

**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 18

24 de maio de 2021

I. DECISÃO SOBRE O PEDIDO DA REQUERIDA DE RECONSIDERAÇÃO DA ORDEM PROCESSUAL Nº 16

1. Em 17.03.2021, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 16, por meio da qual, dentre outros, delimitou as questões de natureza fática controvertidas entre as partes sobre as quais deverá recair a atividade probatória e deferiu a produção de prova pericial multidisciplinar, nos seguintes termos:

“7. Pois bem. Antes de ingressar na análise das provas pretendidas, de rigor a determinação prévia dos pontos controvertidos de natureza fática nesta arbitragem. A partir do cotejo entre as manifestações da REQUERENTE e da REQUERIDA até esta fase processual, é possível identificar as seguintes questões fáticas controvertidas entre as partes, sobre as quais recairá a atividade probatória:

- (i) A determinação da crise econômica e da mudança de política pública de financiamento para a não concessão do financiamento de longo prazo (funding) pelos bancos públicos, especialmente pelo BNDES, e os impactos da crise sobre o cumprimento do Contrato de Concessão;*
- (ii) O caráter extraordinário e imprevisível do aumento no preço dos insumos asfálticos (CAP);*
- (iii) A apuração do valor remanescente de reequilíbrio do Contrato de Concessão em virtude dos custos inerentes aos projetos, estudos e obras do Contorno de Goiânia/GO;*
- (iv) O ineditismo da implantação do Sistema de Informações Rodoviárias – SIR em relação às obrigações previstas no Contrato de Concessão e no Programa de Exploração de Rodovia – PER, ou seu enquadramento como evolução tecnológica das obrigações informacionais já previstas, bem como o respectivo impacto dessa implantação sobre a equação econômico-financeira do contrato e a suficiência do reequilíbrio já efetivado pela REQUERIDA nas revisões tarifárias pertinentes;*
- (v) A quantificação do reequilíbrio decorrente do aumento do limite de peso bruto por eixo decorrente da Lei nº 13.103/2015;*
- (vi) A apuração e a quantificação do reequilíbrio decorrente de obrigações tributárias acessórias introduzidas pela Instrução Normativa da Receita Federal nº 1.731/2017;*
- (vii) A apuração e a quantificação do reequilíbrio em decorrência de elevação da alíquota da CIDE de importação e de comercialização de petróleo e seus derivados pelo Decreto Federal nº 8.935/2015, bem como da suficiência ou não do reajuste tarifário ordinário pelo IPCA-E para captura de eventual prejuízo da Concessionária;*
- (viii) A apuração e a quantificação do reequilíbrio em função dos custos adicionais havidos pela Requerente em virtude do atraso no licenciamento ambiental, bem como a verificação da suficiência dos valores calculados pela REQUERIDA;*
- (ix) A apuração do reequilíbrio decorrente das intervenções emergenciais em trecho com obras sob responsabilidade do DNIT e da adequação de vias sob responsabilidade do DNIT;*

- (x) *O grau de deterioração dos trechos rodoviários objeto dos Contratos CREMA e seu enquadramento como vício oculto decorrente da inexecução dos Contratos CREMA ou como parte das obrigações de restauração e de adequação previstas no Contrato de Concessão e no Programa de Exploração de Rodovia – PER;*
- (xi) *A metodologia de emprego do Fator Q face ao disposto no Contrato de Concessão e o respectivo impacto sobre o equilíbrio financeiro do contrato.*

[...]

8. Assim, enumerados os pontos controvertidos de natureza fática desta arbitragem, passa-se à avaliação dos pedidos de provas documental, pericial e oral.

[...]

11. Do mesmo modo, tendo em vista a multiplicidade das questões técnicas que circunscrevem as controvérsias submetidas nesta arbitragem, o Tribunal Arbitral resolve deferir a produção de prova pericial de natureza econômico-financeira e de engenharia.

12. Com efeito, em que pese a REQUERIDA defenda que algumas das pretensões objeto deste procedimento possam ser dirimidas exclusivamente com base em regras previstas no Contrato de Concessão, o Tribunal Arbitral entende que a produção da prova pericial assegura o contraditório à REQUERENTE, podendo auxiliar no esclarecimento dos fatos controvertidos e na apuração de suas consequências.

13. Nesse sentido, o Tribunal Arbitral determina a produção de prova pericial de natureza econômico-financeira e de engenharia com o propósito de elucidar os pontos controvertidos de natureza fática listados no item 7 acima.”¹

2. Em 22.03.2021, a REQUERIDA apresentou manifestação defendendo que os pontos elencados nos itens “i”, “ii”, “v” e “xi” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16 não seriam passíveis de perícia, por dizerem respeito ao enquadramento jurídico inerente à interpretação da matriz de risco contratual ou ao exercício de competências regulatórias da autarquia.

3. Quanto aos dois primeiros, a REQUERIDA pugnou por um recorte metodológico para “diferenciar, de um lado, perícias que visam auxiliar o Tribunal Arbitral na elucidação de questões técnicas necessárias à definição do direito de reequilíbrio e, de outro, aquelas que buscam apenas quantificar o valor desse reequilíbrio”².

4. Consoante alegado, “alguns dos temas que, segundo o Tribunal Arbitral, são suscetíveis à avaliação da prova pericial, não demandam, na realidade, qualquer avaliação de natureza técnica, mas tão somente jurídica”, por não haver “controvérsias acerca do fato ocorrido, senão de seu enquadramento jurídico pelo Contrato e da repercussão desse enquadramento para as Partes”³.

¹ Cf. item 7 da Ordem Processual nº 16.

² Cf. item 11 da manifestação da REQUERIDA de 22.03.2021.

³ Cf. item 12 da manifestação da REQUERIDA de 22.03.2021.

5. De acordo com a REQUERIDA, o trabalho técnico se afiguraria desnecessário para determinar os contornos da crise econômica, da frustração do financiamento de longo prazo e do aumento do preço nos insumos asfálticos (CAP), porquanto, à luz das regras previstas no Contrato de Concessão (cf. RTE-001), todos esses eventos qualificariam risco alocado à REQUERENTE, não lhe gerando direito de reequilíbrio econômico-financeiro.

6. Até mesmo porque, prosseguiu a REQUERIDA:

- (i) a existência da crise econômica na segunda metade da última década constituiria fato público e notório, não demandando prova pericial;
- (ii) ainda que remanescesse alguma dúvida específica sobre os motivos que resultaram na frustração do financiamento de longo prazo, o Tribunal Arbitral poderia se valer de outros meios menos onerosos, como a prova testemunhal ou até mesmo “*solicitar diretamente ao BNDES, ou se for o caso, a outras instituições financeiras, cópia integral do processo relacionado ao financiamento pleiteado pela REQUERENTE*”⁴; e
- (iii) “*não h[averia] controvérsia*”⁵ sobre a existência da variação dos preços nos insumos asfálticos.

7. Assim, a REQUERIDA asseverou que o deferimento de produção de prova pericial para a apuração dos pontos controvertidos objeto dos itens “i” e “ii” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16 demandaria análise de questão jurídica prévia pelo Tribunal Arbitral, consistente na alocação dos riscos contratuais.

8. Como forma de corroborar sua tese, invocou a sentença proferida nos autos da arbitragem 23433/GSS/PFF, acostada a este procedimento como R-106, no âmbito da qual os árbitros ali nomeados teriam decidido por alocar o risco quanto à obtenção de financiamento à concessionária, sem a necessidade de produção de prova pericial.

⁴ Cf. item 29 da manifestação da REQUERIDA de 22.03.2021.

⁵ Cf. item 34 da manifestação da REQUERIDA de 22.03.2021.

9. Já no que se refere aos pontos controvertidos objeto dos itens “v” e “xi” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16, a REQUERIDA sustentou que a produção de prova pericial invadiria a competência regulatória da autarquia de proceder à análise da metodologia de equilíbrio econômico-financeiro estabelecida no Contrato de Concessão.

10. Ainda de acordo com a argumentação da REQUERIDA, a metodologia para o cálculo do desequilíbrio decorrente do aumento do limite de peso bruto por eixo já estaria sendo desenvolvida pela agência reguladora, a partir de estudo realizado pelo Laboratório de Pavimentação (LAPAV) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS), a ser aplicado uniformemente a todos os contratos de concessão vigentes antes da entrada em vigor da Lei nº 13.103/2015.

11. Esclareceu, ainda, que, *“para o caso específico da Requerente, a próxima revisão tarifária, cuja periodicidade obedece ao cronograma previsto no Contrato, abará o cálculo dos efeitos desse evento para fins de reequilíbrio, oportunizando, como é cediço nesses processos, o exercício do contraditório”*⁶.

12. Nesse passo, o deferimento de prova pericial no âmbito desta arbitragem para a *“quantificação do reequilíbrio decorrente do aumento do limite de peso bruto por eixo”* constituiria medida descabida, seja por se revelar extemporânea, seja por gerar *“ Graves efeitos sistêmicos no setor regulado em razão da ausência de tratamento isonômico entre as concessionárias”*⁷.

13. Do mesmo modo, a REQUERIDA sustentou ser *“inviável a discussão sobre a metodologia do emprego do Fator Q”*⁸ no âmbito da perícia, pelas seguintes razões:

“[...] Trata-se de um instrumento que decorre da inserção no contrato de estratégias de regulação por incentivo, uma das características centrais dos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, cuja metodologia é calcada na lógica de premiar as concessionárias que detém um menor índice do nível de acidentes com vítimas.

59. A metodologia para emprego do Fator Q, parcela expressamente prevista no Contrato de Concessão, e conhecida desde o certame licitatório pela Requerente, constitui matéria de

⁶ Cf. item 56 da manifestação da REQUERIDA de 22.03.2021

⁷ Cf. item 54 da manifestação da REQUERIDA de 22.03.2021

⁸ Cf. item 58 da manifestação da REQUERIDA de 22.03.2021.

competência exclusiva da ANTT e tem sido utilizada de forma isonômica para todo o setor rodoviário federal concedido na 3ª Etapa do PROCROFE.

60. Não é, portanto, matéria suscetível a discussão na perícia técnica, porquanto a metodologia do emprego do Fator Q é um mecanismo regulatório instituído de forma prévia à outorga de todos os contratos dessa etapa, como reflexo das funções institucionais inerentes à atuação da agência reguladora, e que se traduz em cláusula contratual a ser avaliada oportunamente pelo Tribunal Arbitral.”⁹

14. Nessa ordem de ideias, não poderiam os árbitros substituir o papel da agência reguladora, devendo assumir uma postura de deferência à capacidade institucional da ANTT, deixando de determinar perícia sobre os pontos indicados.

15. A REQUERIDA se voltou, ainda, contra a realização de perícia para a apuração dos fatos controvertidos delimitados nos itens “vi” e “vii” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16, pelos seguintes argumentos:

“33. Ainda, também se revela inadequada a prova pericial para a apuração de reequilíbrio em decorrência de elevação da alíquota da CIDE e da suficiência ou não do reajuste tarifário ordinário pelo IPCA-E para captura de eventual prejuízo da Concessionária. Não se mostra factível apurar a existência ou não de um reequilíbrio por esses eventos sem que seja formulada uma análise estritamente jurídica sobre a definição de responsabilidades e sobre a distribuição de riscos prevista no Contrato. Sem prejuízo, deve-se reiterar que se a perícia destinar-se à análise dos custos dos insumos necessários à outorga, o seu escopo deverá ser também ampliado para abranger os demais materiais e insumos utilizados na rodovia, de tal modo que se aprecie integralmente todos os ganhos e perdas obtidas com os custos dos insumos utilizados pela Requerente.”¹⁰

* * *

“35. Outra questão para a qual a prova pericial não se mostra útil e necessária diz respeito àquela fundada nas obrigações tributárias acessórias introduzidas pela Instrução Normativa da RFB nº 1.731, de 2017. Nesse caso, a prova documental seria suficiente para atestar a existência ou não do direito da concessionária.”¹¹

16. Frisou, por fim, que a prova pericial determinada estaria em dissonância com os princípios da economicidade e da celeridade processual, resultando em dispêndio de tempo e

⁹ Cf. itens 58 a 60 da manifestação da REQUERIDA de 22.03.2021.

¹⁰ Cf. item 33 da manifestação da REQUERIDA de 22.03.2021.

¹¹ Cf. item 35 da manifestação da REQUERIDA de 22.03.2021.

custos desnecessários, ao mesmo tempo em que pediu o enfrentamento dos argumentos acima pelo Tribunal Arbitral e, conseqüentemente, a reconsideração da Ordem Processual nº 16.

17. Em 25.03.2021, para observância do contraditório (art. 21, § 2º, Lei nº 9.307/1996), o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 17, concedendo prazo para que a REQUERENTE se manifestasse, querendo, sobre o conteúdo da petição apresentada pela REQUERIDA em 22.03.2021.

18. Em 20.04.2021, exercendo a faculdade conferida pelo Tribunal Arbitral, a REQUERENTE apresentou manifestação contestando o pedido da REQUERIDA de reconsideração da Ordem Processual nº 16.

19. Segundo a REQUERENTE, *“as questões relacionadas à crise e à frustração do financiamento de longo prazo, justamente pela excepcionalidade e imprevisibilidade da situação, não são passíveis de resolução tão somente pela interpretação normativa do Contrato de Concessão ou pela análise documental e/ou prova testemunhal isoladamente”*¹².

20. Para ela, conquanto a crise econômica seja fato público e notório, sua extraordinariedade – condição para qualificação como caso fortuito ou força maior – estaria vinculada à probabilidade não apenas de sua ocorrência, mas também de seus efeitos deletérios.

21. E essa aferição dependeria da realização de um estudo técnico que avaliasse: *“(i) a relação entre a intensidade da crise econômica e a política fiscal (gestão macroeconômica do País), e entre ambas e a alteração de política pública de concessão de funding subsidiado (expressada em decisão dos bancos públicos), para somente então passar-se ao cálculo do impacto da frustração do empréstimo de longo prazo para a vida econômico-financeira da concessão; e (ii) os efeitos da frustração abrupta, extraordinária e trágica da demanda outrora projetada pelo Poder Concedente à época do leilão (efeitos que seguramente são maiores que os atuais provocados pela pandemia do coronavírus, que foi reconhecida como fato do príncipe pela União)”*¹³.

¹² Cf. item 14 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

¹³ Cf. item 16 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

22. Quanto à frustração do financiamento de longo prazo, a REQUERENTE defendeu ainda que a identificação da responsabilidade por tal evento não decorreria da mera literalidade das cláusulas 21.1, 21.1.13, 26.1 e 26.3 do Contrato de Concessão, como aduz a REQUERIDA.

23. Consoante relata a REQUERENTE, ainda que se admitisse que o risco em questão estivesse alocado ao contratado, “*essa simplória interpretação literal, absolutamente rasa e estanque, desconsidera todas as consequências imprevisíveis e de alta proporção que a grave e extensa crise econômica gerou, incluindo a alteração drástica nas políticas governamentais fiscal e creditícia, do que resultaram efeitos relevantíssimos sobre os componentes do equilíbrio um [sic] contrato tipicamente relacional e incompleto*”¹⁴.

24. Nesse sentido, a REQUERENTE defendeu que a realização de um exame técnico para a confirmação dessas premissas comprovaria que tais eventos não estariam inseridos nas cláusulas 21.1, 21.1.13, 26.1 e 26.3 do Contrato de Concessão (invocadas pela REQUERIDA), mas sim na cláusula 21.2.21, que dispõe sobre o fato do príncipe/fato da administração.

25. Ao detalhar especificamente o objeto da prova pericial pretendido quanto aos pontos controvertidos contidos nos itens “i” e “ii” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16, a REQUERENTE assinalou o seguinte:

“37. Como já adiantado no requerimento de provas apresentado pela Requerente, o perito deverá atestar a ocorrência de evento irresistível, imprevisível e extraordinário consubstanciado na intensidade da crise econômica sofrida pelo Brasil, materializada pelas mudanças no mercado de crédito para o setor de infraestrutura, a partir do fim de 2014; e ainda confirmar que tal circunstância imprevisível e extraordinária, dada a sua magnitude, levou à alteração da política de financiamento dos bancos públicos promovida pela União Federal (Poder Concedente), em especial o BNDES (mas não só), impactando a concessão do financiamento de longo prazo à Requerente, a despeito da aprovação da Diretoria do BNDES em 23/02/2016 (Diretoria do BNDES - Dir. 078/2016-BNDES - RTE 5 – e Dir. 079/2016-BNDES - RTE 6), que atestou o cumprimento dos requisitos objetivos usualmente exigidos pelo banco para a obtenção de tal financiamento.

38. Deverá atestar, ainda, que a obtenção do financiamento era premissa essencial ao Contrato de Concessão e necessária à sua viabilidade.

39. Também deverá atestar os custos adicionais incorridos ou a serem incorridos pela Concessionária em virtude da não obtenção do financiamento de longo prazo nas condições originalmente planejadas, incluindo mas não se limitando a todos os custos com prorrogação

¹⁴ Cf. item 26 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

e manutenção de empréstimos-ponte, todos os aportes adicionais de recursos que os acionistas do concessionário tiveram ou terão que fazer em virtude disso, o custo de todas as garantias adicionais a financiamentos que não seriam necessárias se tivesse sido concedido o empréstimo de longo prazo, todos os custos diretos e indiretos decorrentes do descumprimento de obrigações de investimento ou operacionais da concessionária (incluindo mas não se limitando aos impactos da aplicação de fator D e multas) que não puderam ser cumpridas em virtude da falta de financiamento, como também lucros cessantes pelo não cumprimento regular do contrato, bem como a sua possível extinção decorrente da sua inviabilidade.

40. Enfim, o perito deverá (i) atestar que as condições de financiamento divulgadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos eram extremamente subsidiadas, incomparáveis a qualquer outra condição de financiamento de mercado (seja com bancos privados ou por meio de emissão de debêntures incentivadas) e representavam verdadeiro plano econômico incitativo; (ii) atestar que tais condições de financiamento representavam premissas fundamentais da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, consideradas na definição da tarifa-teto que foi a leilão; (iii) atestar a ocorrência de evento extraordinário, imprevisível e irresistível com a materialização da crise iniciada ao fim de 2014 no mercado de crédito de infraestrutura, caracterizada pela inversão do fluxo de recursos entre o Tesouro Nacional e os Bancos Públicos, em especial o BNDES como medida de combate à crise, o que levou à alteração da política de financiamento setorial para rodovias; (iv) determinar todos os custos gerados para a Concessionária e seus acionistas em decorrência da não disponibilização do financiamento nas condições originalmente prometida na Carta dos Bancos Públicos; e (v) aferir os lucros cessantes em decorrência da não concessão do financiamento de longo prazo outrora aprovado.”¹⁵

26. Assim, seria *“imprescindível a aferição técnica para a identificação da exata extensão e consequência dos eventos, e não apenas para a apuração do valor do equilíbrio contratual”* – ou seja, a perícia postulada seria *“indispensável, precipuamente, para o próprio reconhecimento da existência ou não do direito pleiteado pela Requerente”¹⁶.*

27. A REQUERENTE também rebateu o fato de a REQUERIDA ter invocado a sentença parcial proferida na arbitragem 23433/GSS/PFF. Alegou que, a despeito de ambos terem por objeto a análise de contratos de concessão da 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (“PROCROFE”), haveria diferenças fáticas e jurídicas entre este e aquele caso.

28. Do mesmo modo, a REQUERENTE se contrapôs ao questionamento da REQUERIDA afeto aos itens “v” e “xi” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16. Colacionando trechos doutrinários e jurisprudência de tribunais, aduziu que a discricionariedade técnica dos órgãos reguladores não seria absoluta ou imune a qualquer correção judicial ou arbitral, sendo passível

¹⁵ Cf. itens 37 a 40 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

¹⁶ Cf. item 31 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

de controle, notadamente para aferição de sua legalidade, motivação, respaldo probatório e eventual omissão.

29. Afirmou, nessa linha, no que toca aos reequilíbrios relacionados ao aumento do peso bruto por eixo e ao cálculo do Fator Q, que o que se questiona nesta arbitragem é exatamente a motivação da REQUERIDA em firmar metodologias incorretas, o que violaria uma série de princípios constitucionais administrativos, exigindo o devido controle arbitral.

30. A REQUERENTE também reiterou que:

- (i) ao estabelecer a arbitragem como método de resolução de controvérsias em sua cláusula 37.1.1, o Contrato de Concessão não teria apresentado qualquer exceção quanto aos temas inseridos na competência regulatória da REQUERIDA; e
- (ii) a própria Resolução nº 5.845/2019 da ANTT, em seu art. 2º, I, deixaria clara a competência do juízo arbitral para dirimir questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença.

31. Desse modo, “*estando sub judice perante o Tribunal Arbitral às questões relativas à quantificação do reequilíbrio decorrente do aumento do limite de peso bruto por eixo decorrente da Lei nº 13.103/2015 e à metodologia de emprego do Fator Q face ao disposto no Contrato de Concessão, compete aos árbitros, com auxílio do perito, decidir de forma ampla sobre os pleitos deduzidos pela Requerente, sem qualquer ofensa à competência regulatória da Agência*”¹⁷.

32. Com base nessas razões, a REQUERENTE postulou a rejeição do pedido de reconsideração da REQUERIDA e a consequente manutenção da Ordem Processual nº 16.

33. O Tribunal Arbitral analisou as manifestações apresentadas por ambas as partes e deliberou por manter a Ordem Processual nº 16.

34. O recorte das questões controvertidas contido no parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16 limita-se a identificar pontos em que há controvérsia de fato entre as partes. Não exclui,

¹⁷ Cf. item 59 da manifestação da REQUENTE de 20.04.2021.

porém, a existência de questões jurídicas correlatas, cujo exame caberá exclusivamente ao Tribunal Arbitral e que, portanto, não foram remetidas à produção probatória.

35. Na verdade, os itens “i” e “ii” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16 limitam-se a identificar que as partes divergem neste procedimento arbitral a respeito:

- (i) da determinação da crise econômica e da mudança de política pública de financiamento para a não concessão do financiamento de longo prazo (*funding*) pelos bancos públicos, bem como quanto aos impactos da crise sobre o cumprimento do contrato de concessão; e
- (ii) do caráter extraordinário e imprevisível do aumento no preço dos insumos asfálticos (CAP).

36. E sobre tais fatos o Tribunal Arbitral considera que a faculdade de produção de prova se insere na esfera dos direitos processuais da REQUERENTE.

37. Como se sabe, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa – consagrados no art. 21, § 2º, da Lei nº 9.307/1996 –, às partes deve ser assegurado o direito de influenciar na tomada da decisão judicial não apenas por meio de manifestações nos autos, mas também por todos os meios de prova que possam auxiliar o árbitro na compreensão da controvérsia.

38. Nesse passo, diante de requerimento expresso e específico formulado na manifestação de 26.10.2020 quanto à produção de prova pericial, o Tribunal Arbitral entende por conferir à REQUERENTE a oportunidade de se valer desse meio de prova, cujos custos – frise-se – serão por ela antecipados¹⁸.

39. A oportunidade de produção de prova, contudo, não subtrairá do Tribunal a competência para dirimir exclusiva ou precipuamente as questões jurídicas correlatas aos fatos com base em regras previstas no Contrato de Concessão.

¹⁸ Cf. item 27 da Ordem Processual nº 16.

40. Não obstante, reputa que a produção da prova técnica, além de assegurar o direito da REQUERENTE à mais ampla defesa, poderá auxiliar no esclarecimento pleno dos fatos sobre os quais deverá recair a atividade jurídico-interpretativa.

41. Há de se registrar, ademais, que, ao ver do Tribunal, a produção da prova a respeito dos pontos indicados nos itens “i” e “ii” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16 não comprometerá a celeridade ou eficiência do procedimento arbitral, como sustenta a REQUERIDA.

42. A prova pericial multidisciplinar deferida na Ordem Processual nº 16 já haverá de ser produzida, independentemente, para a apuração de fatos atinentes a outras pretensões deduzidas pela REQUERENTE nesta arbitragem. Nesta ordem de ideias, o aproveitamento desse meio de prova para o esclarecimento dos fatos objeto dos itens “i” e “ii” do parágrafo 7 daquele pronunciamento se afigura técnica de gestão processual voltada à eficiência do procedimento.

43. Deveras, tal medida permitirá não apenas (i) a compreensão mais precisa do enquadramento das questões ali identificadas e sua relação com a alegada quebra de sinalagma contratual; mas também (ii) a apuração/quantificação, desde logo, dos danos alegados, evitando o dispêndio de tempo e recursos com nova perícia em eventual liquidação de sentença, na hipótese de a REQUERENTE, ao final, vir a ter acolhidas as pretensões formuladas nos itens “ii” e “iii” do parágrafo 985 das Alegações Iniciais.

44. Não colhe, por outro lado, o paralelo feito pela REQUERIDA com a arbitragem 23433/GSS/PFF, cuja sentença se encontra acostada a este procedimento como R-106. Para além de o painel arbitral não ser formado precisamente pelos mesmos profissionais em ambos os casos, as arbitragens são conduzidas de forma independente e autônoma, dependendo o seu desenvolvimento de fatores específicos e individuais deflagrados em cada um dos processos (v. g. requerimento de produção de provas, linha argumentativa desenvolvida pelas partes).

45. Nessa esteira, sobretudo para fins do exame da pertinência das provas pretendidas pelas partes neste procedimento, descabe proceder à comparação estabelecida pela REQUERIDA.

46. Afasta-se igualmente o argumento da REQUERIDA de que a inclusão dos temas objeto dos itens “v” e “xi” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16 no escopo da prova pericial teria

a aptidão de interferir não âmbito da respectiva competência regulatória. Com efeito, o resultado da perícia não definirá, *de per se*, as metodologias de reequilíbrio atinentes ao emprego do Fator Q e/ou ao aumento do limite de peso bruto por eixo decorrente da Lei nº 13.103/2015, nem a adequação destas aos termos do contrato¹⁹.

47. A perícia poderá exclusivamente fornecer subsídios e elementos técnicos necessários ao esclarecimento da controvérsia.

48. O Tribunal Arbitral rejeita igualmente a alegação da REQUERIDA afeta aos itens “vi” e “vii” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16. Em relação ao primeiro, a REQUERIDA não justificou a razão pela qual a perícia se afiguraria descabida para “*a apuração e a quantificação do reequilíbrio de obrigações tributárias acessórias introduzidas pela Instrução Normativa Federal nº 1.731/2017*”²⁰, tendo apenas apresentado argumentação genérica no sentido de que a prova documental seria suficiente.

49. Quanto ao segundo, depreende-se das manifestações apresentadas neste procedimento que as partes controvertem sobre a existência ou não de impacto no Contrato de Concessão em razão da elevação da alíquota da CIDE de importação e de comercialização de petróleo e seus derivados pelo Decreto Federal nº 8.935/2015.

50. A REQUERIDA defende que “*a Requerente não foi capaz de demonstrar o impacto gerado pela majoração da alíquota CIDE sobre combustíveis na atividade objeto da concessão*”²¹ e, ainda, que o reajuste tarifário ordinário do IPCA-E já capturaria eventual prejuízo da Concessionária.

51. Desse modo, à luz da controvérsia entre as partes, se afigura pertinente a produção de prova para “*a apuração e a quantificação do reequilíbrio em decorrência de elevação da alíquota da CIDE de importação e de comercialização de petróleo e seus derivados pelo*

¹⁹ Cf. item 7, “v”, da Ordem Processual nº 16.

²⁰ Cf. item 7, “vi”, da Ordem Processual nº 16.

²¹ Cf. item 194 da Resposta às Alegações Iniciais.

Decreto Federal nº 8.935/2015, bem como da suficiência ou não do reajuste tarifário ordinário pelo IPCA-E para captura de eventual prejuízo da Concessionária”²².

52. Por essas razões, o Tribunal Arbitral indefere o pedido de reconsideração formulado pela REQUERIDA no parágrafo 69 de sua manifestação de 22.03.2021, de modo a manter a Ordem Processual nº 16 nos termos em que proferida.

II. DECISÃO SOBRE O PEDIDO DA REQUERENTE DE INCLUSÃO DE NOVOS TEMAS NO OBJETO DA PROVA PERICIAL

53. Ao expedir a Ordem Processual nº 16, o Tribunal Arbitral facultou às partes requererem, de forma justificada, a inclusão de eventuais temas que entendam relevante ser objeto da prova pericial multidisciplinar e que não tenham sido considerados no rol constante do parágrafo 7 daquele pronunciamento.

54. Valendo-se dessa prerrogativa, a REQUERENTE pediu, em sua manifestação de 20.04.2021, que fosse feito um “ajuste”²³ no ponto controvertido objeto do item “i” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16, de modo a que a delimitação da matéria atinente à frustração do financiamento de longo prazo abarque a integralidade das questões fáticas especificadas no requerimento de produção de provas.

55. Eis o requerimento formulado pela REQUERENTE:

“67. Além da inclusão dos impactos da mudança de política pública de financiamento para a não concessão do financiamento de longo prazo (funding) pelos bancos públicos sobre o cumprimento do Contrato de Concessão, o perito deverá atestar, notadamente:

- i. que as condições de financiamento representavam premissas fundamentais da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão e necessária à sua viabilidade;*
- ii. se as condições de financiamento divulgadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos eram extremamente subsidiadas, incomparáveis a qualquer outra condição de financiamento de mercado (seja com bancos privados ou por meio de emissão de debêntures incentivadas);*

²² Cf. item 7, “vii”, da Ordem Processual nº 16.

²³ Cf. item 66 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

- iii. *a ocorrência de evento irresistível, imprevisível e extraordinário consubstanciado na crise econômica e fiscal sofrida pelo Brasil, materializada pelas mudanças no mercado de crédito para o setor de infraestrutura, a partir do fim de 2014, caracterizada pela inversão do fluxo de recursos entre o Tesouro Nacional e os Bancos Públicos, em especial o BNDES como medida de combate à crise, o que levou à alteração da política de financiamento setorial para rodovias;*
- iv. *se tal circunstância imprevisível e extraordinária levou à alteração da política de financiamento dos bancos públicos promovida pela União Federal (Poder Concedente), em especial o BNDES, impactando direta ou reflexamente a concessão do financiamento de longo prazo à Requerente, a despeito da aprovação da Diretoria do BNDES em 23/02/2016 (Diretoria do BNDES - Dir. 078/2016-BNDES - RTE 5 - e Dir. 079/2016-BNDES - RTE 6) que atestou o cumprimento dos requisitos objetivos usualmente exigidos pelo banco para a obtenção de tal financiamento;*
- v. *os custos adicionais incorridos ou a serem incorridos pela Concessionária em virtude da não obtenção do financiamento de longo prazo nas condições originalmente planejadas, incluindo mas não se limitando a todos os custos com prorrogação e manutenção de empréstimos-ponte, todos os aportes adicionais de recursos que os acionistas do concessionário tiveram ou terão que fazer em virtude disso, o custo de todas as garantias adicionais a financiamentos que não seriam necessárias se tivesse sido concedido o empréstimo de longo prazo, todos os custos diretos e indiretos decorrentes do descumprimento de obrigações de investimento ou operacionais da concessionária (incluindo mas não se limitando aos impactos da aplicação de fator D e multas) que não puderam ser cumpridas em virtude da falta de financiamento;*
- vi. *afetir os lucros cessantes em decorrência da não concessão do financiamento de longo prazo outrora aprovado;*
- vii. *o impacto da não concessão do financiamento sobre a depreciação acelerada do ativo, haja vista a incapacidade financeira da Concessionária, decorrente deste evento, de realizar investimentos visando à preservação do que fora investido desde o início da concessão.”²⁴*

56. Além disso, em relação ao ponto controvertido objeto do item “v” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16 – qual seja, a “*quantificação do reequilíbrio decorrente do aumento do limite de peso bruto por eixo decorrente da Lei nº 13.103/2015*” –, a REQUERENTE esclareceu que o desequilíbrio teria decorrido de diversas alterações normativas que impactaram o pavimento.

57. Nesse passo, concluiu a REQUERENTE que a matéria a ser submetida à perícia também deveria considerar as normas infralegais que disciplinam o aumento do limite de peso bruto por eixo dos veículos, e não somente a Lei nº 13.103/2015.

²⁴ Cf. item 67 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

58. A REQUERIDA, por sua vez, conquanto tenha apresentado manifestação no prazo assinalado pelo Tribunal Arbitral, não requereu a inclusão de temas adicionais no escopo da prova pericial.

59. O Tribunal Arbitral registra recebimento do pedido da REQUERENTE e delibera por deferi-lo parcialmente, apenas para que reste esclarecido que, especificamente no que diz respeito ao item “v” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16, a perícia também considere as normas infralegais que disciplinam o aumento do limite de peso bruto por eixo dos veículos, e não somente a Lei nº 13.103/2015.

60. Quanto ao pretendido “ajuste” no ponto controvertido objeto do item “i” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16, o Tribunal Arbitral resolve indeferi-lo, por considerar que o detalhamento das questões a serem enfrentadas na perícia deverá ser feito por meio da quesitação, com a observância de que não serão admitidos quesitos que demandem da empresa perita interpretação do contrato, análise de matéria jurídica e/ou que não digam respeito a fatos controvertidos.

III. DECISÃO SOBRE O RELATÓRIO DE ANÁLISE Nº 1/2016

61. Em sua manifestação de 20.04.2021, a REQUERENTE pediu ao Tribunal Arbitral que, com base nos arts. 18 e 22 da Lei nº 9.307/1996, intimasse o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para apresentar nesta arbitragem a íntegra do relatório elaborado pela área técnica da instituição financeira a respeito do financiamento de longo prazo que seria concedido à CONCEBRA (Relatório de Análise nº 1/2016).

62. Segundo alegou, a REQUERENTE teria solicitado cópia do referido relatório por meio do Sistema Eletrônico de Informações ao Cidadão (e-sic), tendo o BNDES, no entanto, disponibilizado apenas a versão censurada do documento, que foi acostada a este procedimento como RTE-225.

63. Para a REQUERENTE, o referido documento corroboraria a tese por ela defendida nesta arbitragem de que a frustração do financiamento se deu exclusivamente por uma mudança de política pública, posto que demonstraria a aprovação do mencionado empréstimo pelo BNDES,

comprovando “*toda a regularidade e higidez técnica, econômica e financeira da operação de crédito*”²⁵.

64. Em sua petição de 20.04.2021, a REQUERIDA se manifestou sobre a versão censurada do relatório acostado como RTE-225. Alegou que o documento se encontra com tarjas, sem seu conteúdo integral, o que inviabilizaria o exercício regular do contraditório e da ampla defesa pela agência reguladora.

65. Concluiu, assim, que o referido relatório deveria ser “*desconsiderado e imediatamente desentranhado dos autos*”, sendo que “*apenas a apresentação integral do documento, sem tarja nenhuma, atenderia aos preceitos fundamentais que alinham os deveres de informação e paridade das partes na via arbitral, na medida em que contêm elementos essenciais da discussão, flagrantemente sonogados ao Tribunal e à Requerida*”²⁶.

66. Considerando que ambas as partes reputam relevante, para a formação da cognição a respeito dos contornos da frustração do financiamento de longo prazo, o acesso à íntegra do Relatório de Análise nº 1/2016, o Tribunal Arbitral resolve expedir, por intermédio da Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, escritório à Diretoria do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para que submeta nestes autos o inteiro teor do referido documento.

67. Para tanto, deverá a REQUERENTE informar no prazo de 5 (cinco) dias a qual pessoa no BNDES deverá ser dirigido o ofício em referência.

68. O Tribunal Arbitral esclarece, ademais, que, havendo requerimento de qualquer das partes ou da entidade oficiada, poderá decretar sigilo sobre o referido documento, na forma do item 13.4 da Ata de Missão²⁷ e do art. 22(3) do Regulamento de Arbitragem da CCI²⁸.

²⁵ Cf. item 74 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

²⁶ Cf. item 31 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021

²⁷ “13.4. O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por quaisquer das PARTES a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das PARTES”.

²⁸ “Artigo 22(3) Mediante requerimento de qualquer parte, o tribunal arbitral poderá proferir ordens relativas à confidencialidade do procedimento arbitral ou de qualquer outro assunto relacionado à arbitragem e poderá adotar quaisquer medidas com a finalidade de proteger segredos comerciais e informações confidenciais.”

IV. DECISÃO SOBRE O PROSEGUIMENTO DA FASE INSTRUTÓRIA

69. Na Ordem Processual nº 16, o Tribunal Arbitral nomeou a empresa *Swot Global Consulting* como responsável pela elaboração da perícia econômico-financeira e de engenharia deferida neste procedimento.

70. Assim, em atenção ao determinado pelo Tribunal Arbitral, a *Swot Global Consulting* informou a respeito de sua disponibilidade para a realização do trabalho, especificou os profissionais que atuariam na equipe responsável pela perícia, bem como confirmou que possui independência e imparcialidade.

71. Diante desses esclarecimentos, em 20.04.2021, a REQUERENTE manifestou sua “*expressa anuência com a nomeação dos peritos escolhidos pelo Tribunal Arbitral (empresa Swot Global Consulting)*”, esclarecendo que “*não apresenta qualquer objeção*”²⁹. A REQUERIDA, por sua vez, apesar de intimada para tanto, deixou de se manifestar a respeito das informações prestadas pela perita nomeada.

72. O Tribunal Arbitral registra a aquiescência da REQUERENTE e a ausência de oposição da REQUERIDA. Ato contínuo, concede prazo até o dia 23 de junho de 2021 para que as partes apresentem seus quesitos e indiquem assistentes técnicos e, em sequência, prazo até o dia 23 de julho de 2021 para que cada parte se manifeste sobre a pertinência dos eventuais quesitos formulados pela parte contrária.

73. O Tribunal Arbitral, desde já, orienta as partes a indicarem assistentes técnicos que não tenham conflitos com a empresa perita nomeada.

74. Do mesmo modo, o Tribunal Arbitral reitera às partes o disposto nos itens 24 e 25 da Ordem Processual nº 16, no sentido de que os quesitos deverão:

- (i) ter como alvo apenas as questões fáticas controvertidas, dentro de suas especificidades técnicas, e não questões jurídicas;

²⁹ Cf. item 62 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

- (ii) guardar pertinência temática com a prova determinada, assim como adequação lógica com o quanto debatido pelas partes em suas submissões escritas, provas produzidas e com o objeto da disputa delimitado na Ata de Missão.

75. Nesse sentido, a despeito da liberdade na formulação dos quesitos, e observada a dimensão da prova técnica deferida, o Tribunal Arbitral solicita o empenho das partes para que os quesitos sejam elaborados com racionalidade e objetividade, isto é, que tenham por objeto apenas questões relevantes para o julgamento da controvérsia pelo Tribunal Arbitral.

76. Em seguida, o Tribunal Arbitral examinará a pertinência dos quesitos formulados, considerando o escopo das perícias deferidas neste procedimento, e intimará a *Swot Global Consulting* para que apresente sua proposta de honorários.

* * *

77. A presente Ordem Processual é assinada unicamente pelo Presidente do Tribunal Arbitral, com a concordância dos coárbitros Flávio Amaral Garcia e Patrícia Ferreira Baptista.

Sede do procedimento: Brasília

24 de maio de 2021.



SERGIO NELSON MANNHEIMER

Árbitro Presidente