

**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 20

IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES

REQUERENTE

Rota do Oeste - Concessionária Rota do Oeste S.A., ■■■, doravante denominada “Requerente”.

REQUERIDA

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, Brasília, DF, CEP 70200-003, Brasil, doravante denominada “Requerida”.

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

ORDEM PROCESSUAL N.º 20

Os membros do Tribunal Arbitral instituído para decidir as controvérsias objeto do Procedimento Arbitral CCI n.º 23960/GSS/PFF, em curso na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, **DECIDEM** expedir esta Ordem Processual nos seguintes termos:

CONSIDERANDO que, em 24 de novembro de 2020, a Requerida apresentou pedido de reconsideração da Ordem Processual n.º 18 e juntou o documento R1-91;

CONSIDERANDO que, em 25 de novembro de 2020, por meio de correspondência eletrônica, o Tribunal Arbitral conferiu prazo até o dia 30 de novembro de 2020 para manifestação da Requerente a respeito do pedido e do documento apresentados pela Requerida;

CONSIDERANDO que, em 30 de novembro de 2020, a Requerente manifestou-se contrariamente ao pedido de reconsideração da Ordem Processual n.º 18;

CONSIDERANDO que, nos termos do art. 22 da Lei n.º 9.307/1996, cabe ao  *arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício*”;

CONSIDERANDO os princípios do contraditório, da igualdade das Partes e do livre convencimento do Tribunal Arbitral, enunciados no art. 21, § 2º, da Lei n.º 9.307/1996;

por meio desta Ordem Processual n.º 20, o Tribunal Arbitral **RESOLVE**:

I. POSIÇÃO DA REQUERIDA

1. A Requerida sustenta que, ao deferir as quatro perícias pleiteadas pela Requerente, a Ordem Processual n.º 18 se omitiu em relação a duas objeções apresentadas em sua manifestação de 5 de outubro de 2020, nomeadamente sobre (i) a fixação de recorte metodológico inicial eficiente e crível para instrução processual e (ii) a análise da

viabilidade de aferição pericial sobre atos e determinações decorrentes exclusivamente da capacidade regulatória da Requerida.¹

2. No que diz respeito ao primeiro ponto, a Requerida afirma ser necessário diferenciar entre, de um lado, perícias que visam a auxiliar o Tribunal Arbitral na elucidação de questões técnicas necessárias à definição do direito ao reequilíbrio e, de outro, aquelas que buscam apenas quantificar o valor do desequilíbrio.²

3. Em particular, a Requerida sustenta que, em nome da economia processual e da otimização dos atos procedimentais características da via arbitral, faz-se necessário, nesta altura do procedimento, fixar recorte metodológico para que, num primeiro momento, o Tribunal Arbitral decida sobre a existência do direito da Requerente ao reequilíbrio e sua abrangência.³

4. A Requerida alega que a flexibilidade da arbitragem não pode ser utilizada como forma de tumultuar o procedimento, em violação à celeridade e de modo a gerar maiores custos na sua condução.⁴

5. A Requerida argumenta que a flexibilidade da arbitragem visa ao estabelecimento de procedimento mais adequado ao litígio e, portanto, tem por fim promover a celeridade e menores custos para prolação da sentença arbitral. Não deve, assim, ser utilizada pelas Partes para procrastinar ou até antecipar discussões impertinentes a dado momento processual.⁵ Remete, nesse sentido, ao art. 22 do Regulamento da CCI.⁶

6. De acordo com a Requerida, o recorte metodológico, com delimitação dos fatos e do direito que circundam a questão, visa a ordenar adequadamente a matéria colocada à apreciação do Tribunal Arbitral. Nesse sentido, destaca que discussões que envolvam tão somente aspectos fáticos e jurídicos não reclamam prova pericial, a qual se mostra como

¹ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 2, § 3.

² Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 3, § 4.

³ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 4, § 7.

⁴ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, pp. 4-5, § 9.

⁵ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 5, § 10.

⁶ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 5, § 11.

meio procrastinador e destituído de relevância concreta para a tomada de decisão sobre a questão jurídica incidente.⁷

7. A Requerida sustenta que, nos contratos de concessão, a aferição do desequilíbrio deve passar por quatro etapas: (i) constatação da ocorrência de evento com potencial de afetar o equilíbrio inicial; (ii) verificação quanto à responsabilidade pelo risco associado a tal evento, nos termos do Contrato de Concessão; (iii) avaliação do impacto do evento, à luz do critério de apuração do equilíbrio; e (iv) escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo.⁸

8. A Requerida defende, assim, que, antes de determinar eventual produção de prova pericial, a qual demanda investimento de tempo e de recursos financeiros pelas Partes, cabe ao Tribunal Arbitral proceder a avaliação das normas jurídicas e diretrizes extraídas dos termos contratuais, especialmente em relação à alocação de riscos, para que, uma vez constatada ilegalidade, se examine a repercussão financeira decorrente. Apenas ao final, na hipótese de a Requerida ser condenada, cabe quantificar o reequilíbrio a ser realizado em observância aos meios de recomposição previstos no Contrato.⁹

9. A Requerida afirma que a mera existência de um fato, a exemplo da crise econômica, da variação do volume de tráfego, da variação dos custos dos insumos asfálticos ou da não obtenção de financiamento, não legitima o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. A Requerida sustenta que, apesar disso, parte das perícias deferidas está relacionada a eventos fáticos cuja responsabilidade é atribuída expressamente à Requerente na matriz de riscos do Contrato de Concessão.¹⁰

10. Nesse sentido, a Requerida pontua, a título ilustrativo, que a não obtenção de financiamento é risco expressamente assumido pela Requerente e que, por essa razão, tal fato não lhe confere direito ao reequilíbrio. Alega, em adição, que, para aferir se houve mudança nas condições de financiamento, não se mostra necessário realizar prova pericial. Antes, o Tribunal Arbitral poderia solicitar informações diretamente ao

⁷ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 6, § 13.

⁸ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 7, § 14.

⁹ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 7, § 15.

¹⁰ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, pp. 7-8, § 16.

BNDES.¹¹ A respeito do tema, a Requerida reitera que, em outro procedimento, relativo à concessão da rodovia BR-153, o Tribunal Arbitral se convenceu sobre a alocação de riscos à concessionária sem que fosse necessária a produção de prova pericial.¹²

11. A Requerida sustenta, ainda, ser inviável o afastamento dos instrumentos previstos no Contrato de Concessão, a exemplo do Fator D ou do Fator C, centrais à lógica da regulação por incentivos, consistente em premiar, com aumento de tarifa, a antecipação de obrigações, em não conceder qualquer alteração quando as obrigações são cumpridas no prazo avençado e em reduzir a tarifa quando a obrigação não é cumprida.¹³

12. Afirma que o raciocínio também se aplica ao aumento dos insumos asfálticos, uma vez que as Partes não controvertem sobre o fato, mas sobre a responsabilidade contratual pela variação de preços, risco expressamente alocado à Requerente. A Requerida sustenta, assim, que a realização de perícia para aferir a variação dos insumos asfálticos não tem utilidade, pois tais dados estão disponíveis na ANP. Daí a necessidade de que o Tribunal Arbitral primeiro firme seu entendimento sobre a alocação de riscos relacionada à variação de preço dos insumos asfálticos, para que, em momento posterior, se for o caso, determine a realização de perícia para quantificação do reequilíbrio.¹⁴

13. A Requerida observa, ainda, haver questões decorrentes da interpretação dos termos contratuais e da normatização própria da agência reguladora, como aquelas relativas à alteração do Plano de Ataque original, à execução do PBA-I, à inexecução dos Contratos CREMA, à metodologia de desapropriações e ao aumento do limite de peso bruto por eixo, que demandam, por pertinência, uma avaliação inicial sobre sua legalidade, para, somente em caso de invalidade, se aferir eventual repercussão sobre o Contrato. Remete, nesse sentido, a despacho emitido pela Superintendência de Infraestrutura Rodoviária.¹⁵

14. A Requerida afirma que também os casos de obras de engenharia recomendam avaliação prévia sobre a legalidade da determinação da agência reguladora. Nesse

¹¹ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 8, § 17

¹² Doc. R1-90.

¹³ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, pp. 9-10, § 18.

¹⁴ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, pp. 10-11, §§ 19-20.

¹⁵ Doc. R1-91. Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 11, § 21.

sentido, argumenta que o Tribunal Arbitral deve aferir se a Administração Pública está vinculada aos termos pactuados ou se é juridicamente viável a recepção de obras que destoam das especificações contratuais. Constatada a vinculação das Partes ao pactuado, a prova pericial não trará qualquer contribuição à resolução da controvérsia.¹⁶

15. A Requerida acrescenta que a discussão encontra fundamento e limites no Contrato de Concessão. Disso decorre que a competência do Tribunal Arbitral está limitada aos termos do pactuado, não havendo margem para inovação, a desqualificar os termos do ajuste, de modo a instaurar ambiente anti-isonômico de favorecimento à Requerente em detrimento de demais concessionárias e participantes de leilões públicos.¹⁷

16. De acordo com a Requerida, admitir o afastamento das cláusulas contratuais indubitavelmente conduzirá o Tribunal Arbitral a adotar decisão por equidade, expressamente vedada em arbitragens envolvendo a Administração Pública. A Requerida alega que o mesmo raciocínio se aplica às perícias, de sorte que eventual análise de equidade a ser aferida pela prova pericial é expressamente vedada na via arbitral, na medida que envolve entidade da Administração Pública.¹⁸

17. A Requerida sustenta, assim, que a Administração Pública apenas pode se submeter a decisão tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos e que, ainda que se admitisse julgamento por equidade, não compete ao Tribunal Arbitral reescrever as disposições contratuais.¹⁹

18. Desse modo, ao Tribunal Arbitral cabe avaliar o diálogo entre o conjunto de cláusulas e elementos contratuais, sem qualquer inovação que desvirtue o pactuado. Nesse sentido, a Requerida afirma ser forçoso concluir que as questões ligadas à alocação de riscos e responsabilidades dispostas em contrato demandam tão somente análise das normas e estipulações. O deferimento da prova pericial para análise desses elementos se apresenta como medida inequivocamente desnecessária e impertinente, não trazendo

¹⁶ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 11, § 22.

¹⁷ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 11, § 23.

¹⁸ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 12, § 24.

¹⁹ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, pp. 12-13, §§ 25-26.

ganhos que correspondam aos investimentos de tempo e recursos que permeiam a realização da medida.²⁰

19. Por esses fundamentos, a Requerida afirma ser imprescindível que o Tribunal Arbitral relacione as questões passíveis de resolução tão somente pela interpretação normativa do Contrato de Concessão ou por meios de prova menos dispendiosos, como a análise de documentos ou a prova testemunhal, a fim de que fiquem reservadas à aferição técnica somente as hipóteses que demandam tal digressão, já indicadas pela Requerida.²¹

20. No que diz respeito ao segundo ponto, a Requerida sustenta que as perícias pleiteadas pela Requerente confrontam sua capacidade institucional enquanto órgão regulador. Nesse sentido, faz referência à perícia para aferir o reequilíbrio relacionado ao aumento do peso bruto por eixo.²² Nos termos da legislação setorial, compete à Requerida, dentre outras atribuições, promover estudos sobre o tráfego e demanda de serviço de transporte, a elaboração e edição de normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, a fiscalização da prestação de serviços, a manutenção dos bens arrendados e a autorização para projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas.²³ A Requerida sustenta, assim, existir um espaço de atuação exclusivo do regulador, em relação ao qual o órgão jurisdicional deve adotar postura de deferência.²⁴

21. De acordo com a Requerida, em razão da deferência às razões regulatórias, a decisão administrativa deve se submeter apenas ao controle de legalidade, desde que demonstrada violação a parâmetros legais que circundam a questão, observados os aspectos técnicos e regulatórios decorrentes da capacidade institucional do órgão regulador.²⁵

22. A Requerida afirma que a deferência apresenta duas peculiaridades principais. Enquanto pressuposto, ela se justifica em questões complexas a respeito das quais houve interpretação razoável do regulador na aplicação de normas vagas ou ambíguas. Enquanto método, impõe que, primeiro, se analise a compatibilidade formal da interpretação do

²⁰ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 13, §§ 27-28.

²¹ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 13, § 29.

²² Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 14, § 30.

²³ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 14, § 32.

²⁴ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, pp. 14-16, §§ 33-35.

²⁵ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 16, § 36.

órgão regulador com a norma jurídica aplicável. Depois, se houver ambiguidade, afirma que há de se privilegiar a interpretação da agência, desde que razoável.²⁶

23. De acordo com a Requerida, a deferência é, em si mesma, uma forma de controle de legalidade. A partir das normas vigentes, constata-se se o órgão regulador tem competência para o ato e, em caso positivo, se sua interpretação é razoável e compatível com as normas aplicáveis.²⁷

24. A Requerida sustenta que a atribuição a perícia técnica do estabelecimento de metodologia para cálculo do desequilíbrio decorrente do aumento do limite de peso bruto por eixo a ser aplicada a todos os contratos de concessão vigentes celebrados antes da edição da Lei n.º 13.103/2015, impactados pela alteração legislativa, tem não apenas potencial de gerar graves efeitos sistêmicos no setor regulado, em razão da ausência de tratamento isonômico entre as concessionárias, como subverte a capacidade institucional da Requerida.²⁸

25. A Requerida afirma que, embora a decisão acerca da produção probatória se encontre albergada pelo livre convencimento do julgador, não o exime de motivação fundamentada, a fim de que restem incontestes os ganhos das provas deferidas para a tomada de decisão futura.²⁹

26. A Requerida reitera que, à luz da celeridade e da economia processuais, cabe ao Tribunal Arbitral aferir se a controvérsia posta não é resolúvel pela atividade interpretativa ou pela análise da prova documental já produzida. Acrescenta que a técnica otimizada impõe, ainda, que a análise sobre a pertinência da prova técnica seja antecedida por uma avaliação sobre a viabilidade de outros meios menos dispendiosos, como a prova testemunhal.³⁰

27. Na visão da Requerida, o deferimento da prova pericial não traz ganhos efetivos ao objeto da arbitragem. Reitera que a análise sobre a existência de direito ao reequilíbrio econômico-financeiro é matéria jurídica e que, se eventualmente constatada ilegalidade,

²⁶ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, pp. 16-17, § 37.

²⁷ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 17, § 38.

²⁸ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 17, § 39.

²⁹ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 18, § 42.

³⁰ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 18, § 43.

o reequilíbrio pode ser submetido a análise técnica posterior.³¹ A título de exemplo, a Requerida aponta que, no procedimento arbitral n.º 78/2016/SEC7, o Tribunal Arbitral formou seu convencimento exclusivamente com base nas provas produzidas pelas partes, pois concluiu que não havia necessidade de nomeação de perito para realização de prova pericial.³²

28. Como fator relevante, a Requerida aponta também o custo da prova pericial. Por onerar as Partes, afirma que o deferimento da perícia deve estar restrito aos casos em que seus ganhos são justificáveis, porque não amparados pela documentação trazida pelas Partes ou pela expertise da agência regulatória.³³ A Requerida sustenta, assim, que o Tribunal Arbitral deve avaliar se pode formar seu convencimento por outros meios, uma vez que a produção de inúmeras perícias atrasará o procedimento e o tornará mais custoso.³⁴

II. POSIÇÃO DA REQUERENTE

29. A Requerente pleiteia a integral manutenção da Ordem Processual n.º 18. Dada a tecnicidade das matérias discutidas, afirma que se faz necessária ampla dilação probatória, sendo imprescindível a aplicação de conhecimentos específicos de métodos e processos para confirmação da ocorrência e das causas dos eventos de desequilíbrio, bem como os impactos financeiros e econômicos destes no Contrato de Concessão.³⁵

30. A Requerente afirma que, ao abordar individualmente cada um dos eventos de desequilíbrio discutidos na arbitragem, a Ordem Processual n.º 18 expôs de forma detalhada as razões pelas quais se faz necessária a realização da prova técnica para a solução de cada um desses eventos, de modo a afastar argumentação genérica da Requerida de que a matéria é estritamente jurídica.³⁶

31. Em adição, a Requerente alega que não merecem acolhimento os argumentos de que parte das perícias está relacionada a eventos fáticos cuja responsabilidade a matriz de

³¹ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, pp. 18-19, §§ 44-45.

³² Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 19, § 46.

³³ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 19, § 47.

³⁴ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, pp. 19-20, § 48.

³⁵ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, pp. 2-3, §§ 3-4.

³⁶ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 3, § 5.

riscos do Contrato de Concessão atribui expressamente à Concessionária e de que tal circunstância exige prévia avaliação de aspectos contratuais e legais, a exemplo da sentença proferida na arbitragem relativa à BR-153.³⁷

32. A esse respeito, a Requerente reitera que os procedimentos arbitrais são diferentes e afirma que, tendo em vista que, nesta arbitragem, se discutem descumprimentos e impactos ocasionados à equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, a pretensão da Concessionária demanda necessariamente a análise de aspectos fáticos e técnicos do quanto sucedido no bojo da relação contratual.³⁸

33. A Requerente sustenta que a necessidade da instrução probatória não envolve alteração dos termos do ajuste, ou o afastamento das cláusulas contratuais, a conduzir o Tribunal Arbitral a decidir por equidade, como alega a Requerida, mas imprescindível exame e qualificação dos fatos que podem ter impactado a alocação de riscos previstas no Contrato e, conseqüentemente, acometido seu equilíbrio econômico-financeiro, não havendo nisso ilegalidade.³⁹

34. A Requerente afirma, ainda, que a necessidade da realização da perícia técnica não pode ser suprida pela produção de prova documental, como pretende a Requerida ao afirmar que o Tribunal Arbitral pode inclusive solicitar informações ao BNDES. De acordo com a Requerente, faz-se necessária a análise técnica, com estudo estatístico e econômico concatenado, a fim de apontar a absoluta imprevisibilidade e extraordinariedade da crise e de seus efeitos. Sustenta, assim, que a perícia servirá a demonstrar precisamente que não se trata de mera questão afeta ao risco ordinário de financiamento, mas dos impactos da crise sobre todo o setor de crédito para infraestrutura, a inviabilizar a obtenção de financiamento não apenas perante o BNDES ou demais bancos públicos, mas em qualquer outra forma de mercado.⁴⁰

35. A Requerente afirma que, ao decidir pela necessidade de perícia técnica, o Tribunal Arbitral concluiu pela impossibilidade de cindir a interpretação jurídica e a análise técnica e que o fez dentro dos limites de sua competência, haja vista que o art. 22

³⁷ Doc. R1-90. Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 3, § 6.

³⁸ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, pp. 3-4, §§ 7-9.

³⁹ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 4, § 9.

⁴⁰ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, pp. 4-5, § 10.

da Lei 9.307/1996 confere ao Tribunal Arbitral a faculdade de determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias.⁴¹

36. Noutro ponto, a Requerente reafirma que a Requerida, em sua especificação de provas, não se dedicou a arguir a desnecessidade da realização de provas, tendo inclusive pontuado que caberia à Concessionária a produção de prova robusta, com vistas à eventual desconstituição da presunção de veracidade dos atos administrativos.⁴²

37. De acordo com a Requerente, a Requerida alterou seu posicionamento, com o intuito de ver aproveitadas as conclusões da sentença proferida na arbitragem relativa à concessão da rodovia BR-153, em postura que busca afrontar o Tribunal Arbitral e cercear o direito de defesa da Concessionária, imputando à dilação probatória finalidade procrastinatória e destituída de relevância concreta para a tomada de decisão sobre a questão jurídica incidente.⁴³

38. A Requerente argumenta que a alegada desnecessidade da prova pericial tampouco se justifica à luz dos princípios da celeridade e economicidade. Isso porque a aplicação de tais princípios não se sobrepõe ao direito de defesa da parte, o qual envolve seu direito de provar os fatos constitutivos de suas pretensões, em observância ao devido processo legal.⁴⁴

39. Em adição, a Requerente afirma que o pedido de reconsideração da Ordem Processual n.º 18, formulado pela Requerida, é lastreado em premissa incorreta de que a determinação do reequilíbrio econômico-financeiro é mera questão de direito, como se as disposições legais e contratuais pertinentes à hipótese pudessem ser interpretadas em plano de total abstração, desconectadas dos fatos alegados na arbitragem.⁴⁵

40. A esse respeito, a Requerente sustenta que a Requerida olvida que o processo interpretativo não depende apenas do material jurídico, mas também da análise e

⁴¹ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 5, § 11.

⁴² Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, pp. 5-6, § 12.

⁴³ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 6, § 13.

⁴⁴ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 6, § 14.

⁴⁵ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 6, § 15.

qualificação dos fatos subjacentes, para que se possa determinar seu enquadramento na moldura normativa.⁴⁶

41. Afirma, ainda, que as normas contratuais e legais aplicáveis podem possuir uma inerente indeterminação e que, nessa hipótese, a determinação do sentido normativo, dentre as possibilidades semânticas do texto, é acompanhada da qualificação dos fatos que se pretende aplicar ao texto em questão, o que, no caso concreto, depende de estudos técnicos.⁴⁷

42. Como exemplo, a Requerente refere o conceito de caso fortuito e força maior, empregado na cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão. De acordo com a Requerente, para que um fato possa ser qualificado como tal, é preciso determinar sua extraordinariedade e sua imprevisibilidade ao tempo da licitação. Tal imprevisibilidade depende, por sua vez, de estudo econômico estatístico, pois não há determinação jurídica do que seja um evento imprevisível ou extraordinário. De modo semelhante, para que um fato possa ser caracterizado como afeto à álea extraordinária administrativa é preciso demonstrar a alteração da política pública setorial.⁴⁸

43. A Requerente afirma, assim, que não se pretende terceirizar aos peritos a interpretação do Contrato de Concessão e do ordenamento jurídico, mas qualificar e detalhar os fatos em análise, a fim de que o Tribunal Arbitral decida sobre a correta interpretação da lei e do Contrato de Concessão.⁴⁹

44. Noutro ponto, a Requerente sustenta que, por via indireta, pretende a Requerida obter antecipação do julgamento do mérito. De acordo com a Requerente, isso fica claro no argumento de que, caso o Tribunal Arbitral não concorde com a interpretação da Requerida sobre a matriz de riscos do Contrato de Concessão, estaria decidindo por equidade. A Requerente observa, porém, que o próprio Contrato de Concessão disciplina o afastamento de cláusulas contratuais que alocam riscos à Concessionária quando materializados riscos alocados ao Poder Concedente. A cláusula 21.1 seria inequívoca nesse sentido, ao dispor que é excetuada pela incidência de riscos alocados ao Poder

⁴⁶ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, pp. 6-7, § 16.

⁴⁷ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 7, § 17.

⁴⁸ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 7, § 18.

⁴⁹ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 8, § 20.

Concedente, dentre os quais figura a hipótese de caso fortuito ou força maior, prevista na cláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão.⁵⁰

45. A Requerente sustenta que, por essa razão, o Tribunal Arbitral reconheceu a conveniência da prova pericial, a fim de que seja possível verificar a ocorrência ou não de evento extraordinário e imprevisível quando do momento da licitação.⁵¹ A Requerente pretende, assim, demonstrar que o fato da crise não correspondeu a uma crise qualquer, mas a evento passível de ser qualificado como caso fortuito ou força maior.⁵²

46. De modo semelhante, a Requerente afirma que, com a prova pericial, pretende demonstrar que a variação dos insumos asfálticos não foi ordinária, mas extraordinária e imprevisível, a ensejar a aplicação das cláusulas contratuais que alocam tal risco ao Poder Concedente. Não se trata, portanto, de aferir os valores dos insumos ou o percentual de sua variação, mas de determinar se tal variação era previsível à luz do histórico de preços registrados no passado.⁵³

47. Por fim, a Requerente sustenta que, ao fazer referência à necessidade de deferência, a Requerida demonstra desconhecimento sobre o tema. Em particular, afirma que, ainda que se observem os entendimentos da agência e sua capacitação institucional, a deferência às razões regulatórias variará conforme a compreensão do Tribunal Arbitral sobre a determinação da disciplina jurídica da matéria controvertida, a natureza da decisão e das características institucionais envolvidas e a própria razoabilidade da decisão controlada. De acordo com a Requerente, em nenhuma hipótese a deferência implicará impossibilidade de controle ou automática manutenção da decisão tomada pela agência.⁵⁴

48. A Requerente alega, assim, que o argumento de deferência não pode ser manejado com o fim de impedir que se produzam provas para reduzir a indeterminação de um cenário jurídico de extrema relevância para a controvérsia instalada ou demonstrar que a

⁵⁰ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 8, §§ 21-23.

⁵¹ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 9, § 24.

⁵² Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 9, § 25.

⁵³ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 9, § 26.

⁵⁴ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, pp. 10-11, §§ 27-28.

opção da agência viola diretamente o próprio direito aplicável, nomeadamente as cláusulas que alocam os riscos contratuais ao Poder Concedente.⁵⁵

49. Em adição, a Requerente afirma que a Requerida não pode alegar violação à sua capacidade institucional quando a Requerente postula que seja produzida perícia sobre crise econômica e financeira, matéria alheia ao campo de atuação e especialização da agência.⁵⁶

50. Sustenta que, mesmo nos casos em que a matéria controvertida esteja no âmbito de expertise da agência, é necessário avaliar se a específica questão em discussão requer o uso dessa expertise ou de outra. Alega, assim, a propósito da alteração do limite de peso bruto, que a discussão é factual e que, se há possibilidade de a perícia identificar que o cálculo da Requerida não foi adequado para compreender todo o impacto da sobrecarga no pavimento, é preciso que ao menos se permita a produção de prova apta a demonstrar que a Requerida agiu de forma incorreta. A esse respeito, a Requerente reitera que o fluxo de tráfego da BR-163/MT é formado majoritariamente por veículos de carga pesada. Afirma, ainda, que diversamente do alegado pela Requerida, a discussão não terá impacto nas demais concessões rodoviárias.⁵⁷

51. De acordo com a Requerente, a prova pericial servirá a contribuir e fornecer ao Tribunal Arbitral elementos que lhe permitirão proceder à avaliação das variáveis da controvérsia, em especial a razoabilidade da decisão tomada pela Requerida. Por essa razão, a produção da prova pericial não importa violação à capacidade institucional da agência.⁵⁸

III. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

52. A Requerida sustenta que, ao deferir a produção da prova pericial, a Ordem Processual n.º 18 foi omissa seja em relação à pertinência da medida para definição do

⁵⁵ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 10, § 29.

⁵⁶ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, pp. 11-12, § 30.

⁵⁷ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, p. 12, § 31.

⁵⁸ Manifestação da Requerente datada de 30 de novembro de 2020, pp. 12-13, §§ 32-33.

direito ao reequilíbrio pleiteado pela Requerente, seja em relação à viabilidade de aferição pericial face à capacidade regulatória da agência.

53. Não lhe assiste razão, entretanto.

54. No que diz respeito ao primeiro ponto levantado pela Requerida, a Ordem Processual n.º 18 justificou, a propósito de cada um dos pleitos, a pertinência da prova pericial para aferição do direito ao reequilíbrio alegado pela Requerente.

55. Na visão do Tribunal Arbitral, o julgamento do mérito de tais pleitos não prescinde da análise técnica dos fatos alegados na arbitragem. Isso porque, como observado pela Requerente, a prova de suas alegações não se resume a constatação da existência de certos fatos, mas releva à qualificação jurídica a ser eventualmente atribuída a esses fatos.

56. A Ordem Processual n.º 18, aliás, é expressa nesse sentido.

57. Assim, ao tratar do pleito de reequilíbrio em virtude do aumento dos insumos asfálticos, a decisão afirma que a perícia econômico-financeira se mostra necessária à comprovação da alegada imprevisibilidade da variação dos preços de tais insumos, e não da variação de preços em si. O mesmo se aplica aos argumentos relativos à alegada alteração das condições de financiamento.

58. Cumpre observar que, conforme reiteradamente pontuado na Ordem Processual n.º 18, o deferimento da prova pericial não importa juízo do Tribunal Arbitral a respeito dos fatos que a Requerente pretende demonstrar. Tampouco significa afastamento da disciplina do Contrato de Concessão ou abertura a julgamento por equidade.

59. Tendo em vista que a análise quanto à responsabilidade pelo risco associado a tais eventos reclama a devida consideração ao quanto alegado pela Requerente, em atenção aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o Tribunal Arbitral entende não caber, a essa altura, prolação de sentença parcial.

60. Tal entendimento está em conformidade com o disposto no art. 22 do Regulamento da CCI, uma vez que o dever de condução do procedimento de forma expedita e eficiente deve levar em consideração a complexidade da disputa.

61. A pertinência da prova pericial restou igualmente expressa na Ordem Processual n.º 18 a propósito dos demais pleitos da Requerente.

62. Nomeadamente, quanto ao não aceite de obras de duplicação, diversamente do alegado pela Requerida, não está em causa o afastamento dos instrumentos regulatórios ou a própria vinculação das Partes ao Contrato de Concessão, mas a necessidade de se aferir tecnicamente o cumprimento das obrigações da Requerente.

63. No mesmo sentido, no que se refere à aplicação do Fator D sobre a Tarifa Básica de Pedágio decorrente dos Fluxos de Caixa Marginais, a perícia não visa a alterar a disciplina do instrumento regulatório, tampouco atribuir ao perito a interpretação jurídica do Contrato, mas aferir a compatibilidade da metodologia anteriormente empregada pela Requerida com os parâmetros técnicos contratados.

64. Também no que se refere ao Fator D de Área Trincada, a Ordem Processual n.º 18 é expressa no sentido de que a perícia servirá a esclarecer o cumprimento do parâmetro técnico previsto no Contrato de Concessão.

65. De igual modo, quanto aos demais pleitos, abordados no despacho da Superintendência de Infraestrutura Rodoviária que acompanhou o pedido da Requerida,⁵⁹ a prova pericial não se destina à interpretação das disposições legais ou contratuais aplicáveis, tampouco à criação de metodologias diversas daquelas constantes do pactuado, mas a prover elementos técnicos necessários ao exame das alegações da Requerente.

66. Assim, conforme expresso na Ordem Processual n.º 18, no que se refere a alegada alteração unilateral do Plano de Ataque, a prova pericial poderá esclarecer se o plano original da Requerente era de fato mais viável que o implementado. Quanto à execução do PBA-I, a prova pericial importa à distinção técnica entre estudos e condicionantes ambientais, discussão que antecede a incidência da cláusula 7 do Contrato de Concessão. A propósito dos Contratos CREMA, sem prejuízo da devida análise da matriz de riscos do Contrato de Concessão, a prova pericial mostra-se pertinente à alegação de imprevisibilidade de inexecução de tais contratos ao tempo da licitação. A prova pericial

⁵⁹ Doc. R1-91.

se mostra pertinente, inclusive, para aferir se o decurso do tempo cria embaraço para que a Requerente leve a efeito a demonstração por ela pretendida, como sustenta a Requerida. No que concerne às desapropriações, a prova pericial prestará esclarecimentos sobre os custos reequilibráveis e a metodologia aplicável, à luz das normas técnicas que regem a matéria.

67. O deferimento de análises voltadas à quantificação de tais pleitos se deu em caráter complementar. Cuida-se, ademais, de aspecto fático pertinente aos pedidos formulados pela Requerente.

68. Cumpre esclarecer, por fim, que, a extensão dos trabalhos periciais será delimitada à luz dos quesitos e impugnações a serem apresentados pelas Partes, nos termos da Ordem Processual n.º 18.

69. No que diz respeito ao segundo ponto levantado pela Requerida, as perícias deferidas por meio da Ordem Processual n.º 18 não têm por objetivo pôr em dúvida a competência institucional da Requerida como órgão regulador.

70. A Ordem Processual n.º 18 é expressa nesse sentido ao tratar da perícia relativa ao pleito de reequilíbrio em virtude do aumento do limite de peso bruto por eixo dos caminhões.

71. Conforme consignado na Ordem Processual n.º 18, a perícia se dirige à análise técnica da metodologia que a Requerente reputa correta, sem prejuízo da devida consideração da metodologia desenvolvida pela Requerida, a qual, de acordo com o despacho da Superintendência de Infraestrutura Rodoviária, foi recentemente concluída.⁶⁰

72. Tal como a propósito dos demais pleitos, a perícia pertinente aos impactos do aumento de limite de peso bruto por eixo não visa a criar nova metodologia, mas a fornecer subsídios técnicos para análise das alegações das Partes. Desse modo, o Tribunal Arbitral não vê óbice à produção da prova técnica, cuja extensão, aproveita reiterar, será

⁶⁰ Doc. R1-91.

determinada mediante análise dos quesitos e impugnações a serem apresentadas pelas Partes.

73. Como reconhece a Requerida, ademais, a deferência a sua competência institucional não impede a análise sobre a compatibilidade de suas interpretações com as normas aplicáveis.⁶¹

74. De resto, não convence o paralelo que a Requerida procura traçar com dois outros procedimentos arbitrais.

75. Para além da diversidade fática, no procedimento 23433/GSS/PFF, as partes concordaram com o julgamento antecipado⁶² e, no procedimento 78/2016/SEC7, não havia óbice para que a prova pericial fosse produzida mediante a apresentação de pareceres de técnicos indicados por uma e outra parte.

76. No caso concreto, as partes discordam quanto à possibilidade de julgamento antecipado e o item 15.10 da Ata de Missão é expresso no sentido de que a prova técnica deverá ser realizada por experto nomeado pelo Tribunal Arbitral. Não há, por conseguinte, como invocar as decisões tomadas nos dois casos mencionados pela Requerida para impedir a realização da prova pericial determinada por meio da Ordem Processual n.º 18.

77. Por essas razões, o Tribunal Arbitral entende que deve ser mantida a Ordem Processual n.º 18.

IV. DISPOSITIVO

78. Desse modo, o Tribunal Arbitral decide:

- (i) **REJEITAR** o pedido de reconsideração apresentado pela Requerida em 24 de novembro de 2020; e

⁶¹ Manifestação da Requerida datada de 24 de novembro de 2020, p. 17, § 38.

⁶² Doc. R1-90, p. 30, § 105.

(ii) MANTER a Ordem Processual n.º 18.

Local da arbitragem: Brasília, DF.

Data: 8 de dezembro de 2020.

Cristiano de Sousa Zanetti
Presidente do Tribunal Arbitral
(com prévio conhecimento e anuência dos coárbitros
Rodrigo Garcia da Fonseca e Sérgio Antônio Silva Guerra)