

**CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL
CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM
PROCEDIMENTO ARBITRAL CCI 23960/GSS/PFF**

**ROTA DO OESTE - CONCESSIONÁRIA ROTA DO OESTE S.A.
(Brasil)**

Requerente

v.

**AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT
(Brasil)**

Requerida

ORDEM PROCESSUAL N.º 6

PROCEDIMENTO ARBITRAL CCI 23960/GSS/PFF

Os membros do Tribunal Arbitral instituído para dirimir as controvérsias objeto do Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF, em curso perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, doravante denominada “Corte”, em que figuram, como Requerente, ROTA DO OESTE – CONCESSIONÁRIA ROTA DO OESTE S.A. e, como Requerida, AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, decidem proferir esta **Ordem Processual n.º 6**, nos termos do art. 28 do Regulamento de Arbitragem da Corte, em vigor a partir de 1º de março de 2017.

SUMÁRIO

DEFINIÇÕES DAS ABREVIATURAS	5
RELATÓRIO	7
I. QUALIFICAÇÃO DAS PARTES	7
II. TRIBUNAL ARBITRAL.....	7
III. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	8
IV. OBJETO DA ORDEM PROCESSUAL N.º 6	10
V. HISTÓRICO DO PROCEDIMENTO	10
FUNDAMENTAÇÃO	16
I. <i>FUMUS BONI IURIS</i>	16
I.1. Pleitos em que restou evidenciado o <i>fumus boni iuris</i>	17
i) Aumento do limite de peso bruto por eixo	17
Posição da Requerente	17
Posição da Requerida.....	24
Decisão do Tribunal Arbitral	25
ii) Aumento no preço dos insumos asfálticos.....	27
Posição da Requerente	27
Posição da Requerida.....	32
Decisão do Tribunal Arbitral	33
iii) Alteração unilateral do plano de ataque.....	37
Posição da Requerente	37
Posição da Requerida.....	41
Decisão do Tribunal Arbitral	43

iv)	Execução do PBA-I	45
	Posição da Requerente	45
	Posição da Requerida.....	48
	Decisão do Tribunal Arbitral	49
v)	Desapropriações.....	51
	Posição da Requerente	51
	Posição da Requerida.....	57
	Decisão do Tribunal Arbitral	58
vi)	Não aceite de obras de duplicação	60
	Posição da Requerente	60
	Posição da Requerida.....	67
	Decisão do Tribunal Arbitral	68
vii)	Vícios ocultos	70
	Posição da Requerente	70
	Posição da Requerida.....	76
	Decisão do Tribunal Arbitral	77
viii)	Incorreção da aplicação do Fator D de Área Trincada	79
	Posição da Requerente	79
	Posição da Requerida.....	82
	Decisão do Tribunal Arbitral	83
I.2.	Pleitos em que não restou evidenciado o <i>fumus boni iuris</i>	85
i)	Alteração das condições de financiamento.....	85
	Posição da Requerente	85
	Posição da Requerida.....	94
	Decisão do Tribunal Arbitral	99
ii)	Inexecução dos Contratos CREMA.....	100
	Posição da Requerente	100
	Posição da Requerida.....	104
	Decisão do Tribunal Arbitral	105
iii)	Atraso na arrecadação tarifária	109
	Posição da Requerente	109
	Posição da Requerida.....	114
	Decisão do Tribunal Arbitral	114

iv) Aplicação do Fator D sobre o Fluxo de Caixa Marginal	116
Posição da Requerente	116
Posição da Requerida.....	119
Decisão do Tribunal Arbitral	121
v) Remoções de Interferências	123
Posição da Requerente	123
Posição da Requerida.....	126
Decisão do Tribunal Arbitral	127
II. <i>PERICULUM IN MORA</i>	129
Posição da Requerente	129
Posição da Requerida.....	133
Decisão do Tribunal Arbitral	136
DISPOSITIVO	142

DEFINIÇÕES DAS ABREVIATURAS

“AGU” – Advocacia Geral da União;

“ANTT” – Agência Nacional de Transportes Terrestres;

“CAP” – Cimento asfáltico de petróleo;

“CBUQ” – Cimento betuminoso usado a quente;

“CCF” – Câmara de Comércio Internacional;

“CGU” – Controladoria Geral da União;

“CONJUR” – Consultoria Jurídica;

“CONTRAN” – Conselho Nacional de Trânsito;

“COINF-URRS” – Coordenadoria de Infraestrutura Rodoviária – Unidade Regional do Rio Grande do Sul, da ANTT;

“CPC” – Código de Processo Civil;

“CREMA” – Programa de Conservação, Recuperação e Manutenção das Rodovias Federais;

“CRO” – Concessionária Rota do Oeste;

“DNIT” – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes;

“EVTE” – Estudo de viabilidade técnica e econômica;

“FUNAI” – Fundação Nacional do Índio;

“GEENG” – Gerência de Engenharia e Meio Ambiente de Rodovias, da ANTT;

“GEFIR” – Gerência de Fiscalização e Investimentos de Rodovias, da ANTT;

“GEINV” – Gerência de Engenharia e Investimentos de Rodovias, da ANTT;

“GEREF” – Gerência de Gestão Econômico-Financeira de Rodovias, da ANTT;

“IBAMA” – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente dos Recursos Naturais Renováveis;

“IPCA” – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo;

“LP” – Licença ambiental de instalação;

“*LO*” – Licença ambiental de operação;

“*LP*” – Licença ambiental prévia;

“*MINFRA*” – Ministério da Infraestrutura;

“*MTPA*” – Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil;

“*PBA-I*” – Plano Básico Ambiental Indígena;

“*PER*” – Programa de Exploração da Rodovia;

“*PF/ANTT*” – Procuradoria Federal junto à ANTT;

“*PGF*” – Procuradoria-Geral Federal, órgão da AGU;

“*PROCOFE*” – Programa de Concessão de Rodovias Federais;

“*SEMA*” – Secretaria de Estado do Meio Ambiente;

“*SICRO*” – Sistema de Custos Referenciais de Obras, do DNIT;

“*SFP*” – Secretaria de Fomento e Parcerias do Ministério da Infraestrutura;

“*SNTTA*” – Secretaria Nacional de Transportes Terrestres e Aquaviários do Ministério da Infraestrutura;

“*STJ*” – Superior Tribunal de Justiça;

“*SUINF*” – Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária, da ANTT;

“*TBP*” – Tarifa Básica de Pedágio;

“*TCU*” – Tribunal de Contas da União;

“*TJLP*” – Taxa de Juros de Longo Prazo;

“*UFRGS*” – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

RELATÓRIO

I. QUALIFICAÇÃO DAS PARTES

REQUERENTE

1. **Rota do Oeste - Concessionária Rota do Oeste S.A.**, sociedade por ações, com sede na Avenida Miguel Sutil, n. 15.160 - Coophamil, Cuiabá, MT, CEP 78028-015, Brasil, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 19.521.322/0001-04, representada, neste Procedimento Arbitral, pelos advogados integrantes dos escritórios de advocacia Portugal Ribeiro Advogados e Dourado & Cambraia Advogados, doravante denominada “Requerente”.

REQUERIDA

2. **Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT**, autarquia sob regime especial nos termos da Lei n.º 10.233/2001, representada pela Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão da Advocacia-Geral da União (AGU), nos termos da Lei n.º 10.480/2002 e regulamentação posterior, através da Procuradoria Federal junto à ANTT (PF/ANTT), com sede no Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, trecho 03, lote 10, Projeto Orla Polo 8 do, Brasília, DF, CEP 70200-003, Brasil, doravante denominada “Requerida”.

3. Requerente e Requerida em conjunto, por sua vez, serão doravante indicadas como “Partes” e individualmente “Parte”.

II. TRIBUNAL ARBITRAL

4. O Tribunal Arbitral é constituído por:

Dr. Rodrigo Garcia da Fonseca, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o n.º 70.135 e no [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
indicado pela Requerente;

Dr. Sérgio Antônio Silva Guerra, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o n.º 61.072 e [REDACTED]

[REDACTED], indicado em conjunto pelas Requeridas; e

Dr. Cristiano de Sousa Zanetti, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/SP n.º 172.406 e [REDACTED]

[REDACTED] indicado conjuntamente pelos árbitros indicados pelas Partes.

5. De acordo com o item 4.1 da Ata de Missão, atua como Secretária Administrativa do Tribunal Arbitral:

Dra. Maria Beatriz Rizzo Cortiñas Delamuta, brasileira, advogada, inscrita na OAB/SP sob o n.º 306.311 e n.º [REDACTED]

III. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

6. A cláusula transcrita abaixo, extraída do Contrato de Concessão referente ao Edital n.º 003/2013 da ANTT, cujo objeto é a Rodovia Federal BR-163/MT, trecho de 850,9 km, sendo 822,8 km na BR-163/MT e 28,1 km na MT-407, celebrado entre a Requerida 2, “por intermédio” da Requerida 1, e a Requerente, datado de 12 de março de 2014, é o fundamento para a instituição deste Procedimento Arbitral:

“37 - Resolução de Controvérsias

37.1. Arbitragem

37.1.1. As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

(i) *Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.*

37.1.2. *A submissão à arbitragem, nos termos deste item, não exime 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.*

37.1.3. *A arbitragem será administrada pela CCI, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada.*

37.1.4. *A arbitragem será conduzida em Brasília, Distrito Federal, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.*

37.1.5. *A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira, excluída a equidade.*

37.1.6. *O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada Parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) Partes, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no art. 9º do regulamento de arbitragem da CCI.*

37.1.7. *Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada Parte, o terceiro árbitro será indicado pela CCI, observados os termos e condições aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem.*

37.1.8. *Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou*

mesmo durante o procedimento de mediação, as Partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.

37.1.9. *As decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as Partes e seus sucessores.*

37.1.10. *A Parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.”*

IV. OBJETO DA ORDEM PROCESSUAL N.º 6

7. Objeto da Ordem Processual n.º 6 é a decisão sobre a revogação, manutenção ou alteração da tutela de urgência concedida em 7 de agosto de 2019 pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região em favor da Requerente, nos seguintes termos: “(...) *defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, para determinar às agravadas que se abstenham de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos, ou eventual execução da garantia em desfavor da agravante, assim como que mantenham as condições tarifárias vigentes, até que seja solucionado o pedido de revisão quinquenal (apresentado em novembro de 2018) ou até que exista deliberação do juízo arbitral sobre o tema”.*

V. HISTÓRICO DO PROCEDIMENTO

8. A presente seção objetiva narrar o histórico do procedimento na extensão relevante à decisão sobre a tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário em favor da Requerente.

9. Em 7 de outubro de 2019, as Partes e o Tribunal Arbitral celebraram a Ata de Missão. O histórico processual anterior à sua assinatura encontra-se descrito em seus itens 6.1 a 6.68.

10. Na Ata de Missão, a Requerente formulou o seguinte pedido a propósito da tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário em seu favor:

“9.4. Diante do exposto, a Requerente pede a esse Tribunal Arbitral que:

(i) nos termos do art. 22-B, da Lei 9.307/1996, confirmando-se a tutela cautelar deferida no Agravo de Instrumento nº 1019784-14.2019.4.01.0000, que tramitou perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, seja mantida a ordem para que as Requeridas se abstenham de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos ou compensatórios como o Fator ‘C’ e ‘D’, incluída a eventual execução de garantia, em desfavor da Requerente, e a manterem as condições tarifárias atualmente vigentes, até a deliberação definitiva deste Tribunal Arbitral.”

11. Nessa mesma ocasião, a Requerida pleiteou a revogação de tal tutela de urgência, nos seguintes termos:

“9.6. Diante do exposto, a Requerida 1 pede a esse Tribunal Arbitral que:

9.6.1. Preliminarmente, seja apreciada para fins de revogação a ordem liminar concedida em sede de Agravo de Instrumento em Medida Cautelar Pré-Arbitral de n.º 1019784-14.2019.4.01.0000, em curso perante a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.”

12. Em 17 de outubro de 2019, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual n.º 1, por meio da qual estabeleceu cronogramas paralelos, dedicados, o primeiro, às discussões sobre a tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário e a legitimidade da União para figurar no polo passivo da presente Arbitragem, e o segundo, à discussão de todos os demais pontos relevantes à presente Arbitragem.

13. Em 17 de outubro de 2019, a Requerente apresentou pedido de reconsideração da Ordem Processual n.º 1, sob o argumento de que o Tribunal Arbitral sobrepôs os prazos a ela destinados, nomeadamente, o prazo para Resposta às manifestações apresentadas pelas Requeridas a respeito da manutenção da tutela de urgência e a legitimidade da União para figurar no polo passivo do Procedimento Arbitral, fixado no Cronograma I em 18 de

dezembro de 2019, e o prazo para Alegações Iniciais, fixado no Cronograma II em 20 de janeiro de 2020. Na visão da Requerente, o estabelecimento de cronogramas paralelos comprometeria a paridade de armas e a isonomia no tratamento das Partes, de modo a afetar a ampla defesa e o contraditório, seja porque lhe conferia apenas 32 dias, em meio a festas de final de ano, para se dedicar exclusivamente às Alegações Iniciais, contra 90 dias que dispunham as Requeridas para sua Resposta às Alegações Iniciais, seja porque a decisão a ser proferida a propósito do Cronograma I poderia afetar de modo relevante o conteúdo de suas Alegações Iniciais.

14. Em 17 de outubro de 2019, por meio de correspondência eletrônica, o Tribunal Arbitral conferiu à Requerida e à União prazo até o dia 25 de outubro de 2019 para se manifestarem sobre o pedido de reconsideração formulado pela Requerente.

15. Em 25 de outubro de 2019, a Requerida e a União manifestaram sua discordância quanto ao pedido de reconsideração da Ordem Processual n.º 1. Em particular, a União observou que, por ocasião da conferência telefônica realizada em 3 de outubro de 2019, a Requerente rejeitara a adoção de cronogramas sucessivos. Sustentou que os prazos conferidos às Partes eram idênticos e que as decisões a serem proferidas a propósito da manutenção da tutela de urgência e de sua legitimidade para figurar no polo passivo do Procedimento Arbitral não afetam o conteúdo das Alegações Iniciais da Requerente.

16. Em 28 de outubro de 2019, a Requerente tornou a se manifestar, para insistir em seu pedido de reconsideração da Ordem Processual n.º 1.

17. Em 28 de outubro de 2019, por meio de correspondência eletrônica, o Tribunal Arbitral conferiu à Requerida e à União prazo até o dia 30 de outubro de 2019 para se pronunciarem sobre a manifestação apresentada pela Requerente em 28 de outubro de 2019.

18. Em 30 de outubro de 2019, apenas a União se pronunciou a propósito da manifestação apresentada pela Requerente em 28 de outubro de 2019. Na ocasião, reiterou seus argumentos e postulou a manutenção dos prazos fixados por meio da Ordem Processual n.º 1.

19. Em 31 de outubro de 2019, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual n.º 2, por meio da qual decidiu manter os cronogramas paralelos estabelecidos na Ordem Processual n.º 1, por entender não haver violação ao princípio da igualdade das Partes, por serem idênticos os prazos estabelecidos em ambos os cronogramas para as Partes apresentarem suas manifestações, bem como por não se ter demonstrado em que medida a definição do conteúdo das Alegações Iniciais seria prejudicado pelo trâmite em paralelo da discussão a respeito da tutela de urgência e da legitimidade passiva da União.

20. Em 18 de novembro de 2019, em atenção ao Cronograma I fixado na Ordem Processual n.º 1, a Requerida apresentou sua manifestação acerca da tutela de urgência. Por meio da correspondência eletrônica que veiculou a manifestação da Requerida, solicitou-se, ainda, que a Advogada da União Priscila Cunha do Nascimento deixasse de constar entre os representantes da União e passasse a figurar entre os representantes da Requerida, em virtude de nomeação para o cargo de Procuradora-Geral da ANTT por meio da Portaria n.º 559, de 10 de outubro de 2019.

21. Em 18 de novembro de 2019, em atenção ao Cronograma I fixado na Ordem Processual n.º 1, a União apresentou manifestação exclusivamente a propósito de sua legitimidade para figurar no polo passivo da presente Arbitragem, uma vez que, na sua visão, a discussão sobre a liminar concedida no âmbito da Medida Cautelar Pré-Arbitral de n.º 1019784-14.2019.4.01.0000 apenas dizia respeito à Requerida.

22. Em 17 de dezembro de 2019, a Requerida apresentou documento novo (Doc. R1-57), em reforço ao pedido de revogação da tutela de urgência.

23. Em 18 de dezembro de 2019, por meio de correspondência eletrônica, o Tribunal Arbitral conferiu prazo à Requerente até o dia 10 de janeiro de 2020, para que se manifeste a propósito do documento juntado pela Requerida.

24. Em 18 de dezembro de 2019, em atenção ao Cronograma I fixado na Ordem Processual n.º 1, a Requerente apresentou sua resposta às manifestações apresentadas pela Requerida e pela União, sobre a manutenção da tutela de urgência e a legitimidade da Requerida 2 para figurar no polo passivo do Procedimento Arbitral. Na ocasião, a Requerente não manifestou objeção à exclusão da União do Procedimento Arbitral.

25. Em 10 de janeiro de 2020, a Requerente manifestou-se sobre documento R1-57 e, na mesma oportunidade, juntou os documentos C-27, C-28, C-29 e C-30.
26. Em 13 de janeiro de 2020, por meio da Ordem Processual n.º 3, o Tribunal Arbitral deferiu a juntada de documentos pela Requerente e conferiu à Requerida prazo para que se manifestasse a propósito até o dia 3 de fevereiro de 2020.
27. Em 20 de janeiro de 2020, em atenção ao Cronograma II estabelecido na Ordem Processual n.º 1, a Requerente apresentou suas Alegações Iniciais.
28. Em 23 de janeiro de 2020, as Partes e o Tribunal Arbitral celebraram o Aditamento à Ata de Missão, por meio da qual pactuaram a exclusão da União do Procedimento Arbitral e a extinção da tutela de urgência que lhe havia sido determinada pelo Poder Judiciário.
29. Em 27 de janeiro de 2020, por meio da Ordem Processual n.º 4, o Tribunal Arbitral (i) esclareceu às Partes que as Alegações Iniciais da Requerente trouxeram subsídios relevantes à decisão a propósito da manutenção, modificação ou revogação da ordem liminar concedida pelo Poder Judiciário em 7 de agosto de 2019; (ii) esclareceu que, dada a superveniência das Alegações Iniciais da Requerente, para assegurar o contraditório e a ampla defesa, aguardaria ao menos a Resposta da Requerida, que seria apresentada até o dia 20 de abril de 2020, para proferir decisão sobre a tutela de urgência; (iii) manteve em vigor, nesse ínterim e em seus exatos termos, a tutela deferida pelo Poder Judiciário; (iv) determinou às Partes que, até o dia 3 de fevereiro de 2020, prestassem informações a propósito do andamento do pleito administrativo de Revisão Quinquenal do Contrato de Concessão, formulado pela Requerente em novembro de 2018.
30. Em 3 de fevereiro de 2020, em atenção à Ordem Processual n.º 3, a Requerida manifestou-se sobre os documentos C-27, C-28, C-29 e C-30. Na oportunidade, a Requerida não se manifestou sobre o andamento do pedido administrativo de Revisão Quinquenal, conforme determinado na Ordem Processual n.º 4.
31. Em 3 de fevereiro de 2020, em atenção à Ordem Processual n.º 4, a Requerente apresentou manifestação sobre o andamento de seu pedido administrativo de Revisão

Quinquenal. Na ocasião, informou que as Partes seguem discutindo o pedido na esfera administrativa e juntou os documentos C-228, C-229, C-230, C-231 e C-232.

32. Em 7 de fevereiro de 2020, a Secretaria encaminhou às Partes e ao Tribunal Arbitral correspondência por meio da qual informa que o Aditamento à Ata de Missão foi transmitido à Corte em sessão realizada em 6 de fevereiro de 2020.

33. Em 7 de fevereiro de 2020, por meio da Ordem Processual n.º 5, o Tribunal Arbitral (i) deferiu a juntada dos documentos C-228, C-229, C-230, C-231 e C-232, os quais instruíram a manifestação da Requerente de 3 de fevereiro de 2020 e (ii) esclareceu que a Requerida teria a oportunidade de se manifestar sobre eles, juntamente com a sua Resposta às Alegações Iniciais da Requerente, que seria apresentada até o dia 20 de abril de 2020.

34. Em 20 de abril de 2020, em atenção ao Cronograma II estabelecido na Ordem Processual n.º 1, a Requerida apresentou sua Resposta às Alegações Iniciais.

FUNDAMENTAÇÃO

35. As Partes estão de acordo quanto aos pressupostos a serem analisados pelo Tribunal Arbitral para a decisão sobre revogação, manutenção ou alteração da tutela de urgência concedida em 7 de agosto de 2019 pelo Poder Judiciário em favor da Requerente, quais sejam, a existência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*.¹

36. Por meio da presente Ordem Processual n.º 6, o Tribunal Arbitral analisará, portanto, se estão presentes elementos que apontem a plausibilidade do direito ao reequilíbrio pleiteado pela Requerente, bem como se restou demonstrado o risco de perecimento de tal direito, na hipótese de revogação da tutela de urgência.

37. A análise será iniciada pelo exame do *fumus boni iuris*, mediante exame dos treze pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão formulados pela Requerente. Na sequência, a decisão se dedicará ao exame do *periculum in mora*.

38. A presente análise do *fumus boni iuris* não importa decisão sobre o mérito de cada um dos treze pleitos formulados pela Requerente e não prejudica seu julgamento posterior. Neste momento, em sede de cognição sumária, o Tribunal Arbitral se limita a analisar a plausibilidade das pretensões deduzidas pela Requerente, à luz dos elementos até então aportados aos autos pelas Partes.

I. FUMUS BONI IURIS

39. O exame da plausibilidade dos treze diferentes pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão formulados pela Requerente encontra-se dividido em dois grupos.

40. No primeiro, estão relacionados os pleitos a propósito dos quais o Tribunal Arbitral entende, neste momento, demonstrada a plausibilidade do direito alegado pela Requerente.

¹ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 7, § 16; Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 4, § 8.

41. No segundo, estão relacionados os pleitos a propósito dos quais o Tribunal Arbitral entende que, até este momento, a Requerente não se desincumbiu do ônus de demonstrar a plausibilidade do direito ao reequilíbrio.

42. A presente análise do *fumus boni iuris* não prejudicará o posterior julgamento de cada um dos treze pleitos formulados pela Requerente. Por se tratar de exame realizado a título provisório, nesta etapa, o Tribunal Arbitral não reconhece a procedência dos pleitos considerados mais convincentes, inclusive os valores apresentados, tampouco a improcedência dos pleitos tidos como menos convincentes. Examina-se, apenas, a plausibilidade do direito pleiteado.

I.1. Pleitos em que restou evidenciado o *fumus boni iuris*

43. Neste tópico, são examinados os pleitos a propósito dos quais, nesta etapa do procedimento, afigura-se plausível o direito alegado pela Requerente.

44. O Tribunal Arbitral entende que a plausibilidade do direito da Requerente a propósito dos oito pleitos, elencados abaixo, justifica a manutenção da tutela de urgência, uma vez que, se extinta a Concessão antes do término da Arbitragem, tornar-se-á inócua a discussão desses pleitos na sequência do Procedimento Arbitral.

45. Somados, os valores dos oito pleitos, abaixo, perfazem montante de R\$ 722.843.755,39 (setecentos e vinte e dois milhões, oitocentos e quarenta e três mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e trinta e nove centavos). A análise terá início pelos pleitos aos quais a Requerente atribuiu valor mais elevado.

i) Aumento do limite de peso bruto por eixo

Posição da Requerente

46. A Requerente afirma que o art. 16 da Lei n.º 13.103/2015 aumentou o limite de tolerância do peso bruto transmitido por eixo dos caminhões e que tal fato repercutiu

diretamente nos custos das obras de manutenção dos pavimentos e de expansão da capacidade da rodovia, aumentando-os significativamente.²

47. A Requerente argumenta que o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em virtude de impactos decorrentes de alteração legislativa tem fundamento tanto na lei quanto no Contrato de Concessão.³

48. Na legislação, sustenta que o direito ao reequilíbrio está previsto no art. 65, § 5º, da Lei n.º 8.666/1993.⁴ Especificamente a propósito das concessões, afirma que seu direito é disciplinado de forma ainda mais clara no art. 9º, § 3º, da Lei n.º 8.987/1995, que trata da hipótese de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais que gerem ônus à Concessionária.⁵

49. De acordo com a Requerente, os pressupostos legais para o reequilíbrio são dois: (i) alteração normativa posterior à apresentação de sua proposta econômica no âmbito do Edital de Concessão ANTT n. 003/2013 (“Edital”), que culminou na assinatura do Contrato de Concessão em 12 de março de 2014; e (ii) comprovação do impacto sobre a concessionária.

50. No caso concreto, afirma que a proposta foi apresentada em 24 de novembro de 2013, tendo o Contrato de Concessão sido celebrado em 12 de março de 2014. A mudança legislativa que impactou na Concessão é superveniente, haja vista que a Lei n.º 13.103/2015 entrou em vigor em 2 de março de 2015. A comprovação do impacto é, de acordo com a Requerente, evidenciada pelo aumento dos custos para cumprimento de suas obrigações.⁶

51. Quanto ao Contrato de Concessão, sustenta que o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é garantido pela cláusula 21.2.5.⁷ A esse respeito, afirma que a alocação de tal risco ao Poder Concedente está de acordo com as melhores práticas da modelagem de concessões, uma vez que a Concessionária não tem qualquer ingerência

² Alegações Iniciais da Requerente, p. 167, § 365.

³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 167, § 366.

⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 167, § 366.

⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 168, § 368.

⁶ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 168-169, § 369.

⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 169, § 370.

sobre a criação de normas e não pode, sem decisão do Poder Concedente, compensar os efeitos dessas alterações por meio da variação do valor das tarifas ou de suas obrigações de investimentos.⁸

52. De modo pormenorizado, a Requerente narra que, em 24 de novembro de 2013, data de apresentação das propostas da licitação, os limites vigentes de tolerância de peso bruto total dos veículos e de peso bruto transmitido por eixo ao pavimento eram de 5%, nos termos do art. 1º da Lei n.º 7.408/1985. Até esse percentual, os veículos não seriam autuados e poderiam trafegar livremente pela rodovia.⁹ No plano infralegal, por sua vez, encontrava-se em vigor a Resolução 258/2007 do CONTRAN,¹⁰ editada com base nos arts. 99, §§ 1º e 2º, e 323 do Código de Trânsito Brasileiro. O art. 5º da Resolução CONTRAN 258/2007 mantinha a tolerância de pesagem em 5%, prevista na Lei n.º 7.408/1985.¹¹

53. A Requerente argumenta que, à época da publicação do Edital, o art. 17 da Resolução CONTRAN 258/2007 excepcionalmente permitia tolerância de 7,5% do limite de peso bruto por eixo, até a data de 31 de dezembro de 2013.¹² Na data da apresentação da proposta, portanto, considerou que a partir de 1º de janeiro de 2014 voltaria a vigor o limite regular de 5% e que essa situação seria mantida pelos 30 anos da concessão.¹³

54. A Requerente aponta que, após a entrega das propostas, a Resolução CONTRAN 467/2013, de 11 de dezembro de 2013, prorrogou a vigência da tolerância de 7,5% até 30 de junho de 2014, circunstância que, segundo alega, por si só gera direito ao reequilíbrio. Após a assinatura do Contrato de Concessão, entretanto, o art. 16 da Lei n.º 13.103/2015 aumentou para 10% o limite de peso bruto por eixo previsto no art. 1º, II, da Lei n.º 7.408/1985.¹⁴ Por meio da Resolução 526/2015, a alteração legislativa foi incorporada também ao art. 5º da Resolução CONTRAN 258/2007.¹⁵

⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 169, § 372.

⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 185, § 412.

¹⁰ Doc. C-150.

¹¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 185, § 413.

¹² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 185-186, § 414.

¹³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 186, § 415.

¹⁴ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 186-187, § 416.

¹⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 187, § 417.

55. A Requerente alega, assim, ter sofrido tanto os impactos da tolerância temporária de 7,5%, até 30 de junho de 2014, quanto da tolerância de 10%, a partir da Lei n.º 13.103/2015.¹⁶

56. Em razão da alteração legislativa superveniente, afirma que, em 17 de abril de 2015, dirigiu à Requerida o Ofício 334/2015,¹⁷ por meio do qual argumentou que o aumento do limite de tolerância acarreta: (i) danos adicionais ao pavimento e redução de sua vida útil, de modo a demandar maior manutenção; (ii) necessidade de redimensionamento do projeto de pavimentação das pistas de duplicação, uma vez que o pavimento deve ser mais espesso para suportar o desgaste; (iii) impactos de cunho estrutural nos dispositivos das obras de arte especial e correntes, que passam a necessitar de reforços; e (iv) aumento do número de acidentes relacionados à diminuição da capacidade de frenagem dos caminhões mais pesados.¹⁸ De acordo com a Requerente, mais da metade do tráfego da rodovia é composto por veículos de carga pesada,¹⁹ uma vez que o Sistema Rodoviário concedido é crucial para o escoamento da produção agrícola do Mato Grosso.²⁰

57. A Requerente afirma ter pleiteado o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão no âmbito da 4ª Revisão Extraordinária, por meio do Ofício CRO 989/2016.²¹ Os cálculos do reequilíbrio foram apresentados na sequência pelo Ofício 1032/2017.²² De acordo com o estudo então apresentado, o impacto do aumento do peso bruto por eixo ao longo dos 30 anos de concessão seria de R\$ 611.872.855,95, em números de novembro de 2015.²³

58. A Requerente afirma que a Requerida, por meio da Nota Técnica 016/2016,²⁴ reconheceu seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, por se tratar de alteração legislativa superveniente.²⁵ No documento, a Requerida faz referência à Instrução Técnica TCU 014.618/2015, que trata do impacto causado pelo aumento do limite de peso

¹⁶ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 187-188, §§ 418-419.

¹⁷ Doc. C-151.

¹⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 188, § 420.

¹⁹ Doc. C-44.

²⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 188-189, § 421.

²¹ Doc. C-58.

²² Doc. C-152. Alegações Iniciais da Requerente, p. 189, § 422.

²³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 189, § 423.

²⁴ Doc. C-62.

²⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 189-190, § 424.

bruto por eixo e indica que a própria Requerida deveria elaborar a metodologia para cálculo do custo adicional de manutenção utilizando o software Highway Development and Management (HDM-4) ou o software Elastic Layered System (ELSYM5), a fim de que se buscasse reequilibrar os contratos conforme o custo real incorrido pelas concessionárias.²⁶

59. Alega que, na sequência, a Requerida elaborou o Memorando 790/2016/SUINF,²⁷ por meio do qual solicitou à GEINV que empregasse como valor preliminar nas revisões tarifárias estudo anteriormente elaborado pelo DNIT, a “*Análise do impacto financeiro das propostas de peso por eixo da ANFAVEA e do MERCOSUL utilizando o Modelo HDM-4*”, estudo que utiliza o custo médio gerencial de manutenção do DNIT, constante da tabela SICRO, como valor de referência para as intervenções de manutenção e duplicação adicionais a serem realizadas. De acordo com a Requerente, trata-se de estudo anterior à alteração legislativa, produzido em contexto diverso e que desconsidera o tráfego da rodovia BR-163/MT, na qual o fluxo de veículos de carga que se utilizam da tolerância adicional de peso bruto por eixo corresponde a 89,5%.²⁸

60. A Requerente afirma ter reapresentado seu pleito por meio do Ofício CRO 1.087/2016,²⁹ pois, segundo alega, a Nota Técnica 016/2016 não analisou a metodologia de cálculo por ela utilizada nem o valor para o reequilíbrio econômico-financeiro. No Ofício CRO 1.087/2016, a Requerente ressaltou que a metodologia empregada, apresentada por ocasião do Ofício CRO 1032/2016, já apresentava o custo real efetivo do impacto sobre a Concessão, mediante utilização do software ELSYM5, bem como os dados particulares da rodovia e o orçamento baseado no sistema de custos SICRO do DNIT. Argumenta, assim, que o estudo já seguia os parâmetros recomendados pelo TCU, bem como as determinações expostas na Nota Técnica 016/2016 e os parâmetros recomendados no Memorando 790/2016/SUINF, a saber: utilização da tabela SICRO, adoção de ciclos de manutenção e vida útil e utilização de metodologia própria que reflita as condições especiais do Sistema Rodoviário concedido.³⁰

²⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 190, § 425.

²⁷ Doc. C-153.

²⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 190-191, § 426.

²⁹ Doc. C-59.

³⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 191, § 427.

61. A Requerente afirma que a Requerida avaliou novamente o pedido de reequilíbrio na Nota Técnica 027/2016,³¹ na qual reafirmou a existência do direito da Requerente, mas mediante metodologia inadequada e insuficiente para recompor o impacto causado na Concessão em razão do emprego de premissas adotadas no documento elaborado pelo DNIT. A Nota Técnica 027/2016 foi acatada pela Diretoria Colegiada da Requerida e o reequilíbrio reputado incompleto foi implementado pela Resolução ANTT 5.177/2016,³² referente à 4ª Revisão Extraordinária.³³

62. No âmbito da 5ª Revisão Extraordinária, a Requerente afirma ter apresentado complemento ao seu pleito por meio do Ofício CRO 1399/2017.³⁴ Dado que a compensação anterior recaiu apenas sobre o impacto na rodovia principal, a complementação teve por objeto a inclusão do reequilíbrio relativo ao impacto da alteração legislativa sobre os trechos secundários da rodovia, como as vias marginais, e sobre as obras de arte rodoviárias, como interseções em nível e interconexões.³⁵ O pleito foi negado nas Notas Técnicas 028/2017/GEINV/SUINF, de 1º de junho de 2017,³⁶ e 041/2017/GEINV/SUINF, de 26 de julho de 2017,³⁷ sob o fundamento de que a Requerida ainda estava estudando qual a metodologia aplicável ao reequilíbrio. Tais Notas Técnicas foram referendadas pelo Voto DMV 092/2017,³⁸ que resultou na Resolução ANTT 5.411/2017.³⁹ A Requerente sustenta que o estudo empregado pela Requerida foi feito sem metodologia de cálculo própria, está sujeito à revisão e não foi específico quanto aos impactos da Lei n.º 13.303/2015, nem quanto às peculiaridades do Sistema Rodoviário. Afirma, ainda, que a Requerida não considerou a taxa de remuneração de custos administrativos de 6,24%, que ela própria, na Nota Técnica 027/2016, entendeu ser devida.⁴⁰

63. A Requerente afirma que, de acordo com atas de reuniões constantes do Doc. C-154, a Requerida reconheceu a inadequação das premissas anteriormente utilizadas e a

³¹ Doc. C-63.

³² Doc. C-47.

³³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 191, § 428.

³⁴ Doc. C-91.

³⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 192, § 429.

³⁶ Doc. C-92.

³⁷ Doc. C-93.

³⁸ Doc. C-94.

³⁹ Doc. C-95. Alegações Iniciais da Requerente, p. 192, § 430.

⁴⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 192, § 431.

necessidade de sua substituição por metodologia que vem sendo desenvolvida em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e as concessionárias de rodovias.⁴¹

64. A Requerente argumenta que o TCU utilizou parâmetros percentuais incorretos de limite do peso bruto por eixo para mensurar os efeitos da Lei n.º 13.103/2015 e pretendeu aplicar um percentual de deságio correspondente ao desconto apresentado na proposta da concessionária quando de seu procedimento licitatório, para que se calculassem os custos dos insumos utilizados tendo como limite os valores constantes dos estudos de viabilidade daquela concessão. Em adição, o TCU determinou que a Requerida aplicasse metodologia similar para as demais concessões rodoviárias.⁴²

65. A Requerente aponta que, conforme indicado na Nota Técnica SEI 1535/209/GEFIR/SUINF/DIR, encaminhada pelo Ofício SEI 8934/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT,⁴³ a Diretoria Colegiada da Requerida, por meio do memorando 006/2019/GAB, de 21 de janeiro de 2019, deu anuência para que fosse aplicado, no momento da revisão ordinária de cada contrato de concessão, o entendimento constante do Acórdão 290/2018-Plenário do TCU. Desse modo, o Ofício SEI 8934/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, que fundamentou a Deliberação 1051/2019,⁴⁴ relativa à 4ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão, pretendeu aplicar as premissas indicadas pelo TCU no Contrato de Concessão para alterar e reduzir ainda mais o reequilíbrio anteriormente concedido.⁴⁵

66. A Requerente afirma ter desenvolvido estudo específico, baseado nas pesagens e nas características próprias do Sistema Rodoviário, que concluiu que o impacto causado pela alteração legislativa se traduz em redução de 11% na vida útil do pavimento. Tomado o ciclo de obras de 10 anos, o pavimento duraria, assim, 1,1 anos a menos. Semelhante déficit estrutural deve ser compensado com incremento de 1,5 cm de CBUQ. Para os

⁴¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 193, § 432.

⁴² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 193-194, § 434.

⁴³ Doc. C-105.

⁴⁴ Doc. C-106.

⁴⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 194, § 435.

pavimentos de restauração, o impacto corresponde a redução de 5% na vida útil do pavimento, o que demandaria incremento de 0,5 cm de CBUQ.⁴⁶

67. Na Arbitragem, a Requerente pleiteia reequilíbrio econômico-financeiro em razão da alteração normativa superveniente do aumento no limite do peso bruto transmitido por eixo, nos termos da cláusula 21.2.5 do Contrato de Concessão, no montante de R\$ 392.915.158,79 (trezentos e noventa e dois milhões, novecentos e quinze mil, cento e cinquenta e oito reais e setenta e nove centavos), em valores de maio de 2012, de acordo com memorial de cálculo contido no Doc. C-155.⁴⁷

Posição da Requerida

68. A Requerida afirma serem incontroversos os fatos de que (i) a Lei n.º 13.103/2015 trouxe desequilíbrio ao Contrato de Concessão; (ii) esse desequilíbrio foi reconhecido administrativamente e (iii) houve reequilíbrio provisório.⁴⁸

69. Tal como sustenta a Requerente, a Requerida aponta que a controvérsia se resume à metodologia a ser utilizada para cálculo do reequilíbrio definitivo. A esse respeito, afirma que a metodologia adequada ainda está sendo desenvolvida, em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e que não cabe, neste momento, acolher acriticamente uma metodologia proposta pela Requerente.⁴⁹

70. Em particular, a Requerida sustenta que o tema sequer poderia ser objeto do Procedimento Arbitral. Em primeiro lugar, afirma que não é dado ao Tribunal Arbitral subtrair a competência regulatória da Agência. Em segundo lugar, afirma que ainda não houve decisão definitiva de sua parte a propósito do tema, circunstância que, nos termos do art. 31 da Lei n.º 13.448/2017 e art. 3º, VIII, do Decreto n.º 10.025/2019, elide temporariamente o juízo arbitral. Em terceiro lugar, argumenta que não é viável que a metodologia venha a ser definida por meio de simples perícia. Isso porque, conforme sustenta, o tema é demasiado complexo, como o demonstra a Proposta de Projeto e

⁴⁶ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 195-196, §§ 436-437.

⁴⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 196, §§ 438-439.

⁴⁸ Resposta da Requerida, p. 38, § 121.

⁴⁹ Resposta da Requerida, pp. 38-39, § 122.

Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT.⁵⁰ Observa, por fim, que o referido projeto envolve 7 profissionais e vem sendo desenvolvido há mais de dois anos.⁵¹

71. Por esses fundamentos, a Requerida pede que o Tribunal Arbitral declare o pleito inarbitrável.⁵²

Decisão do Tribunal Arbitral

72. O pleito da Requerente funda-se na cláusula 21.2.5 do Contrato de Concessão, de acordo com a qual são de responsabilidade do Poder Concedente os riscos relacionados a *“alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda”*.

73. A estipulação contratual foi redigida em termos mais amplos do que o texto do art. 9º, § 3º, da Lei n.º 8.987/1995, que, de modo semelhante ao art. 65, § 5º, da Lei n.º 8.666/1993,⁵³ prevê que *“ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso”*.

74. As Partes não controvertem quanto ao direito da Requerente, quanto a esse evento, ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, mas quanto à metodologia a ser empregada para o reequilíbrio.

75. Para a Requerente, o estudo até o momento empregado pela Requerida foi realizado sem metodologia de cálculo própria, está sujeito a revisão e não foi específico

⁵⁰ Doc. R1-62.

⁵¹ Resposta da Requerida, p. 39, §§ 123-126.

⁵² Resposta da Requerida, p. 39, § 127, p. 91, § 302.

⁵³ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] § 5º-Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.”

nem quanto aos impactos da Lei n.º 13.303/2015 na rodovia BR-163/MT, nem quanto às peculiaridades da rodovia.

76. Em particular, aponta que, por meio das Notas Técnicas 028/2017/GEINV/SUINF, de 1º de junho de 2017,⁵⁴ e 041/2017/GEINV/SUINF, de 26 de julho de 2017,⁵⁵ expedidas no âmbito da 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, a Requerida negou o reequilíbrio nos valores pleiteados. Em ambas, porém, a Requerida observa que, *“quando for determinada a metodologia definitiva, será considerado no cálculo do valor de reequilíbrio as particularidades de cada concessionária e todos os elementos do trecho rodoviário concedido”*.

77. Nesse sentido, o Doc. C-154 aponta a realização, em outubro de 2019, de *workshop* na UFRGS com participação da Requerida, para debate do projeto de *“definição de metodologia para avaliar os impactos do aumento da tolerância nas cargas por eixo nos custos de manutenção de pavimentos de rodovias concedidas”*. O mesmo documento indica a realização de reunião entre a Requerente e demais concessionárias para debate da Lei n.º 13.103/2015, bem como discussão sobre estudo intitulado *“análise de metodologia desenvolvida pelo LabTrans da UFSC para quantificação do dano aos pavimentos referente ao excesso de carga”*.

78. A Requerida confirma que a metodologia definitiva ainda está em desenvolvimento, junto à UFRGS. A esse respeito, traz aos autos a Proposta de Projeto e Pesquisa RDT ECOPONTE/ANTT, de dezembro de 2017, produzida pelo Laboratório de Pavimentação da Escola de Engenharia da UFRGS.⁵⁶

79. Sustenta, porém, que, precisamente porque a metodologia de reequilíbrio a ser aplicada ao caso concreto ainda se encontra em desenvolvimento, a matéria não deve ser objeto de discussão no presente Procedimento Arbitral, sob pena de violação de sua competência regulatória.

⁵⁴ Doc. C-92.

⁵⁵ Doc. C-93.

⁵⁶ Doc. R1-62.

80. Na visão da Requerida, a pendência de decisão administrativa torna o presente pleito temporariamente inarbitrável. Aponta, como fundamento, os arts. 31 da Lei n.º 13.448/2017⁵⁷ e 3º, VIII, do Decreto n.º 10.025/2019.⁵⁸

81. No que diz respeito à análise do *fumus boni iuris*, objeto da presente decisão, a plausibilidade do direito da Requerente ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, em virtude do aumento do limite de peso bruto por eixo, estabelecido pela Lei n.º 13.303/2015, é incontroversa.

82. A propósito da pendência de decisão administrativa definitiva a respeito da metodologia a ser empregada para o reequilíbrio, sustenta a Requerida que o Tribunal Arbitral carece de competência para decidir sobre mérito do pleito formulado pela Requerente.

83. Nesta altura do procedimento, o Tribunal Arbitral se reserva a possibilidade de examinar em momento posterior a alegação de inarbitrabilidade temporária do pleito veiculada pela Requerida, tendo em vista que a Requerente ainda não teve chance de se manifestar a propósito.

ii) Aumento no preço dos insumos asfálticos

Posição da Requerente

84. A Requerente afirma que as obras a serem realizadas ao longo de todo o período da Concessão demandam grande quantidade de insumos, notadamente insumos asfálticos, como o cimento asfáltico de petróleo (CAP).⁵⁹ Argumenta, a esse respeito, que o preço do CAP está diretamente relacionado ao preço do petróleo, uma vez que a quase totalidade do custo da produção do asfalto consiste, direta ou indiretamente, na aquisição e processamento do petróleo. No Brasil, o monopólio do setor é detido pela Petrobras, sociedade controlada pela União. Os fornecedores de tais insumos atuam como meros

⁵⁷ “Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.”

⁵⁸ “Art. 3.º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: [...] VIII - a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo.”

⁵⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 233, § 517.

distribuidores da mistura asfáltica. Desse modo, o aumento dos preços dos insumos de asfalto pela Petrobras necessariamente leva os distribuidores a ajustarem seus preços.⁶⁰

85. A Requerente alega que tanto a relevância dos insumos asfálticos a serem empregados na concessão quanto a forma com que os preços de tais insumos eram determinados à época da contratação fazem parte das condições objetivas do Contrato de Concessão. A esse respeito, sustenta que, por vários anos, a Petrobras manteve controlado o preço do asfalto, apesar da alta do preço do barril de petróleo bruto no mercado. Por essa razão, afirma que seria possível até mesmo caracterizar a alteração da forma de estabelecimento de preços pela Petrobras como fato do príncipe.⁶¹

86. A Requerente sustenta que devem ser reconhecidas a extraordinariedade e a imprevisibilidade dos aumentos de preço dos insumos asfálticos, independentemente da natureza da Petrobras como entidade vinculada à administração federal indireta. Em gráfico, procura demonstrar que, durante o processo licitatório, os principais insumos apresentaram variação de preços equiparável à inflação de mercado. Em 24 de novembro de 2014, no entanto, a Petrobras reformou sua política de fixação de preços, promovendo reajustes que elevaram o valor dos insumos asfálticos derivados do petróleo de forma extraordinária e imprevisível. Nessa data, a Petrobras tornou público o reajuste médio de 12% no preço dos insumos asfálticos, incluindo o CAP e o asfalto diluído. Menos de um mês após o primeiro reajuste, a Petrobras divulgou a realização de um novo reajuste, com aumento médio de 20% no preço dos mesmos insumos,⁶² a totalizar aumento acumulado de cerca de 35%.⁶³

87. A Requerente observa que, apesar disso, enquanto a Petrobras realizava constantes reajustes de preço em âmbito nacional, o valor do barril de petróleo bruto, principal insumo para produção de asfalto, registrava baixas históricas. Em fevereiro de 2015, a cotação do barril era de USD 56,00, menor patamar nos sete anos que o antecederam, após ter atingido por quase cinco anos valores acima dos USD 100,00.⁶⁴

⁶⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 233, § 518.

⁶¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 233-234, § 519.

⁶² Doc. C-168.

⁶³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 234-235, § 520.

⁶⁴ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 235-236, § 521.

88. A Requerente sustenta que o pleito não versa apenas sobre a alteração extraordinária do preço, em si, mas também sobre a alteração da forma como a Petrobras estabelece o preço dos insumos betuminosos para o mercado de distribuição. Em gráfico, a Requerente procura demonstrar que, do início de 2009 até o fim de 2014, o preço dos insumos permaneceu estável, mesmo diante das variações significativas do preço do barril de petróleo.⁶⁵ A partir do fim de 2014, o preço dos insumos asfálticos deixou de ser represado e passou a flutuar. A Requerente argumenta que tal diferença de comportamento do preço dos insumos asfálticos frente ao preço do petróleo evidencia a alteração extraordinária ocorrida no fim de 2014 na determinação dos preços pela Petrobras.⁶⁶ Afirma que essa alteração era também imprevisível e procura demonstrar o impacto dessas alterações no âmbito de uma concessão.⁶⁷

89. A Requerente afirma que o TCU reconheceu, no Acórdão 1.604/2015, a imprevisibilidade da ocorrência dos atos da Petrobrás que importaram a majoração do preço dos insumos asfálticos. Afirma que, na decisão, o TCU entendeu que o evento se insere na álea econômica extraordinária, nos termos do art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/1993, de modo a gerar desequilíbrio financeiro.⁶⁸ Afirma também ter sido esse o entendimento do DNIT ao editar as Instruções de Serviço/DG 02/2015, 04/2015 e 15/2016.⁶⁹ De acordo com a Requerente, nos preâmbulos desses documentos, o DNIT considerou que “a recente alta, surpreendente e imprevisível, traz considerável impacto aos negócios do setor rodoviário”, a exigir “repactuação dos preços dos materiais asfálticos, restabelecendo as condições iniciais dos contratos”.⁷⁰

90. A Requerente afirma que também a Procuradoria Federal junto à Requerida teria inicialmente reconhecido, por meio do Parecer 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, de 9 de junho de 2016,⁷¹ que seria necessário promover o reequilíbrio econômico-financeiro em razão da variação de custos decorrentes do aumento do valor dos insumos betuminosos pela Petrobras, principalmente nos contratos de concessão que se encontravam em fase

⁶⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 236-237, § 522.

⁶⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 237, § 523.

⁶⁷ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 237-238, § 524.

⁶⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 238-239, § 525.

⁶⁹ Docs. C-169, C-170 e C-171.

⁷⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 239, § 526.

⁷¹ Doc. C-172.

inicial.⁷² Esse parecer, entretanto, não foi aprovado e foi substituído pelo Parecer 1.365/2016/2015/PF-ANTT/PGF/AGU,⁷³ que opinou que “*as teorias do fato do príncipe ou da imprevisão não podem ser aplicadas ao caso concreto porque a variável em questão, custo dos insumos asfálticos, estava dentro dos riscos assumidos pelo licitante que viria a se tornar concessionário*”. A propósito, a Requerente argumenta que a distribuição de riscos ordinários do Contrato de Concessão, que, nas cláusulas 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19, aloca à Concessionária os riscos sobre os custos de obras, custo de execução dos serviços e variação inflacionária em ambiente de normalidade, foi incorretamente invocada.⁷⁴

91. Isso porque a Requerente sustenta que, na hipótese, incide a cláusula 21.2.4, que determina que a ocorrência de caso fortuito ou força maior caracteriza evento cujo risco é alocado ao Poder Concedente.⁷⁵ Afirma que, ainda que a Requerida pretendesse se desvencilhar da responsabilidade pela ocorrência de tais eventos alegando, indevidamente, que as previsões do art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/1993 não são aplicáveis às concessões, seu argumento encontraria óbice intransponível na alocação de riscos promovida pela cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão.⁷⁶

92. De acordo com a Requerente, a ocorrência de caso fortuito ou força maior em virtude de aumento imprevisível e excepcional dos preços dos insumos asfálticos integra a álea econômica extraordinária, sobrepondo-se à alocação de riscos em circunstâncias ordinárias. Entendimento contrário, segundo a Requerente, tornaria sem efeito a cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão.⁷⁷

93. A Requerente faz referência a julgado do STJ, que reconheceu a ocorrência de álea administrativa, caracterizadora de caso fortuito e força maior na implantação de regime de câmbio flutuante. Sustenta que a imprevisível mudança da política cambial é fato análogo à presente alteração na forma de precificação de insumos asfálticos pela Petrobras, pois ambos geram impactos extraordinários a serem reequilibrados, sendo a administração pública responsável por tais riscos. Especificamente quanto ao aumento

⁷² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 239-241, § 527.

⁷³ Doc. C-173.

⁷⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 241, § 528.

⁷⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 241-242, § 529.

⁷⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 242, § 530.

⁷⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 242, § 531.

dos insumos asfálticos, a Requerente aponta que a Seção Judiciária Federal do Distrito Federal inclusive ordenou ao DNIT que elaborasse e implementasse metodologia para garantir o reequilíbrio financeiro-econômico dos contratos de obras rodoviárias em todo o país, considerando a variação mensal do material betuminoso decorrente dos subsequentes reajustes de preços pela Petrobras, visto que o DNIT teria sido omissivo em implementar os reequilíbrios necessários.⁷⁸

94. A Requerente pleiteou o reequilíbrio inicialmente por meio da Carta Ofício 892/2016,⁷⁹ referente ao desequilíbrio econômico-financeiro no período de janeiro a setembro de 2015, e que se valeu de metodologia diversa da ora adotada. O pleito foi reiterado no Ofício CRO 989/2016,⁸⁰ no âmbito da 1ª Revisão Ordinária e 4ª Revisão Extraordinária, bem como no Ofício 1.178/2016,⁸¹ que atualizou o valor do pleito, contemplando o período de janeiro a dezembro de 2015.⁸²

95. A Requerente afirma que, em primeira análise, realizada por meio da Nota Técnica 080/2016/GEFOR/SUINF, de 5 de maio de 2016,⁸³ a SUINF reconheceu os impactos do evento e encaminhou o pleito para análise da Procuradoria Federal junto à Requerida.⁸⁴ Tal análise se deu por meio dos referidos Pareceres 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU⁸⁵ e 1.365/2016/2015/PF-ANTT/AGU.⁸⁶ O primeiro opinou pela procedência do pleito. O segundo, pela rejeição.⁸⁷

96. Em 21 de setembro de 2018, a Requerente reiterou seu pleito por meio do Ofício CRO 2.065/2018.⁸⁸ Em resposta, a Requerida lhe dirigiu o Ofício 407/2018/SUINF, acompanhado da Nota Técnica 072/2018/GEREF/SUINF,⁸⁹ por meio da qual indeferiu definitivamente o pleito.

⁷⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 243, § 532.

⁷⁹ Doc. C-174.

⁸⁰ Doc. C-58.

⁸¹ Doc. C-175.

⁸² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 243-244, § 533.

⁸³ Doc. C-176.

⁸⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 244, § 534.

⁸⁵ Doc. C-172.

⁸⁶ Doc. C-173.

⁸⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 244, § 535.

⁸⁸ Doc. C-177.

⁸⁹ Doc. C-178.

97. A Requerente afirma que, dado que os insumos asfálticos e sua execução equivalem a aproximadamente 40% dos custos com concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) para obras de duplicação e recuperação da rodovia, o aumento extraordinário desses insumos trouxe grande impacto nos custos das obras rodoviárias, correspondente a um incremento de 6% do CAPEX da Concessão. Tal percentual pode ser deduzido com base nos dados divulgados no EVTE, que destinou R\$ 3.871.626.648,48 para obras de Ampliação de Capacidade, Recuperação e Manutenção, dos quais os Insumos Betuminosos correspondiam a R\$ 539.591.530,28, isto é, 13,9% do investimento. Considerando que o CAP 30-45 teve aumento médio de aproximadamente 40% acima do IPCA nos últimos 4 anos e que continua com valores acima do mercado, a Requerente sustenta ser evidente que os impactos do aumento dos insumos continuam a afetar a Concessão.⁹⁰

98. Na Arbitragem, a Requerente pleiteia reequilíbrio no montante de R\$ 293.197.706,44 (duzentos e noventa e três milhões, cento e noventa e sete mil setecentos e seis reais e quarenta e quatro centavos), em valores de maio de 2012, conforme Doc. C-179.⁹¹

Posição da Requerida

99. A Requerida sustenta que as cláusulas 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19 do Contrato de Concessão são claras no sentido de atribuir à Requerente o risco de variação de preços superior ao índice de inflação eleito para o reajuste tarifário.⁹²

100. A Requerida destaca que tal alocação de riscos consiste em opção regulatória consciente, tomada antes do processo licitatório, e válida para todos os contratos da 3ª Etapa de Concessões do PROCOFE.⁹³

101. A título de exemplo, afirma que a opção tomada a propósito dos contratos da 1ª Etapa foi diversa. Assim a cláusula 7.2(f) do contrato da ECOSUL,⁹⁴ que prevê que caberá revisão “*sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços dos fatores*

⁹⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 245, § 537.

⁹¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 245-246, § 538.

⁹² Resposta da Requerida, pp. 65-66, § 209.

⁹³ Resposta da Requerida, p. 66, § 210.

⁹⁴ Doc. R1-68.

*de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados pela Contratada na definição dos encargos, desde que imprevisíveis e não atendidos ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos no Contrato”.*⁹⁵

102. Por essa razão, consultada sobre pleito de reequilíbrio da ECOSUL, a Procuradoria Federal junto à ANTT manifestou-se favoravelmente, conforme o Parecer 01751/2016/PF-ANTT/PGF/AGU.⁹⁶ O pleito da Requerente, em contrapartida, foi indeferido, porque a modelagem do Contrato de Concessão sob análise é diversa.⁹⁷

103. Em adição, a Requerida argumenta que, se a própria Requerente admite que os preços vinham sendo represados pela Petrobras, deveria ter antevisto a insustentabilidade da política de preços. A Requerida afirma a Requerente não pode pretender o reequilíbrio por ter considerado em sua proposta um cenário de represamento de preços de 30 anos.⁹⁸

104. Por fim, a Requerida argumenta que a situação da Requerente não pode ser comparada a de contratos regidos pela Lei n.º 8.666/1993. Isso porque, conforme a doutrina de direito administrativo, os riscos assumidos nos contratos de concessão são mais extensos. Tais contratos devem ser vistos como projetos de investimento de longo prazo. Nessa qualidade, estão sujeitos a variações, ora beneficiando, ora prejudicando o concessionário. Afirma, assim, ser evidente que, num contrato de 30 anos, haverá flutuações no preço dos insumos asfálticos e, do mesmo modo que não houve reequilíbrio no caso de aumento, jamais baixou a tarifa quando o preço do CAP atingiu suas mínimas históricas.⁹⁹

Decisão do Tribunal Arbitral

105. O aumento de 35% verificado no preço dos insumos asfálticos nos dois últimos meses do ano de 2014, poucos meses após a celebração do Contrato de Concessão, é fato

⁹⁵ Resposta da Requerida, p. 66, § 210.

⁹⁶ Doc. R1-69.

⁹⁷ Resposta da Requerida, p. 66, § 211.

⁹⁸ Resposta da Requerida, p. 66, § 212.

⁹⁹ Resposta da Requerida, pp. 67-69, §§ 213-217.

incontroverso¹⁰⁰ e amplamente reconhecido por órgãos da administração pública federal.¹⁰¹

106. As Partes divergem sobre a repercussão desse fato sobre o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

107. Para a Requerente, o aumento de preço dos insumos asfálticos constitui evento imprevisível e extraordinário, de modo a caracterizar a hipótese de reequilíbrio prevista na cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão, que prevê ser de responsabilidade do Poder Concedente o risco de *“caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência”*.

108. Por se tratar de modificação da política de preços estabelecida pela Petrobras, a Requerente igualmente invoca a hipótese de reequilíbrio prevista na cláusula 21.2.21 do Contrato de Concessão, que determina que o risco relacionado a *“fato do príncipe ou fato da administração que provoque impacto econômico financeiro no Contrato”* é de responsabilidade do Poder Concedente.

109. A justificar a imprevisibilidade e a extraordinariedade do aumento do preço dos insumos asfálticos, a Requerente recorre a análise inicialmente feita pela própria Requerida. No Parecer 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, a Requerida conclui que *“é fato que a majoração dos preços dos insumos asfálticos, na magnitude em que se deu, trouxe prejuízos ao equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão, em especial, às novas concessões, derivadas da 3ª etapa, pois estas ainda têm por obrigação a recuperação e duplicação de aproximadamente 5.000 km de rodovias, nos próximos 05 anos”*.¹⁰²

110. A Requerente igualmente recorre a três Instruções de Serviço emitidas pelo DNIT, que registram, em seus respectivos preâmbulos, que *“as recentes altas, surpreendentes e*

¹⁰⁰ Cf. Parecer 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (Doc. C-172), o Parecer 1.365/2016/2015/PF-ANTT/AGU (Doc. C-173), a Nota Técnica 080/2016/GEFOR/SUINF (Doc. C-176), a Nota Técnica 072/2018/GEREF/SUINF (Doc. C-178), todos produzidos pela Requerida.

¹⁰¹ Nesse sentido, as Instruções de Serviço/DG 02/2015 (Doc. C-169), 04/2015 (Doc. C-170) e 15/2016 (Doc. C-171), emitidas pelo DNIT, bem como o Acórdão 1.604/2015, do TCU.

¹⁰² Doc. C-172.

imprevisíveis, trazem considerável impacto aos negócios do setor rodoviário”.¹⁰³ Por fim, faz referência a decisão do TCU, relativa aos contratos celebrados pelo DNIT,¹⁰⁴ e procura traçar paralelo entre a presente hipótese e julgado do STJ, que reconheceu a ocorrência de álea administrativa, caracterizadora de caso fortuito e força maior, em contrato de fornecimento de *software* importado, impactado pela variação cambial.¹⁰⁵

111. Para a Requerida, o aumento de preço dos insumos asfálticos não caracteriza evento afeito à álea extraordinária. Não justifica, portanto, o reequilíbrio econômico-financeiro com fundamento na cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão.

112. A Requerida sustenta, antes, tratar-se de hipótese abrangida pelas cláusulas 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19 do Contrato de Concessão, relativas, a primeira, a “*custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão (...)*”, a segunda, a “*custos para a execução dos serviços previstos nas Frentes de Recuperação e Manutenção, Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, Conservação e Serviços Operacionais de todas as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço*”, e a terceira, à “*possibilidade de inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Taífa de Pedágio ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período*”.

113. Argumenta, igualmente, que a política de preços praticada pela Petrobras ao tempo da licitação não permitia supor cenário inalterado ao longo dos 30 anos da Concessão.

114. Afirma, por fim, que nenhum dos casos a propósito dos quais se reconheceu a imprevisibilidade e extraordinariedade do aumento do preço dos insumos asfálticos, tal como nos contratos celebrados pelo DNIT, diz respeito a concessões, mas sempre a contratos de obras públicas regidos pela Lei n.º 8.666/1993. Em tais contratos, o contratado realiza obra pontual em nome da administração pública e, em regra, não assume semelhante risco de variação de preços. Nas concessões, ao contrário, os prazos

¹⁰³ Docs. C-169, C-170, C-171.

¹⁰⁴ TCU, Acórdão 1.604/2015, Plenário, j. 1.7.2015.

¹⁰⁵ STJ, RMS n.º 15.154/PE, 1ª Turma, r. Min. Luiz Fux, j. 19.11.2002.

são longos e as concessionárias se beneficiam economicamente em nome próprio, razão pela qual a variação de preços deve integrar os riscos do negócio.

115. À partida, não se pode afastar a plausibilidade do direito alegado pela Requerente.

116. O Tribunal Arbitral tem presente o argumento da Requerida no sentido de que a distribuição de riscos varia a depender do objeto do contrato administrativo e que, por essa razão, o Contrato de Concessão não é comparável aos contratos de obras públicas como os celebrados pelo DNIT, regidos pela Lei n.º 8.666/1993. O Tribunal Arbitral reconhece, igualmente, que outros contratos de concessão, celebrados na 1ª Etapa do PROCOFE, contêm disposição expressa a admitir o reequilíbrio pleiteado pela Requerente.

117. Cumpre notar, entretanto, que as disposições das cláusulas 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19 do Contrato de Concessão, invocadas pela Requerida para sustentar que o aumento repentino dos preços dos insumos asfálticos em 35% é risco alocado à Requerente, não disciplinam especificamente risco relacionado a tais insumos. De modo genérico, cuidam de custos relacionados a obras e serviços ou à inflação.

118. Por essa razão, faz-se necessária análise aprofundada a respeito da eventual caracterização do aumento dos insumos asfálticos como risco extraordinário, passível de levar à incidência da cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão, ou mesmo fato do príncipe, passível de levar à incidência da cláusula 21.2.21 do Contrato de Concessão.

119. Desse modo, em análise preliminar, não se pode afastar a plausibilidade do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em virtude do aumento no preço dos insumos asfálticos.

iii) Alteração unilateral do plano de ataque

Posição da Requerente

120. A Requerente afirma que, em 7 de março de 2014, em cumprimento a uma de suas obrigações iniciais, entregou à Requerida, por meio do Ofício CRO 004/2014,¹⁰⁶ seu Plano de Ataque das obras de duplicação. De acordo com o Plano de Ataque, as obras de duplicação teriam início em março de 2015, pelo norte da rodovia, e avançariam em direção ao sul do estado. O trecho entre o município de Rondonópolis e a divisa com o estado do Mato Grosso do Sul seria o último a ter sua duplicação iniciada, já no quinto ano da Concessão.¹⁰⁷

121. A Requerente afirma que, nos termos do Edital, do Contrato de Concessão e do PER, o Plano de Ataque poderia ser por ela livremente elaborado, desde que observadas as metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1.1 do PER. Alega, todavia, que diversamente do estabelecido na modelagem contratual, o Poder Concedente atuou para que a duplicação fosse iniciada ainda no primeiro semestre de 2014 e pelo sul do Sistema Rodoviário, trecho de maior tráfego da BR-163/MT, porque nesse trecho está localizado o Terminal Intermodal de Rondonópolis, que conecta o transporte rodoviário ao ferroviário no escoamento da produção agrícola.¹⁰⁸

122. De acordo com a Requerente, as medidas que culminaram na alteração do Plano de Ataque tiveram início em 4 de fevereiro de 2014, antes mesmo da apresentação do Plano de Ataque original, ocorrida em 7 de março de 2014, ou da assinatura do Contrato de Concessão, ocorrida em 12 de março de 2014. Aponta que, por meio do Ofício 003/2014/DNM/ANTT,¹⁰⁹ a Requerida solicitou ao DNIT que viabilizasse urgentemente junto à Secretaria de Meio Ambiente do Mato Grosso a transferência à Requerente da titularidade da Licença Prévia 300553/2011,¹¹⁰ referente ao Trecho Sul de Rondonópolis, a fim de que as obras de duplicação pudessem ser iniciadas.¹¹¹ Em atenção à solicitação

¹⁰⁶ Doc. C-34.

¹⁰⁷ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 29, 61, §§ 23, 97.

¹⁰⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 29-30, 50 §§ 24, 93.

¹⁰⁹ Doc. C-48.

¹¹⁰ Doc. C-49.

¹¹¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 60-61, §§ 94-95.

da Requerida, em 11 de fevereiro de 2014, por meio do Ofício 113/2014/DG,¹¹² o DNIT requereu à Secretaria de Meio Ambiente a transferência da Licença à Requerente.

123. A Requerente afirma que o Plano de Ataque original foi analisado pela Requerida por meio do Ofício 546/2014/GEINV/SUINF, de 29 de abril de 2014,¹¹³ tendo recebido “*não objeção parcial*”. Foi, desse modo, autorizada a iniciar as obras aprovadas.¹¹⁴ Alega, porém, que, em abril de 2014, foram realizadas reuniões entre integrantes das diferentes esferas do Governo Federal e entre elas e a Requerente, para que fosse dada prioridade ao Trecho Sul de Rondonópolis para o início das obras de duplicação.¹¹⁵ Uma dessas reuniões é referida no Ofício CRO 039/2014, de 3 de junho de 2014.¹¹⁶ A Requerente afirma que, no dia seguinte à aprovação do Plano de Ataque original, dirigiu à Requerida o Ofício CRO 018/2014, de 30 de abril de 2014,¹¹⁷ por meio do qual informou que as obras teriam início imediato pelo Trecho Sul de Rondonópolis, como solicitado pelo Poder Concedente.¹¹⁸

124. A Requerente argumenta que o próprio teor do Ofício 018/2014 evidencia que a alteração do Plano de Ataque partiu do Poder Concedente.¹¹⁹ Alega que o fato é corroborado pela realização de reunião em 5 de maio de 2014, isto é, seis dias após a aprovação do Plano de Ataque original, na qual a Casa Civil, a Funai, o Ministério dos Transportes e a Requerida discutiram a necessidade de priorização do início o quanto antes das obras no trecho sul da rodovia.¹²⁰

125. A Requerente afirma que, em decorrência dessa reunião, em 6 de maio de 2014, o Ministério dos Transportes dirigiu à FUNAI o Ofício 042/2014/DECON/SFAT,¹²¹ por meio do qual informou sobre a necessidade de concessão da Licença Ambiental de Instalação (LI) à Requerente ainda no mês de maio de 2014, para que pudesse iniciar as obras de duplicação naquele ano. No mesmo dia, a Requerida remeteu à Requerente o

¹¹² Doc. C-50.

¹¹³ Doc. C-51.

¹¹⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 63, § 100.

¹¹⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 63, § 99.

¹¹⁶ Doc. C-52.

¹¹⁷ Doc. C-35.

¹¹⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 63, § 101.

¹¹⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 64, § 102.

¹²⁰ Doc. C-53. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 64-65, § 103.

¹²¹ Doc. C-36.

Ofício 026/2014/DNM/ANTT,¹²² por meio do qual a informou sobre a reunião ocorrida no dia anterior e encaminhou-lhe o referido Ofício 042/2014/DECON/SFAT, do Ministério dos Transportes, de modo a cientificar a Requerente sobre a prioridade a ser dada à duplicação do trecho sul de Rondonópolis.¹²³

126. A Requerente observa que, em 14 de maio de 2014, por meio do Ofício 290/2014/PRES/FUNAI-MJ,¹²⁴ a Funai manifestou-se favoravelmente ao prosseguimento do licenciamento ambiental e, em 20 de maio de 2014, foi expedida a LI 63830/2014,¹²⁵ referente ao trecho sul de Rondonópolis.¹²⁶

127. A Requerente alega que, em 9 de junho de 2014, por meio do Ofício 1633/2014/SUINF,¹²⁷ a Requerida afirmou categoricamente que a alteração da ordem e cronograma dos segmentos de duplicação dá ensejo ao reequilíbrio do Contrato de Concessão.¹²⁸ Desse modo, a Requerente argumenta que, de boa-fé, remeteu à Requerida diversas comunicações sobre as repercussões financeiras da alteração do cronograma das obras de duplicação. Assim, por meio do Ofício CRO 039/2014,¹²⁹ apresentou à Requerida os custos adicionais havidos e pediu a abertura do processo para reequilíbrio econômico-financeiro. Por meio do Ofício CRO 989/2016, de 6 de maio de 2016,¹³⁰ pleiteou a recomposição econômico-financeira no âmbito da 4ª Revisão Extraordinária. Por sua vez, por meio do Ofício 1.087/2016, de 3 de agosto de 2016,¹³¹ completou seu pleito, ainda no âmbito da 4ª Revisão Extraordinária.¹³²

128. A Requerente afirma ter enviado comunicações também ao Ministério dos Transportes, que, por sua vez, dirigiu à Requerida o Ofício 181/2014/DECON/SFAT/MT.¹³³ Em resposta, a Requerida enviou ao Ministério dos Transportes o Ofício 062/2014/DNM,¹³⁴ por meio do qual negou o direito da Requerente

¹²² Doc. C-53.

¹²³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 65-66, §§ 104-105.

¹²⁴ Doc. C-54.

¹²⁵ Doc. C-55.

¹²⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 66, § 106.

¹²⁷ Doc. C-57.

¹²⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 67, § 108.

¹²⁹ Doc. C-52.

¹³⁰ Doc. C-58.

¹³¹ Doc. C-59.

¹³² Alegações Iniciais da Requerente, p. 67, § 109.

¹³³ Doc. C-60.

¹³⁴ Doc. C-61.

ao reequilíbrio do Contrato de Concessão, sob o fundamento de que inexistiu solicitação formal de alteração do Plano de Ataque.¹³⁵

129. A Requerente afirma que seus pleitos administrativos foram rejeitados pela Requerida por meio das Notas Técnicas 016/2016¹³⁶ e 027/2016.¹³⁷ Por sua vez, o Voto DSL 179/2016¹³⁸ referendou as notas técnicas e deu origem à Resolução ANTT 5.177/2016, relativa à 1ª Revisão Ordinária e 4ª Revisão Extraordinária.¹³⁹

130. A Requerente alega serem frágeis os argumentos de que os custos adicionais havidos são alocados a si, e não ao Poder Concedente, ou de que, por não ter ocorrido uma solicitação formal da Requerida nesse sentido, não houve alteração unilateral do Plano de Ataque. Quanto ao primeiro argumento, a Requerente afirma que pleiteia o reequilíbrio porque os custos adicionais foram causados por alteração unilateral do PER. Quanto ao segundo, afirma terem sido várias as solicitações formais do Poder Concedente para alteração do Plano de Ataque.¹⁴⁰ Em particular, sustenta que o fato de a Requerida ter lhe dado ciência do Ofício 042/2014/DECON/SFAT/MT caracteriza nítida manifestação de vontade sobre a alteração do Plano de Ataque.¹⁴¹

131. A Requerente sustenta que o art. 9º, § 4º, da Lei n.º 8.987/1995 é expresso no sentido de que a alteração unilateral do contrato administrativo dá ensejo ao concomitante reequilíbrio econômico-financeiro.¹⁴² Argumenta que tal direito é amplamente reconhecido pela jurisprudência e pela doutrina.¹⁴³ Alega, ainda, que nos termos da cláusula 21.2.13 do Contrato de Concessão, as alterações unilaterais do PER e do Contrato de Concessão por iniciativa do Poder Concedente se caracterizam como evento cujo risco é alocado a este.¹⁴⁴

132. De acordo com a Requerente, os contratos de concessão são contratos incompletos e, por essa razão, construídos ao longo de sua execução. Daí haver espaço para que o

¹³⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 69, § 113.

¹³⁶ Doc. C-62.

¹³⁷ Doc. C-63.

¹³⁸ Doc. C-64.

¹³⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 70, § 115.

¹⁴⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 70-72, §§ 116-118.

¹⁴¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 75, § 126.

¹⁴² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 72-73, § 121.

¹⁴³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 73, § 122.

¹⁴⁴ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 73-74, § 123.

Poder Concedente, no uso de suas prerrogativas, atue para que a concessionária corresponda às expectativas de materialização do interesse público, especialmente por meio de alterações unilaterais.¹⁴⁵ No caso concreto, dada a prerrogativa da Requerida de alterar unilateralmente o Contrato de Concessão, a Requerente sustenta que não poderia ter deixado de atender as alterações impostas ao Plano de Ataque.¹⁴⁶ A Requerente sustenta que a Requerida adota conduta contraditória, contrária aos princípios da probidade e da boa-fé, ao determinar a alteração do Plano de Ataque e negar o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.¹⁴⁷

133. Na Arbitragem, a Requerente pleiteia o reequilíbrio econômico-financeiro em razão da alteração do Plano de Ataque pelo Poder Concedente no montante de R\$ 20.681.592,36 (vinte milhões, seiscientos e oitenta e um mil, quinhentos e noventa e dois reais e trinta e seis centavos), em valores de maio de 2012, data do EVTE, conforme memorial constante do Doc. C-65.¹⁴⁸

Posição da Requerida

134. A Requerida não controverte a liberdade conferida pelo Contrato de Concessão à Requerente para escolher por onde começar as obras de duplicação, a teor do disposto no item 3.2.1.1 do PER.¹⁴⁹

135. A Requerida sustenta que, em razão de tal prerrogativa, jamais determinou a alteração do modo de execução das obrigações da Requerente e que ela sempre teve amparo no Contrato de Concessão para recusar qualquer solicitação de terceiros nesse sentido.¹⁵⁰ A esse respeito, afirma ser comum que prefeitos, deputados e demais agentes políticos queiram que os benefícios da Concessão sejam sentidos primeiro em suas zonas eleitorais. Isso não significa que meras solicitações, não formalizadas pela Requerida, tenham o condão de alterar o Contrato de Concessão. Argumenta que, se a Requerente

¹⁴⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 74, § 124.

¹⁴⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 74-75, § 125.

¹⁴⁷ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 75-76, § 129.

¹⁴⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 77, § 131.

¹⁴⁹ Resposta da Requerida, p. 15, § 49.

¹⁵⁰ Resposta da Requerida, p. 15, § 50.

aquiesceu com tais solicitações, fê-lo no exercício de seu direito de determinar o modo de execução das obras de duplicação.¹⁵¹

136. Nesse sentido, a Requerida aponta o teor de sua Nota Técnica 016/2016/GEINV/SUINF,¹⁵² segundo a qual “*o fato da Concessionária ter alterado seu plano de ataque original sem a anuência expressa da ANTT, implica na assunção dos riscos e dos possíveis impactos negativos desta alteração nos custos e no cronograma inicialmente previsto pela Concessionária*”.¹⁵³ De igual modo, a Requerida observa que, se a opção posterior fosse mais eficiente do que a original, a Requerente se apropriaria dos ganhos sem qualquer interferência do regulador.¹⁵⁴

137. Em adição, a Requerida argumenta que, no Ofício CRO 018/2014,¹⁵⁵ a Requerente não formula expressamente pleito de reequilíbrio, mas limita-se a informar que teria custos adicionais com a alteração do Plano de Ataque.¹⁵⁶ Afirma que, embora a Requerente alegue ter recebido solicitações em reuniões organizadas pela Requerida, tampouco não informa quem solicitou a alteração, nem comprova interferência por parte da Requerida.¹⁵⁷

138. Na visão da Requerida, a Requerente defende a alteração tácita do Contrato de Concessão, a subverter o regime jurídico administrativo. As alterações são feitas em procedimento formal de revisão, regido pela Resolução 675/2004 e pela cláusula 18.5 do Contrato de Concessão. Se pretendia ser reequilibrada, a Requerente deveria ter formulado seu pleito e aguardado decisão da Requerida, antes de qualquer alteração do plano de ataque original.¹⁵⁸

139. Por fim, sustenta a Requerida que não responde por declarações, solicitações ou quaisquer atos praticados por outros órgãos ou entidades, dentre os quais se inclui o Ministro dos Transportes, hoje Ministro da Infraestrutura. Nesse sentido, aponta que, por

¹⁵¹ Resposta da Requerida, p. 15, § 51.

¹⁵² Doc. R1-43.

¹⁵³ Resposta da Requerida, pp. 15-16, § 52.

¹⁵⁴ Resposta da Requerida, p. 16, § 53.

¹⁵⁵ Doc. C-35.

¹⁵⁶ Resposta da Requerida, p. 16, § 55.

¹⁵⁷ Resposta da Requerida, p. 16, § 56.

¹⁵⁸ Resposta da Requerida, p. 17, §§ 57-58.

meio do Ofício 062/2014/DNM, de 23 de setembro de 2014,¹⁵⁹ expressamente comunicou ao órgão superior não ter solicitado alteração do plano de ataque da Concessionária.¹⁶⁰ Nos termos do art. 24, V e VII, da Lei n.º 10.233/2001, afirma caber a si a gestão e revisão dos contratos.¹⁶¹

Decisão do Tribunal Arbitral

140. Conforme aponta a Requerente, em 29 de abril de 2014, por meio do Ofício 546/2014/GEINV/SUINF, a Requerida aprovou com ressalvas o plano de ataque apresentado pela Requerente em 7 de março de 2014.¹⁶²

141. A esse respeito, por meio do Ofício CRO 018/2014, recebido pela Requerida em 30 de abril de 2014, a Requerente relata que, *“a execução das obras de recuperação e duplicação da rodovia foi planejada pela CRO para seguir no sentido sul da rodovia (partindo de SINOP até a Divisa MT/MS), ficando todo o trecho ao sul de Rondonópolis (km 0,0 ao 117,6 da BR-163/MT) com as respectivas obras previstas para o quinto ano da Concessão”*.¹⁶³

142. No mesmo documento, entretanto, a Requerente afirma que, *“após a assinatura do contrato de concessão, a CRO tem sido instada por autoridades, stakeholders e sociedade de um modo geral quanto a possibilidade de iniciar suas obras de duplicação pelo trecho ao sul de Rondonópolis da BR-163/MT, entre os km 94,9 e 117,6 modificando o seu plano de ataque original. Deste modo, foram realizadas reuniões específicas com a CRO, com a participação da ANTT e DNIT, a exemplo do dia 02 de abril de 2014, para tratar do assunto”*.¹⁶⁴

143. A Requerente acrescenta que *“esta alteração no seu plano de ataque original, com início ainda em 2014 das obras do Trecho Sul de Rondonópolis, levaria a um sobrecusto da ordem de R\$ 40 milhões, em virtude da (i) antecipação e implantação dos canteiros de obras e mobilização de equipamentos; (ii) aumento da permanência do*

¹⁵⁹ Doc. R1-57.

¹⁶⁰ Resposta da Requerida, p. 17, § 60.

¹⁶¹ Resposta da Requerida, pp. 17-18, § 61.

¹⁶² Doc. C-51.

¹⁶³ Doc. C-35.

¹⁶⁴ Doc. C-35.

efetivo indireto; (iii) retrabalhos proporcionados pela postergação do revestimento da camada de CBUQ para depois do período chuvoso; (iv) custos adicionais decorrentes da necessidade de compra de insumos com terceiros, originalmente concebidos para serem fabricados nos canteiros de obra, e; (v) antecipação da mobilização de equipamentos, ocasionando o acréscimo de custos não previstos em função da permanência dos mesmos em um período adicional de chuva (novembro a março)”.¹⁶⁵

144. De modo coerente com o teor do Ofício CRO 018/2014, em 6 de maio de 2014, a Requerida dirigiu à Requerente o Ofício 026/2014/DNM/ANTT, para informar que “o Ministério dos Transportes encaminhou o Ofício 042/2014/DECON/SFAT/MTM, em anexo, no qual expõe o processo de licenciamento do trecho do km 0 ao km 119,9 da rodovia. Com o objetivo de possibilitar o início das obras de duplicação ainda no ano de 2014, e a obtenção da Licença de Instalação do km 94,9 ao km 119,9 ainda no mês de maio, o ministério dos transportes, por meio do ofício acima citado, propôs à FUNAI que a Licença de Instalação do trecho referido seja condicionada a obrigação da execução do PBA-I do Trecho DNIT. Esta proposta possibilitaria a emissão de parecer por parte da FUNAI da LI para o segmento de 25 km (km 94,9 a 199,9) sem prejuízo da continuidade do ECI específico de todo o trecho (km 0 a km 199,9)”¹⁶⁶

145. Embora a Requerida afirme que o Ofício CRO 018/2014 não veicula pleito de reequilíbrio, tal pleito foi formulado pela Requerente no Ofício CRO 039/2014, de 3 de junho de 2014.¹⁶⁷

146. Em 9 de junho de 2014, a Requerida, por meio do Ofício 1633/2014/SUINF, esclareceu que “o Contrato de Concessão do Edital n.º 003/2013 não define os segmentos correspondentes às metas anuais de duplicação, de modo que ficam a cargo da Concessionária as definições respectivas. Outrossim, informamos que qualquer definição por parte do Poder Concedente sobre os segmentos para atendimento às metas de duplicação corresponde a alteração contratual, podendo levar ao desequilíbrio econômico-financeiro”¹⁶⁸

¹⁶⁵ Doc. C-35.

¹⁶⁶ Doc. C-53.

¹⁶⁷ Doc. C-52.

¹⁶⁸ Doc. C-57.

147. Posteriormente, em 23 de setembro de 2014, a Requerida, por meio do Ofício 62/2014/DNM, sustentou não estar vinculada a solicitações do Ministério dos Transportes.

148. Em análise preliminar, o conjunto desses documentos revela ser plausível a alegação de que, junto a outros órgãos da administração pública federal, a Requerida, ainda que indiretamente, pode ter levado à alteração do plano de ataque originalmente traçado pela Requerente. Trata-se de circunstância que, se confirmada, pode levar à revisão do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, nos termos de sua cláusula 21.2.13.

iv) Execução do PBA-I

Posição da Requerente

149. A Requerente afirma que, para início das obras de duplicação no Trecho Sul de Rondonópolis, era necessária a Licença Ambiental de Instalação (LI), cuja obtenção, nos termos da cláusula 5.2.1 do Contrato de Concessão, é de responsabilidade do Poder Concedente.¹⁶⁹ Alega que, de acordo com o Ofício 042/DECON/SFAT/MT, de 6 de maio de 2014,¹⁷⁰ órgãos e entidades federais decidiram que a execução do Plano Básico Ambiental Indígena (PBA-I) seria uma pré-condição para a obtenção da LI do Trecho Sul de Rondonópolis e acordaram que a Requerente deveria executar as condicionantes do PBA-I.¹⁷¹

150. A Requerente argumenta que a cláusula 21.2.16 do Contrato de Concessão aloca ao Poder Concedente todos os riscos relacionados aos gastos havidos com o atendimento de condicionantes indígenas. Por essa razão, por meio do Ofício CRO 022/2014, de 9 de maio de 2014,¹⁷² expressou sua concordância em relação à transferência da obrigação, mas ressaltou a necessidade de realização de reequilíbrio econômico-financeiro do

¹⁶⁹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 32, 80, §§ 30, 140.

¹⁷⁰ Doc. C-36.

¹⁷¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 32, 82, §§ 31, 145.

¹⁷² Doc. C-37.

Contrato de Concessão. Afirma que a Requerida, por meio do Ofício 064/DNM/ANTT, de 24 de julho de 2014,¹⁷³ reconheceu seu direito ao reequilíbrio.¹⁷⁴

151. A Requerente sustenta que, desde a licitação, na Ata de Respostas aos Pedidos de Esclarecimento ao Edital,¹⁷⁵ a Requerida deixou claro que a Concessionária não seria responsável pelo custo com atendimento de condicionantes relacionadas a áreas indígenas, independentemente de a respectiva licença estar a cargo do Poder Concedente ou da Concessionária.¹⁷⁶ Aponta que tal reconhecimento ocorreu também no Ofício 3490/2014/SUINF,¹⁷⁷ por meio do qual a Requerida comunicou-lhe sobre a aprovação do valor a ser gasto com a execução das condicionantes do PBA-I e sua inclusão no cálculo do reequilíbrio a ser realizado por ocasião da próxima Revisão da Tarifa Básica de Pedágio.¹⁷⁸ Afirma que o direito ao reequilíbrio é igualmente afirmado na Nota Técnica 039/2015/GEINV/SUINF,¹⁷⁹ que reconheceu a prestação de contas da Requerente a propósito do valor despendido até aquele momento com a execução do PBA-I e incluiu o valor no cronograma físico-financeiro da Concessão, a fim de promover o devido reequilíbrio à Requerente.¹⁸⁰ Desse modo, os valores relativos ao reequilíbrio foram incluídos na 3ª Revisão Extraordinária, aprovada pela Resolução n.º 4.811, de 26 de agosto de 2015.¹⁸¹

152. A Requerente afirma, porém, que, posteriormente, a Gerência de Engenharia e Investimentos de Rodovias (GEINV) passou a negar seu direito ao reequilíbrio, mediante qualificação dos custos com a execução do PBA-I como verbas utilizadas para estudos ambientais e licenciamento ambiental.¹⁸²

153. A Requerente sustenta que tal qualificação é equivocada. Em particular, afirma que a Requerida confunde a execução do PBA-I com a elaboração do PBA-I. Também aponta equívoco da Requerida em considerar inalterada a cláusula 7 do Contrato de

¹⁷³ Doc. C-38.

¹⁷⁴ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 32-33, 82-85, §§ 32, 147-148, 151.

¹⁷⁵ Doc. C-66, p. 65.

¹⁷⁶ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 83-84, §§ 149-150.

¹⁷⁷ Doc. C-67.

¹⁷⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 85, § 152.

¹⁷⁹ Doc. C-68.

¹⁸⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 85-86, § 153.

¹⁸¹ Doc. C-69. Alegações Iniciais da Requerente, p. 86, § 154.

¹⁸² Alegações Iniciais da Requerente, p. 86, § 155. Nesse sentido as Notas Técnicas 016/2016, de 21 de junho de 2016 (Doc. C-62) e 027/2016, de 11 de agosto de 2016 (Doc. C-63).

Concessão, relativa ao custeio dos estudos ambientais.¹⁸³ A propósito da cláusula 7 do Contrato de Concessão, a Requerente argumenta que, embora a estipulação preveja que até determinado limite a Concessionária está obrigada a ressarcir o Poder Concedente pela elaboração de estudos ambientais, a contratação e a elaboração dos estudos ambientais foi, com a anuência da Requerida, transferida à Concessionária a pedido do Ministério dos Transportes.¹⁸⁴ Afirma que, ao assumir tal obrigação, ressaltou, no Ofício CRO 007/2014,¹⁸⁵ que deixaria de existir a obrigação de ressarcimento prevista na cláusula 7 do Contrato de Concessão.¹⁸⁶

154. A Requerente observa que, em vez de reequilibrar o Contrato em razão dos custos havidos com a execução do PBA-I, a Requerida entendeu que tais custos não tinham atingido o limite previsto na cláusula 7 do Contrato de Concessão. Na visão da Requerida, ainda havia saldo de R\$ 3.905.380,28, relativos a estudos ambientais.¹⁸⁷

155. A Requerente sustenta que a execução do PBA-I não se confunde com a elaboração de estudos ambientais. Afirma, igualmente, que nunca foi responsável por gastos relacionados a áreas indígenas, risco alocado pela cláusula 21.2.16 do Contrato de Concessão ao Poder Concedente. Ressalta que, desde o início, a Requerida reconheceu o direito ao reequilíbrio.¹⁸⁸ Argumenta, ainda, que a Requerida confunde a elaboração do PBA-I com a execução do PBA-I, pois na Nota Técnica 016/2016 afirma que a Concessionária foi responsável tanto pela elaboração quanto pela execução do PBA-I. Na realidade, a elaboração do PBA-I foi custeada pelo DNIT.¹⁸⁹

156. Em adição, a Requerente alega que, na Nota Técnica 016/2016, há insubordinação à hierarquia decisória da Requerida, uma vez que a GEINV sugeriu alteração de matéria já aprovada pela Diretoria Colegiada, órgão máximo da Requerida. Essa mudança de

¹⁸³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 86, § 156.

¹⁸⁴ Aponta, nesse sentido, os Ofícios 012/2014/DECON/SFAT/MT (Doc. C-70) e 006/2014/DMN/ANTT (Doc. C-71).

¹⁸⁵ Doc. C-72.

¹⁸⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 87, § 158.

¹⁸⁷ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 88-90, §§ 160-162.

¹⁸⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 90, § 163.

¹⁸⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 90, § 164.

entendimento violou, igualmente, a legítima expectativa da Concessionária. Com fundamento na boa-fé, a Requerente invoca a vedação ao comportamento contraditório.¹⁹⁰

157. A Requerente afirma que, embora tenha questionado o entendimento da Requerida por meio do relatório técnico anexo ao Ofício CRO 1.087/2016,¹⁹¹ na Nota Técnica 027/2016 a Requerida manteve o teor da Nota Técnica 016/2016. O Voto DSL 179/2016,¹⁹² por sua vez, referendou ambas e deu origem à Resolução ANTT 5.177/2016,¹⁹³ que deixou de efetuar a recomposição do valor relativo ao PBA-I na 1ª Revisão Ordinária e 4ª Revisão Extraordinária e excluiu da tarifa o reequilíbrio concedido na 3ª Revisão Extraordinária.¹⁹⁴

158. Na Arbitragem, a Requerente pleiteia o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão no montante de R\$ 7.749.763,36 (sete milhões setecentos e quarenta e nove mil setecentos e sessenta e três reais e trinta e seis centavos), em valores de maio de 2012, conforme memorial descritivo constante do Doc. C-73.

Posição da Requerida

159. A Requerida sustenta que a cláusula 21.2.16 do Contrato de Concessão não pode ser interpretada isoladamente. Em particular, sustenta que o próprio Contrato de Concessão, em sua cláusula 7.1, traz previsão de gastos com a questão ambiental e que, apenas se excedido esse valor, caberá reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Requerente, nos termos da cláusula 21.2.19.¹⁹⁵

160. Desse modo, não superado o limite previsto na cláusula 7.1 do Contrato de Concessão, a Requerida apenas contabilizou a dedução do montante gasto pela Requerente, tal como expresso na Nota Técnica 016/2016/GEINV/SUINF¹⁹⁶ e confirmado na Nota Técnica 027/2016/GEINV/SUINF.¹⁹⁷ De acordo com a Requerida, a Requerente pretende dupla remuneração pela execução do PBA-I. Isso porque, manteria

¹⁹⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 90-92, §§ 165-168.

¹⁹¹ Doc. C-59.

¹⁹² Doc. C-64.

¹⁹³ Doc. C-47.

¹⁹⁴ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 92-93, § 169-170.

¹⁹⁵ Resposta da Requerida, pp. 18-19, §§ 64-66.

¹⁹⁶ Doc. R1-43.

¹⁹⁷ Doc. R1-44.

a verba de que trata a cláusula 7.1 do Contrato de Concessão e auferiria a verba referente ao reequilíbrio pleiteado.¹⁹⁸

Decisão do Tribunal Arbitral

161. O presente pleito de reequilíbrio diz respeito a custos havidos pela Requerente com a execução do PBA-I elaborado pelo DNIT para a duplicação de trecho da rodovia BR-163/MT compreendido entre os municípios de Rondonópolis e Rosário do Oeste.

162. A Requerente aponta que, de início, a Requerida reconheceu que, nos termos da parte final da cláusula 21.2.16 do Contrato de Concessão, os custos relacionados à execução do PBA-I foram alocados ao Poder Concedente.

163. De acordo com a segunda parte da cláusula 21.2.16 do Contrato de Concessão, são de responsabilidade do Poder Concedente as “*condicionantes relacionadas a áreas indígenas ou comunidades quilombolas, bem como os custos relacionados ao atendimento destas exigências e condicionantes nas licenças a cargo da Concessionária ou do Poder Concedente*”.

164. De modo coerente com referida estipulação, a Requerida, na Ata de Esclarecimentos ao Edital, esclareceu que o futuro concessionário não seria responsável pelos custos relacionados ao atendimento de condicionantes relacionadas a áreas indígenas ou comunidades quilombolas nas licenças a cargo da Concessionária ou do Poder Concedente.¹⁹⁹

165. No mesmo sentido, já no curso do Contrato de Concessão, em 24 de julho de 2014, por meio do Ofício 064/DNM/ANTT, a Requerida afirmou que a assunção da obrigação de executar o PBA-I do Trecho do DNIT não altera a matriz de riscos do Contrato de Concessão e gera à Requerente direito ao reequilíbrio.²⁰⁰

¹⁹⁸ Resposta da Requerida, pp. 19-20, §§ 67-70.

¹⁹⁹ Doc. C-66, p. 65.

²⁰⁰ Doc. C-38.

166. Por sua vez, em 7 de julho de 2014, em comunicação interna, a Requerida aprovou a proposta de menor custo apresentada pela Requerente para execução do PBA-I.²⁰¹

167. Posteriormente, porém, a Requerida passou a entender que os custos havidos com a execução do PBA-I relacionam-se a estudos ambientais e licenciamento ambiental, nos termos das cláusulas 7 e 21.1.3 do Contrato de Concessão. Sob esse fundamento, sustenta que, até o valor previsto na cláusula 7.1 do Contrato de Concessão, tais custos são alocados à Requerente.²⁰²

168. Em análise preliminar, assiste razão à Requerente.

169. À partida, não está em causa a elaboração do Plano Básico Ambiental Indígena, mas sua execução, razão pela qual não parecem incidir as disposições da cláusula 7 do Contrato de Concessão, relativas à responsabilidade da Requerente, até o limite de R\$ 11.805.582,31, por estudos ambientais.

170. Por sua vez, a disposição da cláusula 21.1.3 do Contrato de Concessão, que aloca à Requerente a responsabilidade pelos custos relacionados ao licenciamento ambiental, é demasiado genérica se comparada com a disposição da cláusula 21.2.16, que aloca os custos relacionados a condicionantes indígenas ao Poder Concedente.

171. Nos termos da cláusula 21.1.3 do Contrato de Concessão, cabe à Requerente a “*obtenção de licenças, permissões e autorizações relativas à Concessão, excetuadas as licenças a cargo do Poder Concedente*”. Conforme previsto na segunda parte da cláusula 21.2.16 do Contrato de Concessão, transcrita acima, o Poder Concedente é responsável pelas condicionantes relacionadas a áreas indígenas e pelos custos relacionados ao atendimento de tais exigências e condicionantes, quer em licenças a cargo da Requerente, quer em licenças a cargo do Poder Concedente.

172. Os demais argumentos levantados pela Requerente, relativos à alegada modificação da obrigação prevista na cláusula 7 do Contrato de Concessão, à eventual insubordinação à hierarquia decisória da Requerida, ou à vedação ao comportamento

²⁰¹ Doc. C-67 (Ofício 3490/2014/SUINF).

²⁰² Docs. C-62 e C-63.

contraditório, revelam-se secundários para a análise do pleito. Em primeiro lugar, as disposições da cláusula 7 do Contrato de Concessão, como observado acima, não parecem incidir na presente hipótese. Em segundo lugar, a análise da competência dos órgãos da Requerida é estranha ao objeto do Procedimento Arbitral.

173. Nos termos da cláusula 21.2.16 do Contrato de Concessão, portanto, revela-se plausível o direito ao reequilíbrio alegado pela Requerente.

v) Desapropriações

Posição da Requerente

174. A Requerente afirma que, em virtude de interpretação contratual inadequada e por meio da edição de ofícios circulares, a Requerida procurou criar limitações: (i) aos custos reequilibráveis relacionados às desapropriações, de modo a restringi-los aos valores pagos aos proprietários a título de indenização; bem como (ii) à metodologia de avaliação de imóveis, a contrariar, inclusive, a Norma IPR 746/2016 do DNIT.²⁰³

175. De acordo com a Requerente, as despesas havidas em um processo de desapropriação são diversas e o Contrato de Concessão não delimita as verbas reequilibráveis a um tipo específico. Tampouco delimita a metodologia de avaliação a ser empregada nas desapropriações amigáveis.²⁰⁴ Apesar disso, a Requerida negou o reequilíbrio de custos havidos pela Requerente com elaboração de laudo de avaliação, registro de imóveis, averbação, obtenção de autorização para levantamento de campo, cadastro dos imóveis atingidos, negociações com proprietários, ajuizamento de ações, acompanhamento processual, cartório, oficial de justiça, escrituração e emissão de carta precatória.²⁰⁵

176. A Requerente argumenta que, nos termos da cláusula 9.1.1 do Contrato de Concessão, tanto antes quanto após a expedição da declaração de utilidade pública para desapropriação, suporta uma série de custos.²⁰⁶ Por essa razão, alega que, sempre que o

²⁰³ Doc. C-119. Alegações Iniciais da Requerente, p. 145, §§ 309 e 311.

²⁰⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 145, § 310.

²⁰⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 146, § 312.

²⁰⁶ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 146-148, §§ 313-318.

Contrato aloca riscos relativos a custos com desapropriações, faz referência expressa a diversos tipos de despesas, sem se restringir à indenização.²⁰⁷

177. A Requerente observa que, para os contratos da 3ª Etapa PROCOFE, a Requerida distinguiu entre trechos urbanos e rurais. Desse modo, o Apêndice C do PER de cada um dos lotes leiloados na 3ª Etapa PROCOFE deveria prever as verbas destinadas à desapropriação em trechos urbanos. Tal valor seria reproduzido na cláusula 9.2.1 do contrato a ser celebrado e constituiria o limite a ser suportado pelos concessionários. No caso concreto, o Apêndice C do PER indica que não há trechos urbanos a desapropriar. Por essa razão, o valor indicado na cláusula 9.1.2 do Contrato de Concessão é R\$ 0,00, ou seja, qualquer verba com desapropriação em trechos urbanos deve ser reequilibrada.²⁰⁸ Por sua vez, para os trechos rurais ou trechos urbanos para os quais não foram previstas desapropriações, a cláusula 9.1.3 alocou todo o risco à Requerida.²⁰⁹

178. A Requerente argumenta, ainda, que, ao tratar da alocação dos riscos relativos a desapropriações, as cláusulas 21.1.5 e 21.2.18 fazem menção a “investimentos, pagamentos, custos e despesas” ou, de modo genérico, a “custos” ou “dispêndios”.²¹⁰ Alega, assim, que o Contrato de Concessão não restringiu o valor dos custos com desapropriações ao montante despendido com a indenização, o que é corroborado nos esclarecimentos ao Edital.²¹¹ Tampouco o Contrato de Concessão condicionou o reequilíbrio à chancela da Requerida em relação aos valores a serem gastos pela Requerente com as desapropriações. Apenas exigiu que, no caso de acordo, o valor da indenização fosse obtido por meio de avaliação de perito especializado, a ser apresentado à Requerida quando solicitado, o que também seria corroborado nos esclarecimentos ao Edital.²¹²

175. A Requerente afirma que, desde a assunção da rodovia, realizou diversas desapropriações, tendo submetido as contas de desapropriação à Requerida, no primeiro ano, por intermédio do Ofício CRO 246/2015²¹³ e, no segundo ano, por meio do Ofício

²⁰⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 149, § 319.

²⁰⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 149, §§ 320-321.

²⁰⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 149-150, § 322.

²¹⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 150-151, § 323.

²¹¹ Doc. C-66, p. 75. Alegações Iniciais da Requerente, p. 151, § 324.

²¹² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 151-152, § 325.

²¹³ Doc. C-122.

CRO 945/2016.²¹⁴ No interregno, a Requerida divulgou o Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF, de 24 de novembro de 2015,²¹⁵ que estabeleceu procedimento para apresentação da documentação comprobatória dos gastos com desapropriações, e o Ofício Circular 024/2015/GEINV/SUINF, de 21 de dezembro de 2015,²¹⁶ que encaminhou o Manual de Diretrizes Básicas para Desapropriação do DNIT.²¹⁷

176. Em particular, a Requerente alega que o Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF procurou limitar o risco assumido pela Requerida mediante a definição das despesas passíveis de reequilíbrio em quatro tipos, a saber: “indenização paga”, “valor pago via ação judicial”, “gasto com registro de imóveis”, “elaboração do laudo de avaliação”.²¹⁸

177. A Requerente afirma que seus pleitos foram analisados nos Pareceres Técnicos 099/2016/GEINV/SUINF²¹⁹ e 100/2016/GEINV/SUINF,²²⁰ os quais se basearam no Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF. Na sequência, os Pareceres Técnicos foram apreciados na Nota Técnica 016/2016.²²¹ Neles, a Requerida rejeitou o reequilíbrio econômico-financeiro de custos e dispêndios com diversos atos necessários à realização das desapropriações.²²²

178. A Requerente contestou o entendimento da Requerida.²²³ O pleito foi analisado pela Requerida nos Pareceres Técnicos 179/2016/GEINV/SUINF²²⁴ e 180/2017/GEINV/SUINF,²²⁵ considerados na Nota Técnica 027/2016.²²⁶ O Voto DSL 179/2016²²⁷ referendou tais documentos e deu origem à Resolução ANTT 5.177/2016,²²⁸

²¹⁴ Doc. C-123. Alegações Iniciais da Requerente, p. 153, § 327.

²¹⁵ Doc. C-124.

²¹⁶ Doc. C-125.

²¹⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 153, § 328.

²¹⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 153-154, § 329.

²¹⁹ Doc. C-126.

²²⁰ Doc. C-127.

²²¹ Doc. C-62.

²²² Alegações Iniciais da Requerente, p. 154, § 330.

²²³ Doc. C-59 (Ofício CRO 1.087/2016).

²²⁴ Doc. C-128.

²²⁵ Doc. C-129.

²²⁶ Doc. C-63.

²²⁷ Doc. C-64.

²²⁸ Doc. C-47.

relativa à 1ª Revisão Ordinária e 4ª Revisão Extraordinária, que reconheceu apenas as despesas elencadas no Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF.²²⁹

179. Posteriormente, por meio do Ofício Circular 007/2017/GEINV/SUINF,²³⁰ a Requerida restringiu ainda os itens reequilibráveis previstos no Ofício Circular 022/2015/GEINV/SUINF, excluindo os gastos com registro de imóveis e com a elaboração do laudo de avaliação.²³¹ No Memorando n.º 178/2017/GEPRO/SUINF,²³² apenso ao Ofício Circular 007/2017/GEINV/SUINF, a Requerida reiterou que os laudos de avaliação e os cadastros de desapropriação não são reequilibráveis, pois não são despesas inerentes à desapropriação.²³³ Isso porque, para a Requerida, de acordo com a Portaria SUINF 257/2016,²³⁴ os custos de laudos de sondagem, estudos geológicos e topográficos, entre diversos outros, já estariam contemplados no valor máximo a ser remunerado à concessionária pela elaboração dos projetos executivos de suas obras.²³⁵ A Requerente afirma que, a partir de então, a Requerida passou a considerar reequilibrável apenas a verba propriamente indenizatória, mas mesmo o cálculo dessa despesa sofreu restrições.²³⁶

180. A Requerente afirma que, nos anos de 2017 e 2018, apresentou novas verbas para reequilíbrio.²³⁷ Em resposta,²³⁸ a Requerida manteve o entendimento exposto no Memorando 178/2017/GEPRO/SUINF.²³⁹ Em particular, alegou que o item 6 do Anexo I da Resolução ANTT 1187/2005 determina que o projeto executivo será composto do projeto de desapropriação e que todos os custos dos projetos executivos estão considerados no Contrato de Concessão.²⁴⁰

²²⁹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 154-155, § 331.

²³⁰ Doc. C-130.

²³¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 155, § 332.

²³² Doc. C-131.

²³³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 155-156, § 334.

²³⁴ Doc. C-132.

²³⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 156, § 335.

²³⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 156, §§ 336-337, Doc. C-140

²³⁷ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 156-157, § 338. Docs. C-133 e C-134 (respectivamente Ofícios 1360/2017 e 1878/2018).

²³⁸ Doc. C-135 (Ofício 545/2018/GEFIR/SUINF).

²³⁹ Doc. C-131

²⁴⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 157, § 339.

181. Em 2019, a Requerente apresentou a prestação de contas para os 3º, 4º e 5º anos-concessão.²⁴¹ Ao analisá-las, a Requerida manteve o posicionamento anterior²⁴² e, em adição, negou reequilíbrio de valores despendidos com a indenização de cinco imóveis, por reputar inadequada a metodologia de avaliação dos imóveis expropriados.²⁴³

182. A Requerente afirma que seu pleito de reequilíbrio foi apresentado por meio do Ofício CRO 2.422/2019²⁴⁴ e reapresentado no Ofício CRO 2.612/2019.²⁴⁵ O pleito não foi incluído na 4ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária.²⁴⁶

183. A Requerente sustenta que a Requerida não pode alterar a matriz de riscos contratual por meio da edição de ofícios circulares. Tampouco o Contrato de Concessão permite a interpretação restritiva levada a cabo pela Requerida.²⁴⁷ Argumenta que a superveniência de lei que alterasse obrigações e responsabilidades da Requerente daria ensejo, no mínimo, ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão. A tentativa de alteração da matriz de riscos afronta a segurança jurídica e a estabilidade da relação contratual e esbarra na proteção conferida pelo art. 58, § 1º, da Lei n.º 8.666/93.²⁴⁸

184. A Requerente argumenta, ainda, que o texto contratual não permite a interpretação proposta pela Requerida. O Contrato de Concessão não menciona “indenização”, como item específico a ser reequilibrado. As indenizações enquadram-se no termo “pagamentos”, utilizado junto a “investimentos”, “custos” e “despesas”, em referência à “execução dos atos referidos na subcláusula 9.1”, que versa sobre as desapropriações. Sustenta, assim, que os atos de promoção de desapropriações englobam mais do que o

²⁴¹ Doc. C-136 (Ofício 2.388/2019).

²⁴² Doc. C-137: A análise das contas se deu por meio da Nota Técnica SEI 2281/GEREF/SUINF/DIR, que encaminhou o Parecer Técnico 0310/2019/GEENG/SUINF.

²⁴³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 157-158, § 341. Em resposta, a Requerente afirma ter apresentado o Ofício 2.611/2019 (Doc. C-138), cujo anexo 1 apresentou Caderno de Respostas ao Parecer Técnico 0310/2019/GEENG/ SUINF (Alegações Iniciais da Requerente, p. 157, § 340).

²⁴⁴ Doc. C-104.

²⁴⁵ Doc. C-139.

²⁴⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 158, § 342. A 4ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária foi veiculada pela Deliberação 1.051/2019 (C-106), fundamentada no Voto DEB 367/2019 (C-29).

²⁴⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 158, § 344.

²⁴⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 159, § 346.

mero pagamento indenizatório.²⁴⁹ Desse modo, não há limitações nas cláusulas 9.1.2 e 9.1.3.²⁵⁰

185. A Requerente afirma, ainda, que não se sustenta o argumento de que as verbas negadas à Concessionária já estão precificadas em sua proposta econômica. Em particular, a Requerida alega que: (i) de acordo com a Portaria 257/2016 SUINF, o laudo de avaliação e cadastros de desapropriação são parte de projeto de desapropriação; (ii) nos termos da Resolução ANTT 1187/2005, o projeto de desapropriação é parte integrante do projeto executivo; e (iii) a Concessionária tem obrigação de elaborar seus projetos executivos e responde pelos respectivos custos.²⁵¹

186. Em primeiro lugar, a Requerente alega que a Portaria 257/2016 somente diz respeito a obras novas, não previstas originalmente no PER, mas incluídas por alteração unilateral da Requerida.²⁵² Desse modo, a Portaria 257/2016 não se aplica a obras previstas no PER, sendo certo que todas as desapropriações dizem respeito a obras previstas no PER.²⁵³

187. Em segundo lugar, sustenta que o entendimento defendido pela Requerida contraria a alocação contratual de riscos. Isso porque, se um risco é alocado ao Poder Concedente no Contrato de Concessão, o licitante não o precificará em sua proposta econômica. Tais custos somente seriam provisionados se o risco relativo às desapropriações tivesse sido alocado à Concessionária. Nessa hipótese, caso os custos fossem menores do que o estimado, a concessionária não teria direito a reequilíbrio.²⁵⁴ A Requerente argumenta que, ainda que laudos e cadastros fizessem parte do projeto executivo, a alocação de riscos específicos em relação a custos e dispêndios com desapropriações incide na medida do desequilíbrio gerado pelo impacto que a existência de área a ser desapropriada traz para o projeto. As previsões inespecíficas de resolução ou ofício circular não podem se sobrepor à alocação específica de riscos do Contrato.²⁵⁵

²⁴⁹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 159-160, § 348.

²⁵⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 160, §§ 349-350.

²⁵¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 160-161, § 351.

²⁵² Alegações Iniciais da Requerente, p. 161, § 352.

²⁵³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 161, § 353.

²⁵⁴ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 161-162, §§ 354-355.

²⁵⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 162, §§ 356-357.

188. Quanto aos valores de indenização, a Requerente argumenta que sempre adotou os procedimentos e a metodologia da Norma IPR-746/2011 do DNIT,²⁵⁶ que vinha sendo aceita pela Requerida.²⁵⁷ Tal norma indica a utilização de um Relatório Genérico de Valores (RGV), do qual constam parâmetros básicos de avaliação dos imóveis contidos em um determinado segmento homogêneo. Por essa razão, não é adequada sua aplicação a imóveis de características distintas, como imóveis rurais e urbanos. Em concreto, nos casos em que a utilização do RGV é inviável, a Requerente afirma ter adotado a metodologia de imóvel-paradigma, conforme prevê o Manual de Desapropriações do DNIT.²⁵⁸ A Requerida somente se opôs a esse método em 2019, por ocasião da análise das prestações de contas com desapropriações dos 3º, 4º e 5º anos. Fez, então, exigências metodológicas de modo retroativo, em relação a desapropriações já realizadas e para as quais seria inviável, hoje, coletar dados e realizar análises exigidas.²⁵⁹ Isso porque a Requerida requer sejam apresentadas amostras de imóveis similares à venda à época das desapropriações. De acordo com a Requerente, a Requerida visa, com isso, a negar o reequilíbrio mediante exigências burocráticas.²⁶⁰

189. Na Arbitragem, a Requerente pleiteia o reequilíbrio do Contrato de Concessão no montante de R\$ 3.085.201,68 (três milhões oitenta e cinco mil duzentos e um reais e sessenta e oito centavos), em valores de maio de 2012, conforme consta do Doc. C-140.²⁶¹

Posição da Requerida

179. A Requerida sustenta que a negativa de compensação de despesas outras que não os valores das indenizações pagas aos expropriados visa a evitar compensação em duplicidade, uma vez que, nos termos do Anexo I, item 5, alínea *o*, da Resolução ANTT 1.187/2005,²⁶² o projeto de desapropriação é elemento integrante do projeto executivo.²⁶³

²⁵⁶ Doc. C-119.

²⁵⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 163, § 359.

²⁵⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 165-166, §§ 360-361.

²⁵⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 166, § 362.

²⁶⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 166, § 363.

²⁶¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 166-167, § 364.

²⁶² Doc. R1-58.

²⁶³ Resposta da Requerida, pp. 31-32, §§ 103-104.

As despesas com o projeto de desapropriação foram, portanto, precificadas pelos licitantes como parte dos custos do projeto executivo.²⁶⁴

180. A propósito da controvérsia sobre a metodologia de avaliação dos imóveis, a Requerida faz remissão aos Pareceres Técnicos 613/2018/GEENG/SUINF,²⁶⁵ 310/2019/GEENG/SUINF²⁶⁶ e, sobretudo, a correspondência eletrônica da área técnica da ANTT,²⁶⁷ que esclarece que (i) o Relatório Genérico de Valores (RGV) não é uma metodologia, mas uma forma de apresentação do laudo técnico de avaliação; (ii) o Contrato de Concessão não exige apresentação do laudo técnico de avaliação no formato RGV; (iii) a exigência é de que o laudo técnico de avaliação obedeça às normas técnicas do setor, no caso a NBR 14653-1; (iv) de acordo com a NRB 14653-1, o imóvel paradigma deve ser utilizado apenas se o avaliador não tiver acesso ao imóvel a ser avaliado; (v) a Requerente teve acesso ao imóvel, mas, apesar disso, tentou valer-se de imóvel paradigma, (vi) a Requerente omitiu a utilização de imóvel paradigma em laudos anteriores; e (vii) notificada para solucionar pendências, nos termos do Parecer Técnico 680/2019/GEENG/SUINF,²⁶⁸ a Requerente não se manifestou até o momento.²⁶⁹

Decisão do Tribunal Arbitral

190. O direito da Requerente ao reequilíbrio em função das desapropriações foi previsto em termos amplos.

191. De acordo com a cláusula 9.1.3 do Contrato de Concessão, “*a Concessionária deverá arcar com os investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes da execução dos atos referidos na subcláusula 9.1, seja por via consensual ou por intermédio de ações judiciais, até o limite da verba disponível para cada trecho urbano previsto no Apêndice C do PER, fazendo jus a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelos dispêndios excedentes em cada trecho urbano, na forma prevista na subcláusula 22.5*”.

²⁶⁴ Resposta da Requerida, p. 32, § 105.

²⁶⁵ Doc. R1-59.

²⁶⁶ Doc. C-137.

²⁶⁷ Doc. R1-60.

²⁶⁸ Doc. R1-61.

²⁶⁹ Resposta da Requerida, pp. 32-35, §§ 107-108.

192. Também a cláusula 21.1.5 do Contrato de Concessão prevê que a Requerente responde pelo “*valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes das desapropriações, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas ou ocupação provisória de bens imóveis, até o limite da verba destinada para desapropriações*”.

193. A propósito do limite da verba disponível para cada trecho urbano, referido na cláusula 9.1.3 do Contrato de Concessão, o Apêndice C do PER previu que “*não há desapropriações em trechos urbanos no Lote 7*”. No mesmo sentido, a cláusula 9.1.2 do Contrato de Concessão fixou o limite até o qual a Requerente deverá suportar os “*investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes*” das desapropriações em “*R\$ 0,00 (zero real)*”.

194. Em adição, a cláusula 9.1.3 (i) prevê que “*os investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes da execução dos atos referidos na subcláusula 9.1 nos trechos não previstos no Apêndice C do PER serão objeto de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, na forma prevista na subcláusula 22.5*”. Dentre tais despesas, a Requerente alega estarem incluídas também aquelas relativas a desapropriações de imóveis rurais.

195. No mesmo sentido, a cláusula 21.2.18 prevê serem de responsabilidade do Poder Concedente os “*custos com desapropriação nos valores que excederem o montante indicado na subcláusula 9.1.2*”.

196. Apesar de o Contrato de Concessão conferir-lhe direito ao reequilíbrio de “*investimentos, pagamentos, custos e despesas*” decorrentes da desapropriação de imóveis urbanos e rurais, a Requerente aponta que, após a celebração, por meio dos Ofícios Circulares 022/2015²⁷⁰ e 007/2017,²⁷¹ a Requerida procurou limitar as hipóteses de reequilíbrio, primeiro, ao valor das indenizações, das despesas com registro de imóveis e com a elaboração de laudo de avaliação. Depois, apenas às indenizações.

197. Em adição, por meio do Memorando 178/2017/GEPRO/SUINF,²⁷² também posterior à celebração do Contrato de Concessão, a Requerida entendeu que os laudos de

²⁷⁰ Doc. C-124.

²⁷¹ Doc. C-130.

²⁷² Doc. C-131.

avaliação dos imóveis e cadastros de desapropriação são parte integrante dos projetos de desapropriação e devem ser enquadrados, de modo análogo, na Portaria SUINF 257/2016,²⁷³ a qual estabelece que os valores atinentes à remuneração de elaboração do projeto executivo já compreendem diversos documentos.

198. À partida, assiste razão à Requerente.

199. Em análise preliminar, o direito ao reequilíbrio não pode ser obstado por meio da edição de normas regulamentares posteriores à celebração do Contrato de Concessão.

200. Não se ignora que, tal como exposto pela Requerida no Ofício 545/2018/GEFIR/SUINF²⁷⁴ e reforçado em sua Resposta às Alegações Iniciais, a Resolução ANTT 1187/2005 prevê que o projeto de desapropriação integra o projeto executivo e que, portanto, já foi precificado pela concessionária em sua proposta. Neste momento, entretanto, é plausível concluir que nem todas as despesas alegadas pela Requerente, tais como custos com cartório, oficial de justiça, escrituração e emissão de carta precatória, podem ser consideradas compreendidas no projeto de desapropriação.

201. Desse modo, ainda que, no curso da Arbitragem, chegue-se à conclusão de que o projeto de desapropriação integra o projeto executivo, não se pode, à partida, excluir a plausibilidade do direito da Requerente ao reequilíbrio.

202. De igual modo, embora a controvérsia demande análise mais aprofundada, a existência de divergência entre as Partes quanto à metodologia de avaliação de parte dos imóveis desapropriados não põe em xeque a plausibilidade do direito da Requerente.

vi) Não aceite de obras de duplicação

Posição da Requerente

203. A Requerente afirma que o item 3.2.1 do PER determinou os quantitativos, prazos e outras especificidades das obras de ampliação de capacidade e melhorias definidas para o período da Concessão. Dentre tais disposições, foram estabelecidas, no item 3.2.1.1 do

²⁷³ Doc. C-132.

²⁷⁴ Doc. C-135.

PER, metas anuais de duplicação, bem como de construções de dispositivos, no item 3.2.1.2 do PER.²⁷⁵ A meta de duplicação do Ano 1 foi estabelecida em 72,6 km de vias; do Ano 2, 108,9 km; do Ano 3, 154,2 km; do Ano 4, 117,9 km. Em adição, a Requerente aponta que uma das obras de melhorias definidas foi a construção de dispositivo de interconexão diamante no km 77 da BR-163/MT, identificado como Diamante 3.²⁷⁶

204. A Requerente afirma que, no Ano 1, executou 117,4 km de obras de duplicação, conforme declarado no Ofício CRO 874/2016.²⁷⁷ Ultrapassou, assim, em 44,8 km a meta prevista para o Ano 1,²⁷⁸ de modo a ensejar a aplicação do Acréscimo de Reequilíbrio previsto no Fator D, nos termos da cláusula 22.6 e Anexo 5 do Contrato de Concessão.²⁷⁹

205. A Requerente alega, no entanto, que a Requerida desconsiderou a realização de obras nos seguintes trechos: (i) km 76,7 ao km 77,1, obra do Diamante 3; (ii) km 0 ao km 0,7, construção de ponte sobre o Rio Correntes; (iii) km 94,9 ao km 96,7, trecho de duplicação. Desse modo, a Requerida considerou a execução total de apenas 114,4 km para o Ano 1, conforme Parecer Técnico 106/2016/GEFOR/SUINF,²⁸⁰ fato que, segundo alega a Requerente, reduziu significativamente sua capacidade financeira desde a 1ª Revisão Ordinária do Contrato de Concessão.²⁸¹

206. A Requerente afirma que, conforme a Nota Técnica 166/2017/GEROR/SUINF,²⁸² não foi apurado o Fator D na 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária. Na 3ª Revisão Ordinária e 6ª Revisão Extraordinária, fundada na Nota Técnica 042/2018/GEREF/SUINF,²⁸³ a meta de duplicação do Ano 2 foi apurada por meio do Parecer Técnico 357/2017/GEFOR/SUINF.²⁸⁴ Na 4ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária, a Requerida revisou todos os anos anteriores e continuou a não aceitar as obras, apesar de todos os estudos apresentados.²⁸⁵ A Requerente aponta que, em 17 de

²⁷⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 272, § 617.

²⁷⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 272, § 618.

²⁷⁷ Doc. C-195.

²⁷⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 272, § 619.

²⁷⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 273, §§ 620-621.

²⁸⁰ Doc. C-196.

²⁸¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 273-272, § 622.

²⁸² Doc. C-165.

²⁸³ Doc. C-192.

²⁸⁴ Doc. C-193.

²⁸⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 274, § 623.

abril de 2019, por meio do Ofício 1572/2019/GEFIR/SUINF,²⁸⁶ a Requerida encaminhou o Parecer Técnico 24/2019/GEFIR/SUINF que analisou o Ofício CRO 2149/2018²⁸⁷ e apresentou discordância quanto ao cálculo consolidado do Desconto/Acréscimo de Reequilíbrio apresentado pela Requerente. Em resposta, a Requerente apresentou o Ofício 2422/2019, que encaminhou o Relatório Técnico acerca da 4ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária, no qual questionou o cálculo do Fator D considerado pela Requerida. Por meio do Ofício 2425/2019, a Requerente igualmente solicitou o reexame do cálculo do Fator D consolidado, reafirmando a realização da duplicação de 117,4 km no Ano 1.²⁸⁸ Por meio do Ofício SEI 13403/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, que encaminhou o Parecer 581/2019/GEFIR/SUINF/DIR,²⁸⁹ a Requerida novamente considerou apenas 114,4 km concluídos no Ano 1. Desse modo, no âmbito da 4ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária,²⁹⁰ a Requerida manteve aplicação equivocada do Fator D apurado.²⁹¹

207. Especificamente a propósito da obra do Diamante 3, no Km 77 da Rodovia BR-163/MT, as Partes divergem sobre se o dispositivo construído pela Requerente atende à definição de interseção do tipo “diamante”.

208. A Requerente argumenta que, ao avaliar o anteprojeto, verificou a desnecessidade de instalação de rotatória no lado sul do dispositivo, no entroncamento da Rodovia BR-163/MT com a Rodovia MT-040, conforme teria afirmado em Caderno de Resposta aos questionamentos do Parecer Técnico 0802/2018/GEENG/SUINF, não juntado nesta Arbitragem.²⁹² Isso porque, levantamentos e informações obtidas ao tempo da execução do projeto permitiram constatar que a via a que se ligava o diamante por meio da rotatória suprimida é passagem intermitente entre as propriedades lindeiras, sem ligação com a Rodovia. Desse modo, a Requerente concebeu novo projeto executivo, sem a rotatória, mas com alça de acesso na MT-040.²⁹³

²⁸⁶ Doc. C-197.

²⁸⁷ Doc. C-199.

²⁸⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 274, § 624.

²⁸⁹ Doc. C-201.

²⁹⁰ Docs. C-29 e C-106 (Ofício SEI 8530/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, que deu origem ao Voto DEB 367/2019 e à Deliberação 1.051/2019).

²⁹¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 274-275, § 625.

²⁹² Doc. C-204.

²⁹³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 275, § 627.

209. Por meio do Ofício n.º 1557/2018/GEENG/SUINF,²⁹⁴ a Requerida solicitou estudos complementares, a fim de confirmar a adequação da solução adotada pela Requerente. Em resposta, a Requerente lhe dirigiu o Ofício CRO 2413/2019,²⁹⁵ com justificativas para a solução adotada.²⁹⁶ Segundo exposto pela Requerente na ocasião, o entroncamento entre a BR-163/MT e a MT-040, no Km 76,9, não apresenta alta densidade. Trata-se de estrada vicinal não pavimentada e com baixo fluxo de veículos, que serve apenas como ligação a pequenas propriedades rurais. Não há, além disso, rodovia a oeste do dispositivo, a justificar a inclusão de rotatória. Desse modo, o dispositivo, como construído pela Requerente, seria capaz de atender a todas as necessidades de deslocamento dos usuários.²⁹⁷

210. A Requerente afirma que apresentou Estudo de Capacidade do Diamante 03, desenvolvido pela empresa Infraplan Consultoria.²⁹⁸ Afirma que o estudo verificou a demanda de tráfego no trecho, de modo a determinar a intensidade e a composição do volume de tráfego e sua projeção até o ano de 2044, considerando-se crescimento padrão de 3% ao ano. A conclusão foi de que o Diamante 3, da maneira como executado pela Requerente, atende ao tráfego projetado para 2044.²⁹⁹

211. A Requerente sustenta que, apesar de a Requerida ter afirmado que a solução apresentada corresponde a conexão do tipo “Trevo Parcial”, o dispositivo construído não deixa de atender à definição de interseção do tipo diamante do Manual de Projeto de Intersecções do DNIT.³⁰⁰ A descaracterização do dispositivo como diamante é, pois, incorreta, conforme demonstrado no Doc. C-207.³⁰¹ Argumenta que, de tão notória a adequação do dispositivo construído, a própria Fiscalização da Requerida, por meio do Relatório de Vistoria 001/2016/GEFOR/SUINF³⁰² atestou sua adequação às necessidades do local, embora tenha ressalvado a não aceitação das obras.³⁰³

²⁹⁴ Doc. C-203.

²⁹⁵ Doc. C-204.

²⁹⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 276, § 628.

²⁹⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 276, § 629.

²⁹⁸ Doc. C-205 (Ofício CRO 2413/2019).

²⁹⁹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 276-277, § 630.

³⁰⁰ Doc. C-206 (Ofício 1557/2018/GEENG/SUINF).

³⁰¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 277, §§ 631-632.

³⁰² Doc. C-208.

³⁰³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 277-278, § 633.

212. A Requerente afirma que, por meio do Ofício 5271/2019/CPROJ/GEENG/SUINF/DIR-ANTT, de 5 de junho de 2019,³⁰⁴ a Requerida informou sua não objeção em relação à solução adotada pela Requerente. Apesar disso, manteve a avaliação equivocada para fins do cálculo do Fator D, como se verifica da análise do Parecer 581/2019/GEFIR/SUINF/DIR,³⁰⁵ no qual a Requerida se manifestou sobre o cálculo do Fator D consolidado.³⁰⁶

213. No que diz respeito à duplicação da ponte sobre o Rio Correntes, a Requerente argumenta que as obras de expansão de capacidade envolvem trecho sob sua responsabilidade e trecho sob responsabilidade da concessionária MSVIA, delegatária da Requerida na BR-163/MS.³⁰⁷ Afirma que estava obrigada a realizar as obras apenas em parte da ponte, dentro dos limites do Sistema Rodoviário definido no Contrato de Concessão. A seção faltante corresponde à ligação com a BR-163/MS, no estado do Mato Grosso do Sul.³⁰⁸ Por essa razão, não foi possível liberar o trecho duplicado da ponte para o tráfego vindo do Mato Grosso do Sul.³⁰⁹

214. A Requerente afirma que, por meio do Ofício ANTT 344/2016/COINF-URRS/SUINF, de 3 de novembro de 2016,³¹⁰ a Requerida solicitou cronograma de execução das obras da cabeceira sul da Ponte sobre o Rio Correntes. Na ocasião, foi informada que a MSVIA concluiria as obras de duplicação até 30 de novembro de 2017, fato que não ocorreu até o momento.³¹¹ A Requerente acrescenta que, à época informou à Requerida sobre a impossibilidade de apresentação de um cronograma de execução das obras, por se tratar de trecho sob responsabilidade da MSVIA.³¹² Ainda assim, alega a Requerente que na tentativa de atender à solicitação da Requerida, por meio do Ofício CRO-MA 034/2016,³¹³ buscou a realização de aditamento ao Acordo de Cooperação Técnica 034/2013.³¹⁴ Tal Acordo, celebrado entre a Secretaria de Meio Ambiente do Estado do Mato Grosso e o IBAMA, tem por objeto a delegação da atribuição para

³⁰⁴ Doc. C-209.

³⁰⁵ Doc. C-201.

³⁰⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 278, §§ 634-635.

³⁰⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 278, § 636.

³⁰⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 279, § 637.

³⁰⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 279, § 638.

³¹⁰ Doc. C-210.

³¹¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 280, § 640.

³¹² Alegações Iniciais da Requerente, p. 280, § 641. Doc. C-211 (Ofício 1610/2017).

³¹³ Doc. C-213.

³¹⁴ Doc. C-212.

licenciamento ambiental da obra de duplicação da rodovia BR-163 no Estado do Mato Grosso. O aditamento proposto sugeria a extensão da área, no que tange à ponte sobre o Rio Correntes, para que fosse concluído o aterro da cabeceira sul da ponte, já em território sul-mato-grossense.³¹⁵ O pedido foi negado, por exceder a competência territorial da Secretaria do Meio Ambiente do Estado do Mato Grosso.³¹⁶

215. A Requerente afirma, assim, que não foi possível liberar a ponte para o tráfego. Por essa razão, a Requerida desconsiderou a obra para efeito de cálculo das metas.³¹⁷ Isso porque, para a Requerida, nos termos da cláusula 10.3.1(i) do Contrato de Concessão, para julgar cumprida uma obra prevista no PER, é preciso que esteja aberta ao tráfego.³¹⁸ Argumenta que a regra tem relação com a metodologia de aferição do Fator D, nos termos do item 2.3 do Anexo 5 do Contrato de Concessão, segundo o qual a atividade será considerada não cumprida caso se verifique o não atendimento parcial dos Escopos, Parâmetros de Desempenho ou Parâmetros Técnicos, ou seu atendimento em desconformidade com as especificações estabelecidas no Contrato e no PER.³¹⁹

216. A Requerente argumenta que esta regra não se aplica, pois executou a obra por completo até o marco inicial do seu Sistema Rodoviário.³²⁰ Sustenta que não lhe podem ser opostos o descasamento dos cronogramas de ampliação da BR-163 nos estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, conforme a própria Requerida reconheceu,³²¹ e o descumprimento das obrigações da MSVIA.³²² Alega, assim, que as obras da ponte sobre o Rio Correntes foram concluídas em fevereiro de 2016 e a via apenas não foi aberta ao tráfego em razão de impedimento fático e jurídico incontornável para o qual não concorreu.³²³

217. Quanto à duplicação dos km 94,9 a 96,7, por fim, a Requerente argumenta que, nos termos do item 3.2.1.1 do PER, executou as obras necessárias para levar o trecho aos padrões de segurança, conforto e fluidez da “Classe 1-A”. Afirma que, apesar disso, a

³¹⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 280-281, § 642.

³¹⁶ Doc. C-214 (Ofício 1123/2017/GAB/SEMA). Alegações Iniciais da Requerente, p. 281, § 643.

³¹⁷ Nesse sentido o Ofício 1572/2019/GEFIR/SUINF (Doc. C-215).

³¹⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 281, § 644.

³¹⁹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 281-282, § 645.

³²⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 282, § 646.

³²¹ Doc. C-216 (Ofício ANTT n.º 1508/2015/GEINV/SUINF).

³²² Alegações Iniciais da Requerente, p. 282, § 647.

³²³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 282, § 648.

Requerida desconsiderou o trecho para o cômputo da extensão construída para alcance da meta de duplicação do Ano 1.³²⁴ Por meio do Relatório de Vistoria 001/2016/GEFOR/SUINF,³²⁵ a Requerida considerou que o trecho rodoviário entre os km 94,9 e 96,7 já se encontrava em segmento de multifaixas antes de sua assunção pela Requerente. Considerou-se, assim, que não houve implantação efetiva da duplicação por parte da concessionária.³²⁶

218. A Requerente sustenta que, por meio da Carta CRO 1875/2018,³²⁷ expôs à Requerida entendimento de que sua obrigação em relação a esse trecho consistia na adequação do trecho multifaixas para a classe 1-A. Dado que o trecho já continha múltiplas faixas, o objetivo de expansão de capacidade já estava alcançado, de modo que apenas restava a sua adequação aos níveis de serviço Classe 1-A.³²⁸ A Requerente argumenta que a Requerida manifestou entendimento de que a Requerente possuía obrigação de atender às metas de Classe 1-A nos mesmos prazos previstos para as duplicações. Desse modo, tratando-se de pistas já duplicadas, permanece apenas a obrigação de adequá-las à Classe 1-A.³²⁹

219. A Requerente aponta que a Requerida encaminhou o Memorando 113/2018/COINF-URRS/SUINF,³³⁰ que reconheceu a adequação do trecho à Classe 1-A. Apenas solicitou medidas adicionais, como a substituição das defensas metálicas por barreiras rígidas do tipo *New Jersey*.³³¹ Por meio da Carta CRO 2347/2019,³³² a Requerente justificou o uso das defensas metálicas instaladas. Em adição, em discussões técnicas com a GEENG acerca da segurança viária,³³³ foram-lhe solicitados estudos complementares que demonstraram desnecessária a substituição.³³⁴ Afirma que, por meio do Ofício OF-0045.2019-GEENG-SUINF-R00,³³⁵ em resposta ao Ofício CRO

³²⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 283, § 650.

³²⁵ Doc. C-217.

³²⁶ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 283-284, § 651.

³²⁷ Doc. C-218.

³²⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 284, § 652.

³²⁹ Doc. C-219 (Parecer Técnico 106/2016/GEFOR/SUINF). Alegações Iniciais da Requerente, p. 284, § 653.

³³⁰ Doc. C-221, encaminhado por meio do Ofício 514/2018/GEFIR/SUINF (Doc. C-220).

³³¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 284, § 654.

³³² Doc. C-222.

³³³ Doc. C-223.

³³⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 285, § 655.

³³⁵ Doc. C-224.

2135/2018,³³⁶ a Requerida rejeitou as justificativas apresentadas.³³⁷ Por fim, por meio do Parecer Técnico 0222/2019/GEENG/SUINF,³³⁸ a Requerida acabou por concluir que a Requerente apresentou justificativas técnicas condizentes com os normativos técnicos vigentes para a desnecessidade de substituição das defensas metálicas por barreiras *New Jersey*.³³⁹ Desse modo, a Requerente afirma que os investimentos realizados no trecho devem ser contabilizados para as metas do Ano 1, pois devidamente adequado à Classe 1-A.³⁴⁰

220. Com fundamento na cláusula 21.2.21 do Contrato de Concessão, a Requerente pleiteia reequilíbrio econômico-financeiro no montante de R\$ 2.045.045,38 (dois milhões quarenta e cinco mil quarenta e um reais e trinta e oito centavos), em valores de maio de 2012, conforme memorial de cálculo constante do Doc. C-227.³⁴¹

Posição da Requerida

221. A propósito do Diamante 3, a Requerida afirma que, embora tecnicamente adequado para solucionar o problema do tráfego no local, o dispositivo executado pela Requerente não corresponde ao contratado no PER. Trata-se de solução diversa que não demanda a aplicação de todo o valor do investimento previsto para a construção do dispositivo contratado.³⁴² A Requerida afirma, assim, que, em vez de determinar que a Requerente refizesse a obra, optou por aceitá-la com remuneração compatível ao que foi executado.³⁴³

222. Por sua vez, tal como constou do Parecer 581/2019/GEFIR/SUINF/DIR,³⁴⁴ a duplicação da Ponte sobre o Rio Correntes não foi aceita, porque não aberta ao tráfego, conforme exige a cláusula 10.3.1(i) do Contrato de Concessão.³⁴⁵

³³⁶ Doc. C-225.

³³⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 285, § 656.

³³⁸ Doc. C-226.

³³⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 285, § 657.

³⁴⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 285-286, §§ 658-659.

³⁴¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 286, § 660.

³⁴² Resposta da Requerida, p. 78, § 252.

³⁴³ Resposta da Requerida, pp. 78-79, § 253.

³⁴⁴ Doc. C-201.

³⁴⁵ Resposta da Requerida, pp. 79-80, §§ 255-257.

223. Por fim, o trecho entre o Km 94,9 e o Km 96,7 da Rodovia não foi objeto de efetivo investimento de duplicação, porque já recebido pela Requerente com multifaixas.³⁴⁶

Decisão do Tribunal Arbitral

224. O presente pleito de reequilíbrio cuida da não aceitação pela Requerida de três obras relativas à meta de ampliação prevista no item 3.2.1 do PER para o Ano 1 da Concessão, nomeadamente (i) a construção do Diamante 3, (ii) a duplicação da ponte sobre o Rio Correntes e (iii) as obras de melhoria entre os km 94,9 e 96,7 da BR-163/MT.

225. Nesta análise preliminar, mostra-se plausível o direito alegado pela Requerente relativamente às duas primeiras obras.

226. A começar pela construção do Diamante 3, o item 3.2.1.2 do PER expressamente prevê a construção de interconexão do tipo diamante no km 77 da BR-163/MT. Embora as Partes tenham divergido quanto à correspondência da obra executada pela Requerente ao conceito de interconexão do tipo diamante,³⁴⁷ a Requerida, por meio do Ofício SEI 5271/2019/CPROJ/GEENG/SUINF/DIR-ANTT,³⁴⁸ concluiu que a “obra pretendida está contemplada no Programa de Exploração Rodoviária” e “que não há pendências que comprometam o projeto apresentado, de forma que a documentação em análise é passível de aceitação”.

227. Desse modo, embora ponderáveis os argumentos veiculados na Resposta da Requerida, em análise preliminar, dados os termos do Ofício SEI 5271/2019/CPROJ/GEENG/SUINF/DIR-ANTT, não é de se afastar a plausibilidade do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

228. A propósito da duplicação da ponte sobre o Rio Correntes, a não aceitação da obra por parte da Requerida, nos termos do Ofício ANTT 1508/2015/GEINV/SUINF,³⁴⁹ funda-se na parte final da cláusula 10.3.1(i) do Contrato de Concessão, que prevê que

³⁴⁶ Resposta da Requerida, p. 80, § 258.

³⁴⁷ Ofício n.º 1557/2018/GEENG/SUINF (Doc. C-203).

³⁴⁸ Doc. C-209.

³⁴⁹ Doc. C-216.

“somente serão consideradas implantadas as pistas duplas e, portanto, como atendidas as metas de duplicação indicadas no PER e neste Contrato (...) quando essas pistas e melhorias forem abertas ao tráfego”.

229. Embora a não aceitação da obra encontre amparo na literalidade da cláusula contratual, é fato incontroverso que a não abertura da pista ao tráfego não se deveu a fato imputável à Requerente, mas a inexecução de obra que, na realidade, compete à concessionária responsável pela BR-163 no Estado do Mato Grosso do Sul.

230. Desse modo, por se revelar impossível o atendimento da exigência prevista na cláusula 10.3.1(i) do Contrato de Concessão, análise preliminar do presente pleito não permite afastar a plausibilidade do direito alegado pela Requerente.

231. Por fim, quanto às obras de melhoria executadas entre os km 94,9 e 96,7 da BR-163/MT, os argumentos da Requerente, veiculados em maior detalhe no Ofício CRO 1875/2018, de 17 de abril de 2018,³⁵⁰ são, à partida, pouco convincentes.

232. Ainda que o PER, ao estabelecer as metas de duplicação, tenha eventualmente desconsiderado que o trecho entre os km 94,9 e 96,7 da BR-163/MT já se encontrava duplicado, em análise preliminar, não há fundamento para qualificar as obras de melhoria de pavimento realizadas nesse trecho como obras de duplicação, para efeito de contabilização da meta prevista no item 3.2.1 do PER.

233. Desse modo, nos termos da cláusula 22.6.1 do Contrato de Concessão, afigura-se em parte plausível o direito alegado pela Requerente à aplicação do Acréscimo de Reequilíbrio em função da antecipação da entrega das Obras de Ampliação de Capacidade.

³⁵⁰ Doc. 218.

vii) Vícios ocultos

Posição da Requerente

234. A Requerente afirma que, após a assunção do Sistema Rodoviário e já durante a operação do serviço, foram constatados dois vícios ocultos em dispositivos da rodovia, a exigir intervenções corretivas. O primeiro consiste em ponto de erosão no talude das alças de retorno do trevo de acesso ao município de Rondonópolis, localizado no km 203 da BR-163/MT; o segundo, em processo erosivo ao longo do talude da cabeceira norte da ponte sobre o Rio Correntes, localizado no km 0 da BR-163/MT. Em ambos os casos, a Requerente alega tratar-se de risco alocado ao Poder Concedente, nos termos da cláusula 21.2.12.³⁵¹

235. No que diz respeito ao primeiro vício, isto é, a erosão no talude que sustenta uma das alças de retorno localizadas no km 203, a Requerente afirma que o vício foi constatado apenas em 18 de julho de 2018. Alega que, se não tivesse sido tratada corretamente, a cavidade formada pela erosão no maciço de terra teria aumentado progressivamente e elevaria o risco de desmoronamento, a comprometer toda a estrutura do dispositivo de acesso a Rondonópolis. Por essa razão, fez-se necessário o pronto início das obras de recomposição da cavidade, com o objetivo de garantir a estabilidade e reconstituição imediata do talude. Ato contínuo, a Requerente notificou a unidade da Requerida responsável pela fiscalização do contrato, a COINF-RS, como documentado no Anexo II do Ofício 2035/2018.³⁵²

236. A Requerente argumenta estar caracterizado vício oculto, uma vez que a situação não podia ser considerada previsível quando da assunção do Sistema Rodoviário e não pôde ser precificada à época da licitação.³⁵³ Afirma que a erosão decorreu de falha construtiva no sistema de drenagem urbana no trecho que passa sob o trevo de acesso à área urbana. Em particular, faltava ou caixa de ligação ou poço de visita para encontro de tubulações provenientes de dois bueiros. Tal fato desencadeou acúmulo de água na base do talude, de modo a tornar instável o maciço de terra e iminente o escorregamento.³⁵⁴

³⁵¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 122-123, §§ 244-247.

³⁵² Doc. C-99. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 123-126, §§ 248-251.

³⁵³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 126, § 252.

³⁵⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 126, § 253.

De acordo com a Requerente, portanto, o executor das obras de implantação do sistema de drenagem urbana deixou de executar parte fundamental da rede de drenagem, deixando espaço vazio sem rede entre as tubulações.³⁵⁵

237. A Requerente afirma, assim, que se viu obrigada a instalar as caixas de ligação e de passagem, compactar e aterrar novamente a área que sofreu o processo erosivo e cobrir a superfície com placas de grama, para evitar nova erosão, conforme documentado em relatório fotográfico constante do anexo III do Ofício 2035/2018.³⁵⁶

238. A Requerente sustenta, entretanto, que a Requerida entendeu que a hipótese não caracteriza vício oculto, seja porque a Obra de Arte Corrente cuja falha construtiva causou a erosão deveria ter sido cadastrada e monitorada pela Requerente em seus Relatórios de Monitoração, seja porque as intervenções realizadas estão entre as obrigações contratuais da Concessionária no PER.³⁵⁷

239. A Requerente afirma que, por meio do Ofício CRO 2.371/2019,³⁵⁸ argumentou que a falha construtiva se encontrava sob aterro de dispositivo rodoviário em desnível, de modo que seu diagnóstico era impossível.³⁵⁹ Em adição, sustentou que o próprio caderno de monitoração padrão, fornecido pela Requerida, determina a monitoração apenas nas áreas sob responsabilidade da Concessionária e que a tubulação na qual se verificou o vício não faz parte do Sistema Rodoviário, mas pertence ao município de Rondonópolis.³⁶⁰ Ainda de acordo com a Requerente, o Relatório de Monitoração deve seguir a norma DNIT-010/2004-PRO,³⁶¹ que exige a avaliação dos elementos estruturais visualmente perceptíveis, de modo que não é exigível a catalogação de todos os elementos de drenagem que eventualmente atravessem as Obras de Arte Especiais, isto é, pontes, viadutos ou passarelas; tampouco a norma do DNIT exige que se busquem elementos ocultos, imperceptíveis à inspeção visual.³⁶² Em adição, a Requerente sustenta que o item

³⁵⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 126, § 254.

³⁵⁶ Doc. C-99. Alegações Iniciais da Requerente, p. 129, § 262.

³⁵⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 130, § 263. Doc. C-100 (Ofício 724/2018/GEFIR/SUINF, que encaminhou o Parecer Técnico 139/2018/COINF-URRS/SUINF).

³⁵⁸ Doc. C-101.

³⁵⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 130, § 264.

³⁶⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 130, § 265.

³⁶¹ Doc. C-107.

³⁶² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 130-131, § 266.

3.1.4 do PER não abrange a execução de elementos faltantes que não podiam ser presumidos e que, portanto, não foram precificados.³⁶³

240. A Requerente afirma que a Requerida novamente indeferiu o pleito de reequilíbrio,³⁶⁴ sob a alegação de que os problemas construtivos poderiam ter sido identificados durante o cadastro inicial dos elementos físicos, conforme prevê o item 4.1.2 do PER.³⁶⁵

241. O pleito foi reapresentado pela Requerente por ocasião da 4ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária, por meio dos Ofícios 2404/2019³⁶⁶ e 2.422/2019³⁶⁷ e mais uma vez rejeitado.³⁶⁸ A 4ª Revisão Ordinária e a 7ª Revisão Extraordinária, fundadas no Voto DEB 367/2019,³⁶⁹ se deram por meio da Deliberação 1.051/2019,³⁷⁰ que desconsiderou o pleito.³⁷¹

242. A Requerente sustenta, em síntese, que a negativa da Requerida se funda nos argumentos de que (i) a falha construtiva deveria ter sido cadastrada e monitorada pela Requerente e (ii) as intervenções necessárias à solução do problema fazem parte das obrigações da Requerente no PER.³⁷²

243. Para a Requerente, a negativa contraria a definição de vício oculto, que é aquele impossível de ser identificado no momento da licitação.³⁷³ Aponta que as imagens de 2015 não indicavam processo erosivo no local.³⁷⁴ Tampouco os documentos franqueados à época da licitação indicavam problema na rede de drenagem. Nesse sentido, alega que o Anexo 3.1.I do Volume 3 do EVTE, que trata do Cadastro de Drenagem Profunda e contém relação dos dispositivos de drenagem do Sistema Rodoviário, sequer menciona o dispositivo no qual a falha se verificou, pois pertencente ao município de

³⁶³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 131, § 267.

³⁶⁴ Doc. C-102 (Parecer Técnico 75/2019/COINF/URRS, encaminhado pelo Ofício SEI 10285/2019/GEFIR/DIR-ANTT).

³⁶⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 131, § 268.

³⁶⁶ Doc. C-103.

³⁶⁷ Doc. C-104.

³⁶⁸ Doc. C-105 (Ofício SEI 8934/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT, de 29 de julho de 2019).

³⁶⁹ Doc. C-29.

³⁷⁰ Doc. C-106.

³⁷¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 131, § 269.

³⁷² Alegações Iniciais da Requerente, p. 131, § 270.

³⁷³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 132, § 271.

³⁷⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 132, § 272.

Rondonópolis.³⁷⁵ A Requerente argumenta, assim, que ainda que fosse possível identificar o vício após a assinatura do Contrato de Concessão, a falha construtiva oculta durante a licitação caracteriza vício oculto e tal risco é contratualmente alocado ao Poder Concedente.³⁷⁶

244. Acrescenta que o trecho rodoviário em que se encontra o trevo de acesso a Rondonópolis lhe foi transferido na data da assunção do Contrato de Concessão, por meio do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, sob o código PNV 163BMT0582, sem que houvesse identificação do processo erosivo. Afirma, ainda, que o Manual de procedimentos para a permissão especial de uso das faixas de domínio de rodovias federais e outros bens públicos sob jurisdição do DNIT³⁷⁷ apresenta, entre as condições de uso, o Contrato de Permissão Especial de Uso (CPEU), a ser firmado entre o DNIT e a permissionária. Na transferência do Sistema Rodoviário à Requerente, foram diversos os contratos celebrados com permissionários, a possibilitar identificação e monitoração. A Requerente afirma que não lhe foi entregue, porém, qualquer registro ou contrato de utilização com o município de Rondonópolis ou delegatário do serviço de saneamento que opere a rede de drenagem municipal.³⁷⁸

245. Argumenta que a pretensão da COINF, de que fossem realizados cadastro e inspeção subterrânea na rede de drenagem municipal, fora da faixa de domínio, não tem respaldo nos procedimentos de monitoração determinados pela Requerida, a saber, a referida norma DNIT-010/2004-PRO,³⁷⁹ de acordo com a qual a inspeção dos elementos estruturais de pontes, viadutos e passagens superiores deve ser visual.³⁸⁰

246. A Requerente igualmente argumenta que, ainda que a realização do reparo fosse parte do conjunto de obrigações definido nos itens 3.1.4 ou 3.1.5 do PER, tal circunstância não impediria que os custos adicionais havidos pela Concessionária fossem alocados ao

³⁷⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 132-133, § 273.

³⁷⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 133, § 274.

³⁷⁷ Doc. C-84.

³⁷⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 135-136, § 283.

³⁷⁹ Doc. C-107.

³⁸⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 136, §§ 284-285.

Poder Concedente.³⁸¹ A previsão de dada atividade no PER não torna a Requerente responsável por todos os seus custos.³⁸²

247. No que diz respeito ao segundo vício oculto alegado pela Requerente, isto é, a erosão ocorrida na parte inferior do talude que dá suporte à cabeceira norte da ponte sobre o Rio Correntes, localizado no km 0 da BR-163/MT, na divisa com o estado do Mato Grosso do Sul, a Requerente argumenta que o vício não podia ser identificado no momento das vistorias realizadas para a licitação, em março e abril de 2013, seja porque a erosão se encontrava submersa, seja porque o DNIT não tinha realizado a roçada no talude, de modo que a vegetação estava elevada.³⁸³

248. A Requerente alega que apenas tomou ciência da ocorrência do processo erosivo após ação do IBAMA, realizada em maio de 2014, em fiscalização da Usina Hidroelétrica Ponte de Pedra. Ao navegar no local, a equipe do IBAMA identificou processos erosivos causados pelo fluxo hídrico do reservatório da hidrelétrica.³⁸⁴ O IBAMA notificou o DNIT, que notificou a Requerida, que, em novembro de 2014, por meio do Ofício 1797/2014/GEINV/SUINF,³⁸⁵ notificou a Requerente, para que apresentasse projeto executivo emergencial de recuperação do talude.³⁸⁶ Por meio do Ofício 214/2015,³⁸⁷ a Requerente apresentou laudo técnico que atestava não haver urgência na realização das obras, que poderiam ocorrer no período de redução do nível da água do rio. Em resposta, por meio do Ofício ANTT n.º 182/2015/GEINV/SUINF,³⁸⁸ a Requerida alegou ser obrigação da Requerente a realização das intervenções necessária à recuperação de todas as pontes do Sistema Rodoviário, nos termos do item 3.1.3 do PER.³⁸⁹

249. Posteriormente, no pleito apresentado por meio da Carta 1220/2016,³⁹⁰ a Requerente afirma ter demonstrado que a avaliação da deficiência funcional do revestimento do talude só pôde ser confirmada mediante análise do nível de altura da água no lago e com o diagnóstico de instabilidade produzido por empresa especializada, o que

³⁸¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 137, § 287.

³⁸² Alegações Iniciais da Requerente, p. 138, § 289.

³⁸³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 138, § 290.

³⁸⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 139, § 291.

³⁸⁵ Doc. C-108.

³⁸⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 139, § 292.

³⁸⁷ Doc. C-109.

³⁸⁸ Doc. C-110.

³⁸⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 140, § 293.

³⁹⁰ Doc. C-111.

reforça a impossibilidade de identificação do vício no momento da licitação e, pois, caracteriza vício oculto. Em resposta, por meio do Ofício 136/2017/GEINV/SUINF,³⁹¹ a Requerida reiterou o teor do Ofício 182/2015/GEINV/SUINF e acrescentou que a erosão é comum e não caracteriza vício oculto, pois detectável no momento da vistoria do trecho e da elaboração da proposta comercial.³⁹²

250. A Requerente afirma que, por meio do Ofício CRO 1400/2017,³⁹³ em resposta ao Ofício 136/2017/GEINV/SUINF, argumentou que eram impossíveis (i) a verificação visual da patologia, (ii) a atribuição de risco ou de caracterização da patologia, (iii) a avaliação à época da proposta e (iv) a caracterização ou avaliação sem instrumentos de medição ou de controle.³⁹⁴ Destacou, então, que o vício apenas foi constatado por meio de sondagens, levantamentos topográficos e avaliações aprofundadas, sendo inviável a realização de tal tipo de análise no curso da licitação, sem indícios de que existia problema no talude.³⁹⁵ A Requerente reapresentou o pleito no âmbito da 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária.³⁹⁶ O pleito foi negado por meio das Notas Técnicas 028/2017/GEINV/SUINF³⁹⁷ e 041/2017/GEINV/SUINF,³⁹⁸ referendadas pelo Voto DMV 092/2017,³⁹⁹ que resultou na Resolução ANTT 5.411/2017.⁴⁰⁰ A Requerida sustentou, em síntese, que (i) quando da vistoria do IBAMA, o nível da cota de água era superior a todos os níveis mensais registrados em anos anteriores, de modo que teria sido possível à Requerente identificar a erosão no talude e (ii) a atividade de restauração do talude está inserida no PER, uma vez que a ponte faz parte do Sistema Rodoviário.⁴⁰¹

251. O pleito foi novamente apresentado pela Requerente no âmbito da 3ª Revisão Ordinária e 6ª Revisão Extraordinária,⁴⁰² e foi negado, pelos mesmos fundamentos.⁴⁰³

³⁹¹ Doc. C-112.

³⁹² Alegações Iniciais da Requerente, p. 140, §§ 294-295.

³⁹³ Doc. C-113.

³⁹⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 141, § 296.

³⁹⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 141, § 297.

³⁹⁶ Doc. C-91 (Ofício 1399/2017).

³⁹⁷ Doc. C-92.

³⁹⁸ Doc. C-93.

³⁹⁹ Doc. C-94.

⁴⁰⁰ Doc. C-95. Alegações Iniciais da Requerente, p. 141, § 298.

⁴⁰¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 141, § 299.

⁴⁰² Doc. C-114 (Ofício 1879/2018) e Doc. C-115 (Ofício 1981/2018).

⁴⁰³ A Nota Técnica 003/2018/GEFIR/SUINF (Doc. C-116) deu origem ao VOTO DEB 296/2018 (Doc C-117), e à Deliberação 828/2018 (Doc. C-120). Alegações Iniciais da Requerente, p. 141-142, § 300.

252. A Requerente reitera que o momento para determinar se o vício deveria ou não ter sido percebido pelos licitantes é o da licitação e afirma que a própria Requerida o reconhece.⁴⁰⁴ Em adição, sustenta ser incorreta a informação veiculada pela Requerida de que o nível da água durante a vistoria do IBAMA foi o maior registrado. O maior nível ocorreu, na verdade, entre março e abril de 2013, quando realizadas as vistorias no âmbito da licitação.⁴⁰⁵ Além disso, o IBAMA somente foi capaz de identificar a erosão a partir de vistoria realizada com embarcação.⁴⁰⁶ Afirma, assim, que o processo erosivo apenas foi analisado adequadamente com uso de processos mais complexos do que aqueles utilizados em uma vistoria de licitação, na qual se avaliam os itens visíveis a partir da ponte.⁴⁰⁷ Por fim, sustenta que a obrigação de realizar reparos não se confunde com a alocação de riscos por vícios ocultos, que devem ser suportados pelo Poder Concedente.⁴⁰⁸

253. Com fundamento na cláusula 21.2.12 do Contrato de Concessão, a Requerente pleiteia o reequilíbrio dos custos havidos em razão da materialização de riscos alocados ao Poder Concedente, no montante de R\$ 1.901.534,01 (um milhão novecentos e um mil quinhentos e trinta e quatro reais e um centavo), em valores de maio de 2012, conforme cálculo indicado no Doc. C-118.⁴⁰⁹

Posição da Requerida

254. A Requerida sustenta que, tal como analisado no Parecer Técnico 139/2018/COINF-URRS/SUINF,⁴¹⁰ os serviços executados pela Requerente no sistema de drenagem da interconexão, que teria causado a erosão no talude das alças de retorno do de Rondonópolis, fazem parte do escopo do Contrato de Concessão. Em particular, tais serviços encontram-se previstos no item 3.1.4 do PER, que cuida dos Trabalhos Iniciais e de Recuperação da Rodovia.⁴¹¹

⁴⁰⁴ Parecer Técnico 136/2017 (Doc. C-112). Alegações Iniciais da Requerente, p. 142, § 301.

⁴⁰⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 142, § 302.

⁴⁰⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 143, § 303.

⁴⁰⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 143-144, §§ 304-305.

⁴⁰⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 144, § 307.

⁴⁰⁹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 144-145, § 308.

⁴¹⁰ Doc. C-100.

⁴¹¹ Resposta da Requerida, p. 29, §§ 95-96.

255. A Requerida igualmente sustenta que os problemas verificados no talude da cabeceira da Ponte sobre o Rio Correntes integram obrigação atribuída expressamente à Requerente pelo item 3.1.3 do PER.⁴¹²

256. Afirma, além disso, tratar-se de problema de fácil detecção, de modo a afastar-se a caracterização de vício oculto. Conforme constou da Nota Técnica 041/2017/GEINV/SUINF,⁴¹³ “o nível desse lago, quando da observação feita pelo IBAMA sobre este acidente geotécnico, em 28.05.2014, era de 395,92 m, valor superior a qualquer outro nível que tenha ocorrido após out/2013, época do Edital de Concessão da CRO, portanto, podemos afirmar que nessa época o nível do lago eram mais baixo que o de mai/2014 e não se pode dizer que as erosões em questão estavam ‘ocultas’ pela água, portanto, estas erosões não podem ser consideradas como vício oculto. Foi observado também, que no Cadastro Inicial dos Passivos Ambientais da Rodovia BR-163/MT, apresentado pela Concessionária em jun/2014, não relacionou estas erosões, apesar das mesmas serem observadas por inspeção do IBAMA, em 28.05.2014, anterior àquele Cadastro”.⁴¹⁴

Decisão do Tribunal Arbitral

257. De acordo com o Ofício 136/2017/GEINV/SUINF, de 8 de fevereiro de 2018, a Requerida define vício oculto como “aquele imperceptível a tal ponto que sequer poderia ser considerado como um risco a ser precificado pela empresa concessionária no momento da elaboração da proposta econômica”.⁴¹⁵

258. Ao tratar da erosão do talude da ponte do Rio Correntes, a Requerida acrescenta que o vício não será oculto se detectável “no momento da vistoria do trecho e elaboração da proposta comercial”.⁴¹⁶

259. À luz de tal definição, cumpre analisar a plausibilidade do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, tal como pleiteado pela Requerente.

⁴¹² Resposta da Requerida, p. 29, § 97.

⁴¹³ Doc. R1-49.

⁴¹⁴ Resposta da Requerida, pp. 29-30, §§ 98-99.

⁴¹⁵ Doc. C-112.

⁴¹⁶ Doc. C-112.

260. A começar pela falha construtiva no sistema de drenagem situado sob o solo do trevo de Rondonópolis, da qual se originou a erosão no talude do dispositivo rodoviário, constatada apenas em julho 2018,⁴¹⁷ pode-se, à partida, concluir pela caracterização de vício oculto.

261. De acordo com a definição de vício oculto apresentada pela Requerida, a falta de caixa de ligação ou de poço de visita para encontro de tubulações provenientes de dois bueiros pertencentes à rede de drenagem de Rondonópolis não era detectável no momento da vistoria para elaboração da proposta. Na realidade, o problema apenas se revelou em 2018, quatro anos após a celebração do Contrato de Concessão.

262. Em princípio, portanto, não procede o argumento veiculado pela Requerida no Ofício 724/2018/GEFIR/SUINF,⁴¹⁸ no sentido de que a Requerente não tem direito ao reequilíbrio por não ter cadastrado e monitorado as tubulações do município de Rondonópolis.

263. Nos termos do item 4.1 do PER, o Cadastro Inicial da Rodovia deveria ser entregue apenas ao final do terceiro mês da Concessão. Não se confunde, portanto, com a vistoria realizada ao tempo da licitação.

264. Desse modo, em análise preliminar, mostra-se, nesta parte, plausível o pleito de reequilíbrio.

265. Quanto à erosão sob a ponte do Rio Correntes, embora se mostre menos evidente a caracterização de vício oculto, a probabilidade do direito alegado pela Requerente não é, à partida, de se descartar. A conclusão sobre a possibilidade de detecção do vício por ocasião da vistoria para elaboração da proposta depende de análise técnica a propósito das circunstâncias presentes no momento da vistoria.

⁴¹⁷ Nos termos do Ofício CRO 2035/2018, Doc. C-99.

⁴¹⁸ Doc. C-100.

266. Embora a Requerida aponte que, em junho de 2014, a Requerente omitiu a constatação feita pelo IBAMA em maio do mesmo ano, tal fato não permite, por si só, concluir que o vício não fosse oculto por ocasião da vistoria, entre março e abril de 2013.

267. Desse modo, não é de se afastar a plausibilidade da alegação de que o processo erosivo ao longo do talude da cabeceira norte da ponte sobre o Rio Correntes, localizado no km 0 da BR-163/MT, não era perceptível no momento da vistoria para elaboração da proposta da Requerente.

268. Em análise preliminar, o Tribunal Arbitral reconhece a plausibilidade do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, nos termos de sua cláusula 21.2.12, em virtude dos alegados vícios ocultos situados (i) no sistema de drenagem sob o trevo de Rondonópolis e (ii) no talude da cabeceira norte da ponte sobre o Rio Correntes.

viii) Incorrecção da aplicação do Fator D de Área Trincada

Posição da Requerente

269. A Requerente afirma que o Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas,⁴¹⁹ em seu item 3.3, define trinca como *“uma degradação da superfície do pavimento devido ao dano acumulado produzido pela repetição de ciclos de carga e descarga, levando o pavimento a ruptura. Tal defeito permite a entrada de água, provocando o enfraquecimento da estrutura da pista de rolamento e o posterior surgimento de outras patologias como panelas. A verificação da área trincada do pavimento deve ser feita pela análise dos Relatórios de Monitoração de Pavimento, os quais serão entregues em concordância com o padrão estabelecido pela ANTT e deverão ser analisados com base nas premissas contidas no respectivo Manual de Análise”*.⁴²⁰

270. Aponta que a avaliação do parâmetro referente à área trincada consta do item 3.1.1 do PER e encontra-se numerado como indicador 6 na Tabela I do Anexo 5 do Contrato de Concessão. Esse indicador avalia o cumprimento dos limites máximos de áreas

⁴¹⁹ Doc. C-184.

⁴²⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 260, § 583.

trincadas, descontando-se 0,00144% por quilômetro que esteja em desacordo com parâmetros contratuais.⁴²¹

271. A Requerente sustenta que, durante as 1ª, 3ª e 4ª Revisões Ordinárias, a Requerida aplicou incorretamente o Desconto de Reequilíbrio do Fator D, contrariando a metodologia prevista no PER em relação ao parâmetro de desempenho de Área Trincada. Isso porque a Requerida calculou a Área Trincada em função de segmentos homogêneos e não em relação à área total da rodovia.⁴²²

272. A Requerente afirma que, em fevereiro de 2016, por meio do Ofício Circular 009/2016/GEFOR/SUINF,⁴²³ foi informada da publicação da Portaria ANTT 584/2015, que tinha por objetivo padronizar e aperfeiçoar o procedimento sancionatório no âmbito das Concessionárias de Rodovias Federais. Para esse fim, foram publicados na página eletrônica da Requerida os modelos de Relatórios de Monitoração Padrão a serem seguidos pelas concessionárias. Dentre eles, o “Relatório de Monitoração de Pavimento – Condições de Superfície”, que descreve a metodologia de avaliação para o parâmetro de desempenho da Área Trincada, previsto no item 3.1.1 do PER.⁴²⁴

273. Afirma que, no âmbito da 2ª Revisão Ordinária, encaminhou à COINF-URRS os Relatórios de Monitoração por meio do Ofício 919/2016.⁴²⁵ Em resposta, a COINF-URRS elaborou o Parecer Técnico 093/2016/COINF-URRS/SUINF,⁴²⁶ que apurou o Desconto de Reequilíbrio referente à Área Trincada. A COINF-URRS entendeu que havia 144 segmentos com área trincada superior a 20%, a implicar desconto de 0,20736% sobre o valor da tarifa.⁴²⁷ Posteriormente, a COINF-URRS solicitou que, a partir da monitoração do 24º mês, os dados de área trincada fossem apresentados de outra forma.⁴²⁸ Na monitoração seguinte, a Requerente afirma ter apresentado os dados da forma solicitada. Os dados foram analisados no âmbito da 3ª Revisão Ordinária.⁴²⁹ O Desconto

⁴²¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 260, § 584.

⁴²² Alegações Iniciais da Requerente, p. 261, § 585.

⁴²³ Doc. C-185.

⁴²⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 261, § 586.

⁴²⁵ Doc. C-186.

⁴²⁶ Doc. C-187.

⁴²⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 262, § 588.

⁴²⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 262-263, § 589, Doc C-188 (Ofício 227/2016/COINF-URRS/SUINF).

⁴²⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 263, § 590, Doc C-189 (Parecer Técnico n.º 078/2017/COINF-URRS/SUINF) e Doc C-190 (Parecer Técnico n.º 261/2017/GEFOR/SUINF).

de Reequilíbrio, no entanto, não foi apurado conforme previsto no Contrato de Concessão. A Requerida concluiu haver percentual de área trincada superior ao contratualmente previsto em cada segmento homogêneo de 1 km, e não sobre a área total da rodovia.⁴³⁰

274. A Requerente afirma ter sustentado que a metodologia adotada pela Requerida na 3ª Revisão Ordinária contrariava a metodologia aplicada pela própria COINF-URRS, compatível com o Contrato de Concessão, com o PER, com a Norma DNIT 007/2003-PRO e com os esclarecimentos ao Edital apresentados pela Requerida às licitantes.⁴³¹

275. Afirma que, apenas em 28 de dezembro de 2017, a GEFOR reconheceu que a metodologia para verificar o cumprimento do parâmetro de desempenho relativamente à Área Trincada foi equivocada e que difere daquela normalmente utilizada nas demais concessões.⁴³² A Requerida optou, então, por não aplicar o Desconto de Reequilíbrio até que se pacificasse a metodologia de cálculo. A Requerente sustenta, todavia, que o prejuízo já havia ocorrido nas Revisões Ordinárias anteriores e que voltaria a ocorrer na 4ª Revisão Ordinária.⁴³³

276. A Requerente argumenta que, caso o PER buscasse estabelecer área máxima de trinca em relação a segmentos homogêneos, deveria tê-lo feito expressamente, tal como o fez a propósito das obras de fluidez e conforto, em seu item 3.2.3.2.⁴³⁴ Afirma, ainda, que na ata de respostas aos pedidos de esclarecimentos do Edital, a Requerida informou que “para o 24º mês, o parâmetro de trincamento máximo é 20% para 60% da rodovia e 15% para os outros 40% da rodovia”. Ela própria reconhecia, portanto, que a avaliação do parâmetro de trincamento se daria sobre a área da rodovia, e não sobre segmentos homogêneos.⁴³⁵

277. Aponta que, de acordo com o item 11.2.5 do Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas, apesar de os ensaios serem feitos em segmentos homogêneos de

⁴³⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 263-264, § 591.

⁴³¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 264, § 592. Doc. C-191 (Ofício CRO 1.611/2017).

⁴³² Alegações Iniciais da Requerente, p. 264, § 593. Nesse sentido, o Parecer Técnico 357/2017/GEFOR/SUINF (Doc. C-193).

⁴³³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 264-265, § 594.

⁴³⁴ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 265-266, §597.

⁴³⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 266, § 598.

1 quilômetro, o parâmetro será verificado em relação à área total da rodovia, ponderando-se a área trincada de cada segmento e sua extensão.⁴³⁶ Sustenta, assim, que a Requerida se confundiu ao aplicar a metodologia para cálculo de áreas trincadas. Isso porque, embora o item 4.2.1 do PER disponha que, para os Relatórios de Monitoração do Pavimento, serão definidos segmentos homogêneos de, no máximo, 1 km, tanto o Manual de Fiscalização quanto o próprio PER estabelecem que o parâmetro deverá ser verificado em relação à área total da rodovia.⁴³⁷

278. A Requerente afirma que, aplicada a metodologia correta à 1ª Revisão Ordinária, não descumpriu os Parâmetros de Desempenho referentes às Áreas Trincadas, de modo que não deveria ter incidido o Desconto de Reequilíbrio do Fator D.⁴³⁸ Quanto à 3ª Revisão Ordinária, sustenta que o desconto a ser considerado no Fator D não é de 115,1 km, como aplicado pela Requerida, mas de 2 km.⁴³⁹

279. Na Arbitragem, a Requerente pleiteia o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão no montante de R\$ 1.267.753,37 (um milhão duzentos e sessenta e sete mil setecentos e cinquenta e três reais e trinta e sete centavos), em valores de maio de 2012, conforme memória de cálculo constante do Doc. C-194.⁴⁴⁰

Posição da Requerida

280. A Requerida aponta que os parâmetros de desempenho relativos a áreas trincadas da rodovia encontram-se previstos no item 3.1.1 do PER. Observa que, após os trabalhos iniciais, a rodovia poderia ter apenas 20% de área trincada. Para os 24º, 36º e 48º meses, todavia, o PER divide a rodovia em duas partes, com parâmetros técnicos distintos. Assim, após 24 meses, o parâmetro exige que 60% da rodovia tenha no máximo 20% de área trincada e, nos demais 40% da rodovia, 15% de área trincada. De acordo com a Requerida, surge então a dificuldade de determinar onde cada seguimento homogêneo de rodovia se enquadraria.⁴⁴¹

⁴³⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 266, § 599.

⁴³⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 267, § 600.

⁴³⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 269-270, §§ 612.

⁴³⁹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 270-271, §§ 613-614.

⁴⁴⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 271, § 615.

⁴⁴¹ Resposta da Requerida, pp. 74-75, §§ 235-238.

281. A Requerida toma como exemplo um quilômetro de rodovia com 19% de área trincada. Se esse trecho for classificado entre os 40% de rodovia cuja área trincada máxima admitida é de 15%, seria reprovado. Mas se for classificado entre os 60% que admitem até 20% de área trincada, seria aprovado. Por essa razão, a Requerida afirma que a metodologia mais adequada para dar cumprimento a essa peculiaridade do item 3.1.1 do PER foi a de selecionar cada quilômetro da rodovia de forma isolada e classificá-los em ordem crescente de área trincada. Desse modo, a média da área trincada dos 40% iniciais seria avaliada segundo o critério mais rigoroso, ao passo que a média dos demais 60%, segundo o critério menos rigoroso.⁴⁴² Tal entendimento está expresso no item 11.2.5 do Manual de Fiscalização de Rodovias.⁴⁴³

282. A Requerida afirma, assim, que os parâmetros são verificados em relação à área total da Rodovia e que a Requerente está equivocada. Na realidade, a metodologia adotada é a menos prejudicial à Requerente. Observa que não é possível calcular o total da área trincada e, depois, verificar quanto essa área representa da área total da Rodovia. Para que a área total da Rodovia seja tomada em consideração, é necessário, antes, analisar trechos homogêneos de 1 km, tal como prevê o item 4.2.1 do PER.⁴⁴⁴

Decisão do Tribunal Arbitral

283. A trinca, nos termos do Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas, é *“uma degradação da superfície do pavimento devido ao dano acumulado produzido pela repetição de ciclos de carga e descarga, levando o pavimento a ruptura. Tal defeito permite a entrada de água, provocando o enfraquecimento da estrutura da pista de rolamento e o posterior surgimentos de outras patologias”*.⁴⁴⁵

284. Ainda de acordo com o Manual, *“a verificação de área trincada do pavimento deve ser feita pela análise dos Relatórios de Monitoração de Pavimento, os quais serão entregues em concordância com o padrão estabelecido pela ANTT e deverão ser analisados com base nas premissas contidas no respectivo Manual de Análise”*.⁴⁴⁶

⁴⁴² Resposta da Requerida, pp. 75-76, §§ 239-245.

⁴⁴³ Doc. R1-71. Resposta da Requerida, pp. 76-77, § 246.

⁴⁴⁴ Resposta da Requerida, p. 77, §§ 247-248.

⁴⁴⁵ Doc. C-184, p. 16.

⁴⁴⁶ Doc. C-184, p. 16.

285. Tal como em sua Resposta às Alegações Iniciais, a Requerida, no Parecer Técnico 357/2017/GEFOR/SUINF, sustentou que, “conforme consta no Manual de Fiscalização, a análise dos valores de Percentual de Área Trincada (% TR) deverá ser feita conforme previsto no respectivo padrão de Relatório de Monitoração, sendo verificado em relação à área total da rodovia ponderando-se a área trincada de cada segmento e sua extensão. Para efeito de atendimento aos parâmetros de desempenho de TR aos contratos de concessão, a GEFOR tem usado o entendimento de considerar o percentual exigido em cada contrato em relação à área total da rodovia”.⁴⁴⁷

286. No mesmo documentos, entretanto, a Requerida reconheceu que, “no caso de aferição do Fator D da CRO, foi considerada metodologia diferente, verificando o percentual executado em cada segmento homogêneo de 1 km, somando a quantidade de segmentos homogêneos em inconformidade, o que difere da metodologia aplicada pela GEFOR para atendimento do parâmetro de desempenho”.⁴⁴⁸

287. Ao elencar os parâmetros de desempenho do pavimento, o item 3.1.1 do PER de fato aponta os percentuais de área trincada máxima em relação à área total da rodovia.⁴⁴⁹ Por sua vez, o item 4.2.1 do PER prevê que “para os Relatórios de Monitoração de Pavimento deverão ser definidos segmentos homogêneos de, no máximo, 1 (um) km”. Na sequência, dispõe que “o levantamento da área trincada seja realizado de acordo com a norma técnica DNIT 007/2003-PRO”.⁴⁵⁰ A norma técnica DNIT 007/2003-PRO trata de “áreas levantadas dentro de cada superfície de avaliação”.

288. A definição de segmentos homogêneos de um quilômetro para análise da área trincada, tal como previsto no item 4.2.1 do PER, não é incompatível com a previsão do item 3.1.1, que é clara em relacionar os percentuais máximos de área trincada à área total da rodovia. Como observa a Requerida, o percentual relativo à área total pode ser obtido mediante a ponderação do percentual apurado em cada segmento de um quilômetro.

289. Desse modo, diante da previsão do item 3.1.1 do PER e do reconhecimento da Requerida, no Parecer Técnico 357/2017/GEFOR/SUINF, quanto à inadequação da

⁴⁴⁷ Doc. C-193.

⁴⁴⁸ Doc. C-193.

⁴⁴⁹ Doc. C-33, p. 11.

⁴⁵⁰ Doc. C-33, p. 93.

metodologia por ela empregada, em análise preliminar, deve-se reconhecer a plausibilidade do direito ao reequilíbrio alegado pela Requerente.

I.2. Pleitos em que não restou evidenciado o *fumus boni iuris*

290. A propósito dos pleitos analisados abaixo, o Tribunal Arbitral entende que a Requerente ainda não se desincumbiu do ônus de demonstrar a plausibilidade do direito alegado. Disso não decorre que a Requerente não logrará fazê-lo ao longo do Procedimento Arbitral.

291. A presente análise do *fumus boni iuris* não prejudicará o posterior julgamento dos cinco pedidos abaixo por ocasião da prolação da sentença arbitral que, à altura, poderá reconhecer sua procedência, no todo ou em parte, ou julgá-los improcedentes, à luz das provas e dos argumentos que serão apresentados ao longo do presente procedimento.

292. Somados, os valores dos cinco pleitos abaixo perfazem R\$ 507.674.174,24 (quinhentos e sete milhões seiscientos e setenta e quatro mil cento e setenta e quatro reais e vinte e quatro centavos). A análise terá início pelos pleitos aos quais a Requerente atribuiu valor mais elevado.

i) Alteração das condições de financiamento

Posição da Requerente

293. A Requerente afirma que a proteção das partes de um contrato contra eventos extraordinários, imprevisíveis e incalculáveis, que modifiquem substancialmente as condições iniciais da contratação, tem lugar tanto no direito privado, quanto no direito público. A propósito do direito público, sustenta que o art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/1993 é aplicável de maneira subsidiária aos contratos de concessão de serviços públicos.⁴⁵¹

294. Argumenta, a esse respeito, que a cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão é expressa em alocar ao Poder Concedente os riscos de caso fortuito ou força maior, relacionados à álea extraordinária.⁴⁵² Sustenta, assim, que o Contrato de Concessão

⁴⁵¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 197-198, § 442.

⁴⁵² Alegações Iniciais da Requerente, p. 198, § 443.

reconhece que há um conjunto de fatos extraordinários, fora das condições contratuais, cujos impactos devem ser suportados pela Requerida.⁴⁵³

295. De acordo com a Requerente, integram a álea extraordinária todos aqueles eventos que não eram razoavelmente previsíveis de acordo com as circunstâncias iniciais da contratação, ou, ainda que previsíveis, cujos efeitos não podiam ser estimados na época da contratação. São, em suma, eventos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis *ex ante*, que fogem às circunstâncias ordinárias do mercado e que acabam por onerar excessivamente uma das partes contratuais.⁴⁵⁴

296. A Requerente argumenta que a alocação contratual e legal dos riscos ligados à ocorrência de eventos extraordinários ao Poder Concedente se sobrepõe à alocação contratual de riscos ordinários à Concessionária.⁴⁵⁵ Sustenta, assim, que, dentro das flutuações cambiais esperadas, da variação ordinária do valor de insumos e materiais, de flutuação de demanda ou de um cenário de normalidade no mercado de crédito, o risco é da Concessionária. Diante, porém, de evento imprevisível, em si ou em suas consequências, o Poder Concedente tem o dever de reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão.

297. Do contrário, de nada valeria a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro prevista na lei e no Contrato de Concessão, se, mesmo diante de evento extraordinário, o Poder Concedente pudesse alegar a imputação de risco ordinário à Concessionária.⁴⁵⁶ Nesse sentido, a Requerente defende que, para interpretação do Contrato de Concessão de modo harmônico e sistemático com a legislação, é preciso compatibilizar os riscos ordinários e extraordinários.⁴⁵⁷ A propósito do tema, faz referência à doutrina,⁴⁵⁸ bem como a julgados do STJ⁴⁵⁹ e da justiça federal.⁴⁶⁰ Afirma que também o TCU já

⁴⁵³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 198-199, § 444.

⁴⁵⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 200, § 448.

⁴⁵⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 200-201, § 449.

⁴⁵⁶ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 200-201, §§ 449-451.

⁴⁵⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 202, § 453.

⁴⁵⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 202-203, § 454.

⁴⁵⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 203, § 455.

⁴⁶⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 203-204, § 456.

reconheceu a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro por conta da ocorrência de fatos extraordinários e incalculáveis.⁴⁶¹

298. A Requerente acrescenta que a própria Requerida reconhece tal direito na Resolução 675/2004, relativa aos procedimentos de revisão tarifária nas concessões rodoviárias. De acordo com a Requerente, o art. 2º da Resolução 675/2004 determina que, nas revisões extraordinárias, devem ser consideradas as repercussões decorrentes de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito, fato da administração, alteração unilateral do contrato ou fato do príncipe, que alterem os encargos da concessionária.⁴⁶²

299. Especificamente quanto às condições de financiamento, a Requerente afirma que, em 4 de setembro de 2013, foi divulgada pelo Poder Concedente a Carta de Apoio dos Bancos Públicos,⁴⁶³ que, segundo alega, serviu de base para que os proponentes da 3ª Etapa PROCOFE formulassem suas propostas econômicas. Assinada pelo BNDES, pela Caixa Econômica Federal e pelo Banco do Brasil e endereçada ao Diretor Geral da Requerida, a Carta de Apoio dos Bancos Públicos apresentou condições específicas para financiamento das concessões da 3ª Etapa PROCOFE.⁴⁶⁴

300. A Requerente sustenta que, em razão de sua essencialidade na modelagem da licitação e na estrutura de capital da Concessão, tais premissas de financiamento correspondem a verdadeiras condições do Contrato de Concessão, tal como prevê o art. 10 da Lei n.º 8.987/1995, e que seu desatendimento evidencia desequilíbrio econômico-financeiro.⁴⁶⁵ Afirma que, por essa razão, essas condições foram amplamente difundidas pelo Poder Concedente, com o objetivo de atrair interessados para o processo licitatório dos trechos de rodovias federais a serem concedidos na 3ª Etapa PROCOFE. Alega que tais condições eram extremamente subsidiadas, inclusive se comparadas às condições oferecidas pelo próprio BNDES à época.⁴⁶⁶ O objetivo era viabilizar a concessão de longos trechos de rodovia, com tarifas de pedágio em valores baixos e expansão

⁴⁶¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 204, § 257.

⁴⁶² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 205-206, § 459.

⁴⁶³ Doc. C-7.

⁴⁶⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 207, § 462.

⁴⁶⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 207, § 463.

⁴⁶⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 207, § 464.

substancial de capacidade por meio do cumprimento de metas ambiciosas de duplicação dessas rodovias.⁴⁶⁷

301. A Requerente argumenta que as premissas de investimento e receitas tarifárias impostas na modelagem das concessões indicavam sua inviabilidade, caso não houvesse aporte de verbas nos concessionários. Além da arrecadação tarifária, seriam necessários pagamentos públicos. Tais projetos deveriam, portanto, ter sido modelados como PPPs. De acordo com a Requerente, o Governo Federal optou, porém, por transformar os pagamentos públicos em montante de capital financiado a condições extremamente subsidiadas pelos Bancos Públicos. As condições de financiamento prometidas para a 3ª Etapa PROCOFE visavam, assim, a subsidiar política pública do Governo Federal de manutenção de tarifas baixas e concomitante expansão da infraestrutura rodoviária. A Requerente sustenta que, por essa razão, tais condições foram diretamente consideradas no EVTE⁴⁶⁸ que fundamentou o Edital, de maneira que o valor da TBP prevista no Edital foi obtido por meio do modelo econômico-financeiro constante do EVTE, que, em seu item 4.3 do Volume 4, Tomo I na Tabela 4, considerou a Carta de Apoio dos Bancos Públicos.⁴⁶⁹

302. A Requerente sustenta que tais condições são essenciais porque, caso não consideradas na licitação, os proponentes teriam de adotar premissas irreais em suas propostas econômicas, o que faria com que a tarifa de pedágio teto estimada pelo Poder Concedente fosse maior que o valor que constou do Edital. Argumenta que, nesse caso, a licitação seria inviabilizada, pois, se os licitantes adotassem outra estrutura de capital que não aquela fundada nas premissas de financiamento subsidiado indicadas no EVTE, as tarifas módicas pretendidas pela Requerida jamais seriam atingidas.⁴⁷⁰ Afirma, assim, que, se consideradas as condições de financiamento apresentadas pelo BNDES em projetos similares anteriores à Carta de Apoio dos Bancos Públicos, a tarifa-teto seria 19,3% superior àquela estabelecida no EVTE. Se tomada a remuneração de debêntures

⁴⁶⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 209, § 465.

⁴⁶⁸ Doc. C-31.

⁴⁶⁹ Doc. C-31. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 209-211, §§ 466-467; Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, pp. 5-7, §§ 9-18.

⁴⁷⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 211, § 468; Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 23, §§ 70-71.

relacionados à infraestrutura, a tarifa-teto deveria ser 36,9% superior, conforme consta do relatório elaborado pela Consultoria Tendências.⁴⁷¹

303. A Requerente sustenta que a essencialidade de tais condições para a 3ª Etapa PROCOFE foi reconhecida pela própria Requerida no documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões,⁴⁷² bem como na exposição de motivos da MP 800/2017.⁴⁷³ Em sua manifestação de 18 de dezembro de 2019, afirma, igualmente, que o desequilíbrio é reconhecido na exposição de motivos da MP 752/2016, posteriormente convertida na Lei n.º 13.448/2017, que disciplina a devolução amigável das concessões, bem como no Memorando 876/2018/SUINF, veiculado por meio do Ofício Circular ANTT n.º 001/2018/DG/ANTT.⁴⁷⁴

304. A fim de reforçar que as condições oferecidas pela Carta de Apoio dos Bancos Públicos eram impraticáveis no setor privado, a Requerente apresenta notícia do jornal Valor Econômico, datada de 9 de junho de 2014, segundo a qual os bancos privados dificultaram a concessão de crédito a rodovias privatizadas. Isso porque o BNDES prometia financiar até 70% dos recursos necessários, a um custo anual de TJLP mais 2%, mas os bancos comerciais se recusavam a conceder financiamento por essa taxa.⁴⁷⁵ No dia seguinte, 10 de junho de 2014, em entrevista ao mesmo jornal, o Ministro dos Transportes assegurou que, caso as instituições privadas se recusassem a adotar as taxas prometidas, os bancos públicos cumpririam esse papel.⁴⁷⁶ A Requerente aponta que, na mesma data, o Secretário Executivo do Ministério da Fazenda afirmou que a Carta de Apoio dos Bancos Públicos garantia que as regras não iriam mudar.⁴⁷⁷

305. A Requerente afirma que sua controladora manteve diversas reuniões com os Bancos Públicos, com a finalidade de se certificar de que poderia considerar, na formulação de sua proposta, as condições presentes na Carta de Apoio aos Bancos Públicos.⁴⁷⁸ Após a assinatura do Contrato de Concessão, entretanto, adveio a mais profunda crise econômica da história recente do Brasil. Entre a celebração do Contrato

⁴⁷¹ Doc. C-32. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 211-212, § 469.

⁴⁷² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 271-272, § 471.

⁴⁷³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 213, § 472.

⁴⁷⁴ Doc. C-9. Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, pp. 10-15, §§ 31-45.

⁴⁷⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 213-214, § 473.

⁴⁷⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 214, § 475.

⁴⁷⁷ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 214-215, § 477.

⁴⁷⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 215-216, § 480.

de Concessão, em 13 de março de 2014, e o cumprimento de todas as condições precedentes para a obtenção do financiamento, algumas circunstâncias do contexto econômico e político nacional foram significativamente alteradas.⁴⁷⁹ Dentre tais circunstâncias, a Requerente aponta o rebaixamento da nota da dívida de longo prazo em moeda estrangeira pelas agências internacionais de classificação de risco, a queda de 3,55% do PIB em 2015 e de 3,31% em 2016, as variações súbitas da TJLP e do IPCA.⁴⁸⁰

306. Em particular, sustenta que a conjunção de fatores extraordinários, como o esfacelamento do cenário macroeconômico, evidenciado pelo aumento da SELIC, a inflação crescente, o aumento dos preços administrados absorvidos e não reequilibrados, a obrigação de investimentos concentrados nos primeiros anos de implantação da infraestrutura rodoviária, e a impossibilidade de se repassar sobrecustos ao mercado culminaram em condição extraordinária, imprevisível e inevitável.⁴⁸¹

307. A Requerente argumenta que a situação foi agravada pelo contingenciamento fiscal adotado pelo Governo Federal, que, de imediato, reduziu a capacidade de investimento público e, por consequência, o investimento privado induzido. Afirma que, no BNDES, o impacto do contingenciamento foi ainda mais relevante. Isso porque, nos anos anteriores à Concessão, o Tesouro Nacional aportava dinheiro no BNDES, mas, a partir de 2015, o fluxo de recursos se inverteu e o Tesouro passou a promover retiradas de recursos do BNDES.⁴⁸²

308. Em adição, a Requerente alega que o Poder Concedente não viabilizou a concessão de garantia para mitigação de riscos não-gerenciáveis mediante o uso do FGIE, administrado pela ABGF, conforme previsto na Carta de Apoio dos Bancos Públicos como premissa para a viabilização da limitação dos valores de Contrato de Suporte de Acionista a 20% do volume total dos investimentos obrigatórios, além do volume total de capital próprio previsto.⁴⁸³

⁴⁷⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 216, § 481.

⁴⁸⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 216-217, §§ 482-483.

⁴⁸¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 217-218, § 484.

⁴⁸² Alegações Iniciais da Requerente, p. 218, §§ 485-486.

⁴⁸³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 219, § 487.

309. Em 2015, portanto, o Poder Concedente promoveu uma mudança radical na política pública de financiamento de projetos de infraestrutura. De acordo com a Requerente, tal mudança acarretou a quebra das condições essenciais do Contrato de Concessão e, por consequência, de seu equilíbrio econômico-financeiro.⁴⁸⁴

310. A Requerente reitera que o impacto da deterioração do mercado de crédito, como efeito da crise, no setor de rodovias, é apontado pela própria Requerida no documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões.⁴⁸⁵ No mesmo sentido, a exposição de motivos da MP 800/2017 reconhece o impacto da crise no financiamento de tais contratos. A Requerente acrescenta que o fato de a exposição de motivos não possuir caráter normativo não invalida o reconhecimento expresso dado pelo Chefe do Poder Executivo Federal.⁴⁸⁶ Afirma que as conclusões sobre o fechamento do mercado de crédito ao setor de infraestrutura como sintoma extraordinário da crise econômica são corroboradas também pelos dados da Pesquisa de Condições de Crédito do Banco Central do Brasil.⁴⁸⁷ A Requerente sustenta que suas tentativas de obter financiamento junto aos Bancos Públicos foram, assim, frustradas pelo cenário de crise, elemento imprevisível, inevitável e externo à Concessão.⁴⁸⁸

311. De acordo com a Requerente, em 15 de janeiro de 2014, antes da assinatura do Contrato de Concessão, sua acionista controladora, por confiar nas condições de financiamento divulgadas pelo Poder Concedente e pela Requerida, apresentou ao BNDES Carta Consulta do projeto.⁴⁸⁹ A Carta Consulta foi enquadrada na modalidade *project finance* em 1º de abril de 2014, com valor total de financiamento de cerca de R\$ 2,215 bilhões. Em 28 de abril de 2014, a acionista da Requerente apresentou ao BNDES o Relatório de Projeto,⁴⁹⁰ contendo todos os elementos necessários à sua análise.⁴⁹¹

⁴⁸⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 219, § 488.

⁴⁸⁵ Doc. C-32. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 219-220, § 489.

⁴⁸⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 220, § 490.

⁴⁸⁷ Doc. C-155. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 220-221, § 491.

⁴⁸⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 221, § 492.

⁴⁸⁹ Doc. C-157.

⁴⁹⁰ Doc. C-158.

⁴⁹¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 221, § 492.

312. A Requerente sustenta que, apesar de ter cumprido todas as condições,⁴⁹² nenhum dos Bancos Públicos concedeu o financiamento necessário para a execução do Contrato de Concessão nas condições ofertadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Ao contrário, afirma que o BNDES passou a exigir outras condições para a assinatura do financiamento, diversas daquelas inicialmente anunciadas, de modo a dificultar a celebração do contrato de financiamento.⁴⁹³

313. Alega que, em fevereiro de 2016, após quase 25 meses de negociação contados da apresentação da Carta Consulta, foi impelida a aceitar condições de contratação de financiamento de longo prazo muito diferentes daquelas previstas Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Desse modo, em 17 de fevereiro de 2016, protocolou⁴⁹⁴ junto ao BNDES, à Caixa Econômica Federal e ao Banco do Brasil documento que veiculava a aceitação das condições refletidas nas minutas do contrato de financiamento. Apesar disso, afirma que os Bancos Públicos se recusaram a celebrar o contrato de financiamento de longo prazo, tal como se deu com outras concessões da 3ª Etapa PROCOFE.⁴⁹⁵

314. A Requerente afirma que teve de buscar outros meios de financiamento e aportar capital próprio na Concessão. Sustenta que, até 30 de setembro de 2019, investiu mais de R\$ 1,8 bilhões na Concessão. Do total de R\$ 1.840.101.291,98, sua principal acionista foi responsável por R\$ 787.439.988,31, dos quais R\$ 423.881.988,31 são referentes a mútuo e R\$ 363.558.000,00 a aumento de capital.⁴⁹⁶

315. Além dos impactos financeiros narrados no Relatório da consultoria Tendências,⁴⁹⁷ a Requerente argumenta que também sofreu os efeitos decorrentes da indisponibilidade dos recursos essenciais à execução das obras das Frentes de Ampliação de Capacidade e de Recuperação e Manutenção da rodovia, conforme o perfil e os ciclos de investimento Concessão, cuja explicação do cálculo se encontra no doc. C-167.⁴⁹⁸

⁴⁹² Docs. C-159, C-160, C-161, C-162. Alegações Iniciais da Requerente, p. 222, §§ 493 e 494.

⁴⁹³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 222, § 495.

⁴⁹⁴ Doc. C-183.

⁴⁹⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 222-223, § 496.

⁴⁹⁶ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 223-224, § 497.

⁴⁹⁷ Doc. C-32.

⁴⁹⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 224, §§ 498-500.

316. Alega que, como narrado no Ofício CRO 962/2016,⁴⁹⁹ por terem seus esforços financeiros chegado ao fim em decorrência do acúmulo de desequilíbrios, tornou-se impraticável a execução dos investimentos que originalmente lhe competiam. A esse respeito, sustenta que a incapacidade de atender os índices de desempenho desencadeou contínua pretensão punitiva por parte da Requerida, com a aplicação indevida de penalidades. De acordo com a Requerente, tais penalidades são indevidas porque a causa da inexecução é evento de desequilíbrio cuja verificação é risco alocado ao Poder Concedente.⁵⁰⁰

317. Sustenta, ainda, que, dados o acúmulo de desequilíbrios e a elevação dos parâmetros de desempenho, quando houver retomada dos investimentos na Concessão, os investimentos necessários para retomar os parâmetros de desempenho atualmente aplicáveis serão maiores do que os projetados, caso as atividades de duplicação, recuperação e manutenção tivessem seguido o cronograma original.⁵⁰¹

318. De acordo com a Requerente, os graves eventos ligados à crise econômica resultaram na quebra da base objetiva da Concessão.⁵⁰² Argumenta que, nos termos do art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/1993, a crise econômica, as mudanças de política pública do Poder Concedente para o setor de infraestrutura e a impossibilidade de obtenção do financiamento prometido pelos Bancos Públicos materializam eventos extraordinários e imprevistos, relacionados à álea extraordinária. Por se tratar de risco atribuído ao Poder Concedente, nos termos da cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão, afirma ser devido o reequilíbrio da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, de modo a preservar as condições contratuais e neutralizar os efeitos desses eventos.⁵⁰³

319. A Requerente alega que, quando pleiteado o reequilíbrio,⁵⁰⁴ a Requerida recusou tanto a caracterização de caso fortuito e força maior, quanto a alocação de riscos extraordinários no Contrato de Concessão e a aplicabilidade da teoria da imprevisão.⁵⁰⁵

⁴⁹⁹ Doc. C-45.

⁵⁰⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 225, §§ 501-502.

⁵⁰¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 224-225, § 503.

⁵⁰² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 226-227, § 505.

⁵⁰³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 227-228, § 506; Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, pp. 23-24, §§ 72-74.

⁵⁰⁴ Doc. C-91 (Carta Ofício CRO 1.399/2017, de 4 de maio de 2017).

⁵⁰⁵ Nesse sentido são as Notas Técnicas 46/2017/GEROR/SUINF (Doc. C-164) e 166/2017/GEROR/SUINF (Doc. C-165)

O pleito também foi objeto de análise no Parecer 00783/2017/PF-ANTT/PGF/AGU⁵⁰⁶ e, por ocasião da 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, da Resolução 5.411/2017,⁵⁰⁷ por meio da qual a Requerida o negou em definitivo.⁵⁰⁸

320. Segundo afirma a Requerente, o fundamento invocado pela Requerida para negar o pleito de reequilíbrio é a cláusula 26.1 do Contrato de Concessão, estipulação que aloca à concessionária o risco de obtenção do financiamento. A Requerente sustenta que a posição da Requerida não resiste a interpretação sistemática do Contrato de Concessão e harmônica com a legislação. Isso porque, uma vez que a mudança nas condições de financiamento se caracterizam como fato inserido no âmbito da álea econômica extraordinária, sua repercussão não pode ser ignorada com base na alocação de riscos ordinários.⁵⁰⁹ De acordo com a Requerente, apenas em circunstâncias ordinárias o risco da obtenção do financiamento deveria ser suportado pela Concessionária. Em situação excepcional, incidem a cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão e o art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/1993.⁵¹⁰ Reitera que tal excepcionalidade é reconhecida pelo Poder Concedente na exposição de motivos da MP 800/2017, bem como no documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais.⁵¹¹

321. Com fundamento na cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão, a Requerente pleiteia reequilíbrio econômico-financeiro no montante de R\$ 396.895.000,00 (trezentos e noventa e seis milhões oitocentos e noventa e cinco mil reais), em valores de maio de 2012, conforme cálculo descrito no Doc. C-167.⁵¹²

Posição da Requerida

322. A Requerida sustenta que, nos termos das cláusulas 21.1.1 e 26.1 do Contrato de Concessão, a matriz de riscos contratual aloca ao concessionário tanto os riscos referentes à demanda do serviço delegado, o que torna irrelevante o argumento de crise, quanto os

⁵⁰⁶ Doc. C-166.

⁵⁰⁷ Doc. C-95.

⁵⁰⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 228, § 508.

⁵⁰⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 229, § 509.

⁵¹⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 229, § 510.

⁵¹¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 229-232, §§ 511-515.

⁵¹² Alegações Iniciais da Requerente, p. 232, § 516.

riscos relativos ao financiamento do projeto.⁵¹³ Alega, ainda, que a alocação ao concessionário dos riscos relacionados à demanda e obtenção de financiamento corresponde às práticas internacionais do setor de infraestrutura.⁵¹⁴ Dada sua definição prévia à celebração do Contrato de Concessão, tais riscos foram, ou deveriam ter sido precificados pela Requerente.⁵¹⁵

323. A propósito da alegada frustração de demanda, a Requerida acrescenta que a existência de crises econômicas periódicas não pode ser encarada como circunstância extraordinária na econômica contemporânea. Na realidade, as crises econômicas são cíclicas e esperadas, sobretudo se consideradas sob a perspectiva de longo prazo do Contrato de Concessão.⁵¹⁶

324. A Requerida sustenta, igualmente, que a crise econômica não pode ser qualificada como fato do príncipe ou fato da administração, seja porque não se origina de conduta do Poder Concedente, seja porque não se pode identificar qualquer ação específica do Poder Concedente com efeitos diretos nas atividades da concessionária.⁵¹⁷

325. A Requerida afirma que nem a exposição de motivos da Medida Provisória n.º 800, de 2017, nem o Estudo Diagnóstico, reconhecem a materialização de evento alheio aos riscos alocados à Concessionária.⁵¹⁸ A Requerida argumenta que tais documentos afirmam, genericamente, a existência de crise com possíveis impactos no volume de tráfego. Não há, porém, menção a redução de tráfego na Rodovia BR-163/MT. Ainda que houvesse tal menção, alega que semelhantes manifestações de agentes públicos não prevalecem sobre a disposição contratual que aloca o risco de tráfego à Concessionária.⁵¹⁹

326. Em particular, sustenta que o Estudo Diagnóstico é apócrifo, isto é, não foi assinado pelos técnicos da ANTT, tampouco foi submetido à deliberação da Diretoria-

⁵¹³ Resposta da Requerida, p. 40, § 129. Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, pp. 16, §§ 44-45, pp. 43-49, §§ 108-121.

⁵¹⁴ Resposta da Requerida, pp. 40-41, §§ 130-132.

⁵¹⁵ Resposta da Requerida, p. 42, § 136.

⁵¹⁶ Resposta da Requerida, p. 43-44, § 141-143.

⁵¹⁷ Resposta da Requerida, p. 44, §§ 144-145.

⁵¹⁸ Resposta da Requerida, p. 45, § 149-150.

⁵¹⁹ Resposta da Requerida, p. 45, § 151.

colegiada.⁵²⁰ Afirma, além disso, que a motivação para edição de atos gerais e abstratos não pode ser invocada como reconhecimento de um direito da Requerente ao reequilíbrio. Observa, ainda, que a declaração do Ministro de Estado, em exposição de motivos, não vincula a Requerida, tampouco as Medidas Provisórias 752/2016 e 800/2017 garantiram qualquer direito aos parceiros privados como decorrência do cenário econômico.⁵²¹

327. A Requerida reforça que o risco de obtenção de financiamento é da Requerente, que, inclusive, poderia optar por executar suas obrigações com capital próprio.⁵²²

328. Em adição, sustenta nunca ter havido qualquer pré-contrato, contrato ou ato unilateral obrigacional envolvendo o BNDES e as concessionárias. Em particular, a chamada Carta de Apoio dos Bancos Públicos não é promessa incondicional de concessão de crédito e jamais poderia sê-lo, tendo em vista a legalidade administrativa. Trata-se de declaração inicial de intenções. Seu caráter preliminar e condicional é evidenciado por seu próprio conteúdo. Não há que se falar em conduta administrativa que constitua uma situação jurídica individualizada, em cuja permanência o particular possa confiar, de modo a caracterizar expectativa legítima. O mesmo se pode dizer a respeito de declarações de Ministros e agentes políticos quanto ao apoio a ser dado ao setor rodoviário.⁵²³

329. Argumenta que, se a Carta de Apoio conferisse direito à Requerente, ela se voltaria contra o BNDES e não contra a Requerida. Aponta que outra concessionária, a CONCEBRA, tentou sustentar a tese de vinculação do BNDES à Carta de Apoio dos Bancos Públicos e teve sua pretensão julgada improcedente.⁵²⁴

330. Em síntese, a Requerida afirma que (i) não havia expectativa legítima das concessionárias em acessar financiamentos de bancos públicos a taxas subsidiadas independentemente dos méritos de seus planos para a execução do serviço concedido em decorrência da Carta de Apoio dos Bancos Públicos ou de declarações de autoridades

⁵²⁰ Resposta da Requerida, p. 46, § 154. Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, pp. 51-53, §§ 134-146.

⁵²¹ Resposta da Requerida, pp. 47-48, §§ 158-161. Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, pp. 49-51, §§ 122-133.

⁵²² Resposta da Requerida, pp. 48-49, §§ 164-165.

⁵²³ Resposta da Requerida, pp. 49-51, § 167-177.

⁵²⁴ Docs. R1-64 e R1-65. Resposta da Requerida, p. 52, § 178.

federais; (ii) qualquer expectativa eventualmente criada pelas concessionárias sobre o ponto diria respeito a condutas estranhas à ANTT e ao contrato celebrado, estando fora da competência do Tribunal Arbitral; e (iii) a frustração de expectativa das concessionárias quanto ao financiamento apenas poderia resultar em pleito indenizatório contra outras entidades, distintas da ANTT, mas nunca em reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.⁵²⁵

331. Além de a obtenção de financiamento ser risco alocado à Requerente, a Requerida afirma que os reais motivos para não obtenção do financiamento são esclarecidos pelo próprio BNDES, na Nota AST/DECRO 017/2020.⁵²⁶

332. Em primeiro lugar, aponta-se que as condições divulgadas na chamada Carta de Apoio dos Bancos Públicos continham ressalvas quanto à necessidade de enquadramento nas Políticas de Crédito Operacionais do Banco, chamadas de *disclaimer* ou prudência bancária. Em segundo lugar, as condições financeiras da Requerente se deterioraram em razão de atos a ela imputáveis, nomeadamente seu envolvimento na Operação Lava Jato e sucessivas quedas do seu *rating* bancário. Em terceiro lugar, não houve alteração da política de concessão de empréstimos por parte do BNDES ou alteração do quanto prometido na Carta de Apoio dos Bancos Públicos. A não obtenção do financiamento se deveu a redução do *rating* bancário da Requerente e sua consequente inadequação à Política de Crédito do BNDES.⁵²⁷

333. Quanto à alegação de que as condições da Carta de Apoio dos Bancos Públicos foram tomadas em consideração nos estudos prévios para definir a viabilidade do projeto, a Requerida esclarece que, de acordo com o item 2.4.1 do Edital,⁵²⁸ o EVTEA é meramente informativo.⁵²⁹

334. O EVTEA traz uma série de projeções baseadas em dados e expectativas que, embora dotadas de racionalidade econômica, são modelos abstratos que podem não se

⁵²⁵ Resposta da Requerida, p. 57, § 183.

⁵²⁶ Doc. R1-74. Resposta da Requerida, pp. 57-58, § 184.

⁵²⁷ Resposta da Requerida, pp. 58-60, §§ 185-188.

⁵²⁸ Doc. R1-1.

⁵²⁹ Resposta da Requerida, pp. 60-61, §§ 189-191.

materializar na prática. A tarifa-teto que vai a leilão é fruto do conjunto de projeções meramente indicativas.⁵³⁰

335. Conforme esclarece a Requerida, o EVTEA traz projeções de gastos com investimentos (CAPEX), manutenção e serviços (OPEX) e despesas com tributos, para cada ano da Concessão. Tal fluxo é calculado em valor presente, mediante taxa de desconto fornecida pelo Custo Médio Ponderado de Capital (WACC) e representa o fluxo de caixa não alavancado, primeira parte da equação utilizada no EVTEA para cálculo da tarifa que torna o projeto economicamente viável.⁵³¹

336. A outra parte da equação envolve a projeção do volume de tráfego a ser multiplicada pela tarifa-teto ou TBP que o EVTEA pretende revelar. Para que o projeto seja considerado viável, a TBP, multiplicada pela projeção de tráfego, deve ser suficiente para custear as despesas do futuro concessionário e a remuneração do seu capital.⁵³²

337. Projeto viável não é, porém, sinônimo de projeto atrativo ou lucrativo. Ademais, ao oferecer desconto sobre a tarifa-teto, o licitante admite que suas projeções são diferentes daquelas do Poder Concedente. Se as projeções mais otimistas do licitante se materializarem, não pode o Poder Concedente promover o reequilíbrio do contrato com redução de tarifa. Do mesmo modo, se as projeções mais pessimistas do Poder Concedente se materializarem, o Concessionário não pode exigir acréscimo tarifário para custear o risco que assumiu.⁵³³

338. Por meio da Nota 318/2013/STN/SEAE/MF,⁵³⁴ a Requerida aponta que as condições de financiamento do BNDES não foram levadas em conta para o cálculo da taxa de desconto (WACC) utilizada para aferir a viabilidade do projeto.⁵³⁵

⁵³⁰ Resposta da Requerida, pp. 61-62, §§ 195-196.

⁵³¹ Resposta da Requerida, p. 62, §§ 197-198.

⁵³² Resposta da Requerida, p. 62, § 199.

⁵³³ Resposta da Requerida, p. 63, § 200-203.

⁵³⁴ Doc. R1-67.

⁵³⁵ Resposta da Requerida, pp. 63-64, §§ 204-205.

Decisão do Tribunal Arbitral

339. A presente controvérsia diz respeito à análise sobre se, à luz do Contrato de Concessão, a alteração das condições de financiamento expressas na denominada Carta de Apoio dos Bancos Públicos caracteriza risco ordinário, contratualmente alocado à Requerente, ou risco extraordinário, a ser suportado pela Requerida.

340. Para a Requerente, a alteração das condições de financiamento caracteriza caso fortuito ou força maior, nos termos da cláusula 21.2.4, e, pois, excepciona a alocação ordinária de riscos relativos à obtenção de financiamento, prevista na cláusula 26 do Contrato de Concessão.

341. Para a Requerida, os riscos relacionados à obtenção de financiamento são todos alocados à Requerente.

342. Em análise preliminar, assiste razão à Requerida.

343. A cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão dispõe ser de responsabilidade do Poder Concedente *“o caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência”*.

344. Por sua vez, a cláusula 26.1 do Contrato de Concessão prevê que a Requerente *“é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato”*.

345. Em adição, a cláusula 26.3 do Contrato de Concessão dispõe que a Requerente *“não poderá invocar qualquer disposição, cláusula ou condição dos contratos de financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para eximir-se, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no Contrato”*.

346. Os riscos assumidos pela Requerente nas cláusulas 26.1 e 26.3 do Contrato de Concessão são amplos e, em análise preliminar, abrangem a não obtenção de financiamento nas condições divulgadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

347. Em particular, o teor das cláusulas 26.1 e 26.3 revela que, ainda que as condições divulgadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos tenham sido consideradas no estudo de viabilidade ou na proposta da Requerente, o Contrato de Concessão não incorporou qualquer pretensão nesse sentido.

348. Na realidade, as cláusulas 26.1 e 26.3 do Contrato de Concessão apontam em sentido oposto e, até o momento, a Requerente não se desincumbiu do ônus de demonstrar por que razão tais estipulações dariam espaço à aplicação da cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão, na hipótese de alteração das condições de financiamento ofertadas pelos Bancos Públicos.

349. À partida, o teor das cláusulas 26.1 e 26.3 afasta a incidência da cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão e, por consequência, afasta também a distinção entre riscos ordinários e extraordinários que a Requerente procura traçar a propósito do presente pleito.

350. Desse modo, em análise preliminar, não se mostra plausível o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão formulado pela Requerente em razão da alegada alteração das condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

ii) Inexecução dos Contratos CREMA

Posição da Requerente

351. A Requerente sustenta que, ainda no primeiro ano da Concessão, constatou a inexecução dos três contratos do Programa de Contratos de Recuperação e Manutenção Rodoviária (CREMA) firmados em 2012,⁵³⁶ sob a regência da Lei n.º 8.666/1993 e da Instrução de Serviço DG/DNIT 14/2011,⁵³⁷ entre o DNIT e empresas privadas, para execução de obras de recuperação, manutenção e conservação de trechos da BR-163/MT, pelo prazo de dois anos. De acordo com a Requerente, tais contratos compreendiam trecho de 329,9 km, inseridos no trecho total de 453,6 km cuja conservação e duplicação eram

⁵³⁶ Doc. C-75.

⁵³⁷ Doc. C-74.

de sua responsabilidade. Aponta, ainda, que tais contratos previam que, ao final do primeiro ano de sua execução, o pavimento do trecho de 329,9 km estaria completamente recuperado.⁵³⁸

352. A Requerente argumenta que tanto o Poder Concedente quanto as licitantes tomaram como premissa que, na data de início da Concessão, as atividades de recuperação rodoviária estariam concluídas. Afirma que, a confirmar tal expectativa, o EVTE,⁵³⁹ ao tratar dos parâmetros do pavimento, faz referência à manutenção que vinha sendo executada. Em adição, aponta que o DNIT prorrogou os Contratos CREMA tanto após a publicação do Edital quanto após a assinatura do Contrato de Concessão.⁵⁴⁰

353. A Requerente afirma que a transferência dos bens do Sistema Rodoviário ocorreu em 21 de março de 2014, com a assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens,⁵⁴¹ em cujo Anexo A consta o Inventário de Bens do DNIT,⁵⁴² dentre os quais estão incluídos os Contratos CREMA.⁵⁴³

354. Alega, ainda, que a vigência de tais contratos ao tempo da transferência dos bens caracteriza inadimplemento da cláusula 10.1.4 do Contrato de Concessão, que obriga o Poder Concedente a pôr fim, até a data da transferência dos bens da Concessão, a todos os contratos relativos a obras e serviços no Sistema Rodoviário que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos parâmetros de desempenho, exceção feita às obras em andamento pelo DNIT indicadas no Apêndice D do PER. Apesar disso, afirma que a extinção dos Contratos CREMA ocorreu apenas ao fim de 2014.⁵⁴⁴

355. A Requerente argumenta que, por ocasião da transferência dos bens, procedeu a elaboração do Cadastro Inicial da situação rodoviária,⁵⁴⁵ tendo então apurado que os trechos relativos aos Contratos CREMA se encontravam em péssimas condições e não atendiam a padrões básicos de qualidade. Conforme alega a Requerente, tais contratos foram cumpridos em menos de 30% de seu valor, de modo que remanesceu saldo não

⁵³⁸ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 33, 94-95, §§ 34, 172-173.

⁵³⁹ Doc. C-31.

⁵⁴⁰ Doc. C-76. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 33-34, 96, §§ 35, 174-177.

⁵⁴¹ Doc. C-39.

⁵⁴² Doc. C-77.

⁵⁴³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 97, § 178.

⁵⁴⁴ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 97-98, §§ 179-180.

⁵⁴⁵ Doc. C-78, vol. 3, 4 e 5.

executado de mais de noventa milhões de reais.⁵⁴⁶ Afirma que, de acordo com o chamado Índice de Gravidade Global (IGG), a maior parte dos trechos se encontrava em condições péssimas ou ruins.⁵⁴⁷

356. A Requerente alega que, ao tomar conhecimento da situação precária dos trechos objeto dos Contratos CREMA, comunicou o fato à Requerida por meio do Ofício CRO 046/2014,⁵⁴⁸ e que, dadas as péssimas condições dos trechos objeto dos Contratos CREMA, viu-se forçada a realizar as obras não executadas pelos contratados do DNIT. Argumenta, a propósito, que não havia procedimento específico para rejeição ou objeção ao recebimento dos trechos, por insuficiência da disciplina contratual.⁵⁴⁹

357. A Requerente defende que seu direito ao reequilíbrio é garantido pela cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão, que atribui ao Poder Concedente o risco pela execução adequada de tais contratos.⁵⁵⁰ Sustenta que a menção da cláusula 21.2.8 a obras “identificadas no Apêndice D do PER ou no Termo de Arrolamento” é meramente exemplificativa, de modo que todo e qualquer descumprimento ou atraso nas obrigações do DNIT está inserido no âmbito da cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão. Afirma, além disso, que os Contratos CREMA estão previstos no Inventário de Bens do DNIT,⁵⁵¹ parte integrante do Anexo A do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.⁵⁵²

358. A Requerente argumenta que a interpretação que aloca a si os riscos relacionados aos Contratos CREMA é contrária ao interesse público e aos princípios da eficiência e da economicidade. Isso porque, por se tratar de obrigações do DNIT, a única alocação de riscos que faz sentido é ao Poder Concedente, que pode mais facilmente preveni-los ou remediá-los.⁵⁵³ A Requerente alega que a própria Requerida reconheceu, por ocasião dos esclarecimentos ao Edital,⁵⁵⁴ que, se fosse necessária a adequação dos bens recebidos do

⁵⁴⁶ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 34, 98, §§ 36, 181-183.

⁵⁴⁷ Doc. C-79. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 99-101, §§ 184-187.

⁵⁴⁸ Doc. C-40.

⁵⁴⁹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 101-102, §§ 188-189.

⁵⁵⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 102-103, §§ 190-191.

⁵⁵¹ Doc. C-77.

⁵⁵² Doc. C-39. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 103-105, §§ 192-195.

⁵⁵³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 105-106, §§ 199-202.

⁵⁵⁴ Doc. C-66, p. 6.

DNIT aos parâmetros de desempenho da rodovia, seria devido o reequilíbrio econômico-financeiro à Concessionária.⁵⁵⁵

359. Desse modo, a Requerente afirma que pleiteou o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.⁵⁵⁶ A primeira análise do pleito de reequilíbrio pela Requerida foi realizada por meio do Parecer Técnico 129/2015/GEINV/SUINF,⁵⁵⁷ que recomendou seu indeferimento, uma vez que as obras relativas aos Contratos CREMA não estão previstas no Contrato de Concessão ou no Edital como obrigações do DNIT, tampouco tais contratos estão previstos no Apêndice D do PER ou no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens. Com base em referido Parecer, a Nota Técnica 271/2015/SUINF, de 25 de maio de 2015,⁵⁵⁸ opinou pelo indeferimento do pedido de reequilíbrio.⁵⁵⁹

360. A Requerente afirma que, apresentado novo pleito,⁵⁶⁰ a Requerida manteve sua posição na Nota Técnica 016/2016, de 21 de junho de 2016,⁵⁶¹ e indeferiu o pleito no âmbito da 4ª Revisão Extraordinária. Mais adiante, o pedido foi novamente apresentado⁵⁶² e indeferido.⁵⁶³

361. Na Arbitragem, a Requerente pleiteia o reconhecimento do direito ao reequilíbrio pela execução das obras e serviços objeto dos Contratos CREMA no montante de R\$ 100.665.567,31 (cem milhões seiscentos e sessenta e cinco mil quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e um centavos), em valores de maio de 2012, conforme memorial constante do Doc. C-83.⁵⁶⁴

⁵⁵⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 106-107, § 203.

⁵⁵⁶ Docs. C-80 (Ofício CRO 272/2015, de 17 de março de 2015) e C-81 (Ofício 350/2015, de 8 de maio de 2015).

⁵⁵⁷ Doc. C-82.

⁵⁵⁸ Doc. C-85.

⁵⁵⁹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 107-108, §§ 205-206.

⁵⁶⁰ Doc. C-58 (Ofício CRO 989/2016).

⁵⁶¹ Doc. C-62.

⁵⁶² Doc. C-59 (Ofício CRO 1.087/2016).

⁵⁶³ Doc. C-63 (Nota Técnica 027/2016, de 11 de agosto de 2016).

⁵⁶⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 109, § 209.

Posição da Requerida

362. A Requerida afirma que, antes da Concessão, a Rodovia era administrada pelo DNIT, que, pois, era o contratante de todas as obras de conservação ou recuperação. Por essa razão, o Contrato de Concessão prevê que, até a Data da Assunção, o DNIT poria fim aos contratos que tivesse celebrado com vistas à prestação de serviços no Sistema Rodoviário e franquearia amplo acesso para que a Concessionária ingressasse no trecho e cumprisse suas obrigações. A regra geral é de que a Concessionária execute o Contrato de Concessão por sua conta e risco, tal como expresso na cláusula 21.1.7.⁵⁶⁵

363. Como exceção, a cláusula 10.5 do Contrato de Concessão prevê que o DNIT permaneceria responsável pela execução das obras indicadas no Apêndice D do PER. A propósito dessas obras, qualquer intervenção da Concessionária deveria ser reequilibrada. Todas as demais obras na Rodovia são de inteira responsabilidade da Concessionária.⁵⁶⁶

364. Nos termos da cláusula 2.1 do Contrato de Concessão, a Concessão se fez justamente para que os parâmetros de desempenho da Rodovia fossem elevados. Em nenhum momento foi prometido à Requerente que receberia a Rodovia com parâmetros adequados.⁵⁶⁷

365. A Requerida observa que, ao tratar da cláusula 10.5.6 do Contrato de Concessão na Ata de resposta aos pedidos de esclarecimentos ao Edital,⁵⁶⁸ em nenhum momento a Comissão de Licitação afirmou que caberia reequilíbrio em relação a trechos que não os relacionados no Apêndice D do PER.⁵⁶⁹ No mesmo sentido, a cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão exclui a responsabilidade da Concessionária apenas em relação às obras sob responsabilidade do DNIT identificadas no Apêndice D do PER ou no Termo de Arrolamento na ocasião da transferência dos bens.⁵⁷⁰

366. Em adição, a Requerida observa que os estudos de viabilidade que embasaram a licitação, embora meramente referenciais, já haviam embutido no cálculo da tarifa-teto as

⁵⁶⁵ Resposta da Requerida, pp. 20-21, §§ 73-74.

⁵⁶⁶ Resposta da Requerida, pp. 22-24, §§ 75-78.

⁵⁶⁷ Resposta da Requerida, p. 22, § 76.

⁵⁶⁸ Doc. C-66.

⁵⁶⁹ Resposta da Requerida, pp. 24-25, §§ 79-80.

⁵⁷⁰ Resposta da Requerida, p. 25, § 81.

despesas arguidas pela Requerente. Nesse sentido, remete para as Notas Técnicas 016⁵⁷¹ e 027/2016/GEINV/SUINF,⁵⁷² bem como para o Parecer Técnico 129/2015/GEINV/SUINF.⁵⁷³ Desse modo, antes mesmo da redação do Contrato de Concessão, as despesas de recuperação e conservação arguidas pela Requerente já haviam sido precificadas.⁵⁷⁴

367. A propósito da Nota Técnica 027/2016/GEINV/SUINF,⁵⁷⁵ a Requerida observa que houve o devido reequilíbrio em relação às readequações em obras que integram o Apêndice D do PER.⁵⁷⁶

Decisão do Tribunal Arbitral

368. A cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão aloca ao Poder Concedente os riscos relacionados a “*atraso nas obrigações conferidas ao DNIT pelo Contrato ou pelo Edital, inclusive quanto: i) à entrega do Termo de Arrolamento e transferência de bens entre a Concessionária e o DNIT; e ii) quanto à não realização ou atraso das obras que estão sob responsabilidade do DNIT, identificadas no Apêndice D do PER ou no Termo de Arrolamento na data da transferência dos bens*”.

369. Para a Requerente, a cláusula 21.2.8 garante o reequilíbrio em razão da execução inadequada dos Contratos CREMA. Em particular, a Requerente sustenta que a menção da cláusula 21.2.8 a obras “*identificadas no Apêndice D do PER ou no Termo de Arrolamento*” é meramente exemplificativa, de modo que todo e qualquer descumprimento ou atraso nas obrigações do DNIT está inserido no âmbito da cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão. Ademais, afirma que os Contratos CREMA estão previstos no Inventário de Bens do DNIT, documento que é parte integrante do Anexo A do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.

⁵⁷¹ Doc. R1-43.

⁵⁷² Doc. R1-44.

⁵⁷³ Doc. C-82.

⁵⁷⁴ Resposta da Requerida, pp. 25-26, §§ 83-84.

⁵⁷⁵ Doc. R1-44, p. 48.

⁵⁷⁶ Resposta da Requerida, p. 26, § 85.

370. Para a Requerida, tal como expressou no Parecer Técnico 129/2015/GEINV/SUINF,⁵⁷⁷ as obras relativas aos Contratos CREMA não são obras conferidas ao DNIT pelo Contrato de Concessão ou pelo Edital, tampouco tais contratos estão previstos no Apêndice D do PER ou no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.

371. À partida, assiste razão à Requerida.

372. Em análise preliminar, tanto o Contrato de Concessão quanto o Edital não preveem obrigação do DNIT relativamente à execução das obras objeto dos Contratos CREMA, como exige a cláusula 21.2.8.

373. Quanto à hipótese (ii) da cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão, os Contratos CREMA não constam do Apêndice D do PER, o qual lista os subtrechos com obras em andamento pelo DNIT.⁵⁷⁸

374. É certo que tais contratos estão previstos no Inventário de Bens do DNIT.⁵⁷⁹ De acordo com o Anexo A do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, *“faz parte do presente Termo de Arrolamento o Inventário do DNIT a seguir reproduzido, o qual traz o detalhamento dos bens constantes nos trechos mencionados neste Anexo A”*.⁵⁸⁰

375. Tal circunstância não socorre a pretensão da Requerente, entretanto.

376. A hipótese (ii) da cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão refere-se expressamente a *“obras que estão sob responsabilidade do DNIT, identificadas (...) no Termo de Arrolamento na data da transferência dos bens”*.

377. O Anexo A do Termo de Arrolamento não trata das obras sob responsabilidade do DNIT na data da transferência dos bens, mas dos bens efetivamente transferidos à Requerente naquela data.

⁵⁷⁷ Doc. C-82.

⁵⁷⁸ Doc. C-33, p. 112.

⁵⁷⁹ Doc. C-77.

⁵⁸⁰ Doc. C-39, p. 4.

378. As obras identificadas no Termo de Arrolamento, às quais se refere a hipótese (ii) da cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão, são aquelas constantes de seu Anexo B, todas indicadas com “*Obs. 7*”.

379. De acordo com a Observação 7 do Anexo B do Termo de Arrolamento, “*por se tratarem de trechos com obras em andamento sob responsabilidade do DNIT, não ocorrerá o recebimento destes segmentos por ocasião da celebração deste Termo de Arrolamento de Bens, ocorrendo sua transferência apenas após a sua conclusão (cláusula 10.5.1 do Contrato de Concessão) (...)*”.⁵⁸¹

380. É, pois, a propósito desses trechos, cuja transferência à Requerente é posterior à Data da Assunção, que a hipótese (ii) da cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão prevê direito ao reequilíbrio.

381. Os trechos relativos aos Contratos CREMA constantes do Anexo B do Termo de Arrolamento somam apenas 21,8 quilômetros (km 592,9 a 600,7; km 746 a 751,8; km 751,8 a 760). Por ocasião de sua transferência à Requerente, as Partes pactuaram, no 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, o correspondente reequilíbrio.⁵⁸²

382. Em conformidade com o Anexo A do Termo de Arrolamento, o restante dos trechos relativos aos Contratos CREMA foi transferido à Requerente já na Data de Assunção.

383. A propósito desses trechos, à partida, não cabe invocar a cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão, a pretexto da inexistência de mecanismos de rejeição ou objeção à transferência de bens na Data de Assunção.

384. Isso porque, na cláusula 4.2.3 do Contrato de Concessão, a Requerente “*declara que tem conhecimento da natureza e das condições dos Bens da Concessão que lhe serão transferidos pela União na Data da Assunção*”.

⁵⁸¹ Doc. C-39, p. 7.

⁵⁸² Doc. R1-09.

385. Na cláusula 21.1.7 do Contrato de Concessão, por sua vez, a Requerente assume os *“custos para execução dos serviços previstos nas Frentes de Recuperação e Manutenção, Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, Conservação e Serviços Operacionais de todas as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço”*.

386. Em análise preliminar, o conjunto de tais estipulações corrobora a percepção de que, à exceção dos 21,8 quilômetros previstos no Anexo B do Termo de Arrolamento, os trechos da BR-163/MT relativos aos Contratos CREMA não correspondem a *“obrigações conferidas ao DNIT pelo Contrato ou pelo Edital”*.

387. Diversamente do que alega a Requerente, os esclarecimentos prestados pela Requerida ao tempo da licitação não versam sobre reequilíbrio relacionado a bens transferidos na Data da Assunção, mas à transferência de bens listados no Apêndice D do PER, nos termos das cláusulas 10.5.1, 10.5.4 e 10.5.6 do Contrato de Concessão.

388. Por fim, afigura-se pouco convincente o alegado descumprimento à cláusula 10.1.4 do Contrato de Concessão.

389. De acordo com a cláusula 10.1.4 do Contrato de Concessão, *“o Poder Concedente obriga-se a rescindir, até a Data da Assunção, todos os contratos referentes a obras e serviços no Sistema Rodoviário que estejam em vigor na data de assinatura do Contrato, que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos, com exceção das obras em andamento pelo DNIT indicadas no Apêndice D do PER”*.

390. Como observado acima, 21,8 quilômetros relativos aos Contratos CREMA constaram do Anexo B do Termo de Arrolamento que, tal como o Apêndice D do PER, listou obras em andamento a cargo do DNIT cuja transferência à Requerente se daria após à Data da Assunção.

391. Por outras palavras, as Partes previram que tais contratos permaneceriam em vigor, haja vista que parte dos trechos a eles relativos apenas seria transferida a Requerente em momento posterior.

392. Desse modo, a Requerente ainda não se desincumbiu do ônus de demonstrar quer o direito ao reequilíbrio, nos termos da cláusula 21.2.8 do Contrato de Concessão, quer o descumprimento à cláusula 10.1.4 do Contrato de Concessão.

iii) Atraso na arrecadação tarifária

Posição da Requerente

393. A Requerente sustenta que a edição, pela Requerida, da Portaria 81/2014,⁵⁸³ em particular a interpretação que a Requerida faz do art. 3º de referida Portaria, trouxe requisito novo para o reconhecimento e cálculo da extensão das obras de duplicação, fato que atrasou o início da arrecadação tarifária.⁵⁸⁴

394. A Requerente argumenta que o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em razão dos impactos decorrentes de encargos veiculados por alterações legislativas supervenientes é estabelecido pela legislação e pelo Contrato de Concessão.⁵⁸⁵

395. Na legislação, afirma que referido direito está previsto no art. 65, § 5º, da Lei n.º 8.666/1993.⁵⁸⁶ De acordo com a Requerente, a disposição legal não se refere apenas à lei em sentido estrito, mas também a atos normativos infralegais, como Decretos, Regulamentos e Portarias, que têm capacidade de alterar encargos, custos e receitas do contrato administrativo. Tampouco limita-se a modificação de tributos. Aplica-se, antes, a todas as alterações normativas que causem repercussão no contrato, o que se evidencia pela expressão “encargos legais”.⁵⁸⁷

396. A Requerente sustenta que, nas concessões de serviços públicos, o direito ao reequilíbrio é previsto de forma ainda mais clara no art. 9º, § 3º, da Lei n.º 8.987/1995, que cuida da criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais que gerem ônus à Concessionária.⁵⁸⁸ Seus requisitos são dois: (i) alteração normativa após a apresentação da proposta; (ii) comprovação do impacto sobre a concessionária. No caso

⁵⁸³ Doc. C-43.

⁵⁸⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 167, § 365.

⁵⁸⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 167, § 366.

⁵⁸⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 167, § 366.

⁵⁸⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 168, § 367.

⁵⁸⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 168, § 368.

concreto, aponta que as propostas foram apresentadas em 27 de novembro de 2013 e a edição da Portaria 81/2014 se deu em 2 de maio de 2014. O impacto, de acordo com a Requerente, está demonstrado pela impossibilidade de arrecadação tarifária por alguns dias.⁵⁸⁹

397. No Contrato de Concessão, a Requerente sustenta que o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é garantido pela cláusula 21.2.5. Observa que, ao mencionar “legislação e regulamentação”, a regra também incide na hipótese de superveniência de encargos infralegais.⁵⁹⁰

398. A Requerente argumenta que a alocação de tal risco ao Poder Concedente está de acordo com as melhores práticas na modelagem de concessões, uma vez que a Concessionária não tem qualquer ingerência sobre a criação de normas e não pode, sem decisão do Poder Concedente, compensar os efeitos dessas alterações por meio da variação do valor das tarifas ou de suas obrigações de investimentos.⁵⁹¹

399. Em particular, a Requerente afirma que as cláusulas 18.1 e 24.2.2 do Contrato de Concessão estabeleceram seis requisitos para início da cobrança do pedágio pela Concessionária: (i) execução de 10% da meta total referente às obras de expansão de capacidade; (ii) conclusão dos Trabalhos Iniciais; (iii) implantação de praças de pedágio; (iv) integralização do capital social da Concessionária; (v) entrega do programa de redução de acidentes; e (vi) entrega do cadastro do passivo ambiental.⁵⁹²

400. A Requerente alega que os requisitos (ii) a (vi) foram cumpridos até o dia 28 de julho de 2015,⁵⁹³ faltando, então, apenas a comprovação de 10% das obras de duplicação rodoviária. Uma vez que o item 3.2.1.1 do PER estabeleceu total de 453,6 km de obras de duplicação, o atendimento da meta de 10% correspondia à duplicação de 45,36 km, a ser atestada mediante emissão de Termo de Vistoria pela Requerida. Nos termos da cláusula 18.1.1 do Contrato de Concessão, o Termo de Vistoria deveria ser emitido pela Requerida em até 30 dias contados da data do recebimento de sua solicitação.⁵⁹⁴ Após o

⁵⁸⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 168-169, § 369.

⁵⁹⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 169, § 370-371.

⁵⁹¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 169, § 372.

⁵⁹² Alegações Iniciais da Requerente, p. 170, § 374.

⁵⁹³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 170-171, § 375.

⁵⁹⁴ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 171-172, § 376.

cumprimento de todos os requisitos, inicia-se prazo de 10 dias, previsto nas cláusulas 18.1.2 e 18.1.5, para que a Diretoria da Requerida expeça a Resolução Autorizativa de início da cobrança tarifária.⁵⁹⁵ Desse modo, a partir do dia 28 de julho de 2015, uma vez emitido o Termo de Vistoria, a Requerida teria 10 dias para imissão da Resolução Autorizativa.⁵⁹⁶

401. A Requerente argumenta que o Contrato de Concessão e o PER não impõem que os trechos duplicados sejam contínuos ou fracionados. Desse modo, poderia optar pela estratégia que se mostrasse mais eficiente.⁵⁹⁷ Nos esclarecimentos ao Edital, a Requerida confirmou não ser necessário que a duplicação fosse realizada em trechos contínuos.⁵⁹⁸

402. Após a assinatura do Contrato de Concessão, ocorrida em 13 de março de 2014, a Requerida editou, em 2 de maio de 2015, a Portaria 81/2014, aplicável às concessionárias da 3ª Etapa PROCOFE. A Portaria 81/2014 trouxe novas regras de padronização dos procedimentos para envio dos anteprojetos das obras de duplicação e intervenções. Em particular, previu em seu art. 3º que, nos anteprojetos, o espaço entre os trechos de duplicação descontínuos não poderia ser inferior a 5 km, ou, em casos excepcionais, 3 km.⁵⁹⁹

403. A Requerente ressalta que a disposição cuida apenas da apresentação de anteprojetos, sem fazer referência a descontos ou penalidades quando da análise de obras de duplicação concluídas.⁶⁰⁰ Afirma que não foi essa, porém, a interpretação e aplicação da norma pela Requerida, que entendeu que o art. 3º da Portaria 81/2014 autorizava penalizar a existência de distâncias inferiores a 5 ou 3 km entre trechos duplicados com desconto na contagem da duplicação. Assim, a Requerida exigiria distância mínima entre cada trecho para recebimento e contagem das metas de duplicação, mesmo que os projetos de obras de duplicação tivessem sido previamente aprovados.⁶⁰¹

⁵⁹⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 172, § 377.

⁵⁹⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 172, § 378.

⁵⁹⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 173, § 379.

⁵⁹⁸ Doc. C-66, p. 82. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 173-174, §§ 380-381.

⁵⁹⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 174, § 382.

⁶⁰⁰ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 174-175, § 383.

⁶⁰¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 175, § 384.

404. A Requerente afirma ter defendido a disciplina original do Contrato de Concessão.⁶⁰² Com a finalização das obras de duplicação, afirma ter solicitado à Requerida a realização de vistorias nos dias 20 a 22 de julho de 2015.⁶⁰³ A Requerida realizou as vistorias e, em 29 de julho de 2015, expediu o Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF,⁶⁰⁴ por meio do qual analisou as obras de duplicação realizadas.⁶⁰⁵ A Requerente afirma que o Parecer Técnico 198/2015 concluiu pela aceitação de 54,78 km de extensão de segmentos duplicados, isto é, 12,07% do total das obras de duplicação.⁶⁰⁶ De acordo com a Requerente, por atestar a realização de duplicação contratualmente prevista, o Parecer Técnico 198/2015 cumpre a função do Termo de Vistoria previsto na cláusula 18.1.1 do Contrato de Concessão.⁶⁰⁷ Desse modo, a edição do Parecer Técnico 198/2015, em 29 de julho de 2015, deu início ao prazo de 10 dias para emissão da Resolução Autorizativa, a se encerrar no dia 10 de agosto de 2015.⁶⁰⁸

405. A Requerente afirma que a COINF-URRS entendeu, porém, ser necessário que, após o Parecer Técnico 198/2015, a GEINV avaliasse a aplicação dos descontos supostamente previstos no art. 3º da Portaria 81/2014 ao cálculo da extensão dos segmentos duplicados, para apenas então se pronunciar sobre o atingimento da meta de 10% de duplicação.⁶⁰⁹ O exame da GEINV ocorreu em 11 de agosto de 2015, com a emissão do Parecer Técnico 220/2015/GEINV/SUINF.⁶¹⁰ De acordo com a Requerente, este parecer confirma que o Parecer Técnico 198/2015 corresponde ao Termo de Vistoria.⁶¹¹ No Parecer Técnico 220/2015, a Requerida concluiu pela duplicação de 46,12 km, extensão equivalente a 10,17% do total a ser duplicado.⁶¹² A Requerida considerou, porém, que somente com o Parecer Técnico 220/2015 foi reconhecida a possibilidade de início da cobrança de pedágio. A Resolução Autorizativa, por sua vez, foi emitida em 27 de agosto de 2015, por meio da Resolução ANTT n.º 4.811/2015.⁶¹³

⁶⁰² Doc. C-142 (Ofício CRO 040/2014, de 3 de junho de 2014). Alegações Iniciais da Requerente, p. 176, § 387.

⁶⁰³ Doc. C-143 (Ofício CRO 483/2015).

⁶⁰⁴ Doc. C-144.

⁶⁰⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 176-177, § 388.

⁶⁰⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 177, § 389.

⁶⁰⁷ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 177-179, §§ 390-394.

⁶⁰⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 179, §§ 395-396.

⁶⁰⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 180, § 398.

⁶¹⁰ Doc. C-145.

⁶¹¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 180-181, § 399.

⁶¹² Alegações Iniciais da Requerente, p. 181, §§ 400-401.

⁶¹³ Doc. C-69. Alegações Iniciais da Requerente, p. 181, § 402.

406. De acordo com a Requerente, o lapso temporal entre os Pareceres Técnicos 198/2015 e 220/2015 se deu em razão da interpretação equivocada dada pela Requerida à Portaria 81/2014.⁶¹⁴ A Requerente sustenta que, ainda que considerados os descontos decorrentes da interpretação errônea da Portaria 81/2014, a Requerida já havia atestado o cumprimento da meta de 10% de duplicação no Parecer Técnico 198/2015, de 29 de julho de 2015, de modo que deveria ter tomado essa data como referência para expedição da Resolução Autorizativa. A Requerente afirma, assim, ter sido prejudicada por não conseguir auferir os benefícios devidos pela conclusão eficaz e diligente das obras de duplicação.⁶¹⁵ Desse modo, alega que a expedição da Resolução Autorizativa se deu com atraso de 17 dias.⁶¹⁶

407. Por três vezes, a Requerente pleiteou o reequilíbrio e teve seu pedido negado.⁶¹⁷

408. Após a Nota Técnica 027/2016, ainda na 4ª Revisão Extraordinária, a Requerida passou a reconhecer a emissão do Parecer Técnico 220/2015 como termo inicial do prazo de 10 dias para expedição da Resolução Autorizativa, conforme Nota Técnica 166/2016/GEFOR/SUINF.⁶¹⁸ Concluiu, assim, que a Resolução Autorizativa foi emitida com 6 dias de atraso e, nesses termos, admitiu o direito ao reequilíbrio.⁶¹⁹ Tal entendimento foi aplicado pelo Voto DSL 179/2016, que originou a Resolução ANTT 5.177/2016,⁶²⁰ relativa à 4ª Revisão Extraordinária. Desse modo, esgotou-se a instância administrativa com a rejeição definitiva de reequilíbrio por 11 dias de perda de arrecadação.⁶²¹

409. Na Arbitragem, a Requerente pleiteia reequilíbrio no montante de R\$ 7.649.866,38 (sete milhões seiscentos e quarenta e nove mil oitocentos e sessenta e

⁶¹⁴ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 181-182, § 403.

⁶¹⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 182, § 404.

⁶¹⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 182, § 405.

⁶¹⁷ A primeira, por meio do Ofício CRO 632/2015 (Doc. C-146), rejeitado pelo Memorando 1244/2015/GEINV/SUINF, que encaminhou o Parecer Técnico 282/2015/GEINV/SUINF (C-147). A segunda, por meio do Ofício CRO 989/2016 (Doc. C-58) no âmbito da 4ª Revisão Extraordinária, rejeitado por meio da Nota Técnica 016/2016 (Doc. C-62). A terceira, também no âmbito da 4ª Revisão Extraordinária, por meio do Ofício CRO 1087/2016 (Doc. C-59), rejeitado por meio da Nota Técnica 027/2016 (Doc. C.63). Alegações Iniciais da Requerente, pp. 182-183, §§ 406-407.

⁶¹⁸ Doc. C-148.

⁶¹⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 183, § 408.

⁶²⁰ Doc. C-47.

⁶²¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 184, § 410.

seis reais e trinta e oito centavos), em valores de maio de 2012, conforme memorial de cálculo constante do Doc. C-149.⁶²²

Posição da Requerida

410. A Requerida sustenta que, nos termos da cláusula 18.1 do Contrato de Concessão, o início da cobrança da tarifa de pedágio é precedido por quatro passos: (i) conclusão dos trabalhos iniciais, nomeadamente, 10% das obras de duplicação e implantação das praças de pedágio; (ii) notificação para vistoria das obras concluídas; (iii) vistoria, pela ANTT, no prazo de 30 dias contados da notificação de conclusão; e (iv) edição de resolução autorizativa, no prazo de 10 dias contados da vistoria.⁶²³

411. Por meio do Ofício 483, de 2 de julho de 2015,⁶²⁴ a Requerente notificou a Requerida para que realizasse a vistoria a partir de 20 de julho, data em que as obras estariam concluídas. Desse modo, a Requerida sustenta que não há como considerar que o prazo de 30 dias para vistoria teve início em 2 de julho de 2015. Somente em 20 de julho teve início o prazo para vistoria, a qual foi empreendida em 11 de agosto de 2015.⁶²⁵

412. A esse respeito, a Requerida acrescenta que o Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF, de 29 de julho de 2015,⁶²⁶ não pode ser tomado como vistoria. Tal documento apenas teve por objetivo dar suporte à vistoria a ser realizada pela então Gerência de Investimentos em Rodovias (GEINV).⁶²⁷

Decisão do Tribunal Arbitral

413. De acordo com a cláusula 18.1.1 do Contrato de Concessão, a cobrança da Tarifa de Pedágio apenas teria início, dentre outros requisitos, após a implementação de 10% da extensão total das obras de duplicação previstas no PER.

⁶²² Alegações Iniciais da Requerente, p. 184, § 411.

⁶²³ Resposta da Requerida, p. 36, § 111.

⁶²⁴ Doc. C-145.

⁶²⁵ Resposta da Requerida, pp. 36-37, §§ 112-115.

⁶²⁶ Doc. C-144.

⁶²⁷ Resposta da Requerida, p. 37, § 116.

414. Nos termos da cláusula 18.1.1(i) do Contrato de Concessão, a conclusão dos Trabalhos Iniciais seria atestada por meio da emissão de Termo de Vistoria pela Requerida, em até 30 dias contados da data de sua solicitação pela Requerente. Por sua vez, de acordo com a cláusula 18.1.2, após a emissão do Termo de Vistoria, a Requerida teria 10 dias para expedição da resolução de autorização para início da cobrança da Tarifa de Pedágio.

415. Ao solicitar a vistoria, por meio do Ofício CRO 483/2015, de 2 de julho de 2015,⁶²⁸ a Requerente comunicou à Requerida que *“os segmentos ainda não visitados encontram-se em fase final de implantação e estarão disponíveis para inspeção em 20 de julho de 2015”*.

416. Em 29 de julho de 2015, por meio do Parecer Técnico 198/2015/COINF-URRS/SUINF,⁶²⁹ embora a Requerida tenha concluído pela aceitação de 54,780 km de duplicação, ressaltou que *“a extensão de segmentos de duplicação a serem computados para o atendimento da meta de 10% (...) deve ser avaliada pela GEINV, conforme portaria nº 81/2014/SUINF”*.

417. Tal avaliação se deu em 11 de agosto de 2015, por meio do Parecer Técnico 220/2015/GEINV/SUINF,⁶³⁰ que atestou o cumprimento da meta de 10%, descontados trechos em desconformidade com a Resolução 81/2014.

418. A Requerente alega, em síntese, que a realização da segunda vistoria decorreu de interpretação equivocada da Resolução 81/2014, bem como que esta segunda vistoria ocorreu mais de 30 dias após a solicitação, realizada em 2 de julho de 2015.

419. Numa análise preliminar, sem que se tenha realizado a instrução deste procedimento, o Tribunal Arbitral entende que não lhe assiste razão.

⁶²⁸ Doc. C-143.

⁶²⁹ Doc. C-144.

⁶³⁰ Doc. C-145.

420. Ainda que, por hipótese, esta segunda vistoria tenha ocorrido em virtude de interpretação equivocada da Resolução 81/2014, é questionável a alegação de atraso da Requerida.

421. Como argumenta a Requerida no Parecer Técnico 282/2015/GEINV/SUINF, de 29 de agosto de 2015,⁶³¹ em análise preliminar, o dia 2 de julho de 2015 não deve ser tomado como termo inicial do prazo de 30 dias previsto na cláusula 18.1.1(i) do Contrato de Concessão.

422. Por meio do Ofício CRO 483/2015, a Requerente comunicou à Requerida que as obras estariam “*disponíveis para inspeção em 20 de julho de 2015*”. Por outras palavras, apenas a partir do dia 20 de julho de 2015 poderia ser realizada a inspeção e emitido o termo de vistoria.

423. Se contado a partir do dia 20 de julho, a emissão do Parecer Técnico 220/2015/GEINV/SUINF, em 11 de agosto de 2015,⁶³² se deu dentro do prazo de 30 dias previsto na cláusula 18.1.1(i) do Contrato de Concessão.

424. Desse modo, em análise preliminar, a Requerente não se desincumbiu do ônus de demonstrar a plausibilidade do pleito fundado na alegação de atraso na arrecadação tarifária.

iv) Aplicação do Fator D sobre o Fluxo de Caixa Marginal

Posição da Requerente

425. A Requerente argumenta que, além da álea extraordinária, abordada a propósito dos pleitos relativos ao aumento do preço dos insumos asfálticos e à modificação das condições de financiamento, verifica-se também a álea administrativa, a qual diz respeito a ações do poder público em geral que, direta ou indiretamente, impactam o contrato. Nessa categoria, destaca, de um lado, o fato da administração, isto é, a medida direta e específica tomada pela entidade contratante, e, de outro, o fato do príncipe.⁶³³ Os pleitos

⁶³¹ Doc. C-147.

⁶³² Doc. C-145.

⁶³³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 246, § 539.

relativos à aplicação do Fator D, mecanismo automático de reequilíbrio econômico-financeiro aplicado em sede de revisão ordinária do Contrato de Concessão e relacionado ao atingimento, pela Concessionária, de certos parâmetros, dizem respeito a fatos da administração.⁶³⁴ A cláusula 21.2.21 do Contrato de Concessão alocou os riscos derivados da ocorrência de fatos da administração ou do príncipe ao Poder Concedente.⁶³⁵

426. A Requerente afirma que, por ocasião das revisões ordinárias da Tarifa Básica de Pedágio (TBP), a Requerida aplicou de forma equivocada os fatores redutores ou incrementadores da tarifa. Em particular, sustenta que o Fator D não foi aplicado apenas sobre o valor da TBP, mas sobre esse valor acrescido de valores devidos à Requerente a título de reequilíbrio econômico-financeiro por Fluxo de Caixa Marginal, de modo a gerar desequilíbrios na 1ª, 2ª e 3ª Revisões Ordinárias.⁶³⁶

427. A Requerente afirma que venceu a licitação ao oferecer deságio de 52,03% em relação à tarifa quilométrica inicial de R\$ 0,055. Ofertou, portanto, TBP de R\$ 0,02638.⁶³⁷ Com a finalidade de manter as condições contratuais, no curso do Contrato de Concessão, a TBP deve ser reajustada e revisada.⁶³⁸

428. O reajuste visa a compensar os efeitos da variação inflacionária e tem previsão nos arts. 18, VIII, 23, IV, e 29, V, da Lei n.º 8.987/1995.⁶³⁹ Nos termos da cláusula 18.3 do Contrato de Concessão, o reajuste se dá no início da cobrança de pedágio, isto é, 6 de setembro de 2015, e deve continuar a ocorrer anualmente, no mesmo dia e mês do início da cobrança, de acordo com o IPCA.⁶⁴⁰

429. A Requerente esclarece que a Revisão, por sua vez, pode ser Extraordinária ou Ordinária.⁶⁴¹ A Revisão Extraordinária, prevista na cláusula 18.5 do Contrato de Concessão, dá-se para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em decorrência da materialização de eventos de desequilíbrio.⁶⁴² A Revisão Ordinária é a revisão anual

⁶³⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 246, § 540.

⁶³⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 249, § 548.

⁶³⁶ Alegações Iniciais da Requerente, p. 250, § 550.

⁶³⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 250, § 551.

⁶³⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 250, § 552.

⁶³⁹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 250-251, § 553.

⁶⁴⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 251, §§ 554-555.

⁶⁴¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 252, § 556.

⁶⁴² Alegações Iniciais da Requerente, p. 252, § 557.

da TBP com objetivo de aplicar os Fatores Q, C, D e X, conforme previsto na cláusula 18.4. A aplicação de tais fatores redutores ou incrementadores visa a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro de acordo com os parâmetros contratuais.⁶⁴³

430. O Fator D diz respeito à atuação da Concessionária em relação aos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção e das metas anuais da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço, previstos nos itens 3.1 e 3.2 do PER.⁶⁴⁴ Os acréscimos ou descontos são calculados pela soma dos percentuais relativos a cada indicador não atendido ou que tenha superado as metas.⁶⁴⁵

431. A Requerente aponta que, além da TBP, também compõe o valor da tarifa cobrada dos usuários o valor referente aos reequilíbrios pagos por Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da cláusula 22.5 do Contrato de Concessão. O Fluxo de Caixa Marginal é usado para recompor eventos não reequilibráveis pelo Fator D ou pelo Fator C.⁶⁴⁶ Desse modo, nos termos da cláusula 22.5.1 do Contrato de Concessão, o Fator D não poderá incidir sobre os reequilíbrios pagos por Fluxo de Caixa Marginal. Por outras palavras, o Fator D incide apenas sobre a TBP, e não sobre a TBP acrescida dos valores advindos dos Fluxos de Caixa Marginais.⁶⁴⁷

432. A Requerente sustenta que, nas 1ª, 2ª e 3ª Revisões Ordinárias, a Requerida aplicou o Fator D sobre a TBP somada aos Fluxos de Caixa Marginais. Aponta que, posteriormente, a própria Requerida reconheceu o equívoco na Resolução 5850/2019.⁶⁴⁸

433. A Requerente afirma que apresentou pleito de reequilíbrio por meio do Ofício 2308/2019.⁶⁴⁹ Em resposta, por meio da Nota Técnica SEI 2281/2019/GEREF/SUINF/DIR, encaminhada através do Ofício SEI 8530/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT,⁶⁵⁰ a Requerida manifestou-se no sentido de que há amparo contratual para incidência do Fator D apenas sobre a TBP.⁶⁵¹ A Requerente

⁶⁴³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 252, § 558.

⁶⁴⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 253, § 560.

⁶⁴⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 253, § 561.

⁶⁴⁶ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 253-254, § 563.

⁶⁴⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 254, § 564.

⁶⁴⁸ Doc. C-30. Alegações Iniciais da Requerente, p. 254, § 565.

⁶⁴⁹ Doc. C-180.

⁶⁵⁰ Doc. C-28.

⁶⁵¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 254-255, §§ 566-567.

aponta que, por meio do Parecer 00753/2019/PF-ANTT/PGF/AGU,⁶⁵² a Procuradoria Federal junto à ANTT também admitiu o equívoco.⁶⁵³

434. Afirma, no entanto, que a Requerida sustentou tratar-se de interpretação nova, que, nos termos do art. 2^a, XIII, da Lei n.º 9.784/1999, só poderia ser aplicada daí em diante. Por essa razão, a Requerida indeferiu o pleito de reequilíbrio.⁶⁵⁴

435. A Requerente sustenta que a posição da Requerida é equivocada por duas razões. Em primeiro lugar, a cláusula 22.5.1 do Contrato de Concessão estabelece que o Fator D não pode incidir sobre os Fluxos de Caixa Marginais. Em segundo lugar, a própria Requerida já reconheceu que a não aplicação da metodologia correta gerou desequilíbrios econômico-financeiros para as concessionárias da 3^a Etapa,⁶⁵⁵ com as modificações que vieram a integrar a Resolução 5.850/2019.⁶⁵⁶

436. A Requerente sustenta que a Requerida age de maneira contraditória ao criar a Resolução 5.850/2019 com vistas a reconhecer que a metodologia que vinha sendo aplicada constitui um fator de desequilíbrio e, logo após, alegar que não cabe o reequilíbrio pelos danos já causados, com fundamento em nova interpretação.⁶⁵⁷

437. Na Arbitragem, a Requerente pleiteia o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão no montante de R\$ 2.361.297,60 (dois milhões trezentos e sessenta e um mil duzentos e noventa e sete reais e sessenta centavos), em valores de maio de 2012, conforme memória de cálculo constante do Doc. C-183.⁶⁵⁸

Posição da Requerida

438. De acordo com a Requerida, o Fator D é mecanismo contratual utilizado para desconto ou acréscimo da TBP, a qual, conforme afirma, resulta tanto do fluxo de caixa original (FCO) quanto do marginal (FCM). O primeiro toma como premissas as

⁶⁵² Doc. C-181.

⁶⁵³ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 255-256, § 568.

⁶⁵⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 256, §§ 569-570. Assim, o Ofício SEI 8530/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT (Doc. C-28).

⁶⁵⁵ Conforme a Nota Técnica 095/2018/GEREF/SUINF, de 6 de dezembro de 2018 (Doc. C-182).

⁶⁵⁶ Doc. C-30. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 256-258, §§ 571-574.

⁶⁵⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 258, § 575.

⁶⁵⁸ Alegações Iniciais da Requerente, p. 260, § 582.

condições da licitação e as obrigações originalmente pactuadas. O segundo diz respeito a alterações do Contrato de Concessão ao longo do tempo, a exemplo da inclusão de nova obra. Verificada a alteração, o reequilíbrio da tarifa tomará como premissa metodologia para criação de novo fluxo de caixa, o fluxo de caixa marginal.⁶⁵⁹

439. A Requerida sustenta que tal entendimento a respeito da aplicação do Fator D era compartilhado pelo TCU. Nesse sentido, o acórdão TC 010.125/2019-1.⁶⁶⁰ Tratava-se, portanto, de interpretação plausível, com a qual a própria Requerente aquiesceu no âmbito da 1ª, 2ª e 3ª Revisões Ordinárias.⁶⁶¹

440. A esse respeito, a Requerida acrescenta que a Revisão Ordinária tem procedimento próprio, previsto na Resolução ANTT 675, de 4 de agosto de 2004.⁶⁶² De acordo com o art. 5º de referida resolução, comunicada sobre os resultados preliminares da revisão, a concessionária tem prazo de 15 dias para se manifestar. Embora notificada sobre os cálculos da 1ª, 2ª e 3ª Revisões Ordinárias, levadas a efeito nos anos de 2016, 2017 e 2018, a Requerente somente se insurgiu por meio do Ofício 2.308/2019,⁶⁶³ de 26 de fevereiro de 2019.⁶⁶⁴

441. A Requerida sustenta que, com a Resolução 5.850/2019, de 16 de julho de 2019,⁶⁶⁵ houve uma alteração da interpretação de modo prospectivo, no sentido da incidência do Fator D somente sobre o fluxo de caixa original (FCO). Argumenta que o entendimento anterior não era contrário ao pactuado, haja vista que a redação do Contrato de Concessão possibilita ambas interpretações.⁶⁶⁶

442. Afirma que, nos termos do art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n.º 9.784/1999, por se tratar de nova interpretação sobre a aplicação do Fator D consolidada em ato normativo, é legalmente vedada sua aplicação retroativa a revisões anteriores.⁶⁶⁷

⁶⁵⁹ Resposta da Requerida, pp. 69-70, §§ 221-225.

⁶⁶⁰ Doc. R1-70.

⁶⁶¹ Resposta da Requerida, pp. 70-71, §§ 226-228.

⁶⁶² Doc. R1-23.

⁶⁶³ Doc. C-180.

⁶⁶⁴ Resposta da Requerida, pp. 71-72, §§ 229-230.

⁶⁶⁵ Referida no Doc. C-30.

⁶⁶⁶ Resposta da Requerida, p. 72, § 231.

⁶⁶⁷ Resposta da Requerida, p. 72, § 232.

443. Em adição, o art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, regulamentado pelo Decreto n.º 9.830/2019, resguarda a validade dos atos praticados sob a ótica da interpretação anterior.⁶⁶⁸

Decisão do Tribunal Arbitral

444. Tal como sustenta a Requerente, no art. 4º da Resolução 5.850/2019, relativa à 4ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária, a Requerida passou a entender que “o Desconto ou Acréscimo de reequilíbrio, quando previsto contratualmente, terá incidência exclusiva sobre a TBP vencedora do leilão revisada, não incidindo sobre a tarifa do FCM”.⁶⁶⁹

445. No Ofício SEI 8530/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT, a Requerida igualmente observa que “a partir da presente revisão o cálculo tarifário será ajustado, considerando a aplicação do Fator D e do Fator Q apenas sobre a tarifa de leilão revisada”. No mesmo documento, porém, afirma que, nos termos do art. 2ª, XIII, da Lei n.º 9.784/1999, “a nova interpretação não caberá ser aplicada retroativamente”.⁶⁷⁰

446. Em particular, a Requerida sustenta que a interpretação aplicada nas 1ª, 2ª e 3ª Revisões Ordinárias tinha fundamento no Contrato de Concessão e que, portanto, a Requerente não tem direito ao reequilíbrio pleiteado, mediante modificação do que restara então decidido. Isso porque, na visão da Requerida, a TBP resulta tanto do denominado Fluxo de Caixa Original quanto do Fluxo de Caixa Marginal.

447. À partida, assiste razão à Requerida.

448. Fluxo de Caixa Marginal e Fator D são dois mecanismos diferentes de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

⁶⁶⁸ Resposta da Requerida, pp. 72-73, § 233.

⁶⁶⁹ Doc. C-30.

⁶⁷⁰ Doc. C-28.

449. Em sua cláusula 1.1.1(xxiv), o Contrato de Concessão prevê que o Fluxo de Caixa Marginal é a *“forma de calcular o impacto no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, nos termos da subcláusula 22.5”*.

450. Por sua vez, de acordo com a cláusula 22.5.1 do Contrato de Concessão, *“o processo de recomposição de evento não sujeito à aplicação do Fator D e do Fator C será sempre realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, nos termos de regulamentação específica”*.

451. Quanto ao Fator D, a cláusula 1.1.1(xx) do Contrato de Concessão o define como *“reductor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação do Desconto de Reequilíbrio relativo ao não atendimento aos Parâmetros de Desempenho, às Obras de Ampliação de Capacidade e de Manutenção do Nível de Serviço, ou como Acréscimo de Reequilíbrio no caso de antecipação na entrega de obras, conforme previsto no Anexo 5”*.

452. A cláusula 1.1.1(xiv) do Contrato de Concessão, por fim, define a TBP nos seguintes termos: *“equivale ao valor indicado na Proposta, de R\$ 0,02638 (dois mil, seiscentos e trinta e oito centésimos de milésimos de real), correspondente ao valor básico da Tarifa Quilométrica para a categoria 1 de veículos, sujeito às revisões indicadas nas subcláusulas 18.4 e 18.5”*.

453. Como se observa, a TBP corresponde ao valor da proposta, sujeito às revisões indicadas nas subcláusulas 18.4 e 18.5, relativas, respectivamente, às Revisões Ordinárias e Extraordinárias do Contrato de Concessão.

454. Nos termos da cláusula 22.5.1 do Contrato de Concessão, um dos modos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em Revisão Extraordinária é o Fluxo de Caixa Marginal.

455. Nos termos da cláusula 1.1.1(xiv) do Contrato de Concessão, portanto, é admissível a interpretação de que a TBP, sobre a qual incide o Fator D, também é composta pelos valores relativos ao Fluxo de Caixa Marginal.

456. Desse modo, não se afigura correto, à partida, o argumento da Requerente de que a prática anterior à Resolução 5.850/2019 se fundava em interpretação equivocada do Contrato de Concessão. A reforçar tal percepção, a Requerida observa, que apenas em 2019, já ao tempo da 4ª Revisão Ordinária do Contrato de Concessão, a Requerente veio a contestar o entendimento anterior.

v) **Remoções de Interferências**

Posição da Requerente

457. A Requerente afirma ser responsável por notificar os detentores de interferências localizadas nos limites do Sistema Rodoviário, para que as remanejem, e, caso impraticável o remanejamento pelo detentor, ela própria deve realizá-lo. Os custos, nos termos da cláusula 21.2.20 do Contrato de Concessão, devem, porém, ser suportados pelo Poder Concedente, desde que (i) as interferências estejam inseridas nos limites do Sistema Rodoviário e (ii) que a remoção seja necessária à execução das obras e serviços contratualmente previstos.⁶⁷¹

458. A Requerente afirma que tal entendimento foi corroborado pela Requerida em esclarecimentos ao Edital⁶⁷² e que, no primeiro ano da Concessão, quando necessária a remoção de interferências, nos termos do Contrato e do Ofício Circular 11/2014/SUINF,⁶⁷³ lidava com o detentor e, se o prazo para a execução das obras o exigisse, procedia às remoções ou realocações, mantendo a COINF informada sobre as remoções e respectivos custos.⁶⁷⁴

459. A propósito das interferências identificadas e removidas no segundo ano da Concessão, a Requerente sustenta ter apresentado à Requerida prestação de contas por meio do Ofício CRO 946/2016.⁶⁷⁵ Em resposta, a Requerida solicitou à COINF que realizasse vistoria *in loco*. Como resultado, foi produzido o Parecer Técnico 125/2015/COINF-URRS/SUINF - PT 125/2016,⁶⁷⁶ de acordo com o qual a realocação

⁶⁷¹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 111, §§ 213-214.

⁶⁷² Doc. C-66, p. 94. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 111-112, § 215.

⁶⁷³ Doc. C-86.

⁶⁷⁴ Alegações Iniciais da Requerente, p. 112, § 216.

⁶⁷⁵ Doc. C-87.

⁶⁷⁶ Doc. C-88.

das redes elétricas existentes entre os km 9,9 e 12,3 e entre os km 59 e 60,5, com o objetivo de se utilizar o local como caixa de empréstimo de material para aterro da nova pista, era desnecessária, visto que as redes não ocupavam área necessária para a execução da pista e o material para aterro poderia ter sido obtido em outro lugar.⁶⁷⁷

460. A Requerente afirma que, por meio do Parecer Técnico 144/2016/GEINV/SUINF - PT 144/2016, encaminhado pelo Ofício 748/2016GEINV/SUINF,⁶⁷⁸ a Requerida reconheceu o direito ao reequilíbrio em relação a diversas interferências, mas ressaltou as interferências destacadas no parecer anterior, relativas à realocação de redes elétricas entre os km 9,9 e 12,3 e entre os km 59 e 60,5.⁶⁷⁹ Em adição ao Parecer Técnico 125/2016, o Parecer Técnico 144/2016 acrescentou que não foram atendidas por completo as exigências do parágrafo 3º do Ofício Circular 023/2015/GEINV/SUINF, de 9 de novembro de 2015, relativas à documentação comprobatória.⁶⁸⁰

461. A Requerente afirma que, por ocasião da 1ª Revisão Ordinária e 4ª Revisão Extraordinária da Tarifa de Pedágio, apresentou pleito de reequilíbrio por meio do Ofício CRO 989/2016⁶⁸¹ e o reapresentou por meio da Correspondência CRO 1.087/2016,⁶⁸² na qual enfrentou as considerações dos Pareceres Técnicos 125/2016 e 144/2016.⁶⁸³ Em nova análise,⁶⁸⁴ a Requerida reconheceu que a Requerente apresentou documentação adequada, mas apontou que não foi informada sobre a intenção de utilizar as áreas em que se encontram localizadas as redes de energia para empréstimo de materiais.⁶⁸⁵ Também por meio da Nota Técnica 027/2016⁶⁸⁶ a Requerida recusou o reequilíbrio dos custos relativos à realocação das redes de energia elétrica, por entender que tal realocação foi escolha única e exclusiva da Requerente.⁶⁸⁷

⁶⁷⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 112, § 217.

⁶⁷⁸ Doc. C-89.

⁶⁷⁹ Alegações Iniciais da Requerente, p. 113, § 218.

⁶⁸⁰ Alegações Iniciais da Requerente, p. 114, § 219.

⁶⁸¹ Doc. C-58.

⁶⁸² Doc. C-59.

⁶⁸³ Alegações Iniciais da Requerente, p. 114, § 220.

⁶⁸⁴ Doc. C-90 (Parecer Técnico 181/2016/GEINV/SUINF).

⁶⁸⁵ Alegações Iniciais da Requerente, p. 114, § 221.

⁶⁸⁶ Doc. C-63.

⁶⁸⁷ Alegações Iniciais da Requerente, p. 114, § 222.

462. A Requerente afirma que, reapresentado o pleito por meio do Ofício 1399/2017,⁶⁸⁸ no âmbito da 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, foi novamente negado,⁶⁸⁹ sob a justificativa de que a Requerida não fora informada sobre a intenção da Requerente de utilizar a área da faixa de domínio para empréstimo de materiais.⁶⁹⁰

463. A propósito das negativas apresentadas pela Requerida, a Requerente argumenta, em primeiro lugar, que não cabe a aplicação de exigências previstas no Ofício Circular 023/2015/GEINV/SUINF, uma vez que o Ofício é datado de 9 de novembro de 2015 e as remoções foram realizadas em maio e julho de 2015. Ainda que o Ofício tivesse caráter meramente procedimental e incidisse imediatamente para estabelecer a higidez da documentação necessária à comprovação do desequilíbrio, a Requerente observa que a própria Requerida reconheceu, no Parecer Técnico 181/2016/GEINV/SUINF, que a Requerente apresentou documentação adequada para todas as interferências.⁶⁹¹

464. Em segundo lugar, a Requerente sustenta que não há que se falar em imprescindibilidade da remoção da interferência para a obra. Não há exigência de que a interferência esteja no exato local da obra a ser executada. Basta, de acordo com a Requerente, que a utilização da área em que se encontra a interferência se mostre necessária para a realização de uma obra para cumprimento do escopo contratual.⁶⁹² Afirma, a propósito, que o projeto de terraplanagem aprovado pela Requerida⁶⁹³ considerou que os aterros da plataforma da pista utilizariam material de corte primeiramente de empréstimos laterais. Para duplicação da rodovia, era, pois, necessário aterrar a plataforma onde o novo pavimento seria construído e, para aterrará-lo, era necessário obter o material. Nessa hipótese, a utilização de caixa de empréstimo na faixa de domínio é a solução comum e mais eficiente. As atividades de corte e aterro são planejadas de modo a realizar o menor movimento de terras possível. O custo da movimentação de terras é significativo. Além disso, diminui-se o impacto ambiental na região. Como exemplo, a Requerente aponta que, de acordo com a Especificação de

⁶⁸⁸ Doc. C-91.

⁶⁸⁹ Doc. C-92 (Nota Técnica 028/2017/GEINV/SUINF) e Doc. C-93 (Nota Técnica 041/2017/GEINV/SUINF).

⁶⁹⁰ Tais Notas Técnicas foram referendadas pelo Voto DMV 092/2017 (Doc. C-94), que resultou na Resolução ANTT 5.411/2017 (Doc. C-95). Alegações Iniciais da Requerente, p. 114, § 223.

⁶⁹¹ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 115-116, §§ 226-228.

⁶⁹² Alegações Iniciais da Requerente, pp. 116-117, §§ 229-231.

⁶⁹³ Doc. C-96.

Serviços Rodoviários do DER/PR ES-T 03/05,⁶⁹⁴ sempre que possível, devem ser executados empréstimos contíguos ao corpo da estrada. De acordo com as mesmas orientações normativas, a utilização de material em empréstimos concentrados requer manejo ambiental. Além disso, a caixa de empréstimo em faixa de domínio serve também à drenagem da rodovia.⁶⁹⁵

465. Em terceiro lugar, a Requerente afirma que inexistente exigência legal, contratual ou regulatória de que a Requerida deva ser previamente informada ou que tenha de dar sua anuência quanto à utilização de caixas de empréstimo. Alega que, ao exigir comunicação prévia para as remoções ocorridas no 2º ano da Concessão, a Requerida age de modo contraditório. Isso porque, no 1º ano da Concessão, consolidou-se a prática de que semelhante comunicação não era necessária. Ainda que a comunicação fosse necessária, as caixas de empréstimo já constavam dos projetos de drenagem aprovados pela Requerida.⁶⁹⁶

466. Na Arbitragem, a Requerente pleiteia o reconhecimento do direito ao reequilíbrio pela remoção e realocação de redes elétricas localizadas entre os km 9,9 e 12,3 e entre os km 59 e 60,5, no montante de R\$ 102.442,95 (cento e dois mil quatrocentos e quarenta e dois reais e noventa e cinco centavos), em valores de maio de 2012, conforme memorial constante do Doc. C-98.⁶⁹⁷

Posição da Requerida

467. A Requerida sustenta que, em respeito à modicidade tarifária, a cláusula 21.2.20 do Contrato de Concessão prevê reequilíbrio somente em caso de remoções estritamente necessárias à execução das obras no Sistema Rodoviário.⁶⁹⁸

468. De acordo com o Parecer Técnico 125/2016/COINF-URRS/SUINF,⁶⁹⁹ que embasou o indeferimento do pleito, a rede elétrica que necessitava de realocação não estava na área da plataforma de terraplanagem da pista nova de duplicação. A realocação

⁶⁹⁴ Doc. C-97.

⁶⁹⁵ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 117-120, §§ 232-239.

⁶⁹⁶ Doc. C-96. Alegações Iniciais da Requerente, pp. 120-121, §§ 240-242.

⁶⁹⁷ Alegações Iniciais da Requerente, pp. 121-122, § 243.

⁶⁹⁸ Resposta da Requerida, pp. 26-27, §§ 88-89.

⁶⁹⁹ Doc. C-88.

se deu apenas para obter material para aterro de uma forma mais econômica para a concessionária. O material poderia, porém, ter sido obtido até mesmo na própria faixa de domínio, do lado da pista já existente, como foi feito em outros trechos.⁷⁰⁰

Decisão do Tribunal Arbitral

469. Nos termos da cláusula 21.2.20 do Contrato de Concessão, o Poder Concedente responde pelos “*custos decorrentes da necessidade de remoção e/ou realocação de interferências existentes no Sistema Rodoviário, necessárias à execução das obras e serviços previstos no Contrato (...)*”.

470. Cumpre, pois, analisar se a realocação de redes elétricas entre os km 9,9 e 12,3 e entre os km 59 e 60,5 corresponde à hipótese prevista na cláusula 21.2.20 do Contrato de Concessão.

471. Para a Requerente, a realocação das redes de energia elétrica para obtenção de material para aterro da nova pista atende ao pressuposto de necessidade previsto na cláusula 21.2.20 do Contrato de Concessão. Em particular, sustenta que a utilização de caixa de empréstimo na faixa de domínio é a solução comum e eficiente. Isso porque as atividades de corte e aterro são planejadas de modo a realizar o menor movimento de terras possível. A título exemplificativo, apresenta norma técnica do DER do Estado do Paraná, a qual determina que, quando possível, o empréstimo de materiais deve ser contíguo ao corpo da rodovia.⁷⁰¹

472. Em adição, a Requerente afirma que, ainda que a cláusula 21.2.20 do Contrato de Concessão exigisse prévia comunicação das remoções à Requerida, o projeto executivo de duplicação já previa a utilização das caixas de empréstimo e, pois, a Requerida tinha ciência de que as remoções seriam realizadas.⁷⁰²

473. Para a Requerida, a remoção das redes elétricas se mostrava estritamente necessária, pois não se encontravam na área da plataforma de terraplanagem da nova pista, mas na faixa contígua, utilizada pela Requerente como caixa de empréstimo de

⁷⁰⁰ Resposta da Requerida, pp. 27-28, § 90.

⁷⁰¹ Doc. C-97.

⁷⁰² Doc. C-96

material destinado ao aterro da nova pista. No Parecer Técnico 125/2015/COINF-URRS/SUINF, de 27 de junho de 2016,⁷⁰³ sustenta que a realocação deveria ser imprescindível para execução das obras. No Parecer Técnico 181/2016/GEINV/SUINF, de 10 de agosto de 2016,⁷⁰⁴ acrescenta não ter sido informada a respeito da intenção da Requerente de utilizar as áreas para empréstimo de materiais.

474. Na Resposta às Alegações Iniciais, argumenta que o material poderia ter sido obtido na própria faixa de domínio, mas do lado da pista já existente, como foi feito em outros trechos, e que realocação das redes elétricas se deu apenas para que a Requerente obtivesse material para aterro de uma forma mais econômica.

475. A análise do pleito se circunscreve à interpretação da cláusula 21.2.20 do Contrato de Concessão.

476. Nos termos da cláusula 21.2.20 do Contrato de Concessão, a Requerida é responsável pelos “*custos decorrentes da necessidade de remoção e/ou realocação*”, “*necessárias à execução das obras e serviços previstos no Contrato*”.

477. Até o momento, a Requerente logrou demonstrar a razoabilidade das remoções voltadas à obtenção de material para aterro da nova pista. Não se desincumbiu, contudo, do ônus de demonstrar sua necessidade.

478. Em análise preliminar, como argumenta a Requerida, o material poderia ter sido obtido por outros meios, circunstância que afasta a incidência da cláusula 21.2.20 do Contrato de Concessão.

479. Desse modo, embora o ponto comporte exame mais aprofundado, à partida, não se mostra plausível o direito ao reequilíbrio alegado pela Requerente.

⁷⁰³ Doc. C-88.

⁷⁰⁴ Doc. C-90.

II. PERICULUM IN MORA

480. Evidenciado o *fumus boni iuris* a propósito de oito dos treze pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, passa-se a analisar o risco de perecimento do direito da Requerente ao reequilíbrio.

Posição da Requerente

481. Em sua manifestação de 18 de dezembro de 2019, a propósito do *periculum in mora*, a Requerente sustenta que, em virtude de sucessivos episódios de desequilíbrio econômico-financeiro, a Concessão se encontra na iminência da inviabilidade. Por essa razão, afirma ser simplista o argumento veiculado pela Requerida no sentido de que inexistente risco de dano, sob o fundamento de que, caso ao final da Arbitragem lhe assista razão, bastará reequilibrar o Contrato de Concessão em seu favor.⁷⁰⁵

482. A Requerente alega que, apesar do reconhecimento do Poder Concedente acerca do desequilíbrio do Contrato de Concessão, as sanções impostas pela Requerida aumentaram exponencialmente nos meses que antecederam o ajuizamento da ação cautelar.⁷⁰⁶ Em particular, afirma que, desde o ajuizamento da ação, recebeu cerca de 40 novos autos de infração,⁷⁰⁷ com multas que, somadas, superam R\$ 145.000.000,00 (cento e quarenta e cinco milhões de reais).⁷⁰⁸ Por essa razão, sustenta ser necessário coibir a Requerida de utilizar mecanismos de *enforcement* regulatório de maneira abusiva e ilegítima, a ponto de tornar inviável a execução do Contrato de Concessão.⁷⁰⁹

483. A Requerente afirma não ignorar a previsão, no PER, de majoração dos parâmetros a serem atendidos a partir do 5º ano de execução do Contrato, isto é, a partir de março de 2019. Alega, porém, haver contrassenso na conduta da Requerida, que, de um lado, reconhece que o Contrato se encontra desequilibrado, e, de outro, se vale da evolução de tais parâmetros como fundamento para penalizar a Requerente.⁷¹⁰

⁷⁰⁵ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 26, § 83.

⁷⁰⁶ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 26, § 85.

⁷⁰⁷ Doc. C-13.

⁷⁰⁸ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 26, § 86.

⁷⁰⁹ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 27, § 87.

⁷¹⁰ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 27, §§ 89-90.

484. A Requerente aponta que, em 22 de junho de 2017, foi notificada pela Requerida sobre descumprimentos contratuais, tendo-lhe sido concedido prazo para cumprimento, sob pena de instauração de processo de caducidade.⁷¹¹ Afirma que, a partir de então, apresentou pedidos de suspensão das sanções.⁷¹² Em um desses pedidos, consta que a Requerida deu início a processo de caducidade.⁷¹³ Na sua visão, não cabe discutir o cumprimento das obrigações quando pendentes as providências para a correção do desequilíbrio do Contrato de Concessão.⁷¹⁴

485. A Requerente afirma que, em dezembro de 2018, dada a pendência do pedido de revisão quinquenal, a Requerida determinou a suspensão dos efeitos da notificação anterior, por meio da qual conferira à Requerente prazo para cumprimento, sob pena de caducidade.⁷¹⁵ Alega que, apesar disso, a Requerida sinalizou a retomada do processo de caducidade,⁷¹⁶ por meio de ofício datado de julho de 2019.⁷¹⁷

486. De acordo com a Requerente, a possibilidade de retomada do processo de caducidade é reforçada pela expedição da Portaria ANTT 127/2019,⁷¹⁸ que determina seja dada prioridade aos processos administrativos de caducidade em curso, bem como à aplicação de penalidades. A Requerente alega que, nos termos da cláusula 32.2 do Contrato de Concessão, tais medidas não podem ser aplicadas na ocorrência de caso fortuito ou de força maior, como sustenta ter havido em relação à não obtenção de financiamento.⁷¹⁹

487. A Requerente alega, ainda, que a aplicação dos Fatores D e C em razão dos descumprimentos do Contrato de Concessão resultará em redução de cerca de 40% da tarifa de pedágio.⁷²⁰ Com base em suas demonstrações financeiras, sustenta que já suporta

⁷¹¹ Doc. C-14; Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 28, § 92.

⁷¹² Doc. C-15, composto pelos Ofícios CRO 1704/2017, 1946/2018 e 2363/2019.

⁷¹³ Ofício CRO 1704/2017.

⁷¹⁴ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 28, § 93.

⁷¹⁵ Doc. C-16.

⁷¹⁶ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 28, § 94.

⁷¹⁷ Doc. C-17.

⁷¹⁸ Doc. C-18.

⁷¹⁹ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 28, §§ 95-96.

⁷²⁰ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 29, § 97.

situação de prejuízo⁷²¹ e que esse quadro se agravará, de modo a conduzi-la à insolvência.⁷²²

488. A Requerente afirma que o risco de insolvência é evidenciado pela Deliberação 1051 da ANTT, de 11 de dezembro de 2019, por meio do qual foi aprovada a redução da Tarifa Básica de Pedágio quilométrica de R\$ 0,03754 para R\$ 0,03197, mas cuja eficácia se encontra suspensa enquanto vigorar a liminar concedida pelo Poder Judiciário.⁷²³ Com isso, afirma que a tarifa média passará de R\$ 4,84 para R\$ 2,54.⁷²⁴ Desse modo, a aplicação dos Fatores D e C significará queda imediata na receita bruta da Requerente em quase 50%.⁷²⁵

489. A Requerente alega que, no mês seguinte a eventual redução tarifária, considerados os 34% da receita destinada ao custeio de empréstimos ponte, fianças e demais obrigações, a Concessão contará com apenas 18% de sua receita para custear toda a operação e manutenção de sua estrutura administrativa, operacional e de pavimento. Diante de tais circunstâncias, a Requerente sustenta que, uma vez revogada a tutela de urgência, será inevitável a paralisação de todos os serviços atualmente prestados dentro de prazo de 90 dias.⁷²⁶

490. A Requerente afirma que o principal afetado pela revogação da tutela de urgência será o usuário.⁷²⁷ A descontinuidade dos serviços terá impactos sociais negativos, sobretudo no que diz respeito à segurança e ao conforto.⁷²⁸ Destaca, igualmente, as obras que realizou no Sistema Rodoviário a despeito do desequilíbrio do Contrato de Concessão.⁷²⁹

491. A Requerente sustenta que a manutenção da tutela de urgência é indispensável à preservação do resultado útil da Arbitragem. Isso porque, caso sejam impostos agora os descontos tarifários, não haverá contrato a ser reequilibrado ao término da Arbitragem.⁷³⁰

⁷²¹ Doc. C-19.

⁷²² Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 29, § 98.

⁷²³ Doc. R1-57.

⁷²⁴ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 29, § 99.

⁷²⁵ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 29, § 100.

⁷²⁶ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 30, §§ 101-102.

⁷²⁷ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, pp. 30-31, §§ 103-106.

⁷²⁸ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, pp. 31-33, §§ 107-112.

⁷²⁹ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, pp. 33-35, §§ 113-116.

⁷³⁰ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 36, § 119.

No mais, argumenta que nada impede que a tutela de urgência venha a ser revogada mais adiante, caso se chegue à conclusão de que assiste razão à Requerida.⁷³¹

492. Argumenta que a situação por ela experimentada não é isolada. Afirma que três das outras seis concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE lograram êxito em obter provimentos jurisdicionais semelhantes à Tutela Cautelar, como é o caso da Via-40,⁷³² da MSVIA⁷³³ e da Concebra.⁷³⁴ Alega que, embora a liminar da MSVIA tenha sido revogada, a revogação foi objeto de agravo de instrumento ainda pendente de julgamento. A Requerente aponta que, em outra medida autônoma, a MSVIA logrou suspender Deliberação da ANTT que determinou o desconto tarifário no âmbito de tal concessão. A Requerente sustenta, assim, que a manutenção da tutela de urgência afigura-se de rigor como garantia de segurança jurídica e isonomia, tendo em vista que a maioria das concessionárias logrou êxito em obter provimento jurisdicional para obstar a imposição de sanções e de revisões tarifárias.⁷³⁵

493. Em manifestação de 10 de janeiro de 2020, a propósito da juntada, pela Requerida, da Deliberação ANTT 1051/2019,⁷³⁶ a Requerente reafirma que, ao formalizar a rejeição do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro e determinar a redução tarifária com a aplicação do Fator D, o risco de dano na hipótese de revogação da tutela de urgência fica exacerbado.⁷³⁷

494. Junto à manifestação de 10 de janeiro de 2020, a Requerente apresenta a Nota Técnica SEI 1582/2019/GEREF/SUINF/DIR.⁷³⁸ Destaca que, nesse documento, a Requerida faz considerações sobre os aspectos econômico-financeiros da concessão, no período de dezembro de 2014 a dezembro de 2018, e classifica a capacidade da Requerente de honrar seus compromissos no denominado grau de “penumbra”.⁷³⁹

⁷³¹ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 36, § 120.

⁷³² Docs. C-20 e C-21.

⁷³³ Doc. C-22.

⁷³⁴ Doc. C-23.

⁷³⁵ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, pp. 38-40, §§ 131-137.

⁷³⁶ Doc. R1-57.

⁷³⁷ Manifestação da Requerente datada de 10 de janeiro de 2020, p. 17, § 63.

⁷³⁸ Doc. C-27.

⁷³⁹ Manifestação da Requerente datada de 10 de janeiro de 2020, p. 17, § 63.

495. Ainda a propósito do risco de dano, a Requerente sustenta que, como resultado da inviabilidade econômico-financeira da Concessão, ocasionada pela redução tarifária promovida pela Requerida, os municípios situados ao longo da rodovia deixarão de arrecadar tributos. Também deixarão de ser empregados cerca de 630 colaboradores orgânicos da concessionária, além de 744 terceirizados.⁷⁴⁰ Em adição, argumenta que, uma vez inviabilizada a concessão, o DNIT não terá meios de garantir a prestação dos serviços nos patamares exigidos.⁷⁴¹

Posição da Requerida

496. Em sua manifestação de 18 de novembro de 2019, a Requerida pleiteia a revogação da tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário, por estarem ausentes os requisitos que autorizam a sua concessão.⁷⁴²

497. Alega a Requerida que a manutenção da tutela de urgência representa dano ou risco aos usuários do serviço público e que os efeitos da decisão afetam diretamente o usuário que permanecerá arcando com um valor de tarifa incompatível com a infraestrutura disponibilizada pela Requerente aos usuários, sem qualquer previsão legal ou contratual nesse sentido.⁷⁴³

498. Em particular, sustenta que a determinação imposta na tutela de urgência, de que se abstenha de cominar ou exigir penalidades ou impor descontos tarifários, pode contribuir para elevar o risco moral aos contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, na medida em que afasta todos os mecanismos de *enforcement* contratualmente previstos, incentivando as concessionárias a não adimplir suas obrigações e motivando a renegociação indiscriminada de contratos de concessão contribuindo para a seleção adversa e para o comportamento oportunista.⁷⁴⁴

499. Especificamente a propósito do *periculum in mora*, a Requerida sustenta não haver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação em decorrência da revogação da tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário, uma vez que, caso se conclua, ao final

⁷⁴⁰ Manifestação da Requerente datada de 10 de janeiro de 2020, p. 6, §§ 20-21.

⁷⁴¹ Manifestação da Requerente datada de 10 de janeiro de 2020, pp. 11-12, §§ 34-38.

⁷⁴² Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 7, § 16.

⁷⁴³ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 7, § 17.

⁷⁴⁴ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 7, § 18.

da Arbitragem, que assiste razão à Requerente, bastará, então, calcular os valores e realizar o reequilíbrio do Contrato de Concessão em seu favor.⁷⁴⁵

500. Em adição, a Requerida sustenta que a manutenção da tutela de urgência, por um lado, põe em risco o *enforcement* regulatório, pois suprime os mecanismos de incentivo ao cumprimento do Contrato de Concessão e, por outro, faz com que os usuários continuem a arcar com tarifa de pedágio de valor superior ao da infraestrutura disponibilizada.⁷⁴⁶

501. Alega que, como reconhece o TCU,⁷⁴⁷ a manutenção da tutela de urgência tem efeitos irreversíveis para os usuários.⁷⁴⁸ Em particular, sustenta que a atual situação contraria disposições das Leis n.º 8.987/1995 e 10.233/2001, que exigem a adoção de medidas tendentes a assegurar a modicidade tarifária.⁷⁴⁹ Por essa razão, sustenta que os impactos da decisão devem ser analisados sob o ponto de vista do usuário.⁷⁵⁰

502. A Requerida argumenta que, por mais que a Requerente procure justificar a manutenção dos atuais valores de tarifa de pedágio com base em suposto comprometimento da segurança dos usuários, seus descumprimentos são manifestos.⁷⁵¹ A esse respeito, reitera que a manutenção da tutela de urgência é um incentivo à Requerente para executar o Contrato de Concessão como bem entender.

503. A Requerida cita os casos de outras duas outras concessões, também integrantes da 3ª Etapa do PROCROFE, apontados pela Requerente como análogos ao presente. Afirma que nem o Poder Judiciário, no primeiro caso, nem o Árbitro de Emergência, no segundo, identificaram probabilidade do direito e urgência para obstar a aplicação de desconto de reequilíbrio da Tarifa Básica de Pedágio.⁷⁵²

504. A Requerida conclui sua manifestação de 18 de novembro de 2019 com o pedido de que seja revogada a tutela de urgência e lhe seja autorizado: (i) cominar e exigir

⁷⁴⁵ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 53, §§ 148-149.

⁷⁴⁶ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 54, § 151.

⁷⁴⁷ Doc. R1-55.

⁷⁴⁸ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 54, § 152.

⁷⁴⁹ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 54, § 153.

⁷⁵⁰ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 55, § 158.

⁷⁵¹ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 55, § 156.

⁷⁵² Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, pp. 56-60, §§ 159-171.

penalidades contratuais ou impor descontos tarifários como os Fatores C e D, incluindo a execução de eventual garantia em desfavor da Requerente, e (ii) aplicar as penalidades previstas no Contrato de Concessão, podendo, inclusive, propor sua caducidade.⁷⁵³

505. Por ocasião da juntada da Deliberação 1.051, de 11 de dezembro de 2019, por meio da qual foram aprovados a 4ª Revisão Ordinária, a 7ª Revisão Extraordinária e o Reajuste da Tarifa de Pedágio do Contrato de Concessão, com eficácia suspensa em razão da tutela de urgência, a Requerida sustenta que a redução deliberada demonstra que o usuário vem sendo penalizado com tarifa de pedágio que poderia ser 30% inferior aos valores atualmente cobrados pela Requerente.⁷⁵⁴

506. Em adição, em sua Resposta às Alegações Iniciais, a Requerida pontua que a tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário teve como premissas a pendência de pedido de revisão quinquenal, ainda não apreciado na esfera administrativa, e a instauração de Procedimento Arbitral para dirimir as controvérsias existentes entre as Partes. Na Arbitragem, contudo, a Requerente não pediu que a Requerida promova revisão quinquenal. Antes, formulou diversos pleitos de reequilíbrio. Desse modo, a Requerida argumenta que não pode subsistir tutela de urgência concedida com base em pedido que sequer foi formulado.⁷⁵⁵

507. A Requerida afirma, além disso, que, nos termos da Resolução ANTT 675/2004, a revisão quinquenal, diversamente das Revisões Ordinárias e Extraordinárias, busca atender pleitos dos usuários, e não da Concessionária. A ausência de revisão quinquenal, portanto, não significa desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão. Argumenta, assim, que, para obter a tutela de urgência, a Requerente induziu o órgão jurisdicional em erro. No mais, afirma que a própria Requerente tem obstado o prosseguimento da revisão quinquenal, tal como regulada na Resolução 5.859/2019.⁷⁵⁶ A Requerente visa, dessa forma, a manter o fundamento da tutela de urgência. Dada, porém,

⁷⁵³ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 60, § 172.

⁷⁵⁴ Doc. R1-57; Manifestação da Requerida datada de 17 de dezembro de 2019, p. 2, § 2.

⁷⁵⁵ Resposta da Requerida, p. 81, §§ 263-265.

⁷⁵⁶ Doc. R1-73.

a recusa da Requerente, a Requerida a tutela já não pode ser calcada na sua suposta demora em analisar a Revisão Quinquenal.⁷⁵⁷

508. A Requerida sustenta que, nos termos em que proferida, a decisão judicial inviabiliza o exercício da fiscalização estatal e impede o desempenho de suas competências, de modo a causar grave dano à ordem administrativa. Isso porque a decisão permite à Requerente imunidade não apenas por descumprimentos já identificados, mas também de outros que ainda possam ocorrer.⁷⁵⁸

509. A Requerida afirma que, além de limitar indevidamente o exercício das competências da Agência, a decisão judicial traz perigo de irreversibilidade de seus efeitos. Ao imunizar a Requerente das consequências de seu inadimplemento, permite que os potenciais prejuízos ao serviço público se acumulem durante todo o trâmite da Arbitragem, em prejuízo do Poder Concedente e da sociedade.⁷⁵⁹

510. Por fim, a Requerida argumenta que, caso o Tribunal Arbitral entenda que algumas questões postas pela Requerente necessitam de maior aprofundamento ao longo do procedimento, faz-se necessário, ao menos, que a decisão se pautar pelos limites da pretensão deduzida pela Requerente. Isso porque, como observado, a pretensão da Requerente não é que se faça revisão quinquenal, ou que a Requerida reste genericamente impedida de exercer sua competência regulatória, mas sim que: (i) determinados eventos sejam reconhecidos como causadores de desequilíbrio do contrato e (ii) a Requerida prossiga com o devido reequilíbrio em razão dos prejuízos alegados.⁷⁶⁰

Decisão do Tribunal Arbitral

511. Nesta parte da decisão sobre a revogação, manutenção ou alteração da tutela de urgência, cumpre analisar o risco de perecimento do direito alegado pela Requerente.

512. Para a Requerente, está evidenciado o risco de iminente extinção da Concessão em caso de revogação da tutela de urgência, seja em virtude de inviabilidade financeira,

⁷⁵⁷ Resposta da Requerida, pp. 84-86, §§ 272-283.

⁷⁵⁸ Resposta da Requerida, p. 87, §§ 284-285.

⁷⁵⁹ Resposta da Requerida, pp. 89-90, § 297.

⁷⁶⁰ Resposta da Requerida, p. 90, § 300.

seja em virtude da declaração de caducidade do Contrato de Concessão, de modo a comprometer o resultado útil da Arbitragem.

513. Para a Requerida, mesmo que revogada a tutela de urgência, o Contrato de Concessão ainda poderá ser reequilibrado ao término da Arbitragem, caso procedentes os pleitos da Requerente, e há maior risco aos usuários na sua manutenção.

514. Assiste razão à Requerente.

515. O risco de perecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, relacionado aos treze pleitos formulados pela Requerente, está demonstrado e se revela, de modo autônomo, sob dois aspectos. Em primeiro lugar, a revogação da tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário abrirá caminho a processo administrativo de caducidade do Contrato de Concessão. Em segundo lugar a revogação da tutela de urgência elevará o risco de insolvência da Requerente e, conseqüentemente, de paralisação das atividades da Concessão.

516. No que diz respeito ao primeiro aspecto, o risco de extinção do Contrato de Concessão em virtude da caducidade, antes do término do Procedimento Arbitral, é concreto.

517. Como demonstrado, em notificação de 22 de junho de 2017, a Requerida sinalizou a instauração de processo de caducidade em virtude dos descumprimentos imputados à Requerente.⁷⁶¹ Por sua vez, de acordo com ofício da Requerente datado de 11 de dezembro de 2017, há notícia de que o processo de caducidade foi efetivamente iniciado.⁷⁶²

518. Embora os efeitos da notificação de 22 de junho de 2017 tenham sido posteriormente suspensos,⁷⁶³ a Requerida, em ofício de 16 de julho de 2019, tornou a imputar à Requerente o descumprimento de diversas cláusulas contratuais e parâmetros previstos no PER,⁷⁶⁴ circunstância que, como alega a Requerente, aponta a existência de

⁷⁶¹ Doc. C-14.

⁷⁶² Doc. C-15.

⁷⁶³ Doc. C-16.

⁷⁶⁴ Doc. C-17.

risco de retomada do processo de caducidade.⁷⁶⁵ A esse respeito, o art. 2º, I, da Portaria 127, expedida pela Requerida em 19 de abril de 2019, define como uma de suas diretrizes a priorização dos processos administrativos de caducidade em curso.⁷⁶⁶

519. A afastar dúvidas quanto ao risco de perecimento do direito ao reequilíbrio mediante a extinção administrativa do Contrato de Concessão, a Requerida é expressa, entre os pedidos formulados em sua manifestação de 18 de novembro de 2019, a propósito da possibilidade de propor a caducidade após a revogação da tutela de urgência.⁷⁶⁷

520. Por outras palavras, a Requerida reconhece a possibilidade de extinção do Contrato de Concessão, por declaração de caducidade, antes do término da Arbitragem, a confirmar o *periculum in mora* alegado pela Requerente.

521. No que se refere ao segundo aspecto do perigo de dano, está igualmente demonstrada a possibilidade de paralisação das atividades da Requerente em virtude da aplicação de descontos tarifários e penalidades.

522. Em particular, os demonstrativos financeiros da Requerente indicam prejuízo crescente entre os exercícios de 2017 e 2018. Em particular, em 31 de dezembro de 2018, a Requerente apurou prejuízo da ordem de R\$ 20 milhões.⁷⁶⁸

523. De acordo com a Nota Técnica SEI 1582/2019/GEREF/SUINF/DIR, documento no qual a Requerida analisa os aspectos econômico-financeiros da concessão no período compreendido entre dezembro de 2014 e dezembro de 2018, o capital circulante líquido da Requerente, isto é, a diferença entre seu ativo e passivo circulantes, manteve-se negativo em todo o período, com déficit acumulado, em dezembro de 2018, da ordem de R\$ 1,025 bilhão de reais.⁷⁶⁹

524. No mesmo período, o índice de liquidez corrente da Requerente se manteve abaixo de patamar que assegurasse a existência de recursos suficientes para honrar seus

⁷⁶⁵ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, p. 28, § 94.

⁷⁶⁶ Doc. C-18.

⁷⁶⁷ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 60, § 172.

⁷⁶⁸ Doc. C-19.

⁷⁶⁹ Doc. C-27, pp. 2-3.

compromissos de curto prazo. A seu turno, o índice de liquidez geral, para cumprimento das obrigações de longo prazo, mostra-se vulnerável desde 2015.⁷⁷⁰

525. O documento, produzido pela Requerida, igualmente aponta que o lucro líquido da Requerente permaneceu insuficiente para cobrir os juros da dívida. Suas demonstrações financeiras revelam que, em 2018, a Requerente sofreu prejuízo de R\$ 20,7 milhões.⁷⁷¹

526. O documento registra, ainda, que o baixo índice de cobertura do serviço da dívida exigiu diversas repactuações dos prazos de amortização dos empréstimos junto aos credores. Em 31 de dezembro de 2018, os saldos atualizados dos contratos celebrados com o BNDES e com a Caixa Econômica Federal eram, respectivamente, de R\$ 651,4 milhões e R\$ 330,6 milhões.⁷⁷²

527. Ao analisar a atual capacidade da Requerente de cumprir seus compromissos financeiros, o documento produzido pela Requerida conclui que a Requerente se encontra em grau de penumbra, situação intermediária entre a solvência e a insolvência, conforme metodologia do denominado Termômetro de Insolvência de Kanitz.⁷⁷³

528. Somada a tais circunstâncias, caso revogada a tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário, a incidência da Deliberação n.º 1.051/2019⁷⁷⁴ importará queda imediata de quase 50% na receita da tarifa de pedágio auferida pela Requerente. A esse quadro será acrescentada, ainda, a incidência de penalidades impostas pela Requerida e cuja eficácia se encontra suspensa em razão da tutela de urgência.⁷⁷⁵

529. Diante de tais números, na hipótese de revogação da tutela de urgência e, conseqüentemente, de aplicação dos descontos tarifários, com queda imediata de receitas, e incidência das penalidades ora suspensas, a Requerente será conduzida em curto intervalo de tempo a situação de insolvência.

⁷⁷⁰ Doc. C-27, p. 3.

⁷⁷¹ Doc. C-27, p. 4-5.

⁷⁷² Doc. C-27, p. 5-7.

⁷⁷³ Doc. C-27, p. 7.

⁷⁷⁴ Doc. R1-57.

⁷⁷⁵ Doc. C-13.

530. Desse modo, seja em razão do risco de caducidade do Contrato de Concessão antes do término da Arbitragem, seja em razão do risco de insolvência da Requerente e iminente paralisação da execução do Contrato de Concessão, mostra-se suficientemente demonstrado o risco de dano irreversível à Requerente em caso de revogação da tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

531. A tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário deve, pois, ser mantida, nos termos abaixo especificados, a fim de que sejam preservados os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão a propósito dos quais restou evidenciado o *fumus boni iuris*.

532. A esse respeito, cumpre acrescentar que, embora o Tribunal Arbitral tenha reconhecido a plausibilidade de apenas oito dos treze pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro formulados pela Requerente, a tutela de urgência há de ser mantida também em relação aos pleitos em que, por ora, o *fumus boni iuris* não restou evidenciado.

533. Do contrário, a imposição de penalidades ou descontos tarifários relacionados à matéria objeto dos pleitos menos plausíveis poderá levar à extinção da Concessão no curso da Arbitragem e, por consequência, o reequilíbrio pleiteado pela Requerente nos pleitos em que evidenciado o *fumus boni iuris* não poderá ser obtido.

534. Isso não significa, entretanto, que a tutela de urgência em favor da Requerente deva ser mantida na extensão em que foi originalmente concedida pelo Poder Judiciário. À altura, foi determinado à Requerida que se abstinhasse de “*cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos, ou eventual execução da garantia em desfavor da agravante*”, bem como que mantivesse “*as condições tarifárias vigentes*”.⁷⁷⁶

535. A manutenção da tutela de urgência não visa a tolher as competências fiscalizatória e sancionatória da Requerida, mas a assegurar o resultado útil da Arbitragem. Em particular, a suspensão da eficácia dos chamados mecanismos de

⁷⁷⁶ Tutela de urgência deferida nos autos do Agravo de Instrumento n.º 1019784-14.2019.4.01.0000, pelo Desembargador Federal Souza Prudente, da 5ª Turma do Tribunal Regional da 1ª Região, em 7 de agosto de 2019.

enforcement regulatório há de ocorrer apenas com vistas a esse fim e relativamente à matéria discutida na Arbitragem.

536. Desse modo, a Requerida poderá dar andamento a quaisquer processos administrativos de fiscalização, imposição de descontos tarifários e penalidades. Apenas com relação àqueles casos, relacionados aos eventos ora em discussão e aos treze pleitos formulados pela Requerente na Arbitragem, a eficácia desses atos, se houver, permanecerá suspensa enquanto perdurar a tutela ora concedida pelo Tribunal Arbitral e sua confirmação ficará condicionada à Sentença Arbitral Final.⁷⁷⁷

537. Daí o acolhimento do pleito formulado pela Requerida em caráter subsidiário, para que seja parcialmente mantida a tutela de urgência originalmente concedida pelo Poder Judiciário, a fim de que “*a liminar tenha efeitos restritos aos eventos objeto de discussão nessa arbitragem, ficando resguardada a competência da ANTT para exercer seu papel de órgão regulador de todas as demais condutas e eventos que não integram o objeto da presente arbitragem*”.⁷⁷⁸

538. Noutro ponto, não está demonstrado que o alegado prejuízo aos usuários em virtude do pagamento de tarifa de pedágio em valor superior ao que seria devido em face da infraestrutura oferecida justifique a revogação da tutela de urgência. De igual modo, tampouco a Requerente prova prejuízo aos usuários em virtude da revogação da tutela de urgência.

539. Não se ignora pronunciamento do TCU a propósito do descompasso entre a tarifa paga e aquela que seria devida,⁷⁷⁹ tampouco que a legislação exija da Requerida que tome medidas tendentes a assegurar a modicidade tarifária.

540. A análise dos pressupostos necessários à manutenção da tutela de urgência versa, entretanto, sobre o risco de perecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão alegado pela Requerente em caso de perda da Concessão. Não

⁷⁷⁷ De modo análogo, em decisão monocrática sobre a concessão da exploração do aeroporto de Campinas, o Superior Tribunal de Justiça fixou que fica “permitido o prosseguimento do processo administrativo de caducidade e a imposição de penalidades, ressalvadas as decisões da Justiça Federal no âmbito de sua competência” (PET no REsp n.º 1.828.901/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJE 19.02.2020).

⁷⁷⁸ Resposta da Requerida, p. 91, § 302 (ii).

⁷⁷⁹ Doc. R1-55, p 37, §§ 30-31.

versa diretamente sobre os interesses dos usuários, os quais, aliás, sequer se encontram representados neste Procedimento Arbitral.

541. De resto, diante dos dados disponíveis neste procedimento, não é dado ao Tribunal Arbitral chegar a uma conclusão sobre qual seria, no caso, a tutela mais eficiente sob o ponto de vista dos usuários do serviço público. Isso porque, se é verdade que o valor excessivo da tarifa os prejudica, como alega a Requerida,⁷⁸⁰ é igualmente verdade que a extinção da concessão também pode fazê-lo, como sustenta a Requerente,⁷⁸¹ sem que seja possível, nessa altura, afirmar qual seria a solução mais conforme ao interesse dos usuários do serviço público.

542. A sorte de outros litígios a envolver a Requerida e demais concessionárias da 3ª Etapa PROCOFE tampouco se mostra decisiva à análise do *periculum in mora* na presente Arbitragem, uma vez que cada caso deve ser julgado à luz das próprias circunstâncias.

543. Salta aos olhos, assim, que o risco de extinção da Concessão antes do término da Arbitragem justifica a manutenção da tutela de urgência nos limites do objeto da presente Arbitragem, de modo a se preservar a utilidade da discussão de toda a matéria no curso do procedimento.

DISPOSITIVO

544. Demonstrado o *fumus boni iuris* a propósito de oito dos treze pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão formulados pela Requerente, bem como o *periculum in mora* em caso de revogação da tutela de urgência concedida em 7 de agosto de 2019 pelo Poder Judiciário, o Tribunal Arbitral decide o seguinte:

- a. Fica mantida, **parcialmente**, a tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário, para que, até determinação em sentido contrário por parte do Tribunal Arbitral e/ou prolação da Sentença Arbitral Final, não sejam

⁷⁸⁰ Manifestação da Requerida datada de 18 de novembro de 2019, p. 7, § 17, pp. 54, §§ 151-156; Manifestação da Requerida datada de 17 de dezembro de 2019, p. 2, § 2.

⁷⁸¹ Manifestação da Requerente datada de 18 de dezembro de 2019, pp. 30-31, §§ 103-106.

aplicados pela Requerida à Requerente descontos tarifários e penalidades, inclusive eventual declaração administrativa de caducidade, relacionados aos eventos e pleitos discutidos na presente arbitragem, de modo a preservar o eventual direito da Requerente ao reequilíbrio do pactuado em virtude dos eventos e pleitos discutidos na presente arbitragem;

- b. A presente tutela não constitui óbice a que a Requerida atue de acordo com sua competência regulatória, fiscalizadora e sancionadora, podendo dar andamento ou instaurar processos administrativos de fiscalização, imposição de descontos tarifários e penalidades em face da Requerente; e
- c. A eficácia de atos regulatórios, inclusive eventual declaração administrativa de caducidade, a que se refere a letra “b” deste dispositivo, se houver, permanecerá suspensa em relação aos eventos e pleitos submetidos ao presente procedimento arbitral enquanto perdurar a presente tutela e/ou até a prolação de Sentença Arbitral Final.

Esta folha de assinatura é parte integrante e inseparável da Ordem Processual n.º 6 proferida na data abaixo indicada no âmbito do Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF, em curso perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

Sede da arbitragem: Brasília, DF, Brasil.

Data: 11 de maio de 2020.



Cristiano de Sousa Zanetti
Presidente do Tribunal Arbitral

Esta folha de assinatura é parte integrante e inseparável da Ordem Processual n.º 6 proferida na data abaixo indicada no âmbito do Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF, em curso perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

Sede da arbitragem: Brasília, DF, Brasil.

Data: 11 de maio de 2020.



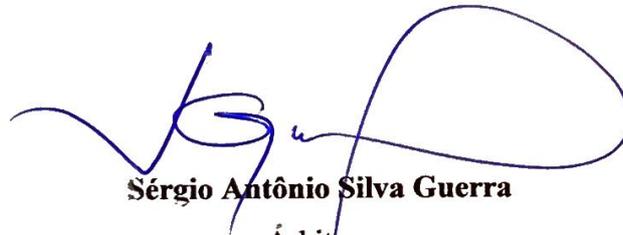
Rodrigo Garcia da Fonseca

Árbitro

Esta folha de assinatura é parte integrante e inseparável da Ordem Processual n.º 6 proferida na data abaixo indicada no âmbito do Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF, em curso perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

Sede da arbitragem: Brasília, DF, Brasil.

Data: 11 de maio de 2020.



Sérgio Antônio Silva Guerra
Árbitro