarifa de pedágio calculada pelo critério do *break even point* (ponto de equilíbrio).

107. Uma vez de posse do cálculo a ser realizado pela REQUERIDA, conforme acima especificado, o Tribunal Arbitral tornará a apreciar o pedido formulado pela REQUERENTE em sua manifestação de 26.06.2020, deliberando sobre a necessidade de, provisoriamente, alterar ou não o valor da tarifa de pedágio aprovado na Deliberação nº 964/2019, modificando ou não os termos da Ordem Processual nº 03.

108. Tal deliberação, evidentemente, assumirá feição provisória, circunscrita até o momento em que o Tribunal Arbitral dispuser dos elementos técnicos necessários para decidir sobre os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro deduzidos pela REQUERENTE, o que poderá se revelar com maior clareza após a fase probatória da presente arbitragem. Ou, ainda, caso as partes alcancem o desejável consenso no processo de relicitação, promovendo a devolução da rodovia para a realização de nova licitação a partir das bases fixadas na Lei nº 13.448/2017.

109. Sem prejuízo, enquanto pendente a diligência ora determinada e até ulterior deliberação pelo Tribunal Arbitral, ficam mantidos os efeitos do item “v” do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03, que autorizou a REQUERIDA a implementar a tarifa de pedágio aprovada na Deliberação nº 964/2019 no âmbito da concessão objeto desta arbitragem.

110. O Tribunal Arbitral registra, por fim, que a deliberação ora tomada não obsta que as partes possam convergir quanto à estruturação tarifária provisória que fixe o *break even point*,

o que seria desejável e até mesmo esperado a partir de uma perspectiva relacional dos contratos de concessão⁵¹.

IV. DISPOSITIVO

111. Ante o exposto, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, decide:

- (i) 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) converter em diligência o pedido formulado pela REQUERENTE no item 96 de sua manifestação de 26.06.2020 para determinar que a REQUERIDA, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, apresente o cálculo de qual seria o valor da tarifa de pedágio da concessão se considerado o critério do ponto de equilíbrio (*break even point*), devendo, para tanto, observar a oitiva prévia da REQUERENTE, que poderá submeter à apreciação da agência reguladora seus cálculos e a sua proposta de tarifa; e
- (iii) estabelecer que, enquanto pendente a diligência ora determinada e até ulterior deliberação pelo Tribunal Arbitral, ficam mantidos os efeitos do item “v” do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03, que autorizou a REQUERIDA a

⁵¹ Compreendendo os contratos de concessão como relacionais, vale mencionar as suas principais características, na pena de Floriano de Azevedo Marques Neto: “*Essa teoria traça uma distinção entre essa espécie de contratos e os contratos ditos ‘tradicionais’ (denominados ‘descontínuos’) com base em alguns aspectos fundamentais: (i) os contratos relacionais são de longo prazo, contínuos; (ii) as obrigações neles previstas não se exaurem com uma prestação única e definida, mas se cumprem pelo fluxo contínuo (e cambiante) de obrigações recíprocas; o que acarreta (iii) um traço de permanente cambialidade e mutação, exigindo que o contrato relacional tenha uma característica processual e normativa (não estática, e sim dinâmica); (iv) mais do que uma prestação (bem, serviço, obra), esses contratos são travados em torno de um processo, de uma relação complexa e contínua entre as partes, que (v) muitas vezes transcendem os contratantes, alcançando relações jurídicas com terceiros; (vi) esses contratos (relacionais) envolvem necessariamente um vínculo de solidariedade e confiança, em vez da relação de antagonismo própria aos contratos bilaterais comutativos e sinalagmáticos; donde segue que, (vii) em vez de uma transferência bilateral de riscos associada ao objeto (típica dos contratos ditos ‘desconstituídos’), nos contratos relacionais há um compartilhamento de bônus e riscos, não sendo incomum que (viii) ao ganho de uma das partes não corresponda necessariamente uma perda da outra, mas bem possa ocorrer um ganho auferível por ambas pelo atingimento do objetivo comum justificador do ajuste; (ix) a preservação contínua do vínculo relacional ao longo do tempo, e inobstante as alterações do cenário econômico e jurídico, é buscada mediante métodos de resolução de conflitos preferencialmente consensuais; e finalmente (x) a relação contratual é compreendida com base no modo de interação entre as partes contratantes, marcadamente dinâmica e orientada pela confiança que depositam no contrato.*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 150 – 151).

implementar a tarifa de pedágio aprovada na Deliberação nº 964/2019 no âmbito da concessão objeto desta arbitragem.

112. O Tribunal Arbitral esclarece, por fim, que os pedidos de produção de prova deduzidos pelas partes em suas manifestações datadas de 26.10.2020 serão apreciados em Ordem Processual autônoma, a ser oportunamente expedida.

Sede do Procedimento: Brasília

30 de outubro de 2020.



FLÁVIO AMARAL GARCIA

Coárbitro



PATRÍCIA FERREIRA BAPTISTA

Coárbitra



SERGIO NELSON MANNHEIMER

Árbitro Presidente