

**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 20

16 de agosto de 2021

I. PROCESSOS ADMINISTRATIVOS AFETOS AOS CUSTOS DO PROJETO EXECUTIVO DO CONTORNO DE GOIÂNIA E AOS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES NORMATIVAS REFERENTES AOS LIMITES DE PESO BRUTO POR EIXO

1. Em 14.06.2021, a REQUERENTE apresentou manifestação em que noticiou ao Tribunal Arbitral “*novos descumprimentos*” em que a REQUERIDA teria incorrido, ao impulsionar os processos administrativos voltados à análise dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão associados aos custos do projeto executivo do contorno de Goiânia e dos impactos das alterações normativas referentes aos limites de peso bruto por eixo.

2. Em relação ao primeiro, a REQUERENTE afirmou que a REQUERIDA teria lhe encaminhado o Ofício SEI nº 10452/2021/GEENG/SUROD/DIR-ANTT (cf. RTE-229), reiterando requisição anteriormente veiculada no sentido de que a Concessionária apresentasse notas fiscais e documentos relacionados “*aos valores dispendidos pela Concessionária com a elaboração de projeto executivo do Contorno de Goiânia, sob a advertência de se prosseguir com os trâmites regulamentares e contratuais para conclusão do processo respectivo em curso na Agência mesmo sem a apresentação dos documentos requisitados*”¹.

3. Já em relação ao segundo, aduziu a REQUERENTE que a REQUERIDA teria lhe dirigido o Ofício SEI nº 9322/2021/GEFIR/SUROD/DIR-ANTT (cf. RTE-235), dando conhecimento à CONCEBRA “*sobre o teor da Nota técnica nº SEI Nº 518/2021/GEFIR/SUROD/DIR, de 17 de fevereiro de 2021, que tratou da aplicação, nas próximas revisões tarifárias, de ‘metodologia para avaliar os impactos do aumento da tolerância nas cargas por eixo nos custos de manutenção de pavimentos de rodovias concedidas*”².

4. A REQUERENTE relata ter respondido a ambos os ofícios informando que as matérias afetas aos custos incorridos com o projeto executivo do contorno de Goiânia e aos impactos das alterações normativas referentes aos limites de peso bruto por eixo estariam sob a jurisdição do Tribunal Arbitral, não podendo a REQUERIDA proceder ao exame dos respectivos pleitos de reequilíbrio contratual na via administrativa (cf. RTE-230, RTE-236 e RTE-238).

¹ Cf. item 1 da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

² Cf. item 22 da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

5. Não obstante, a REQUERENTE afirma que a REQUERIDA teria “*ignor[ado] esse alerta*”³, dando prosseguimento aos processos administrativos.

6. Com efeito, de um lado, em relação aos custos associados ao contorno de Goiânia, a REQUERIDA teria reiterado (i) “*a premente necessidade do envio da documentação comprobatória, nos moldes estabelecidos no Ofício Circular SEI nº 923/2020/GEENG/SUROD/DIR-ANTT (4679785), para que esta ANTT possa realizar de forma eficiente a devida Prestação de Contas e concluir sobre o montante financeiro a ser reequilibrado no Contrato de Concessão relativo ao Edital nº004/2013*”; e (ii) que prosseguiria no exame do pleito “*mesmo na falta do envio da documentação por parte da Concessionária Triunfo CONCEBRA*”⁴.

7. De outro, no que diz respeito aos impactos das alterações normativas referentes aos limites de peso bruto por eixo, a REQUERIDA teria asseverado que “*atualmente não há qualquer ordem de natureza judicial ou arbitral que impeça a realização de revisão tarifária ou que obste a aplicação da metodologia da aplicação da Lei dos Caminhoneiros*”, de modo que comunicou à REQUERENTE o encerramento da análise administrativa da matéria, “*cujos efeitos serão aplicados na próxima revisão da Tarifa Básica de Pedágio (TBP)*”⁵.

8. A REQUERENTE entende, contudo, que, após a instauração deste procedimento arbitral, a REQUERIDA teria ficado impossibilitada de analisar na via administrativa os pleitos referentes aos custos incorridos com o projeto executivo do contorno de Goiânia e aos impactos das alterações normativas referentes aos limites de peso bruto por eixo.

9. Na visão da REQUERENTE, a possibilidade de resolução administrativa mediante autotutela da Administração teria sido expressamente afastada pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal na sentença proferida nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, confirmada no ponto pela Ordem Processual nº 03.

³ Cf. item 24 da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

⁴ Cf. RTE-231.

⁵ Cf. RTE-237. No mesmo sentido: RTE-239.

10. A REQUERENTE também defendeu que, uma vez instaurada a arbitragem, seria exclusivamente do Tribunal Arbitral a competência para o exame de todos os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, inclusive daqueles que ainda não tenham sido objeto de decisão definitiva da REQUERIDA, ante a inaplicabilidade ao caso dos art. 3º, VIII, do Decreto nº 10.025/2019 e 31 da Lei nº 13.448/2017.

11. Para a REQUERENTE, a REQUERIDA somente teria dado prosseguimento à análise dos pleitos de reequilíbrio na via administrativa às vésperas da produção das provas deferidas pelo Tribunal Arbitral, como forma de criar novos fatos regulatórios, tumultuar o presente procedimento e esvaziar a discussão tida nesta sede.

12. Deveras, na forma das Ordens Processuais nºs 16 e 18, a atividade probatória pericial recairá precisamente sobre temas a cujo exame a agência reguladora pretende dar seguimento na esfera administrativa. Nesse sentido, consoante a REQUERENTE, não poderia a REQUERIDA apurar administrativamente um montante a ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro inferior ao que será aferido no âmbito da prova pericial.

13. Tal comportamento, segundo a REQUERENTE, não se afiguraria condizente com a lealdade processual, configurando-se verdadeiro abuso de direito, o qual deveria ser reprimido pelo Tribunal Arbitral, consoante doutrinas colacionadas na manifestação de 14.06.2021.

14. Além disso, especificamente no que toca aos impactos das alterações normativas referentes aos limites de peso bruto por eixo, a REQUERENTE defende que o correlato pleito de reequilíbrio contratual estaria intrinsecamente interligado ao aumento dos custos de manutenção do pavimento, obrigação que teria sido mantida em parte pelas Ordens Processuais nºs 03 e 15.

15. Deste modo, ainda segundo a REQUERENTE, a permissão para que a REQUERIDA examine a matéria na via administrativa e adote uma metodologia para o reequilíbrio questionada pela primeira, poderia ter o efeito de onerar desarrazadamente a Concessionária e comprometer a prestação do serviço público.

16. Enfim, para a REQUERENTE, a REQUERIDA não poderia dar seguimento aos processos administrativos em questão, ainda mais quando esta última *“foi incapaz de impugnar o estudo*

*elaborado pelo Laboratório de Pavimentação da escola de Engenharia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul apresentado pela Requerente na arbitragem*⁶.

17. Com base nessas razões, a REQUERENTE formulou os seguintes pedidos:

“58. Diante do exposto, requer-se:

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

*(iii) finalmente, após a oitiva da ANTT, sejam confirmadas as medidas cautelares postuladas nos itens (i) e (ii), determinando-se definitivamente à Agência que se abstenha de dar prosseguimento aos processos administrativos relativos aos pleitos de reequilíbrio contratual a que dizem respeito os Ofícios SEI Nº 14317/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT e SEI Nº 14276/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT, ou de quaisquer outros itens que estejam em vias de perícia pela arbitragem, bem como de promover redução tarifária (aplicação do Fator D) em desacordo com as Ordens Processuais n. 03 e 08, sob pena de aplicação de multa diária.”*⁷

18. Com vistas a assegurar o exercício do contraditório (art. 21, § 2º, Lei nº 9.307/1996), em 18.06.2021, o Presidente do Tribunal Arbitral enviou mensagem eletrônica às partes, por meio da qual concedeu prazo, até o dia 05.07.2021, para que a REQUERIDA, querendo, se manifestasse sobre a petição apresentada pela REQUERENTE.

19. Na data assinalada, assim, a REQUERIDA apresentou manifestação se contrapondo ao pedido formulado pela REQUERENTE.

20. Deveras, após análise dos limites e contornos das decisões liminares em vigor – notadamente a partir das Ordens Processuais nºs 03, 08 e 15 –, a REQUERIDA esclareceu que os ofícios mencionados pela REQUERENTE se referem aos processos administrativos nºs 50500.097363/2020-49 e 50500.124746/2020-05, que teriam por objeto:

- (i) a prestação de contas dos custos incorridos com a elaboração do projeto executivo do contorno de Goiânia, sendo que a REQUERENTE estaria a se negar

⁶ Cf. item 33 da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

⁷ Cf. item 58 da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

a apresentar na via administrativa as notas fiscais, comprovantes e recibos de pagamentos, bem como demais documentos necessários à prestação de contas;
e

- (ii) a análise dos impactos ao Contrato de Concessão decorrente de alterações normativas nos limites de peso bruto por eixo, sendo que a REQUERENTE igualmente estaria deixando de se pronunciar sobre a metodologia desenvolvida pela agência reguladora a ser utilizada para fins de reequilíbrio contratual.

21. Segundo a REQUERIDA, não assistiria razão à REQUERENTE quanto à suposta impossibilidade de dar seguimento aos processos administrativos após a instauração desta arbitragem, cabendo exclusivamente ao Tribunal Arbitral, com base no resultado da perícia, decidir sobre o modelo e o reequilíbrio contratual em ambos os casos.

22. Nas palavras da REQUERIDA, *“não é simplesmente porque a solução sobre uma determinada questão que impacta o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato foi submetida à análise do Tribunal Arbitral que a adoção de providências em sede administrativa que visem oferecer uma solução a essa questão resta impedida. Ainda mais, quando essas providências visam a dar concretude a deveres a que a Agência está constrita”*⁸. E prossegue:

“41. Preservar a competência do Tribunal Arbitral significa assegurar que é o Tribunal Arbitral a autoridade a quem caberá prover a solução definitiva da lide, mas não significa tolher a ANTT da possibilidade de adotar as providências necessárias a dar prosseguimento aos processos administrativos para a solução do tema em âmbito administrativo. Mesmo porque, o Tribunal Arbitral poderá considerar todos os atos administrativos praticado pela ANTT, no exercício regular de suas competências, na oportunidade em que for proferir sentença arbitral.

*42. Desta forma, o mero curso normal dos processos administrativos não importa a prática de atos decisórios finais por parte da ANTT. Assim, procedimentos que visam eventual reequilíbrio do Contrato de Concessão podem até mesmo acarretar aumento de fluxo financeiro à Requerente, seja esse reequilíbrio realizado mediante pagamento, seja realizado mediante revisão da TBP.”*⁹

⁸ Cf. item 36 da manifestação da REQUERIDA de 05.07. 2021.

⁹ Cf. itens 41 e 42 da manifestação da REQUERENTE de 05.07.2021.

23. Ademais, de acordo com a REQUERIDA, as Ordens Processuais proferidas nesta arbitragem não teriam o efeito de impedir o prosseguimento e a conclusão dos processos administrativos n^{os} 50500.097363/2020-49 e 50500.124746/2020-05, não havendo que se falar em descumprimento de decisões do Tribunal Arbitral.

24. Para a agência reguladora, *“os efeitos a que a decisão liminar hoje vigente estão adstritos aos eventos de aplicação de penalidades contratuais, da exigência de investimentos questionados nos pleitos de reequilíbrio/revisionais já ofertados e de imposição de novas obrigações de investimentos. Não há qualquer trecho no dispositivo que inviabilize a prática de atos administrativos que visam a reequilibrar o Contrato em sede administrativa”*¹⁰

25. A REQUERIDA também confronta o argumento da REQUERENTE de que o montante a ser apurado na via administrativa não poderia ser inferior ao que será aferido na perícia determinada nesta arbitragem. Na visão da agência reguladora, os atos administrativos não produzirão quaisquer efeitos que possam vir a impedir, limitar ou condicionar o integral cumprimento de eventual decisão arbitral.

26. A corroborar sua tese de que não haveria vinculação entre os atos praticados nas esferas administrativa e arbitral, a REQUERIDA invoca a cláusula 37.1.2 do Contrato de Concessão, bem como destaca o aspecto axiológico da liminar hoje vigente, voltado à continuidade da prestação do serviço público, que não se vê prejudicada com a conclusão dos processos administrativos pela agência reguladora.

27. E, em conclusão, a REQUERIDA aduz que o ato de dar prosseguimento aos processos administrativos não visa a tumultuar a marcha processual ou mesmo a esvaziar a arbitragem. Segundo ela, tal ato não teria implicação direta com o procedimento arbitral, não alterando as causas de pedir ou pedido das partes, tampouco eliminando as situações já consolidadas e os eventos já ocorridos, sendo certo que o Tribunal Arbitral permanecerá com a prerrogativa de analisar a relevância das conclusões lá alcançadas para o caso concreto.

¹⁰ Cf. item 49 da manifestação da REQUERENTE de 05.07.2021.

28. Em 13.07.2021, a REQUERENTE apresentou um “*memorial*” acerca das razões que embasam os pedidos por ela formulados em sua manifestação de 14.06.2021. No memorial, a REQUERENTE reiterou seu entendimento de que:

- (i) *“uma vez instaurado o presente procedimento arbitral, restou impossibilitada a resolução dessas questões na via administrativa, pois, de acordo com expressa sentença proferida pela Justiça Federal na ação cautelar ajuizada pela Requerente, a análise das matérias – cuja autotutela havia sido inicialmente permitida à Administração –, foi enfim submetida à exclusiva competência do Tribunal Arbitral”*¹¹;
- (ii) o prosseguimento dos processos administrativos no momento da produção da prova pericial teria a única consequência de gerar tumulto processual na arbitragem, com risco de prolação de ato administrativo causador de incerteza e insegurança jurídica; e
- (iii) o comportamento da REQUERIDA não seria condizente com a lealdade processual, configurando-se como abuso de direito, não sendo razoável, colaborativo ou mesmo econômica a iniciativa de produzir novos fatos regulatórios.

29. O Tribunal Arbitral registra o recebimento das manifestações das partes e delibera que a REQUERIDA não está impedida de dar prosseguimento aos processos administrativos que têm por objeto a análise dos custos associados ao projeto executivo do contorno de Goiânia e dos impactos das alterações normativas referentes aos limites de peso bruto por eixo.

30. Com efeito, o exame da decisão liminar e da sentença cautelar proferidas nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400 (cf. RTE-32, RTE-35, RTE-232 e RTE-233) permite inferir que o Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal apenas determinou que a REQUERIDA se abstinhasse de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos nas rodovias concedidas, impor novas obrigações de investimentos e promover a redução tarifária até a apreciação da matéria pelo Tribunal Arbitral.

¹¹ Cf. item 1 do memorial apresentado pela REQUERENTE em 13.07.2021.

31. Não se extrai dos referidos comandos judiciais qualquer determinação que obste a REQUERIDA a dar prosseguimento a processos administrativos referentes a pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão. Até mesmo porque a REQUERENTE não submeteu ao Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal pretensão nesse sentido, tendo o pedido formulado na petição inicial da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400 o seguinte conteúdo:

“Diante do exposto, enquanto vem tomando as providências necessárias para a instauração, nos próximos 30 (trinta) dias, do juízo arbitral ao qual serão submetidos os conflitos originados do contrato de concessão firmado com a requerida, a concessionária autora vem requerer:

(i) a concessão de medida liminar de natureza cautelar, inaudita altera parte, para assegurar que, até a resolução do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – seja pela apreciação do pleito de revisão e recomposição pela ANTT, seja pela apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo Tribunal Arbitral –, a requerida se abstenha de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos questionados nos pleitos de reequilíbrio/revisionais já ofertados, impor novas obrigações de investimento e promover redução tarifária; e [...]

(iii) no mérito, a procedência dos pedidos em todos os seus termos, confirmando-se a liminar previamente concedida, na extensão postulada no item (i);”¹²

32. Na Ata de Missão e nas Alegações Iniciais apresentadas na presente arbitragem, a REQUERENTE também não deduziu pedido para que a REQUERIDA se abstinhasse liminarmente de dar andamento aos processos que têm por objeto a análise de seus pleitos de reequilíbrio associados aos custos com o projeto executivo do contorno de Goiânia e aos impactos das alterações normativas referentes aos limites de peso bruto por eixo na esfera administrativa.

33. Daí porque as Ordens Processuais proferidas pelo Tribunal Arbitral também não estabeleceram qualquer restrição à REQUERIDA no exercício de sua competência regulatória afeta à análise desses pleitos de reequilíbrio na via administrativa. As Ordens Processuais nºs 03, 08 e 15, para o que aqui interessa, se limitaram a reapreciar a liminar concedida pelo Poder Judiciário.

34. Revela notar que, na forma da cláusula 37.1.2 do Contrato de Concessão, a instauração de arbitragem não tem o efeito de suspender as obrigações contratuais das partes, tampouco de interromper as atividades vinculadas à concessão. Confira-se:

¹² Cf. R-006.

“37.1.2 A submissão à arbitragem, nos termos deste item, não exige o Poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.”¹³

35. Desse modo, ausente qualquer determinação judicial ou arbitral específica, a mera instauração deste procedimento não tem o efeito de obstar a REQUERIDA de exercer sua competência regulatória e contratual afeta à análise dos processos administrativos de reequilíbrio econômico-financeiro que lhe são submetidos.

36. A bem da verdade, não existe fundamento legal autorizador de uma automática e imediata supressão de instância administrativa quando da instalação do procedimento arbitral ou mesmo judicial. Ao revés, a regra é a independência entre as instâncias administrativa e judicial/arbitral¹⁴.

37. Não colhe o argumento de que a coexistência do exame dos pleitos de reequilíbrio na via administrativa e na presente arbitragem configuraria abuso de direito por parte da REQUERIDA, o qual teria o condão de causar tumulto ou mesmo de esvaziar o conteúdo da atividade probatória deferida nas Ordens Processuais n^{os} 16 e 18.

38. A instrução na via administrativa das matérias afetas aos custos associados ao projeto executivo do contorno de Goiânia e aos impactos das alterações normativas referentes aos limites de peso bruto por eixo poderá contribuir para a perícia aqui determinada, a partir do compartilhamento de novas informações e dados que inexistiriam caso impedida a competência regulatória da REQUERIDA.

39. A par disto, a conclusão do exame da matéria na esfera administrativa poderá alcançar um resultado que:

¹³ Cf. RTE-001.

¹⁴ Como explica José dos Santos Carvalho Filho: *“Em virtude da independência das responsabilidades e, em consequência, das respectivas instâncias, é que o STF já decidiu, acertadamente, que pode a Administração aplicar ao servidor a pena de demissão em processo disciplinar, mesmo se ainda em curso a ação penal a que responde pelo mesmo fato. Pode até mesmo ocorrer que a decisão penal influa na esfera administrativa, mas isso a posteriori. O certo é que a realização do procedimento administrativo não se sujeita ao pressuposto de haver prévia definição sobre o fato firmada na esfera judicial.”* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 35ª edição, 2021, p 793).

- (i) atenda integralmente às expectativas da REQUERENTE, causando a perda superveniente de objeto dos correlatos pedidos formulados neste procedimento arbitral;
- (ii) recomponha apenas parte do prejuízo alegado pela REQUERENTE, o que, no entanto, não a impedirá de continuar perseguindo a diferença que entenda devida nesta arbitragem; ou
- (iii) deixe de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, o que não provocará qualquer alteração no cenário da arbitragem, visto que a sentença arbitral se sobrepõe à decisão administrativa.

40. Veja-se, sobre o ponto, a ponderação de Cesar Guimarães Pereira:

“Em primeiro lugar, o resultado do processo administrativo, se abrangido pelo escopo da convenção de arbitragem, será passível de revisão pelos árbitros. Insere-se na conduta administrativa que integra o objeto da arbitragem.

Depois, a eventual participação do particular em um processo administrativo prévio em nada afeta os seus direitos nos termos da convenção de arbitragem e nem o direito de obter a tutela judicial adequada.”¹⁵

41. Por essas razões, o Tribunal Arbitral decide indeferir o pedido formulado pela REQUERENTE nos itens “i” e “iii”, primeira parte, do parágrafo 58 de sua manifestação de 14.06.2021 e reiterado no memorial datado de 13.07.2021.

II. INCIDÊNCIA DO FATOR D NA 6ª REVISÃO ORDINÁRIA E 10ª REVISÃO EXTRAORDINÁRIA DA TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO

42. Em sua manifestação de 14.06.2021, a REQUERENTE informou que a REQUERIDA emitiu a Nota Técnica SEI nº 1588/2021/GEFIR/SUROD/DIR (cf. RTE-241), veiculando sua proposta sobre a 6ª Revisão Ordinária e 10ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio.

¹⁵ PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao>.

43. No referido documento – que embasou a Nota Técnica SEI nº 1861/2021 –, a agência reguladora teria informado, dentre outros, que o Fator D seria composto de duas partes: “*Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço do PER (1ª Parte) e Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção (2ª Parte)*”¹⁶, sendo que seu cálculo para a revisão tarifária teria resultado respectivamente nos percentuais negativos de 29,86024% e 9,22998%.

44. A REQUERENTE aduz ter se contraposto ao cálculo do Fator D empreendido pela REQUERIDA, por meio da Carta CNB-DIR 05182021 (cf. RTE-242), nos seguintes termos:

*“[...] em que pese os árbitros deferirem que a Agência não está impedida de proceder com as revisões de tarifas periódicas previstas no Contrato de Concessão, há que se manter o status quo da época em que foram congelados os investimentos em obras de ampliação de capacidade (Fator D de 28,42076%, conforme Deliberação nº 964, publicada no DOU em 30 de outubro de 2019), ou seja, as obras das quais a Concessionária foi desobrigada pelo tribunal arbitral a executar não deveriam ser mais decrescidas ao Fator D”*¹⁷.

45. Não obstante, continua a REQUERENTE, a REQUERIDA teria desconsiderado sua argumentação, informando que seria aplicado, para fins de revisão contratual, o percentual apurado a título de Fator D (cf. RTE-243). Tal percentual refletiria os níveis de inexecução das atividades previstas no PER, no que diz respeito à Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço e à Frente de Recuperação e Manutenção.

46. Nesse contexto, a REQUERENTE submeteu ao Tribunal Arbitral manifestação argumentando que a pretensão da REQUERIDA de aplicação do Fator D estaria em descompasso com a Ordem Processual nº 03.

47. Na sua visão, em relação à 1ª Parte do Fator D (“*Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço do PER*”), desde a vigência da decisão cautelar proferida nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, a REQUERIDA estaria impedida de exigir da REQUERENTE investimentos de ampliação da capacidade das rodovias previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER.

¹⁶ Cf. RTE-241.

¹⁷ Cf. RTE-242.

48. Isto significaria dizer, nas palavras da REQUERENTE, “*que as inexecuções verificadas a partir de 2019 em relação à Frente de Ampliação (1ª Parte do Fator D) não podem ser consideradas no cômputo cumulativo do Fator D (‘metas previstas nos anos anteriores e que continuam sem ser executadas’). Ou seja, deve haver um ‘congelamento’ dos descontos aplicáveis até a véspera da decisão judicial, interrompendo-se a partir de então qualquer novo cômputo de Fator D*”¹⁸.

49. De outro lado, quanto à 2ª Parte do Fator D, a REQUERENTE defende que, em que pese a REQUERIDA esteja autorizada a aplicar sanções para o caso de inadimplemento de obrigações relacionadas à “*Frente de Recuperação e Manutenção*”, o Tribunal Arbitral teria impedido expressamente a agência reguladora de considerar essas inexecuções para fins de revisão tarifária na Ordem Processual nº 03.

50. Em reforço à sua argumentação, a REQUERENTE ainda defendeu:

- (i) a necessidade de uma leitura sistêmica da Ordem Processual nº 15 com as Ordens Processuais nºs 03 e 08;
- (ii) que “*a aplicação indiscriminada do Fator D enquanto não são solucionadas as questões de reequilíbrio postas nesta arbitragem é uma forma de onerar sobremaneira e desarrazoadamente a Concessionária, ou seja, uma inaceitável antecipação do mérito da presente arbitragem*”¹⁹;
- (iii) que, em termos regulatórios, a tarifa atualmente praticada refletiria aquilo que foi entregue pela Concessionária até 2019, enquanto exigíveis todas as obrigações;
- (iv) que, a despeito de a REQUERIDA ter sinalizado uma tarifa de R\$ 1,40 (um real e quarenta centavos), o cálculo do valor a ser efetivamente praticado no curso da relicitação vem sendo debatido em sede administrativa entre as partes (cf. RTE-244 e RTE-245), haja vista a condução inapropriada da agência reguladora e a existência de discrepância metodológica em relação a outros procedimentos relicitatórios;

¹⁸ Cf. item 43 da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

¹⁹ Cf. item 48, “ii”, da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

- (v) que, em outros processos de relicitação de rodovias, a REQUERIDA teria, à luz do art. 11, III, do Decreto nº 9.957/2019, permitido que as concessionárias cobrassem tarifas que não contemplassem o “*impacto econômico-financeiro decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais*”²⁰; e
- (vi) que “*as duas concessões que já são objeto de relicitação operarão com uma tarifa de pedágio muito superior àquela calculada pela renomada consultoria Tendências que, debruçada sobre o histórico das demonstrações contábeis e financeiras da Concebra, auditadas por empresas independentes e divulgadas periodicamente à ANTT e ao mercado (o que reafirma a seriedade e a integridade desses documentos), indicou, por meio de robusto parecer, duas possíveis tarifas de breakeven point, ambas com valores mais elevados do que aquela praticada atualmente, e ainda abaixo das tarifas cobradas pelas demais concessões em Relicitação, o que rechaça, também, qualquer alegação de que ‘a manutenção da estrutura contratual tarifária acaba por lhe beneficiar’*”²¹.

51. Nesse sentido, formulou a REQUERENTE o seguinte pedido:

“*Diante do exposto, requer-se: [...]*

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

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

52. Exercendo faculdade conferida pelo Árbitro-Presidente no e-mail datado de 18.06.2021, a REQUERIDA se manifestou sobre o pedido da REQUERENTE acima transcrito.

²⁰ Cf. item 48, “v”, da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

²¹ Cf. item 48, “vi”, da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

53. Segundo argumentou a REQUERIDA, não haveria qualquer mácula nas análises empreendidas no processo administrativo nº 50500.016935/2021-88, que trata da 5ª Revisão Ordinária e da 9ª Revisão Extraordinária (com efeitos econômicos de 27.06.2020 a 26.06.2021) bem assim da 6ª Revisão Ordinária e 10ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio (com vigência a partir de 27.06.2021) (cf. R-135 e R-136).

54. Isso porque, para a REQUERIDA, a leitura das Ordens Processuais nºs 03, 08 e 15 deixaria claro que *“não apenas inexistente qualquer restrição ao tipo de obrigação sujeita à revisão tarifária – dada a abrangência dos termos da OP nº 15 – como também [que] pode a ANTT reduzir o patamar tarifária [sic] para um valor inferior àquele aprovado na Deliberação nº 964/2019, conforme item III do parágrafo 135 da referida OP”*²².

55. Ainda segundo ela:

“21. Se é verdade que o item (iv) do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03 alude à impossibilidade de a ANTT considerar para fins de revisão tarifária o inadimplemento da Requerente de outras obrigações não previstas nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, também o é o fato que a Ordem Processual nº 08, ao ‘manter em vigor a decisão tomada nos itens ‘i’, ‘ii’, ‘iii’ e ‘iv’ do parágrafo da Ordem Processual nº 03’, expressamente se refere ao pedido formulado no item 113.b da manifestação da ANTT de 13.07.2020. Esse item da manifestação da Requerida pleiteou que fossem restabelecidas todas as obrigações contratuais. Por sua vez, o item 113a dessa mesma manifestação, que pugnava pela manutenção da possibilidade de redução tarifária, foi deferido pelo Tribunal Arbitral na Ordem Processual nº 15.

*22. Portanto, ao contrário do que defende a Requerente, a leitura sistêmica das OPs denota que a manutenção do item (iv) da OP 3 diz respeito tão somente à aplicação de sanções, cobrança de valores e à execução da garantia contratual.”*²³

* * *

“58. Sobre esse tema, é importante reiterar, desde logo, que a Ordem Processual nº 15 fez constar que a ANTT está autorizada a realizar as revisões periódicas, que se mostram ‘necessárias para a preservação da correspondência do valor do pedágio com a realidade dos serviços prestados nas rodovias’, bem como de que, até tal momento da arbitragem, a Requerente não teria produzindo nenhuma prova ‘no sentido de que o valor da tarifa cheia (sem a incidência do Fator D) está adequada e proporcional aos serviços que os usuários efetivamente recebem’. A Ordem Processual nº 15 revogou, em seu dispositivo, a determinação que impedia a ANTT de considerar para fins de revisão tarifária as obrigações referentes à Frente de Recuperação e Manutenção do PER (outras obrigações não previstas nas cláusulas

²² Cf. item 24 da manifestação da REQUERIDA de 05.07.2021.

²³ Cf. itens 21 e 22 da manifestação da REQUERIDA de 05.07.2021.

10.3 e 10.4.1 do Contrato e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER – 2ª Parte do Fator D). Não há portanto, qualquer impedimento à ANTT para que considere a inexecução dessas obrigações nas revisões tarifárias futuras, desde que, conforme ressalvado expressamente pelo Tribunal, o valor recebido a maior no período em que a liminar judicial esteve vigente não seja descontado.

59. Se houvesse outra ressalva, assim teria disposto o Tribunal Arbitral na Ordem Processual nº 15, o que não fez, abstendo-se de impor outras limitações ao exercício dessa prerrogativa pela ANTT.”²⁴

56. Além disso, a REQUERIDA apresentou explicação do Fator D, esclarecendo que os eventos que autorizam sua aplicação independem da alocação de risco contratual, servindo o instrumento apenas para a avaliação do atendimento ou não, pela REQUERENTE, dos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção e da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço do PER.

57. Em outros termos, o objetivo do Fator D não seria penalizar a REQUERENTE pela inexecução de investimentos, mas apenas e tão somente adequar as entradas e saídas de caixa, de modo a ajustar a tarifa de pedágio à projeção da taxa de retorno da concessão prevista pela Concessionária. O fato de determinado investimento não ser mais exigível seria, assim, irrelevante para a aplicação do Fator D, pois este teria como único propósito a aferição do estado de realização das obras *vis-a-vis* o cronograma original de obras do PER.

58. Como consequência, aduziu a REQUERIDA, *“ainda que os investimentos tenham deixado de ser exigidos após 2019, em razão da determinação arbitral, fato é que a sua não realização ensejou um benefício econômico à Requerente, se comparado à projeção de retorno da Concessão formulada originalmente pela Requerente”²⁵.*

59. A REQUERIDA esclareceu, ademais, o estágio atual do processo administrativo de relicitação das rodovias concedidas, informando que, em 23.06.2021, foi publicada no Diário Oficial da União a Deliberação nº 261/2021, por meio da qual a agência reguladora atestou o atendimento, pela REQUERENTE, dos requisitos previstos na Lei nº 13.448/2017 e no Decreto nº 9.957/2019.

²⁴ Cf. itens 58 e 59 da manifestação da REQUERIDA de 05.07.2021.

²⁵ Cf. item 72 da manifestação da REQUERIDA de 05.07.2021.

60. Sem embargo, arrematou que *“apenas após a celebração do termo aditivo com a ANTT é que a Requerente fará jus às prerrogativas que ali constam, em contrapartida aos deveres e obrigações a serem cumpridos para tanto. Até referido momento, não há qualquer pertinência em tratar das regras aplicáveis à relicitação como sendo alternativas ou indicativos de medidas adequadas a serem adotadas perante a Requerente, uma vez que não se constituiu ainda uma relação jurídica dotada de diversas particularidades imanentes à relicitação, que prevê direitos e deveres à Requerente, à luz de uma situação extrema vinculada a uma finalidade bastante específica (a continuidade do serviço em situação precária, num contexto de término antecipado do Contrato, até a assunção por novo operador)”*²⁶.

61. Alicerçada em tais razões, a REQUERIDA pugnou então pela rejeição do pedido formulado pela REQUERENTE.

62. Em 13.07.2021, a REQUERENTE apresentou um *“memorial”*, em que reiterou seu entendimento de que a aplicação do Fator D, na forma pretendida pela REQUERIDA, atentaria contra a Ordem Processual nº 03, justificando o acolhimento de seu pedido formulado em 14.06.2021.

63. No memorial, além dos argumentos anteriormente apresentados, a REQUERENTE acresceu que a redução tarifária, a partir da aplicação do Fator D, comprometerá *“já combalida saúde financeira da Concessionária”*²⁷. A REQUERENTE reiterou, nesse sentido, que, após a Ordem Processual nº 03, foi forçada a adotar medidas de austeridade e redimensionamento de suas atividades, que passaram a afetar a prestação dos serviços. Citou, a título de exemplo:

- (i) a demissão de 270 (duzentos e setenta) funcionários entre junho de 2020 e julho de 2021, o que corresponderia a 21% (vinte e um por cento) do quadro pessoal da Concessionária;
- (ii) a disparada de emissão de Termos de Registros de Ocorrências pela REQUERIDA, a despeito da queda verificada do número de acidentes fatais;

²⁶ Cf. item 77 da manifestação da REQUERIDA de 05.07.2021.

²⁷ Cf. item 20 do memorial apresentado em 13.07.2021.

- (iii) o fato de que seu caixa teria registrado em 07.07.2021 apenas R\$ 84.613,11 (oitenta e quatro mil, seiscentos e treze reais e onze centavos), valor muito inferior a posições financeiras anteriores e aos limites prudenciais de segurança, insuficiente para bancar qualquer obra emergencial (cf. RTE-247, RTE-248 e RTE-249); e
- (iv) a circunstância de que teria se tornado comum a concessionária postergar compromissos com fornecedores básicos, sendo o caixa sensível ao recebimento diário de receitas.

64. O Tribunal Arbitral analisou as manifestações apresentadas pelas partes, tendo verificado que a aplicação do Fator D nas revisões tarifárias da concessão objeto da presente arbitragem, na forma pretendida pela REQUERIDA, não afronta, em princípio, a Ordem Processual nº 03.

65. Com efeito, a Ordem Processual nº 03, no item “ii” de seu parágrafo 204, manteve a determinação cautelar exarada nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, no sentido de suspender a exigibilidade das obrigações da REQUERENTE relacionadas aos investimentos de ampliação da capacidade das rodovias previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER.

66. A suspensão da exigibilidade de tais obrigações pelo Tribunal Arbitral, no entanto, não teve o efeito de impedir a REQUERIDA de promover as revisões tarifárias periódicas da concessão nas bases pactuadas no contrato.

67. Tanto assim é que, demandado pela REQUERIDA a prestar esclarecimentos acerca do alcance da Ordem Processual nº 03, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 15, assentando o seguinte:

“125. Deveras, ao proferir a Ordem Processual nº 03, o Tribunal Arbitral não impediu a agência reguladora de promover as revisões tarifárias periódicas previstas no Contrato de Concessão, que foram consensualmente acordadas entre as partes, se mostrando necessárias para a preservação da correspondência do valor do pedágio com a realidade dos serviços prestados nas rodovias. [...]”²⁸

²⁸ Cf. item 125 da Ordem Processual nº 15.

* * *

“133. Ficam também parcialmente deferidos os pedidos formulados pela REQUERIDA nos itens 49(a) e 50 de sua manifestação de 27.11.2020 e indeferido o pedido formulado no item 49(b) da mesma manifestação, para que seja: [...]

(ii) esclarecido que a REQUERIDA não está impedida de promover as revisões tarifárias periódicas previstas no Contrato de Concessão, devendo, no entanto, no âmbito dessa atividade, observar a restrição imposta no item ‘iv’ do parágrafo 132 acima.”²⁹

68. Vale dizer que a Ordem Processual nº 03 revogou a decisão judicial proferida nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400 precisamente no ponto em que esta havia impedido a REQUERIDA de proceder à revisão da tarifa de pedágio das rodovias concedidas.

69. E isto porque, como destacado na ocasião, o Tribunal Arbitral deliberou ser necessário assegurar a proporcionalidade da tarifa em relação aos serviços efetivamente prestados nas rodovias, mantendo-se deferente à aplicação dos fatores e elementos contratuais que integram a revisão tarifária. Confira-se:

“185. Ressalte-se que, se, sob a perspectiva do concessionário, a tarifa de pedágio serve como forma de remuneração da concessão, para os usuários ela funciona como contraprestação pela utilização da rodovia e dos serviços ali prestados. Consoante lição do saudoso professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, goza a tarifa de uma situação singular, coparticipando tanto de natureza pública, quanto de natureza privada: [...]

186. Diante dessa perspectiva dúplice, dessarte, o valor da tarifa deve não apenas mirar a manutenção das premissas econômicas de retorno do investimento e de remuneração do capital que nortearam a contratação da REQUERENTE, mas também corresponder ao serviço adequado, no qual se inclui a realidade atual dos investimentos promovidos na rodovia e a qualidade dos serviços que são prestados pela Concessionária no bojo da concessão.

187. Egon Bockman Moreira, nessa linha, destaca que a remuneração do concessionário ‘deriva do conjunto de pagamentos individuais em contrapartida à comodidade material prestada. Enfim, é a retribuição paga por cada um dos usuários em vista da obra construída/e ou serviço prestado. Sob a perspectiva destes há correlação entre tarifa, obra e serviços usufruídos’.

188. No caso presente, embora haja controvérsia entre as partes a respeito do patamar que efetivamente foi investido pela REQUERENTE na concessão, é consenso que este se mostra, atualmente, muito aquém daquele originalmente previsto no contrato. A despeito dos outros investimentos relatados no relatório acostado como RTE-044, a própria REQUERENTE reconhece que, ‘em relação à duplicação da rodovia, foram executadas aproximadamente 13% da extensão prevista’.

²⁹ Cf. item 133, “ii”, da Ordem Processual nº 15.

189. Essa falta de correspondência entre os investimentos previstos e efetivamente realizados, constitui, portanto, mais um fator a contribuir para a revogação da determinação exarada pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal no sentido de impedir a REQUERIDA de promover redução tarifária na concessão.

190. Deveras, a despeito da existência de dificuldade de a REQUERENTE cumprir o originalmente pactuado com a REQUERIDA, não se pode negligenciar o fato de que a tarifa de pedágio deve corresponder ao nível de qualidade e investimentos promovido nas rodovias. Caso contrário, legitimar-se-ia a cobrança do usuário de uma tarifa de pedágio que efetivamente não corresponderia ao serviço prestado pelo concessionário, em desacordo com o disposto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995101, chancelando um enriquecimento indevido.

191. Há de se considerar, nesse aspecto, a questão da proporcionalidade da tarifa, assim compreendida sob o prisma da correlação entre o valor arrecadado e a qualidade do serviço prestado nas rodovias, como bem apontam Joana Paula Batista e Aline Paola Correa Braga Câmara Almeida: [...]"

* * *

“197. Nesse contexto, em sede de cognição sumária e ante a ausência de prova técnica que comprove a inadequação de suas conclusões, afigura-se prudente prestigiar a capacidade institucional da REQUERIDA, aqui refletida na deferência que o Tribunal Arbitral deve, por ora, observar na aplicação dos fatores e elementos que integram a revisão ordinária, assim como o próprio respeito à estruturação tarifária consensualmente fixada pelas partes no contrato.”³⁰

70. O Tribunal Arbitral, portanto, não impediu a REQUERIDA de promover as revisões tarifárias na forma do Contrato de Concessão, tampouco impôs até o momento qualquer restrição em relação à aplicação do Fator D nessa atividade³¹. Ao contrário, buscou assegurar a competência regulatória da REQUERIDA com o fito de manter a correlação entre o valor cobrado a título de pedágio e os serviços efetivamente prestados nas rodovias.

71. Não colhe o argumento deduzido pela REQUERENTE no sentido de que, uma vez suspensas por decisão judicial/arbitral as obrigações relacionadas à ampliação da capacidade das rodovias concedidas (que integram a Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço do PER), estaria a REQUERIDA, em consequência, impedida de considerar as inexecuções dessas atividades para o cálculo da 1ª Parte do Fator D.

³⁰ Cf. item 197 da Ordem Processual nº 03.

³¹ A única restrição às revisões tarifárias imposta pelo Tribunal Arbitral consiste naquela objeto do item 132, “iv”, da Ordem Processual nº 15, referente ao Fator C. Com efeito, impediu-se a REQUERIDA de considerar no cálculo da tarifa de pedágio (Fator C), o impacto financeiro de eventuais valores recebidos a maior pela Concessionária no período compreendido entre o deferimento da medida cautelar nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400 e sua revogação parcial pela Ordem Processual nº 03.

72. Em uma análise *prima facie*, de acordo com a sistemática acordada entre as partes, o Fator D não constitui uma penalidade por inexecução contratual, que haveria de deixar de ser aplicada uma vez suspensa a exigibilidade da obrigação.

73. A leitura das cláusulas do Contrato de Concessão indica que o Fator D configura-se uma modalidade pactuada para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença. Trata-se de um redutor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio (cf. cláusula 1.1.1, “xx”, do Contrato de Concessão), aferido objetivamente a partir do atendimento ou não das atividades previstas no PER, que se volta à “*preservação da correspondência do valor do pedágio com a realidade dos serviços prestados nas rodovias*”³².

74. Com efeito, a cláusula 1.1.1, “i” e “xiii”, do Contrato de Concessão define nos seguintes termos o Acréscimo de Reequilíbrio e o Desconto de Reequilíbrio, que podem ensejar o incremento ou o decréscimo do valor da tarifa de pedágio quando da aplicação do Fator D:

“1.1.1 Para os fins do presente Contrato, e sem prejuízo de outras definições aqui estabelecidas, as seguintes definições aplicam-se às respectivas expressões:

- (i) Acréscimo de Reequilíbrio: percentual que será incrementado na Tarifa Básica de Pedágio na forma da subcláusula 22.6, com vistas à manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função da antecipação de Obras de Ampliação de Capacidade de Melhorias, tal como previsto no PER e no Anexo 5, mediante a aplicação do Fator D. [...]*
- (xiii) Desconto de Reequilíbrio: percentual que será deduzido da Tarifa Básica de Pedágio, na forma da subcláusula 22.6, com vistas à manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função do não atendimento aos Parâmetros de Desempenho e à inexecução das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço, tal como previsto no PER e no Anexo 5, mediante a aplicação do Fator D.”*

75. Isto é, uma vez não realizado o investimento no prazo do cronograma previsto no PER, independentemente do motivo, o Contrato de Concessão estabelece que deve-se trazer a remuneração da REQUERENTE a valor presente para torná-la correspondente ao investimento efetivamente realizado. A propósito, transcreva-se o item 2.7 do Anexo 5 ao Contrato de Concessão:

³² Cf. item 125 da Ordem Processual nº 15.

“2.7 O Desconto de Reequilíbrio não constitui espécie de penalidade imposta à Concessionária, mas sim mecanismo para desonerar os usuários do Sistema Rodoviário. Pressupõe que, se o serviço público prestado na Concessão estiver em desconformidade com as condições estabelecidas no Contrato e no PER, tal serviço não deve ser remunerado em sua integralidade. Trata-se de mecanismo preestabelecido e pactuado entre as Partes no Contrato, visando à manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro para os casos de inexecução dos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção e das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço, de acordo com os Parâmetros Técnicos e dos Parâmetros de Desempenho.”

76. Corroboram também essa percepção as cláusulas 22.4.2 e 22.6.4 do Contrato de Concessão, que estabelecem a aplicação automática e objetiva do Fator D quando verificada a inexecução de uma atividade em relação ao cronograma do PER, mesmo nos casos em que a inexecução decorra de ato que não seja de responsabilidade da Concessionária (v.g. de responsabilidade do Poder Concedente):

“22.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio:

- (i) Na hipótese de atraso ou inexecução dos serviços e obras, dos Escopos, Parâmetros Técnicos da Frente de Recuperação e Manutenção e da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio de aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio, nos termos da subcláusula 22.6, sendo que a hipótese de antecipação da entrega das Obras de Ampliação de Capacidade poderá ensejar o Acréscimo de Reequilíbrio, tudo conforme a metodologia de aplicação do Fator D; [...]*

* * *

“22.6.4 A Concessionária declara ter pleno conhecimento e reconhece que:

- (i) Considerando o caráter objetivo da avaliação realizada pela ANTT, o seu resultado indicará as condições físicas do Sistema Rodoviário e a sua conformidade com os Parâmetros de Desempenho, com o cumprimento do prazo de execução das obras e demais exigências do Contrato e do PER, observados os Parâmetros Técnicos e os Escopos;*
- (ii) o Desconto ou Acréscimo de Reequilíbrio, determinado pela avaliação anual de desempenho e execução de obras, é um mecanismo pactuado entre as partes para reequilibrar o Contrato nos casos de atraso ou inexecução de obras e serviços ou no caso de antecipação de determinadas obras, e será aplicado de forma imediata e automática pela ANTT;*
- (iii) a redução ou aumento do valor da Tarifa Básica de Pedágio em decorrência da aplicação do Desconto ou Acréscimo de Reequilíbrio não constitui penalidade contratual ou receita adicional, mas sim mecanismo preestabelecido no Contrato para manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro ;*

- (iv) *a avaliação do desempenho da Concessão e a aplicação do Desconto de Reequilíbrio não prejudicam a verificação, pela ANTT, de inadimplemento contratual da Concessionária e consequente aplicação das penalidades previstas no Contrato e na regulamentação da ANTT;*
- (v) *em caso de atraso na execução das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível dos Serviços decorrentes de eventos que sejam comprovados e reconhecidos expressamente pela ANTT como de enquadramento na cláusula 21.2 será aplicado o Desconto de Reequilíbrio, mas não será aplicada a penalidade.”*

77. O Tribunal Arbitral vislumbra que o Contrato de Concessão afigura-se complexo, abrindo margem a interpretações diversas. Por conseguinte, seu debate em contraditório pleno poderá apresentar outros contornos ao Tribunal Arbitral, permitindo a alteração da interpretação ora firmada, se for o caso.

78. Contudo, em sede de cognição sumária³³, parece ao Tribunal Arbitral que, ainda que a inexecução da atividade prevista no PER encontre amparo em uma ordem judicial e/ou arbitral, pode ela ser considerada para efeitos da aplicação do Fator D no âmbito das revisões tarifárias, sob pena de desarranjo da estrutura tarifária acordada.

79. Sobre o tema, o Tribunal Arbitral destacou o seguinte na Ordem Processual nº 15:

“84. Não se pode ignorar que a principal razão da redução da tarifa é o Fator D, que guarda relação direta, à luz do contrato celebrado, com os investimentos efetivamente realizados. Não cabe ao Tribunal Arbitral, neste momento, fazer qualquer juízo de valor acerca dos mecanismos tarifários consensualmente pactuados no Contrato de Concessão. Contudo, é inequívoco que a consequência imediata da desobrigação dos vultosos investimentos a serem feitos pela REQUERENTE e que foram deferidos pelo Tribunal Arbitral, é a correspondente redução do valor da tarifa na exata proporção dos investimentos. Não se trata de invenção ou mesmo de decisão voluntarista do Tribunal Arbitral. Trata-se de uma consequência direta que decorre do arranjo contratual que as partes, livremente, ajustaram.

85. Até o presente momento da arbitragem, a REQUERENTE não produziu nenhuma prova no sentido de que o valor da tarifa cheia (sem a incidência do Fator D) está adequada e proporcional aos serviços que os usuários efetivamente recebem. Em outros termos, não se afastou a premissa da Ordem Processual nº 03 de que a manutenção do valor da tarifa (sem a incidência do Fator D), não violaria o princípio da modicidade tarifária.”³⁴

³³ O presente exame é feito em sede de cognição sumária, seja por que constitui mero desdobramento do decidido nas Ordens Processuais nºs 03, 08 e 15, seja porque ainda não concluída a fase instrutória da arbitragem.

³⁴ Cf. itens 84 e 85 da Ordem Processual nº 15.

80. Não assiste tampouco razão ao argumento da REQUERENTE de que a aplicação da 2ª Parte do Fator D pela ANTT teria sido impedida expressamente pela Ordem Processual nº 03.

81. Conforme narra a REQUERENTE, o cálculo da 2ª Parte do Fator D estaria atrelado à execução ou não das atividades previstas na Frente de Recuperação e Manutenção do PER; isto é, daquelas atividades não compreendidas 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 e cuja exigibilidade não foi suspensa pelo Tribunal Arbitral.

82. A REQUERENTE invoca o trecho “*desde que não [...] os considere para fins de revisão tarifária*” previsto no item “iv” do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03, para afirmar que o inadimplemento de tais atividades não poderia ser considerado pela REQUERIDA ao promover as revisões periódicas do pedágio.

83. Entretanto, conforme se extrai da leitura integral do item mencionado pela REQUERENTE, o Tribunal Arbitral não impediu a REQUERIDA de considerar no cálculo das revisões tarifárias eventuais inexecuções de atividades não relacionadas à ampliação da capacidade das rodovias. Impediu, isto sim, que fossem consideradas nas referidas revisões os valores decorrentes de eventuais *penalidades* aplicadas em função do inadimplemento daquelas obrigações (v.g. multa):

“204. Ante o exposto, na forma dos Art. 28(1) do Regulamento de Arbitragem da CCI e art. 22-B da Lei nº 9.307/1996, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, defere 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 defere parcialmente o pedido deduzido pela REQUERENTE no item 988 das Alegações Iniciais, para:

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

84. De fato, a fundamentação da Ordem Processual nº 03 esclarece que a impossibilidade de se considerar as penalidades para fins de revisão tarifária determinada no item transcrito pela REQUERENTE decorre da suspensão da cláusula 20.14 do Contrato de Concessão, que assim dispõe: “*as importâncias pecuniárias resultantes da aplicação de multas poderão ser revertidas para a modicidade tarifária, conforme decisão da ANTT*”. Confira-se:

“163. O Tribunal Arbitral, todavia, entende que a medida cautelar não pode – e nem deve – impedir a REQUERIDA de aplicar sanções à REQUERENTE (com exceção da caducidade) pelo descumprimento de outras obrigações não relacionadas à promoção dos investimentos na ampliação da capacidade das rodovias, 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.

164. Para estes casos, com efeito, ficam provisoriamente suspensas apenas as cláusulas 20.10, 20.11 e 20.14 do Contrato de Concessão, abaixo transcritas, e a possibilidade de a REQUERIDA exigir da REQUERENTE, por qualquer meio, valores decorrentes de penalidades contratuais:

‘20.10 Após a conclusão do processo administrativo de aplicação de multa, caso a Concessionária não proceda ao pagamento da multa no prazo estabelecido, a ANTT procederá à execução da Garantia de Execução do Contrato.’

* * *

‘20.11 O débito originado de processo administrativo de aplicação de multa transitado em julgado, não quitado pela Concessionária e não coberto pela Garantia de Execução do Contrato, poderá ser inscrito junto ao Cadastro Informativo de créditos não quitados do Setor Público Federal (Cadin) até o efetivo pagamento.’

* * *

‘20.14 As importâncias pecuniárias resultantes da aplicação de multas poderão ser revertidas para a modicidade tarifária, conforme decisão da ANTT.’

165. Tal ressalva se afigura necessária, de um lado, para permitir que a REQUERIDA possa fiscalizar e punir a REQUERENTE por outros inadimplementos não relacionados à obrigação de realizar os investimentos de ampliação de capacidade das rodovias e, de outro, para que se registre os valores que a agência reguladora entende devidos a título de multas decorrentes desses outros inadimplementos, de modo a viabilizar sua cobrança na hipótese de os pedidos formulados nesta arbitragem serem julgados improcedentes ao final.

166. O registro dos valores devidos a título de penalidades nos autos de infração também parece relevante para o caso de ser admitido o requerimento de relicitação deduzido pela REQUERENTE. [...]

172. Nesse sentido, para que fique claro às partes, o Tribunal Arbitral determina, neste ato, que a REQUERIDA se abstenha neste momento de exigir os investimentos de ampliação da capacidade da rodovia previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER e de aplicar qualquer penalidade por eventual descumprimento dessa obrigação. Fica, contudo, preservado o poder da agência reguladora de aplicar sanções (excetuada a caducidade) para o caso de inadimplemento de outras obrigações contratuais,

*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.”*³⁵

85. Vê-se, pois, que a REQUERIDA não está impedida de considerar o inadimplemento de 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 para fins de revisão tarifária, a partir do cálculo do Fator D. Está impedida, tão somente, de considerar em tais revisões o valor decorrente de eventuais penalidades aplicadas em função do descumprimento dessas obrigações.

86. Por sua vez, os demais argumentos da REQUERENTE afetos ao processo de relicitação também não justificam o afastamento da aplicação do Fator D (1ª ou 2ª Parte) das revisões tarifárias periódicas. Conforme reconhece a própria REQUERENTE, o eventual ajuste tarifário da concessão que decorrerá diretamente da relicitação é objeto de negociação entre as partes, sendo descabida a intervenção do Tribunal Arbitral neste momento.

87. Além disso, indevida se afigura a comparação feita no item 48, “vi”, da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021. O documento acostado como RTE-249 demonstra que a permissão da REQUERIDA para que “*outras as concessionárias cobrassem tarifas que não contemplassem ‘o impacto econômico-financeiro decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais’*”³⁶ somente ocorreu após a celebração dos aditivos contratuais de que tratam os arts. 15 da Lei nº 13.448/2017 e 7º, I, do Decreto nº 9.957/2019, o que não sucede no caso em exame.

88. O Tribunal Arbitral também entende que o art. 11, III, do Decreto Federal nº 9.957/2019³⁷, invocado pela REQUERENTE, não assegura *per se* a suspensão de qualquer obrigação ou norma contratual pelo Tribunal Arbitral em decorrência do processo de relicitação.

³⁵ Cf. itens 163 a 172 da Ordem Processual nº 03.

³⁶ Cf. item 48, “v”, da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

³⁷ “Art. 11. Serão descontados do valor calculado pela agência reguladora competente, a título de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria, de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017:

I - as multas e outras somas de natureza não tributária devidas pelo contratado originário ao órgão ou à entidade competente e não adimplidas até o momento do pagamento da indenização; [...]”

89. O referido dispositivo apenas disciplina o cálculo da indenização por bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de concessão, a ser paga ao final da relicitação, estabelecendo que da indenização poderá ser descontado “*o valor excedente da receita tarifária auferida pelo contratado originário em razão da não contabilização do impacto econômico-financeiro no valor da tarifa decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais no momento da celebração do termo aditivo*”.

90. Por fim, os demais argumentos afetos à situação financeira da REQUERENTE já foram apreciados nas Ordens Processuais nºs 03, 08 e 15, às quais o Tribunal Arbitral ora se reporta.

91. Com base nesses fundamentos, o Tribunal Arbitral resolve indeferir o pedido formulado pela REQUERENTE nos itens “ii” e “iii”, parte final, do parágrafo 58 de sua manifestação de 14.06.2021 – e reiterado no memorial de 13.07.2021.

III. RELATÓRIO DE ANÁLISE Nº 1/2016

92. Considerando o conteúdo das manifestações apresentadas pelas partes em 20.04.2021, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 18, por meio da qual, dentre outros, resolveu expedir, por intermédio da Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), ofício à Diretoria do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”) para que apresentasse nestes autos o inteiro teor do Relatório de Análise nº 01/2016.

93. Nesse sentido, após a informação prestada pela REQUERENTE em sua manifestação de 28.05.2021, a Secretaria da CCI encaminhou ao BNDES o referido ofício, conforme informado pelo Tribunal Arbitral às partes por ocasião da Ordem Processual nº 19.

94. Em 15.07.2021, o BNDES encaminhou ao Tribunal Arbitral o Relatório de Análise nº 01/2016, acompanhado do Ofício AJ1/JUCRE nº 09/2021, subscrito pelo Chefe de seu Departamento Jurídico de Recuperação de Créditos.

95. Por meio desta Ordem Processual, o Tribunal Arbitral encaminha às partes cópia do expediente acima referido e do Relatório de Análise nº 01/2016 apresentados pelo BNDES, concedendo prazo, até o dia **31 de agosto de 2021**, para que REQUERENTE e REQUERIDA, querendo, se manifestem a seu respeito.

IV. PROSSEGUIMENTO DA FASE INSTRUTÓRIA

96. Tendo em vista o deferimento de prova pericial multidisciplinar neste procedimento arbitral, o Tribunal Arbitral concedeu prazo para que as partes apresentassem quesitos e indicassem assistentes técnicos, assim como prazo sucessivo para que cada parte se manifestasse sobre a pertinência dos quesitos formulados pela parte contrária (cf. Ordem Processual nº 18).

97. Nesse contexto, em 23.06.2021, a REQUERENTE apresentou manifestação indicando como sua assistente técnica a empresa LFS Consultoria, Perícia e Assistência Técnica Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 34.895.494/0001/31, com sede na Rua São José, 70, Centro, Rio de Janeiro. A manifestação veio acompanhada de um rol de 242 (duzentos e quarenta e dois) quesitos.

98. Na mesma data, a REQUERIDA também indicou seus assistentes técnicos – os Srs. Anderson Santos Bellas, Fernando de Freitas Bezerra, Isabela Soares Machado Reichert e Matheus Roderó, todos agentes públicos integrantes de seu quadro de pessoal –, assim como formulou 112 (cento e doze) quesitos a serem respondidos no curso da prova pericial.

99. Em 23.07.2021, REQUERENTE e REQUERIDA apresentaram suas respectivas impugnações de quesitos.

100. O Tribunal Arbitral registra o recebimento das manifestações das partes e informa que, dada a quantidade de quesitos formulados e impugnados, expedirá oportunamente Ordem Processual própria sobre as impugnações apresentadas.

* * *

101. 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

16 de agosto de 2021.



SERGIO NELSON MANNHEIMER

Árbitro Presidente