

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

Procedimento Arbitral nº 24595/PFF

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

Requerente

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT

Requerida

TRIBUNAL ARBITRAL

Flávio Amaral Garcia

Patrícia Ferreira Baptista

Sergio Nelson Mannheimer

ORDEM PROCESSUAL Nº 15

11 de março de 2021

1. Por meio do presente pronunciamento, o Tribunal Arbitral aprecia (i) o pedido formulado pela REQUERENTE de reconsideração da Ordem Processual nº 03, à luz da diligência determinada na Ordem Processual nº 08; e (ii) as pretensões deduzidas pela REQUERENTE nas manifestações de 26.10.2020, 06.11.2020, 10.11.2020 e 20.01.2021, relacionadas ao alegado descumprimento de decisões arbitrais pela REQUERIDA.

I. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA ORDEM PROCESSUAL Nº 03 (RELATÓRIO)

2. Por meio da Ordem Processual nº 03, o Tribunal Arbitral revogou a decisão cautelar exarada pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, na parte em que havia impedido a redução das tarifas de pedágio objeto da concessão, de modo a permitir à REQUERIDA implementar a nova tarifa prevista na Deliberação nº 964/2019 (cf. RTE-046 e R-028).

3. Diante da referida Ordem Processual, a REQUERENTE apresentou pedido de reconsideração, datado de 26.06.2020, pretendendo que fosse mantida a suspensão da aplicação do Fator D aprovada na Deliberação nº 964/2019 para a nova tarifa de pedágio da concessão até a prolação de sentença arbitral ou, ao menos, até a superveniência de produção de prova pericial.

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

5. Em síntese², alegou a REQUERENTE que a Ordem Processual nº 03 não apenas teria incorrido em equívocos de premissa, mas também que a implementação da nova tarifa levaria

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

² O detalhamento dos argumentos apresentados pela REQUERENTE pode ser encontrado na Ordem Processual nº 08.

a REQUERENTE a uma “*situação de insolvência em curtíssimo espaço de tempo*”³, impedindo-a de prosseguir com suas atividades, conforme projeções realizadas pela GO ASSOCIADOS⁴.

6. O Tribunal Arbitral, então, por meio das Ordens Processuais n^{os} 04, 05 e 06, estabeleceu amplo contraditório a respeito do pedido de reconsideração da Ordem Processual n^o 03, facultando às partes apresentarem manifestações por escrito, conforme se infere das principalmente das petições de 31.07.2020 da REQUERENTE e de 13.07.2020 da REQUERIDA⁵.

7. Em seguida, em 13.08.2020, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual n^o 07, deferindo a realização de audiência arbitral especificamente para que as partes pudessem expor seus argumentos acerca da necessidade de modificação ou não da Ordem Processual n^o 03. A assentada realizou-se por meio de plataforma virtual (*Microsoft Teams*) em 09.09.2020, com a presença das partes, seus patronos e membros de sua equipe técnica, tendo REQUERENTE e REQUERIDA realizado suas respectivas exposições orais e esclarecido questionamentos dos árbitros.

8. Assim, após as partes apresentarem sua versão conjunta da transcrição da audiência⁶, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual n^o 08, datada de 30.10.2020, por meio da qual apreciou o pedido de reconsideração da REQUERENTE. Decidiu o Tribunal Arbitral, na ocasião, por converter o pedido em diligência para que fosse realizado o cálculo de qual seria o valor da tarifa de pedágio da concessão objeto desta arbitragem se considerado o critério do *break even point*.

9. Com efeito, entendeu o Tribunal Arbitral que não estavam caracterizados os equívocos de premissa indicados pela REQUERENTE na Ordem Processual n^o 03. Ademais, segundo deliberaram os árbitros, as projeções apresentadas pela CONCEBRA em seu pedido de reconsideração não comprovariam, de forma precisa, que a implementação da redução tarifária aprovada na Deliberação n^o 964/2019 teria o efeito de tornar as receitas da Concessionária insuficientes para a manutenção das atividades essenciais da concessão.

³ Cf. item 65 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

⁴ Cf. RTE-001 acostado à manifestação datada de 26.06.2020.

⁵ O detalhamento dos argumentos apresentados por REQUERENTE e REQUERIDA nas manifestações datadas de 13.07.2020 e 31.07.2020 pode ser encontrado na Ordem Processual n^o 08.

⁶ Cf. e-mails enviados pela REQUERENTE e pela REQUERIDA em 29.09.2020 e 30.09.2020.

10. Sem embargo, sem estar indiferente aos argumentos utilizados na Ordem Processual nº 03, mas também ponderando o *periculum in mora* a que poderiam estar submetidos os usuários das rodovias com a suspensão da Deliberação nº 964/2019, o Tribunal Arbitral resolveu, por cautela, apurar, em procedimento simplificado, qual seria o valor da tarifa de pedágio que atenderia às finalidades de: (i) preservação do Contrato de Concessão (cf. RTE-001) e do resultado útil desta arbitragem; e (ii) garantia de que o princípio da modicidade tarifária não seria infringido.

11. Nesse sentido e buscando preservar as competências regulatórias da REQUERIDA, o Tribunal Arbitral determinou, na Ordem Processual nº 08, que a ANTT, “*no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, apresent[asse] o cálculo de qual seria o valor da tarifa de pedágio da concessão se considerado o critério do ponto de equilíbrio (break even point), devendo, para tanto, observar a oitiva prévia da REQUERENTE, que poder[ia] submeter à apreciação da agência reguladora seus cálculos e a sua proposta de tarifa*”⁷.

12. Em 06.11.2020, a REQUERENTE apresentou manifestação demonstrando insatisfação com “*a opção pela deferência regulatória à Agência na apresentação da proposta da tarifa a ser aplicada*”⁸. Segundo defendeu, a REQUERIDA não possuiria imparcialidade para realizar a diligência determinada na Ordem Processual nº 08, seja porque a ANTT figuraria como parte deste procedimento, seja porque a agência reguladora já teria descumprido decisões deste Tribunal Arbitral. Requereu, assim, a reformulação da diligência para que fosse designado um perito para acompanhamento e avaliação final dos trabalhos.

13. Diante da referida manifestação, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 09, oportunizando contraditório à REQUERIDA, a qual, por sua vez, aduziu que a pretensão da REQUERENTE revelaria mero inconformismo de sua parte e que, por conseguinte, deveria ser mantida a diligência da Ordem Processual nº 08, nos exatos termos determinados.

14. Em 26.11.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 11 indeferindo a pretensão da REQUERENTE, por vislumbrar que a atribuição dos cálculos objeto da diligência à

⁷ Cf. item 111 da Ordem Processual nº 08.

⁸ Cf. item 7 da manifestação da REQUERENTE de 06.11.2020.

ANTT se encontrava dentro das esferas de competência da autarquia e que a nomeação de um perito não se afigurava consentânea com a urgência do caso, tampouco com o procedimento adotado pelos árbitros para sua informação.

15. Nessa esteira, em 30.12.2020, a REQUERIDA apresentou o seu cálculo da tarifa de pedágio buscando atender ao comando da Ordem Processual nº 08. Os cálculos vieram acompanhados de manifestação em que a ANTT ressaltou sua posição de que, sem prejuízo dos cálculos realizados, deveria ser mantida a tarifa de pedágio aprovada no âmbito das revisões contratuais, conforme metodologia estabelecida no Contrato de Concessão.

16. De acordo com a REQUERIDA, *“embora prestigie as competências e capacidade regulatórias da ANTT, o Tribunal Arbitral, ao determinar a realização de cálculos que implicam em utilização de metodologia estranha à praxe e ao modelo regulatório implementado por esta Agência na gestão dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária, acaba por fulminar as competências e capacidade regulatórias reconhecidas, pois se imiscui justamente na metodologia de estruturação tarifária”*⁹,

17. Recorrendo ao Despacho SUROD SEI 4700357 (cf. R-115), a REQUERIDA afirmou que o critério estabelecido pelo Tribunal Arbitral para o cálculo da tarifa de pedágio seria estranho ao modelo regulatório, seja porque a autarquia não adota o regime de regulação por custos – sendo o equilíbrio econômico-financeiro dado na licitação, por força da tarifa constante da proposta apresentada pelo licitante vencedor –, seja em razão da existência de relevante assimetria de informações relativas à estrutura de custos e à estratégia empresarial adotada pelos parceiros privados na consecução do objeto contratual.

18. Defendeu, também, (i) *“a temeridade dos resultados pela adição de eventual metodologia contábil em razão da já conhecida investigação levada a cabo pela Polícia Federal a respeito da fidedignidade dos lançamentos contábeis da Requerente”*¹⁰; e (ii) que a adoção de uma nova metodologia por parte da agência reguladora possui burocracia prévia, com a observância de atos próprios, como a realização de audiências públicas.

⁹ Cf. item 6 da manifestação da REQUERIDA de 30.12.2020.

¹⁰ Cf. item 29 da manifestação da REQUERIDA de 30.12.2020.

19. Nessa linha, para a REQUERIDA, “*deve[ria] ser utilizada a metodologia do contrato de concessão, devendo ser mantida a tarifa aprovada em deliberação que aprovou Revisão Ordinária e Extraordinária*”¹¹.

20. Não obstante, com o propósito de atender ao determinado na Ordem Processual nº 08, a REQUERIDA apresentou os documentos R-116, R-117 e R-118, que discriminam o cálculo da tarifa de pedágio elaborado pela ANTT, seguindo, por analogia, o método adotado pela Lei nº 13.448/2017 e pelo Decreto nº 9.957/2019 no âmbito das relições de concessões de infraestrutura.

21. Ainda segundo a ANTT, a analogia se justificaria, porquanto, à semelhança do que ocorre no presente caso, no instituto da relição o Poder Público negocia com o particular condições mínimas para assegurar a prestação do serviço público de forma transitória, até a realização do novo certame do empreendimento, reduzindo-se o objeto licitado aos serviços essenciais que o caracterizam, correspondido por um valor tarifário compatível com as atribuições distribuídas.

22. Dessa maneira, apresentou a REQUERIDA cálculos que “*adota[m] premissas da relição com os recortes metodológicos para atender à Ordem Processual nº 8*”¹², isto é, seguindo os seguintes parâmetros:

“a) *TIR igual a zero;*

b) *Considerar que o contrato vigorará hipoteticamente por mais 24 meses (até o fim do 9º ano-concessão);*

c) *Expurgar os lançamentos do fluxo de caixa para o 10º ano-concessão em diante e, para o 8º e 9º anos-concessão, considerar apenas os serviços de conservação, manutenção, operação e monitoração;*

d) *Parâmetros de desempenho exigidos para trabalhos iniciais;*

e) *Excluir verbas contratuais (RDT, verba de aparelhamento, segurança, desapropriações) a partir do 8º ano-concessão;*”¹³

¹¹ Cf. item 12 da manifestação da REQUERIDA de 30.12.2020.

¹² Cf. item 45 da manifestação da REQUERIDA de 30.12.2020.

¹³ Cf. item 48 da manifestação da REQUERIDA de 30.12.2020.

23. A partir do “cálculo do desconto da tarifa de pedágio baseado na referida metodologia”, a REQUERIDA informa que “*analisou os Fluxos de Caixa Marginal e Verbas Contratuais, parcelas integrantes da referida ‘Tarifa de reequilíbrio’*”¹⁴, consolidando, por fim, a apuração das tarifas de pedágio por praça nos trechos rodoviários concedidos à REQUERENTE. O resultado final encontra-se no documento identificado como R-118, abaixo reproduzido para facilidade de visualização:

Quadro 11: Composição Tarifária

Composição da Tarifa	Procedimento Arbitral: 24595/PFF
TBP Contrato	R\$ 0,02851
Eixos Suspensos	6,5182%
TBP FCM	R\$ 0,00
TBP resultante	R\$ 0,03037
Fator D	70,37754%
Fator Q	0,00000%
Fator X	0,00
Fator C	- 0,07547
IRT	1,54754

Quadro 12: Tarifas de Pedágio

Praças	TCP	Tarifa (R\$) ¹	Arred (R\$)
Praça 1	106,65	1,40925	1,40
Praça 2	78,35	1,01527	1,00
Praça 3	114,00	1,51157	1,50
Praça 4	137,75	1,84221	1,80
Praça 5	121,25	1,61250	1,60
Praça 6	72,20	0,92966	0,90
Praça 7	99,10	1,30414	1,30
Praça 8	102,50	1,35148	1,40
Praça 9	109,00	1,44196	1,40
Praça 10	129,35	1,72527	1,70
Praça 11	106,35	1,40507	1,40

$$^1\text{Tarifa de Pedágio} = \text{TCP} * \text{TBP contrato} * (1 - \text{D} - \text{Q}) * (\text{IRT} - \text{X}) + \text{TCP} * \text{TBP FCM} * (\text{IRT} - \text{X}) + \text{C}$$

24. Na manifestação apresentada em 30.12.2020, a REQUERIDA ainda informou que analisou os cálculos a ela submetidos pela REQUERENTE no curso da diligência, conforme documentos R-114, R-119, R-120 e R-121, tendo apurado as seguintes “inconsistências”:

“55. A área técnica da Requerida aponta as seguintes inconsistências no cálculo da Requerente (Nota Técnica SEI nº 6240/2020/GEFIR/SUOD/DIR, Doc. R-121):

¹⁴ Cf. item 49 da manifestação da REQUERIDA de 30.12.2020.

- a) *Considera para o Fator C os valores da 4ª revisão ordinária, excluindo as correções de fator D e Q;*
- b) *Considera o Fator D aplicado às inexecuções e descumprimento de parâmetros de desempenho do 3º ano de concessão, de 9,47508%;*
- c) *Em relação à tarifa de Fluxo de Caixa Marginal, mantém no cálculo tarifário a Tarifa Básica de Pedágio (TBP) de Fluxo de Caixa Marginal (FCM) de R\$ 0,00078, conforme Anexo Simulado 4786649 do processo 50500.127248/2020-14 (R-120).*

56. *Houve concordância apenas quanto a utilização do Fator Q e X iguais a zero.*¹⁵

25. Concluiu a REQUERIDA, assim, que não haveria nenhuma metodologia que justificasse os valores propostos pela REQUERENTE no curso da diligência, *“de modo a atender minimamente às determinações estabelecidas para o cálculo da tarifa de equilíbrio nos moldes determinados na Ordem processual nº 08”*¹⁶.

26. Diante do resultado da diligência e dos documentos novos apresentados pela REQUERIDA, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 13, datada de 05.01.2021, concedendo prazo para que a REQUERENTE se manifestasse, querendo, sobre a petição da agência reguladora de 30.12.2020.

27. Em razão disto, a REQUERENTE apresentou sua manifestação de 20.01.2021, em que se contrapôs ao cálculo elaborado pela REQUERIDA, assim como à sua pretensão de manutenção da tarifa de pedágio prevista nas revisões contratuais.

28. Em sua manifestação, a REQUERENTE aduziu preliminarmente que já seria *“fato incontroverso nos autos – sob a ótica probatória – a evidente situação de insolvência da Concessionária”*. Segundo ela, *“essa situação já [teria sido] confessada pela própria Requerida em 2018 (RTE-195 Nota Técnica SEI nº 1628/2019)”*¹⁷, conquanto ainda não enfrentada pelo Tribunal Arbitral.

29. Não obstante a inexistência de lide por parte da REQUERIDA, prosseguiu a REQUERENTE, o Tribunal Arbitral teria fundamentado a Ordem Processual nº 03 na ausência de provas da

¹⁵ Cf. itens 55 e 56 da manifestação da REQUERENTE de 30.12.2020.

¹⁶ Cf. item 58 da manifestação da REQUERENTE de 30.12.2020.

¹⁷ Cf. item 02 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

dificuldade financeira. Assim, sob sua ótica, teria ocorrido violação ao princípio do contraditório, mormente porque o ônus quanto à comprovação desse fato seria da agência reguladora ao formular seu pedido de revogação da decisão judicial proferida nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

30. Argumentou a REQUERENTE também que (i) as críticas aos números e projeções por ela apresentadas neste procedimento seriam “*injustas*”¹⁸; (ii) “*o tribunal nada [teria dito] sobre os precedentes jurisprudenciais colacionados pela Requerente sobre a reversibilidade dos valores dispendidos a maior a título de pedágio pelos usuários em situações como a presente*”¹⁹; e (iii) teria caído por terra o fundamento da Ordem Processual nº 03 de que o processo de revisão tarifária que originou a Deliberação nº 964/2019 teria concedido contraditório pleno à Concessionária, tendo em vista o reconhecimento da REQUERIDA na audiência arbitral.

31. Na visão da REQUERENTE, ao determinar a diligência contida na Ordem Processual nº 08, o Tribunal Arbitral teria “*ignor[ado] completamente esse quadro*”²⁰. Sem prejuízo, continuou a REQUERENTE, a despeito de ter custado 60 (sessenta) dias para a saúde financeira da Concessionária, a referida diligência não teria trazido resultado útil para a arbitragem, uma vez que a REQUERIDA teria descumprido a determinação dos árbitros de elaborar o cálculo da tarifa de pedágio pelo critério do *break even point*.

32. Com efeito, afirmou a REQUERENTE que a REQUERIDA apresentou estudo técnico com metodologia inconsistente com aquela especificamente determinada pelo Tribunal Arbitral, tendo alcançado um resultado teratológico, qual seja: um valor de tarifa de pedágio 52% (cinquenta e dois por cento) inferior ao praticado atualmente.

¹⁸ Cf. item 11 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021: “*Entretanto, as críticas aos números apresentados pela Requerente são, data máxima vênia, injustas, pois: (i) o pedido de reconsideração deduzido em 26/06/2020, instruído com projeções elaboradas pela respeitabilíssima equipe GO Associados, apenas foi julgado em 30.11.2020. É evidente que o transcurso de 4 (quatro) meses resultaria em uma pequena distorção entre as projeções e a realidade. Contudo essa mínima oscilação não desabona em nada a conclusão apresentada pelos experts; (ii) conforme parágrafo 89 da petição em resposta ao pedido de reconsideração feito pela ANTT e seu respectivo gráfico, a Requerente, em um cenário absolutamente hipotético e que não se concretizou, simulou fluxo de caixa desconsiderando qualquer efeito na demanda provocada pela crise mundial causada pelo coronavírus, bem como levando em conta um suposto aumento de tráfego da ordem de 9%, em razão da sazonalidade normalmente apontada no segundo semestre. O resultado foi, também, uma frágil situação orçamentária; e (iii) a insolvência da Companhia só não foi declarada de imediato em razão de haverem sido tomadas medidas de austeridade e redimensionamento de suas atividades*”.

¹⁹ Cf. item 12 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

²⁰ Cf. item 14 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

33. Para a REQUERENTE, tal circunstância comprovaria que a REQUERIDA teria atuado de maneira parcial no âmbito da diligência determinada na Ordem Processual nº 08, frustrando a confiança do Tribunal Arbitral. Até mesmo porque, apontou a REQUERENTE, a REQUERIDA teria, em sua manifestação de 30.12.2020, criticado o critério do *break even point* definido pelo Tribunal Arbitral, agindo de maneira contraditória com seu comportamento anterior.

34. A alegada postura da REQUERIDA de consumir os 60 (sessenta) dias concedidos pelo Tribunal Arbitral sem cumprir com o que fora determinado seria agravada, ainda, pela circunstância de que a ANTT teria conduzido os cálculos objeto da Ordem Processual nº 08 de forma unilateral. De acordo com a REQUERENTE, em que pese tenha recebido sua proposta de tarifa (cf. RTE-215), a REQUERIDA não teria atuado na diligência de modo cooperativo, negando o acesso da Concessionária ao processo administrativo criado com a finalidade de cumprir a diligência (cf. RTE-216 e RTE-217) e somente lhe divulgando o resultado por ocasião de sua apresentação neste procedimento arbitral.

35. A REQUERENTE também buscou demonstrar a improcedência da alegação da REQUERIDA de que o Tribunal Arbitral estaria adotando uma nova metodologia regulatória não prevista no Contrato de Concessão. Nas suas palavras:

“36. Em sede de cautelar, não está o Tribunal adotando no mérito um ‘modelo regulatório por custos’, como alega de forma dissimulada a Requerida em sua intempestiva impugnação da Ordem Processual 8. Não é isto que o Tribunal está fazendo (não se está julgando mérito neste momento processual). Tampouco defenderia a Requerente nem nenhum outro conhecedor do setor a subversão do modelo contratual regulatório e sua substituição pela regulação por custos. Trata-se tão somente de decisão cautelar que visa a garantir o resultado útil da arbitragem, para o que precisa pragmaticamente operacionalizar a decisão fundamental anterior do Tribunal de evitar a insolvência da Requerente. Este é o sentido pragmático, a finalidade da Ordem Processual n. 8, que determinou o cálculo do breakeven point com a melhor informação disponível no lapso temporal permitido pelo momento processual. Transformar, como faz a Requerida, o método do cálculo do breakeven point determinado pela Ordem Processual 8 – uma decisão pontual e restrita ao juízo cautelar para fixação de uma tarifa meramente provisória – num ato que “aniquila” o modelo regulatório da ANTT é um evidente exagero retórico.”²¹

²¹ Cf. item 36 da manifestação da REQUERENTE DE 20.01.2021.

36. Além disso, a REQUERENTE rebateu as dúvidas levantadas pela REQUERIDA acerca de suas informações financeiras, esclarecendo que suas demonstrações contábeis seguem todas as normas e padrões, sendo auditadas por empresas independentes e refletindo, de forma real, sua situação financeira.

37. Nesse sentido, conquanto não tenha submetido à REQUERIDA tal documento no curso da diligência determinada na Ordem Processual nº 08, a REQUERENTE acostou à sua manifestação de 20.01.2021 parecer elaborado pela consultoria *Tendências*²², com o seu cálculo da tarifa de pedágio pelo critério do *break even point*²³.

38. Conforme esclareceu a REQUERENTE, o cálculo da consultoria *Tendências* teria sido elaborado considerando um horizonte temporal de 24 (vinte e quatro) meses contados de fevereiro de 2021, a partir de 2 (dois) cenários assim discriminados:

“Cenário I: considera os dispêndios relacionados à reposição do ativo da Concessionária, repondo (ainda que parcialmente) a degradação do ativo; entretanto, não adota uma provisão mensal para arcar com saídas inesperadas de caixa. Em uma Concessão rodoviária, à medida que certos eventos ocorrem (como desmoronamento de taludes sobre a rodovia, entre outros) ou quando parte de seu ativo exceda o limite de sua vida útil, são necessários recursos adicionais para possibilitar a reposição. Por isso, nesse cenário, além dos custos e das despesas operacionais, foram incorporados valores adicionais referentes a esses recursos dispendidos com a reposição do ativo. Assim, não se trata de investimentos em novas obras ou aumento de capacidade, mas da mínima manutenção/reposição dos ativos existentes, evitando a deterioração do nível de serviço aos usuários decorrente desse ativo em depreciação.”

²² Cf. R-213.

²³ De acordo com a consultoria *Tendências*: “Considerando os objetivos definidos pelo Tribunal na Ordem Processual nº 08 e o conceito de break-even point na literatura especializada, a Tarifa BEP objetiva assegurar que a receita obtida pela Concebra seja suficiente para: i. Cobrir os custos envolvidos na operação da rodovia; ii. Possibilitar a manutenção de seus ativos e/ou do nível de serviço prestado; e iii. Fazer frente às necessidades de liquidez e solvência, respeitando os compromissos financeiros previamente assumidos pela Concessionária. Assim, a Tarifa BEP não deve compreender recursos que visam à remuneração do capital próprio da Concebra (ou seja, o caixa produzido não deve remunerar os acionistas da empresa), nem tampouco à geração de recursos para investimentos na ampliação da capacidade de atuação da Concessionária. Ela deve, sim, incluir recursos que permitam à Concessionária realizar os dispêndios mínimos destinados à conservação e operação dos serviços prestados, os quais são expressivos no caso de uma concessão de rodovia. Ou seja, de forma resumida, a Tarifa BEP calculada no presente Parecer visa a incorporar apenas elementos de custeio à luz das definições presentes na literatura especializada. A Ordem Processual nº 03 contém alguns itens específicos do PER que apresentam características de investimentos (e demandam expressivos volumes financeiros para a sua realização) no rol de obrigações da Concessionária. Por essa razão, não foram considerados os investimentos previstos na Ordem Processual nº 03 para o cálculo da Tarifa BEP nos exercícios elaborados neste Parecer.” (cf. RTE-213, p. 8-9).

Cenário II: não considera os dispêndios relacionados à reposição do ativo da Concessionária; entretanto, adota uma mínima provisão mensal (0,5% da receita tarifária projetada) para arcar com saídas inesperadas de caixa.”²⁴

39. Os resultados alcançados pela consultoria *Tendências* para os 2 (dois) cenários se encontram resumidos na passagem abaixo:

“No Cenário I (com reposição do ativo), a Tarifa BEP (média) estimada é de R\$ 5,36. Essa é a tarifa necessária para que a Concebra consiga cobrir suas saídas de caixa projetadas nos próximos 24 meses.(a partir de fevereiro de 2021), possibilitando alcançar o break-even point na janela em questão.

No Cenário II (sem reposição do ativo e com provisionamento de recursos para garantir liquidez), a Tarifa BEP (média) estimada é de R\$ 4,33. Nesse cenário, essa é a tarifa necessária para que a Concebra consiga cobrir suas saídas de caixa projetadas nos próximos 24 meses (a partir de fevereiro de 2021), possibilitando alcançar o break-even point nessa janela temporal.”²⁵

40. O referido parecer da consultoria *Tendências*, dessa forma, no entender da REQUERENTE, deveria ser considerado pelo Tribunal Arbitral, pelo menos *prima facie*, como indicativo da verossimilhança da ordem de grandeza da tarifa correspondente ao *break even point*, não sendo mais produtivo estender a fase cautelar para a apreciação do pedido de reconsideração da Ordem Processual nº 03.

41. Nesse passo, a REQUERENTE reiterou o seu pedido formulado em 26.06.2020, esclarecendo que “*o que se requer, diante do descumprimento pela ANTT da Ordem Processual 8, é o reestabelecimento da tarifa vigente antes da redução autorizada pela Ordem Processual 3, devidamente atualizada pelo índice previsto contratualmente, o IPCA, o que resultará no valor de R\$ 5,05 até a presente data, a ser atualizado a cada 12 (doze) meses pelo mesmo indicador*”²⁶.

42. Subsidiariamente, pediu a REQUERENTE “*a adoção pelo Tribunal Arbitral da proposta tarifária de R\$ 4,37, nos termos do encaminhamento pela Requerente à Requerida no dia 30/11/2020 pela Requerente [sic] (ou seja, uma tarifa que possa permitir a continuidade da*

²⁴ Cf. RTE-213, p. 10.

²⁵ Cf. RTE-213, p. 28.

²⁶ Cf. item 82 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

*prestação dos serviços mínimos isto é, o minimum minorum de conservação e operação), por encontrar-se esta muito mais próximas dos resultados obtidos de um cálculo de break even point (R\$ 4,33, conforme Parecer Tendências) do que dos resultados apresentados a este Tribunal pela Requerida, que derivam de metodologia estranha e ofensiva à Ordem Processual nº 8*²⁷.

43. Considerando que em sua petição de 20.01.2021 a REQUERENTE acostou documentos novos ao procedimento, em 25.01.2021 o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 14, oportunizando o contraditório à REQUERIDA, mas vedando a juntada de documentos novos, a fim de possibilitar o prosseguimento do feito.

44. Nesse passo, em 05.02.2021, a REQUERIDA apresentou sua manifestação. Em síntese, (i) defendeu a regularidade dos cálculos apresentados em 30.12.2020; (ii) apontou imprecisões e discrepâncias metodológicas nos cálculos elaborados pela consultoria *Tendências*²⁸; e (iii) insistiu na regularidade da condução da diligência determinada na Ordem Processual nº 08.

45. No que se refere ao primeiro ponto, a REQUERIDA reiterou a adequação da aplicação analógica da metodologia utilizada no contexto das relicitações para o cálculo da tarifa de pedágio determinada na Ordem Processual nº 08.

46. Em relação ao segundo ponto, a REQUERIDA aduziu que as métricas utilizadas no parecer da *Tendências* desequilibrariam as condições econômicas inicialmente avençadas no instrumento de concessão, especialmente porque:

“i) Confunde Resultado empresarial (lucro ou prejuízo com fluxo de caixa);

ii) Ignora cabalmente que os empréstimos e financiamentos que hoje são amortizados foram outrora captados (entradas de caixa), sem que houvesse à época qualquer redução de tarifa em função dessas entradas na ocasião;

iii) Sob estas premissas, nas oportunidades em que houve captações bancárias ou dos acionistas, haveria de se adotar uma tarifa que zerasse o fluxo de caixa líquido, o que é inimaginável;

iv) Não se sustenta tecnicamente as sugestões do estudo, dentre outros motivos, por ignorar o passado no que não lhe convém;

²⁷ Cf. item 83 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

²⁸ Cf. RTE-213.

v) *A literatura relacionada ao conceito de break-even-point, o qual é exótico ao contrato, apenas remete a (i) receitas, (ii) custos e (iii) despesas, na busca de um quantitativo de receita que torne o lucro nulo. Em avesso a isto, o que se apresenta na avaliação sugerida é um evidente lucro ao concessionário. Um verdadeiro absurdo metodológico! Ressaltamos: segundo o que se sugere a Cia teria apuração positiva de Lucro Societário e não de resultado nulo como é próprio do break even point.*²⁹

47. Por fim, quanto ao terceiro ponto, afirmou a REQUERIDA que, ao realizar a diligência, teria ela oportunizado a oitiva prévia da REQUERENTE e entregue o cálculo solicitado pelo Tribunal Arbitral dentro do prazo estabelecido. Acrescentou, ainda, não ter obrigação de compartilhar administrativamente as análises empreendidas pela autarquia no curso das diligências, seja porque informações nelas contidas estariam sujeitas a sigilo, na forma da Leis nºs 12.527/2011, 8.112/1990 e 8.906/1994 e do Decreto nº 7.724/2012, seja porque os exames da agência não estavam concluídos ao tempo da solicitação.

I.1. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL (FUNDAMENTAÇÃO)

48. O Tribunal Arbitral examinou as manifestações apresentadas pelas partes e passa a deliberar sobre o pedido de reconsideração formulado pela REQUERENTE em 26.06.2020, à luz da diligência determinada na Ordem Processual nº 08.

49. Inicialmente, o Tribunal Arbitral rejeita a alegação deduzida pela REQUERENTE em sua manifestação de 20.01.2021 de que o princípio do contraditório não teria sido respeitado por ocasião da prolação da Ordem Processual nº 03.

50. Com efeito, às partes foi assegurado amplo direito de apresentarem seus argumentos a respeito da necessidade de manutenção/revogação da decisão cautelar proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal³⁰, sendo certo que todos foram levados em consideração pelo Tribunal Arbitral ao expedir a Ordem Processual nº 03.

²⁹ Cf. item 21 da manifestação da REQUERIDA de 05.02.2021.

³⁰ REQUERENTE e REQUERIDA puderam apresentar todos os seus argumentos nas manifestações previstas nos itens 01 e 02 do Cronograma Processual acordado entre as partes (cf. manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020 e Alegações Iniciais da REQUERENTE). Além disso, facultou-se às partes submeterem manifestações não previstas no Cronograma Processual para que pudessem expor suas visões a respeito de fatos supervenientes relacionados às pretensões de manutenção/revogação da decisão judicial proferida na ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400 (cf. manifestações da REQUERIDA de 06.05.2020 e 10.06.2020 e manifestação da REQUERENTE de 09.06.2020).

51. Vale notar que os argumentos elencados pela REQUERENTE em sua manifestação de 20.01.2021 – relacionados aos números comprobatórios da iminente situação de insolvência da Concessionária, aos “*precedentes jurisprudenciais [...] sobre a reversibilidade dos valores dispendidos a maior a título de pedágio em situações como a presente*”³¹ ou mesmo à inobservância do contraditório pela REQUERIDA quando da aprovação da Deliberação nº 964/2019 – somente foram apresentados após a prolação da Ordem Processual nº 03.

52. Sem prejuízo, ainda que apresentados de forma superveniente – por ocasião do pedido de reconsideração datado de 26.06.2020 e de petições subsequentes –, tais argumentos não foram e não vêm sendo desconsiderados pelo Tribunal Arbitral, que, ao contrário, permitiu que sobre eles se abrisse amplo espaço de debate entre as partes, seja por meio de manifestações escritas³², seja através da realização de uma audiência arbitral específica³³ ou mesmo ao determinar uma diligência de certificação³⁴.

53. Não por outra razão, inclusive, a própria REQUERENTE reconheceu, na audiência arbitral realizada em 09.09.2020, a atenção dispensada pelo Tribunal Arbitral aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo registrado não ter qualquer restrição à condução do procedimento arbitral até aquele momento.³⁵

54. A circunstância de o Tribunal Arbitral não ter enfrentado alguns desses argumentos supervenientes elencados pela REQUERENTE na Ordem Processual nº 08, por sua vez, também

³¹ Cf. item 12 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

³² Cf. manifestações da REQUERENTE de 26.06.2020, 15.07.2020, 23.07.2020, 31.07.2020 e 20.01.2021 e manifestações da REQUERIDA de 13.07.2020, 30.12.2020 e 05.02.2021.

³³ Cf. transcrição da audiência arbitral realizada em 09.09.2020.

³⁴ Cf. Ordem Processual nº 08.

³⁵ “*Dr. Sergio Mannheimer [Árbitro Presidente]: Eu queria então, anos [leia-se, antes] de encerrar, eu queria fazer aqui uma saudação especial ao corpo técnico da ANTT e à diretoria da Concebra que estiveram disponíveis nessa audiência para esclarecer as perguntas todas, isso mostra a deferência que tiveram com essa audiência, com o Tribunal Arbitral, o Tribunal Arbitral aprecia isso, eu queria, por fim, antes de encerrar a audiência, se as partes têm alguma restrição à condução [leia-se, condução] do procedimento arbitral, até a presente data. Começando pela requerente.*

Dr. José C. Dutra Júnior [Adv. Reqte.]: Da parte da requerente não, e queria agradecer também, em nome de equipe toda, a forma sempre muito Cortez [sic], com que os árbitros têm tratado as partes, muito atenciosos e sempre zelosos aos aspectos de contraditório e ampla defesa, uma discussão profunda e parabenizar assim a condução que tem sido feito pelo presidente com os Coárbitros nesse sentido, todos figuras bastante admiradas de quem estuda o direito administrativo, o direito público e também o Direito Processual da vertente arbitral. Em nome de equipe, então, eu tenho a dizer que nenhuma restrição existe e ficaremos na expectativa em relação à evolução aí da matéria cautelar. Muito obrigado.” (cf. linhas 3709/3097 da transcrição da audiência arbitral realizada em 09.09.2020).

não caracteriza a alegada inobservância ao contraditório. Isso porque, no referido pronunciamento, o Tribunal Arbitral não deliberou, em definitivo, sobre o pedido de reconsideração da REQUERENTE datado de 26.06.2020, o que somente é feito neste momento.

55. De fato, na Ordem Processual nº 08, o Tribunal Arbitral resolveu, exclusivamente, converter o pedido da REQUERENTE em diligência, na medida em que não logrou vislumbrar que as projeções por ela realizadas comprovariam, de forma precisa, que a implementação da redução tarifária aprovada na Deliberação nº 964/2019 teria o efeito de tornar as receitas da Concessionária insuficientes para a manutenção das atividades essenciais da concessão.

56. Aliás, nesse ponto em particular, o Tribunal Arbitral esclarece que o ônus quanto à prova do fato de que a redução tarifária teria o efeito de prejudicar o desenvolvimento da concessão compete à REQUERENTE, dado que integra a causa de pedir de sua pretensão liminar de suspensão da Deliberação nº 964/2019 – especificamente no que diz respeito ao preenchimento do requisito do *periculum in mora*.³⁶⁻³⁷

³⁶ Transcreva-se, a propósito, afirmação contida na petição inicial da REQUERENTE na ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400: “As crescentes perdas que a requerente vem experimentando – notadamente em razão de cobrança da tarifa em valor inferior àquele a que faz jus para manter a equação econômico-financeira – comprometem a própria existência da concessionária e serão capazes de levá-la à situação falimentar, com a consequente interrupção ou má prestação do serviço público concedido – e, quiçá, a própria extinção do contrato de concessão –, em prejuízo pessoal e, naturalmente, de toda a sociedade.” (cf. R-006). Confira-se, também, o que aduziu a REQUERENTE nas Alegações Iniciais deste procedimento arbitral: “Refutada essa alegação, impende reprisar as razões que consubstanciam o *periculum in mora* na espécie. Em primeiro lugar, as crescentes perdas que a Requerente vinha experimentando – notadamente em razão de cobrança da tarifa em valor inferior àquele a que faz jus para manter a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão – já comprometiam, à época do ajuizamento da ação cautelar, a sua própria existência, com potencial de levá-la à situação falimentar, com a consequente risco de interrupção ou má prestação do serviço público concedido – e, quiçá, a própria extinção do Contrato de Concessão –, em prejuízo pessoal e, naturalmente, de toda a sociedade. Expôs-se, ademais, que a situação se agravou sobremaneira com a redução tarifária implementada pela Deliberação nº 628, publicada no DOU de 03/09/2018 (RTE 31), que prejudicou fortemente a situação financeira da Requerente, bastante combatida em razão dos diversos fatores de desequilíbrio contratual apontados, prejudicando o já inviável cumprimento das obrigações originalmente previstas no Contrato de Concessão, o que estava na iminência de atrair, como consequência, a aplicação de penalidades à Requerente e, no extremo, a própria caducidade da concessão – pena capital prevista em lei para o concessionário –, que implica a extinção da concessão (artigos 37 e 38 da Lei nº 8.987/95). [...] Nesse contexto, exsurge evidente que eventual revogação da medida judicial pelo Tribunal Arbitral consubstanciará verdadeira sentença de morte para o Contrato de Concessão. Ao tempo em que seriam restabelecidos os processos de aplicação de penalidade, inclusive de caducidade (penalidade máxima prevista na legislação), tem-se o agravante de que será imediatamente aplicado o novo valor tarifário já aprovado pela Agência por meio da Deliberação n.º 964, 30/10/2019 (RTE 46), no âmbito da 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária, que reduz em quase 40% o valor da tarifa que vem sendo mantida pela medida judicial, o qual já era absolutamente impraticável no cenário de dano vislumbrando no ano passado por ocasião do ajuizamento da ação cautelar, quando sequer se cogitava das drásticas consequências que a nova crise instaurada pela pandemia do novo coronavírus vem impactando no cenário econômico atual, com fortes reflexos negativos sobre a execução contratual.” (cf. itens 352 a 366 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

³⁷ A atribuição desse ônus probatório à REQUERENTE não apenas decorre de sua vinculação com a comprovação de fato constitutivo de pretensão da Concessionária, como também se afigura consentânea com a teoria das cargas

57. Não subsiste, por outro lado, o argumento da REQUERENTE de que o ônus quanto à comprovação desse fato teria sido transferido para a REQUERIDA em virtude de o Poder Judiciário ter deferido o pedido liminar antes da constituição deste Tribunal Arbitral. A apreciação da liminar levada a efeito pelo Poder Judiciário constitui medida de natureza precária destinada unicamente a assegurar o direito da parte enquanto não constituído o painel arbitral.

58. Ou seja, o exame do pedido cautelar empreendido pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal não vincula³⁸, em qualquer medida, a cognição deste Tribunal Arbitral³⁹, que preserva sua competência para reapreciar o pedido em toda sua extensão, na forma do art. 22-B da Lei nº 9.307/1996⁴⁰, do art. 28 do Regulamento de

dinâmicas probatórias, que permite ao julgador alterar a regra estática de distribuição do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato (sobre o tema: COUTO, Camilo José d'Ávila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. Tese [Doutorado em Direito]. Universidade de São Paulo. 2011; AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015). Afinal, por se tratar de sua própria situação financeira, está a REQUERENTE mais habilitada para produzir essa prova do que a REQUERIDA, que poderia encontrar maior dificuldade para tanto.

³⁸ A propósito: “*Além da revogabilidade (incluída a modificação, substituição ou revogação propriamente dita) ser característica própria das medidas cautelares, que devem sempre se ajustar da melhor maneira possível ao seu objetivo que é assegurar o desenvolvimento efetivo do processo principal ou assegurar-lhe o resultado útil às partes litigantes, não está(ão) vinculado(s) o(s) árbitro(s) à decisão de qualquer órgão jurisdicional estatal, possuindo jurisdição diversa, não sujeita a qualquer hierarquia.*” (VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Reflexões sobre a Tutela Cautelar na Arbitragem*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2005, vol. II, n. 7, pp. 30-44).

³⁹ Sobre o tema: “*Com irresponsável lógica, Fouchard, Gaillard e Goldman afirmam categoricamente que a natureza precária das medidas acautelatórias permite aos árbitros rever decisões judiciais, sendo certo que, na hipótese de se instaurar um conflito entre as medidas decretadas pelo Judiciário e as que o tribunal arbitral entender cabíveis, prevalecerá o entendimento dos árbitros, pois somente eles detêm jurisdição para deliberar sobre o mérito da causa. Asseveram, ainda, que a presunção (iuris tantum, evidentemente) de estarem as autoridades judiciais melhor aparelhadas para, no caso concreto, decidir com maior rapidez, seria o único motivo a justificar a formulação de pleitos cautelares ao Judiciário pelas partes em disputa.*” (LOBO, Carlos Augusto Da Silveira; NEY, Rafael de Moura Rangel. *Revogação de medida liminar judicial pelo juízo arbitral*. In: WALD, Arnoldo [coord.], Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 4, nº 14, Revista dos Tribunais, São Paulo, Out-Dez/01, pp. 358-359)

⁴⁰ “Art. 22-B. *Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.*”

Arbitragem da CCI⁴¹ e do item 16.5 da Ata de Missão⁴², inclusive para aferir se as partes se desincumbiram ou não dos ônus probatórios que lhes recaem.

59. Nessa linha, a argumentação desenvolvida pela REQUERENTE não infirma o fundamento contido na Ordem Processual nº 03 de que careceria de prova a alegação de que a implementação da tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 964/2019 inviabilizaria a continuidade da concessão.

60. Afinal, até o momento em que proferida a Ordem Processual nº 03, a REQUERENTE não havia feito provas concretas nesse sentido⁴³, sendo certo que os documentos então produzidos pelas partes davam conta de que, com a suspensão das obrigações previstas nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão (cf. RTE-001) e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do Programa de Exploração da Rodovia – PER (cf. RTE-014), a tarifa de pedágio cobrada pela Concessionária dos usuários das rodovias passou a deter a finalidade de cobrir custos inferiores àqueles originalmente estimados (v.g. RTE-054).

61. Vale notar – e já adentrando no mérito do pedido da REQUERENTE de 26.06.2020 – que mesmo os elementos trazidos ao procedimento arbitral após a prolação da Ordem Processual nº

⁴¹ “ARTIGO 28. Medidas cautelares e provisórias. 1. A menos que as partes tenham convencionado diferentemente, o tribunal arbitral poderá, tão logo esteja na posse dos autos, e a pedido de uma das partes, determinar a adoção de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada. O tribunal arbitral poderá subordinar tal medida à apresentação de garantias pela parte solicitante. A medida que for adotada tomará a forma de ordem procedimental devidamente fundamentada, ou a forma de uma sentença arbitral, conforme o tribunal arbitral considerar adequado. 2. As partes poderão, antes da remessa dos autos ao tribunal arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um tribunal arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do tribunal arbitral a este título. Quaisquer pedidos ou medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o tribunal arbitral.”

⁴² “16.5. O Tribunal Arbitral poderá, por meio de ordem processual ou sentença parcial, determinar a adoção de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada, não estando vinculado a qualquer decisão já proferida pelo Poder Judiciário, na forma do art. 28 do REGULAMENTO CCI. O Tribunal Arbitral poderá, nesse sentido, alterar, revogar ou anular decisões liminares proferidas pelo Poder Judiciário no curso do procedimento, se julgar apropriado e houver requerimento de alguma das PARTES.”

⁴³ Confirma-se a esse respeito o que constou da Ordem Processual nº 03: “Tal entendimento, inclusive, é corroborado pelo fato de que, em suas Alegações Iniciais, a REQUERENTE não se desincumbiu de demonstrar, contabilmente, que o novo valor da tarifa de pedágio aprovado pela REQUERIDA na Deliberação nº 964/2019 (cf. R-028 e RTE-046) seria incapaz de cobrir seus custos operacionais e demais despesas necessárias à exploração da concessão. Conquanto tenha apresentado relatório dos investimentos por ela realizados (cf. RTE-044), a CONCEBRA não detalhou, em números, o impacto da redução tarifária, circunstância que chamou a atenção do Tribunal Arbitral.” (cf. item 184 da Ordem Processual nº 03).

03 não comprovaram, de forma precisa, que a alteração tarifária objeto da Deliberação nº 964/2019 teria o efeito de prejudicar sobremaneira a manutenção das atividades essenciais da concessão.

62. Deveras, o Tribunal Arbitral concedeu ampla oportunidade para a REQUERENTE demonstrar que a redução tarifária teria o efeito de prejudicar a consecução do programa contratual e de levá-la a uma situação de insolvência em curto espaço de tempo.

63. Basta verificar que facultou à REQUERENTE: (i) acostar ao procedimento o parecer da GO ASSOCIADOS com as projeções de receitas e despesas da Concessionária; (ii) explicar sua real situação financeira em audiência arbitral designada especificamente para este fim; (iii) participar de diligência, em colaboração com a REQUERIDA, para o cálculo do ponto de equilíbrio tarifário da concessão; e, ainda, (iv) apresentar novo parecer econômico, subscrito por profissionais da consultoria *Tendências*.

64. Não obstante, os elementos, explicações e números fornecidos pela REQUERENTE nestas oportunidades não convenceram o Tribunal Arbitral de que a revogação da decisão cautelar proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e o consequente restabelecimento da Deliberação nº 964/2019 teria o efeito de tornar as receitas auferidas pela Concessionária insuficientes para a manutenção das atividades essenciais da concessão.

65. Conforme já mencionado na Ordem Processual nº 08 e reconhecido pela própria REQUERENTE, as projeções de fluxo de caixa constantes do parecer da GO ASSOCIADOS, elaborado em junho de 2020, que comprovariam a iminente situação de insolvência da Concessionária com a redução tarifária, na prática, não se materializaram após a implantação da nova tarifa de pedágio pela Deliberação nº 303/2020⁴⁴.

66. A REQUERENTE também não logrou infirmar as projeções de tráfego (e de entrada de receitas tarifárias) mais otimistas indicadas pela REQUERIDA no documento R-036, tendo deixado de apresentar quais seriam os dados que ela considera reais na audiência arbitral realizada em 09.09.2020 – aspecto este igualmente observado na Ordem Processual nº 08.

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

67. No curso da diligência determinada na Ordem Processual nº 08, por sua vez, a REQUERENTE não se desincumbiu de apresentar à REQUERIDA, de forma transparente e detalhada, o cálculo da tarifa de pedágio segundo o critério do *break even point*. Extrai-se dos documentos identificados como RTE-215, R-119, R-120 e R-121 que a Concessionária se limitou a submeter à agência reguladora, no âmbito do processo administrativo, uma proposta tarifária composta pela aplicação de determinadas regras do Contrato de Concessão que lhe são favoráveis, sem qualquer demonstração da composição de seus custos, como seria de rigor.

68. Abra-se um parêntese, aqui, para registrar que nenhuma das partes atuou de modo colaborativo na consecução da diligência objeto da Ordem Processual nº 08, frustrando a expectativa nelas depositada pelo Tribunal Arbitral.

69. A REQUERENTE, como se disse, não apenas se insurgiu extemporaneamente contra a diligência – alegando parcialidade da REQUERIDA antes mesmo de participar dos trabalhos e de conhecer o seu resultado⁴⁵ –, como também não submeteu à agência reguladora o cálculo do *break even point* tarifário, a partir da demonstração transparente e detalhada da composição de seus custos, o que lhe era esperado⁴⁶.

70. A REQUERIDA, a seu turno, igualmente frustrou a diligência determinada pelo Tribunal Arbitral, deixando de efetuar o cálculo segundo o critério do *break even point*. Buscou, no entanto, metodologia inteiramente diversa e própria da relicitação, que deveria ser, em tese, o caminho natural da devolução da concessão, atendendo aos interesses do Concedente, concessionários e usuários. Tanto é assim que foi editada a Lei nº 13.448/17, cuja finalidade foi, exatamente, conferir segurança jurídica e uma alternativa consensual à caducidade dos contratos de concessão nos setores rodoviário, aeroportuário e ferroviário.

71. Merece censura, ademais, a postura da REQUERIDA de tomar a condução dos trabalhos determinados na Ordem Processual nº 08 como uma estratégia jurídica⁴⁷ – estranha à atividade

⁴⁵ Cf. manifestação da REQUERENTE de 06.11.2020.

⁴⁶ Cf. RTE-215, R-119, R-120 e R-121.

⁴⁷ Consta do RTE-216 que a REQUERIDA teria negado à REQUERENTE o acesso à diligência objeto da Ordem Processual nº 08 nos seguintes termos: “Em atenção ao pleito de cópias formulado mediante Requerimento CNB-DIR 2944.2020 (4711068), referente ao procedimento arbitral em epígrafe, informamos da impossibilidade de

regulatória – e de negar, sem fundamentos idôneos⁴⁸, acesso à REQUERENTE aos documentos produzidos no curso da diligência (cf. RTE-216 e RTE-217).

72. Reluz aos olhos de quem a lê, que a Ordem Processual nº 08 consistia em um verdadeiro mecanismo de incentivo proposto para construção consensual⁴⁹ e colaborativa⁵⁰ de uma solução tarifária provisória que atendesse, ao mesmo tempo, aos interesses de concessionário, usuários,

atendimento, haja vista o fato do processo administrativo afeto ao caso guardar estratégia técnica e jurídica para defesa da Autarquia no feito, informação sujeita a sigilo profissional, nos termos da Lei no 12.527/2011; do art. 116, incisos V, alínea 'a', e VIII da Lei no 8.112/1990; e, do art. 7º, inciso II da Lei no 8.906/1994” (cf. RTE-216).

⁴⁸ Conforme se mencionou acima, em sua manifestação de 05.02.2021, a REQUERIDA defendeu não ter obrigação de compartilhar administrativamente as análises empreendidas pela autarquia no curso da diligência objeto da Ordem Processual nº 08, seja porque informações nelas contidas estariam sujeitas a sigilo, na forma da Leis nºs 12.527/2011, 8.112/1990 e 8.906/1994 e do Decreto nº 7.724/2012, seja porque os exames da agência não estavam concluídos ao tempo da solicitação. Os atos e dispositivos normativos invocados pela REQUERIDA, contudo, não amparam sua conduta. A uma, porque não impõem dever de sigilo, diversos deles disciplinando matérias estranhas a que ora se examina, como a atividade da advocacia e relações de servidores públicos com assuntos da repartição. E, a duas, porque havia decisão arbitral estabelecendo que a condução dos trabalhos deveria se dar de modo colaborativo (cf. item 110 da Ordem Processual nº 08 e item 10 da Ordem Processual nº 10). De outro lado, nota-se que diversas das análises realizadas pelo corpo técnico da ANTT no curso da diligência foram concluídas antes de sua apresentação neste procedimento arbitral em 30.12.2020, conforme se afere da Nota Técnica SEI nº 6113/2020/GEFIR/SUOD/DIR (cf. R-116), datada de 16.12.2020, da Nota Técnica SEI nº 6127/2020/GEFIR/SUOD/DIR (cf. R-117), assinada eletronicamente em 17.12.2020, e da Nota Técnica SEI nº 6149/2020/GEFIR/SUOD/DIR (cf. R-118), assinada eletronicamente em 21.12.2020. Assim, também não havia empecilho material que impedisse a REQUERIDA de interagir de boa-fé com a REQUERENTE, com ela compartilhando os exames empreendidos em âmbito administrativo.

⁴⁹ O incentivo a soluções consensuais encontra-se em consonância com art. 21, § 4º, da Lei nº 9.307/1996, segundo o qual “*competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei*”. Interpretando o referido dispositivo normativo, a doutrina esclarece que “[...] *a tentativa de conciliação não fica reduzida apenas à fase inicial do processo arbitral. Pode o árbitro a qualquer momento tentar a harmonização dos interesses das partes, convocando os contendentes – a pedido deles ou por iniciativa própria – para tentar a conciliação*” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 302-303). Valendo-se dessa prerrogativa, o Tribunal Arbitral buscou incentivar as partes alcançarem um consenso sobre a solução tarifária provisória, estabelecendo no item 110 da Ordem Processual nº 08 que a diligência determinada “*não obsta[va] que as partes p[udessem] convergir quanto à estruturação tarifária provisória que fix[asse] o break even point, o que seria desejável e até mesmo esperado a partir de uma perspectiva relacional dos contratos de concessão*”.

⁵⁰ Sobre o tema: “*Portanto, tal princípio preconiza a cooperação de todos os sujeitos do processo para a efetiva busca pela justiça, redimensionando o princípio do contraditório com a participação efetiva das partes na busca da verdade, as quais terão o direito de influenciar na convicção do juiz. E mais, por ele, o juiz deixa de ser mero espectador do conflito entre as partes, para passar a ter uma participação mais ativa como sujeito do diálogo processual. Assim, há um redimensionamento do contraditório que passará a ser mais valorizado porque deixará de ser apenas uma regra formal para ser instrumento indispensável no aprimoramento da decisão judicial. Busca-se uma condução cooperativa do processo pelo juiz e pelas partes, sem que haja destaques entre um ou outro, mas com vivo e intermitente diálogo a ponto de se poder dizer que a sentença será fruto das discussões travadas ao longo de todo o processo. Todavia, não haverá paridade no momento de proferir a decisão, eis que as partes não decidem com o juiz, pois esta atividade é manifestação do poder.*” (AURELLI, Arlete Inês. *Normas fundamentais no Código de Processo Civil brasileiro*. Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil, vol. 271, setembro/2017, pp. 19-47). A diligência determinada na Ordem Processual nº 08 se enquadrava exatamente nessa perspectiva, ao permitir às partes interagirem de boa-fé para a elaboração de um cálculo do ponto de equilíbrio tarifário, reservando a prerrogativa da decisão final ao Tribunal Arbitral.

regulador e Poder Concedente. Sem embargo, a litigiosidade que tem tomado lugar neste procedimento impediu que as partes pudessem alcançar o resultado esperado.

73. Frustrada, portanto, a diligência determinada na Ordem Processual nº 08 e, por conseguinte, ausentes elementos técnicos que comprovem que a implementação da Deliberação nº 964/2019 teria o efeito de fulminar a concessão de imediato, resta ao Tribunal Arbitral manter a Ordem Processual nº 03.

74. A toda evidência, a REQUERENTE não se desincumbiu de comprovar o *periculum in mora* necessário à suspensão do ato administrativo, sendo certo que o parecer acostado como RTE-213, embora subscrito por renomada consultoria (*Tendências*), não apresentou detalhadamente a composição dos custos da concessão, a ponto de conferir a transparência necessária à certificação da tarifa de *break even point* calculada.

75. Conforme se extrai do RTE-213, o parecer da *Tendências* não discriminou pormenorizadamente os custos operacionais e despesas da REQUERENTE, tendo se limitado a afirmar que estes corresponderiam a uma média genérica de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) mensais, conforme informação prestada pela Concessionária. Confira-se:

*“A projeção dos custos e das despesas operacionais (Operational Expenditure ou Opex) para os 24 meses projetados baseia-se na média desses valores realizados entre janeiro de 2017 e dezembro de 2020, informados pela administração da Companhia com base nas demonstrações financeiras publicadas e auditadas. Essa média corresponde a um montante de R\$ 20 milhões mensais, em moeda de dezembro de 2020, e reflete os desembolsos da Concessionária com diversos itens, dentre eles a conservação das vias, visando a entregar o melhor nível de serviço possível.”*⁵¹

76. Assim, por exemplo, não houve clareza acerca da composição e da natureza dos custos que totalizariam R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), inviabilizando ao Tribunal Arbitral verificar sua adequação ao critério do *break even point*.

77. Repise-se que o ônus de demonstrar os requisitos necessários (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) para a suspensão liminar da Deliberação nº 964/2019 é da REQUERENTE. E

⁵¹ Cf. RTE-213, p. 15

a Nota Técnica SEI nº 1628/2019/GEREF/SUINF/DIR⁵², por ela invocada, não se presta a tornar incontroversa sua alegada dificuldade financeira ou mesmo a comprovar urgência iminente que justifique a imediata suspensão do ato administrativo.

78. Para além de a referida Nota Técnica ter por objeto um período remoto – e não atual – da concessão⁵³, sua conclusão a respeito da dificuldade financeira da Concessionária fundou-se sobretudo na então necessidade do pagamento dos juros do empréstimo-ponte pela CONCEBRA ao BNDES⁵⁴, cujas condições, no entanto, já foram renegociadas, conforme consta do RTE-028⁵⁵.

79. O resultado da diligência objeto da Ordem Processual nº 08, ademais, reafirma a adequação da conclusão do Tribunal Arbitral. Em que pese tenha fugido ao escopo determinado pelos árbitros, o cálculo apresentado como R-118 indicou que, caso aprovada a relicitação da concessão objeto desta arbitragem e celebrado o respectivo aditivo contratual, a agência reguladora pretende reduzir o valor da tarifa de pedágio para o patamar de R\$ 1,40 (um real e quarenta centavos)⁵⁶ – isto é, valor inferior em cerca de 48% (quarenta e oito por cento) àquele previsto na Deliberação nº 964/2019⁵⁷.

⁵² Cf. documento acostado como RTE-003 à manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

⁵³ A Nota Técnica teve por objeto o período compreendido entre os anos de 2014 a 2018, quando ainda não havia se deflagrado a suspensão das obrigações de investimento na ampliação da capacidade das rodovias pelo Poder Judiciário.

⁵⁴ Conforme consta da Nota Técnica SEI nº 1628/2019/GEREF/SUINF/DIR: “*Diante dos fatos suprarrelatados, conclui-se que a Concebra, de modo geral, apresentou baixo desempenho econômico-financeiro entre 2014 a 2018, não especificamente em razão de problemas estritamente operacionais, mas também em decorrência dos juros da dívida de empréstimos e financiamentos vigentes, com vencimento a curto prazo, lançados no passivo circulante da Companhia. [...] Os prejuízos vivenciados pela Concebra e os valores de CCL negativos, segundo a própria Companhia, são provenientes quase que exclusivamente da atualização da dívida do financiamento de curto prazo (ponte) junto ao BNDES. A Concessionária manifestou o entendimento de que a partir de um acordo que reperfile essa dívida, ajustando as taxas de correção e a exclusão das multas e juros moratórios, o resultado anual passaria a ser positivo, gerando lucro contábil*” (cf. itens 4.1 e 4.2 do documento acostado como RTE-003 à manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020).

⁵⁵ Na forma do documento acostado como RTE-028, em 27.12.2019 a CONCEBRA informou ao mercado que “o novo formato do financiamento obtido [empréstimo ponte] contempla, dentre outros fatores, o perdão dos *encargos moratórios através de um bônus de adimplemento. A repactuação prevê a destinação de 27% do faturamento da concessionária, em condições de normalidade, arrecadado mensalmente, para pagamento do serviço da dívida, além da mudança de indexador de TJLP+ 2% a.a. para TLP + 2% a.a.*” (cf. RTE-028).

⁵⁶ Valor da tarifa de pedágio previsto para a Praça 01 do trecho rodoviário concedido.

⁵⁷ O valor da tarifa de pedágio previsto na Deliberação nº 964/2019 para a Praça 01 do trecho rodoviário concedido é de R\$ 2,90 (cf. RTE-046).

80. De sorte que, já tendo a REQUERENTE protocolado pedido para a relicitação das rodovias concedidas (cf. RTE-034), a manutenção da estrutura contratual tarifária acaba por lhe beneficiar, assegurando uma receita de pedágio baseada em tarifa superior, aparentemente capaz de cobrir os custos operacionais para a manutenção da concessão nos limites determinados na Ordem Processual nº 03.

80. O Tribunal Arbitral já destacou em oportunidade anterior – e reitera neste momento – não estar indiferente às consequências práticas de suas decisões, conforme determina o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Tanto é verdade que o Tribunal Arbitral converteu o pedido de reconsideração da Ordem Processual nº 03 em diligência na expectativa de que as partes pudessem atuar de modo cooperativo na identificação de uma tarifa que expressasse o *break even point* ou ao menos que os valores fossem minimamente aproximados. Aconteceu exatamente o inverso e a diligência restou, como óbvio, infrutífera, deixando evidenciado que uma avaliação mais aprofundada dos aspectos financeiros e econômicos do contrato não poderá prescindir da etapa de produção de provas.

81. Assim, os elementos trazidos não autorizam a intervenção na estrutura tarifária consensualmente acordada entre as partes, em especial quando (i) afastadas as obrigações de ampliação de capacidade das rodovias previstas nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, que exigiriam da REQUERENTE maior volume de investimentos; e (ii) frustrado o financiamento de longo prazo, que desonerou a Concessionária do pagamento dos respectivos encargos.

82. Deve-se ter presente que o valor da tarifa da concessão tem por escopo não apenas a manutenção das premissas econômicas que nortearam a contratação da REQUERENTE, mas também – e sobretudo – a garantia da modicidade tarifária, a partir de uma adequada correlação entre valor arrecadado e qualidade do serviço prestado, como já destacado na Ordem Processual nº 03:

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

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

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

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

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

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

191. *Há de se considerar, nesse aspecto, a questão da proporcionalidade da tarifa, assim compreendida sob o prisma da correlação entre o valor arrecadado e a qualidade do serviço prestado nas rodovias, como bem apontam Joana Paula Batista e Aline Paola Correa Braga Câmara Almeida: [...]”⁵⁸*

83. Nesse passo, em sede de cognição sumária, não de prevalecer a modicidade e a proporcionalidade tarifária, aqui asseguradas por meio da deferência à estrutura contratual, que contempla revisões periódicas exatamente com o escopo de manter o valor do pedágio em consonância com a realidade dos serviços prestados nas rodovias concedidas.

84. Não se pode ignorar que a principal razão da redução da tarifa é o Fator D, que guarda relação direta, à luz do contrato celebrado, com os investimentos efetivamente realizados. Não cabe ao Tribunal Arbitral, neste momento, fazer qualquer juízo de valor acerca dos mecanismos tarifários consensualmente pactuados no Contrato de Concessão. Contudo, é inequívoco que a

⁵⁸ Cf. itens 185 a 191 da Ordem Processual nº 03.

consequência imediata da desobrigação dos vultosos investimentos a serem feitos pela REQUERENTE e que foram deferidos pelo Tribunal Arbitral, é a correspondente redução do valor da tarifa na exata proporção dos investimentos. Não se trata de invenção ou mesmo de decisão voluntarista do Tribunal Arbitral. Trata-se de uma consequência direta que decorre do arranjo contratual que as partes, livremente, ajustaram.

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

86. Não se ignora, também, que a prestação de serviços públicos comporta mecanismos de solidariedade, sendo bastante comum que os usuários, não raras vezes, arquem com valores superiores aos serviços que recebem (ex.: subsídios cruzados, financiamentos de gratuidade, tarifas sociais). Entretanto, tais mecanismos são autorizados por lei ou mesmo estabelecidos previamente no contrato como forma de viabilizar a prestação dos serviços públicos. Não parece, *prima facie*, que estaria o Tribunal Arbitral autorizado – sem nenhum elemento concreto – a transferir para os usuários o ônus de financiar equívocos que lhe são completamente estranhos, o que é corroborado pelo disposto no art. 35, VIII, § 1º, ‘b’, da Lei nº 10.233/2001:

“Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: [...]

VIII – critérios para reajuste e revisão das tarifas; [...]

§ 1º Os critérios para revisão das tarifas a que se refere o inciso VIII do caput deverão considerar:

b) a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário.”

87. Em outras palavras, instituir um mecanismo de solidariedade dos usuários para com a REQUERENTE a partir de uma decisão arbitral – desamparada de qualquer fundamento técnico indicativo da correlação entre os atuais investimentos e a tarifa efetivamente cobrada – resulta em indevido afastamento das regras do Contrato de Concessão, às quais as partes consensualmente aderiram.

88. Em seu pedido de reconsideração datado de 26.06.2020, a REQUERENTE ainda buscou defender que a suspensão da Deliberação nº 964/2019 não acarretaria prejuízos para os usuários das rodovias, sob a tese de que julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça permitiriam a eles reaverem os “valores dispendidos a maior a título de pedágio [...] em situações como a presente”⁵⁹.

89. Ocorre que, para além de tais julgados não vincularem o Tribunal Arbitral⁶⁰, o fato é que eles não afastam a dificuldade prática e material de se restituir, no futuro, a todos os usuários das rodovias as diferenças de pedágio eventualmente apuradas ao final. Não é crível, realmente, que todos, ou mesmo parcela importante dos usuários das rodovias guardariam os seus comprovantes de pagamento de pedágio para, em um futuro remoto, poder pleitear eventuais diferenças de poucos centavos pagos a maior.

90. Tanto que os julgados mencionados pela REQUERENTE não foram proferidos em sede de ações repetitórias ajuizadas por usuários de rodovias, tendo a possibilidade de restituição sido aventada em *obiter dictum*: (i) pelo Supremo Tribunal Federal para indeferir liminares em ações diretas de inconstitucionalidade que discutiam a natureza tributária ou não do pedágio (ADI 800/RS e ADI/MC 24/SP); e (ii) pelo Superior Tribunal de Justiça para afirmar a possibilidade da cobrança de pedágio e a majoração de tarifa por parte de concessionárias questionadas por órgãos de controle no âmbito da Suspensão de Liminar nº 34 e da Suspensão Liminar de Segurança nº 174.

⁵⁹ Cf. item 12 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

⁶⁰ As decisões do Superior Tribunal de Justiça invocadas pela REQUERENTE (STJ, SL 34, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 2.10.2003; e STJ, SLS 174, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21.9.2005) não se inserem dentre aquelas elencadas no art. 927 do Código de Processo Civil, qualificando-se, nas palavras de Luis Felipe Salomão e Rodrigo Fux, como “*precedentes persuasivos*”. E, sobre estes, esclarecem os mencionados autores o seguinte: “*Com relação aos precedentes persuasivos, situação diversa é apresentada. Esses possuem eficácia mediata ou secundária, assim como a analogia, os costumes, entre outras fontes do direito que concorrem para a formação do convencimento do julgador. Percebe-se, desse modo, que os julgadores, inclusive os árbitros, não estão obrigados a aplicar os precedentes persuasivos, mas isso não significa que devam ignorá-los solenemente*” (SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 66/2020, p. 139-174). Por outro lado, as decisões liminares proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 800, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 02.12.1992; e STF, ADI/MC 24/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 09.06.1989) também não vinculam o Tribunal Arbitral, por versarem sobre a (in)constitucionalidade de atos normativos que não se aplicam ao presente caso, quais sejam: (i) o Decreto nº 34.417/1992 do Estado do Rio Grande do Sul, que autorizou a cobrança de pedágio em uma rodovia específica daquele estado (RS/135); e (ii) a Lei Federal nº 7.712/1988, que disciplinava a cobrança de pedágio, em rodovias federais, através do selo de pedágio, a qual, no entanto, já se encontra revogada (cf. Lei nº 8.075/1990).

91. Seja como for, há de se deixar claro que o Tribunal Arbitral não deliberou que a dificuldade de restituição dos usuários seria fundamento, por si só, apto a assegurar a aplicação da Deliberação nº 964/2019. Apenas considerou que isto qualificaria *periculum in mora* inverso no caso vertente, constituindo, portanto, mais um elemento (dentre outros) a corroborar a necessidade de revogação da decisão judicial proferida na ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

92. No pedido de reconsideração, a REQUERENTE também buscou inquirir de vícios o processo administrativo que resultou na Deliberação nº 964/2019, sob a tese de que o contraditório não teria sido observado naquela esfera.

93. O que se observa dos documentos colacionados ao procedimento arbitral, no entanto, é que a Deliberação nº 964/2019 foi precedida de amplo debate técnico entre Concessionária e agência reguladora (cf. RTE-047, R-046, R-047 e R-048). Se a REQUERIDA deixou de apreciar no processo administrativo objeto da 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio algum argumento da REQUERENTE, tal não é suficiente para inquirir todo o processo administrativo de nulidade, ainda mais quando o argumento foi remetido para apreciação em outra sede⁶¹ e não se tem notícia de qualquer decisão declarando a invalidade dos atos praticados pela ANTT.

94. Pelos fundamentos acima expostos, portanto, o Tribunal Arbitral resolve indeferir o pedido de reconsideração formulado pela REQUERENTE em 26.06.2020 – e reiterado em 15.07.2020, 23.07.2020, 09.09.2020 e 20.01.2021 –, de modo a manter os efeitos do item “v” do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03, que autorizou a REQUERIDA a implementar a tarifa de pedágio aprovada na Deliberação nº 964/2019 no âmbito da concessão objeto desta arbitragem.

II. DESCUMPRIMENTOS DA ORDEM PROCESSUAL Nº 03 (RELATÓRIO)

95. Em atenção ao cronograma processual constante da Ordem Processual nº 02, as partes apresentaram manifestações de especificação de provas. Na oportunidade, a REQUERENTE noticiou que a REQUERIDA estaria a descumprir o determinado na Ordem Processual nº 03, ao

⁶¹ Consta do Parecer 361/2019/GEFIR/SUINF/DIR (documento acostado como RTE-002 à manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020) que o questionamento da CONCEBRA referente à frustração do financiamento de longo prazo teve sua análise remetida pela ANTT para outro processo administrativo.

(i) emitir autos de infração referentes a inexecuções de obrigações de realização de investimentos nas rodovias objeto do Contrato de Concessão; e (ii) oficiar a Concessionária para “*apresentar informações e revisões sobre projetos pertinentes a investimentos de ampliação de capacidade*”⁶² (cf. RTE-203 e RTE-204).

96. Em 06.11.2020, ao tecer considerações sobre a Ordem Processual nº 08, a REQUERENTE reiterou que a REQUERIDA estaria descumprindo decisões deste Tribunal Arbitral. Deveras, além dos fatos antes noticiados, a REQUERENTE informou que, “ *muito embora impedida de realizar qualquer redução tarifária além daquela autorizada pela Deliberação nº 964/2019, a Requerida [...] reduziu, novamente, poucos dias após a Ordem Processual nº 08, a tarifa da Concessionária em sessão realizada no último dia 3 de novembro de 2020*”⁶³.

97. Tal conduta, no entender da REQUERENTE, além de violar as Ordens Processuais nºs 03 e 08, também estaria em desacordo com os princípios da paridade de armas e da igualdade, bem como com o art. 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que imporia que eventuais efeitos da revogação da decisão cautelar devem ser apurados em autos apartados.

98. Em seguida, em 10.01.2021, a REQUERENTE apresentou nova manifestação, acostando documentos no intuito de comprovar o noticiado descumprimento pela REQUERIDA das Ordens Processuais nºs 03 e 08, notadamente aquele relacionado à nova redução de pedágio objeto da concessão (cf. RTE-206, RTE-207, RTE-208, RTE-210 e RTE-211). Assim, postulou o seguinte:

*“16. Isto posto, requer-se: a intimação da ANTT para que, em atenção às Ordens Processuais nº 03 e 08, suspenda imediatamente os efeitos da deliberação referente ao processo revisional pertinente à 5ª Revisão Ordinária, 9ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) da Concebra tomada na reunião de sua Diretoria de 03/11/2020, bem como anule os aludidos autos de infração no prazo de 48 (quarenta e oito) horas e cesse as absurdas requisições correlacionada aos investimentos de ampliação da capacidade da rodovia ora inexigíveis (eventos devidamente acusados na petição de especificação de provas), sob pena de aplicação de multa diária de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), ou, caso se entenda pela necessidade de oitiva prévia da Agência, que se suspendam provisoriamente os efeitos da indigitada deliberação na parte relativa à deliberação tarifária e às demais requisições administrativas até a decisão final dos árbitros.”*⁶⁴

⁶² Cf. itens 24 e 25 da manifestação da REQUERENTE de 26.10.2020.

⁶³ Cf. item 15.c da manifestação da REQUERENTE de 06.11.2020.

⁶⁴ Cf. item 16 da manifestação da REQUERENTE de 10.11.2020.

99. Diante dos fatos noticiados pela REQUERENTE, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 10, concedendo oportunidade para a REQUERIDA exercer o contraditório acerca do alegado descumprimento das decisões arbitrais.

100. Na mesma Ordem Processual, o Tribunal Arbitral determinou, cautelarmente, que a REQUERIDA, desde aquele momento, se abstinhasse de (i) reduzir ou implementar a redução unilateralmente da tarifa de pedágio objeto da concessão para patamar inferior àquele aprovado na Deliberação nº 964/2019; e (ii) exigir da REQUERENTE investimentos na ampliação da capacidade das rodovias previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, bem como estudos e projetos a eles relacionados ou mesmo aplicar qualquer penalidade por eventual descumprimento dessas obrigações.

101. Em 27.11.2020, a REQUERIDA apresentou manifestação asseverando que não teria descumprido as decisões deste Tribunal Arbitral, na medida em que as Ordens Processuais nºs 03 e 08 não imporiam “*quaisquer restrições à competência da Requerida em dar fiel cumprimento às suas prerrogativas legais e às normas contratuais, incluída a realização das revisões previstas no contrato, a fiscalização do contrato e a expedição de ofícios inerentes à execução contratual, ressalvados os atos decorrentes das cláusulas expressamente suspensas na Ordem Processual nº 03*”⁶⁵.

102. Defendeu a REQUERIDA, nessa esteira, que seria descabida a insurgência da REQUERENTE quanto à inclusão, na tarifa, do impacto financeiro decorrente dos valores recebidos a maior pela Concessionária em virtude da decisão proferida nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

103. Segundo a REQUERIDA, o regime das medidas cautelares antecipatórias seria marcado por sua natureza precária e provisória, cumprida sob o risco e responsabilidade de quem as requer, de forma que sua revogação operaria efeitos *ex tunc*, com o restabelecimento automático do *status quo ante*.

⁶⁵ Cf. item 22 da manifestação da REQUERIDA de 27.11.2020.

104. Assim, na visão da REQUERIDA, tendo a Ordem Processual nº 03 revogado a decisão judicial cautelar que havia suspenso a Deliberação nº 964/2019, a REQUERENTE deveria recompor os valores recebidos a maior a título de pedágio, de sorte que deveria ser mantida a Deliberação nº 455/2020, que considerou tais montantes para fins de revisão tarifária.

105. Além disso, asseverou a REQUERIDA que já teria indicado na Resolução nº 303/2020 (cf. R-115) que, “na próxima revisão tarifária”, iria descontar os “valores recebidos a maior no período compreendido entre o cumprimento da decisão proferida nos autos da Ação Cautelar 1014379-79.2019.4.01.3400 e sua revogação”⁶⁶, sendo que a REQUERENTE não teria apresentado qualquer objeção, apesar de estar ciente de tal pretensão.

106. Prosseguindo, a REQUERIDA defendeu a legalidade da Deliberação nº 455/2020 (cf. R-116) que implementou a redução tarifária para contemplar “o impacto financeiro dos valores recebidos a maior [pela Concessionária] no período compreendido entre o cumprimento da decisão proferida nos autos da Ação Cautelar e sua revogação”⁶⁷. Nas suas palavras:

“30. A Deliberação nº 455, de 3 de novembro de 2020, aprovada na 878ª Reunião de Diretoria, realizada no dia 03 de novembro de 2020, trata da 5ª Revisão Ordinária, da 9ª Revisão Extraordinária e do Reajuste da tarifa básica de pedágio, considerou os seguintes eventos: [...]

31. O resultado da revisão dos eventos minuciosamente destacados anteriormente e reajuste do contrato de concessão implicaria em uma ‘redução de 44,44% das tarifas médias arredondadas nas 11 praças de pedágio da concessão’, em sua maior parte, decorrente da repercussão financeira dos efeitos ex tunc da revogação da liminar judicial promovida nos termos da Ordem Processual nº 03 a ser processada por meio do Fator C. Considerando o elevado impacto, a Diretoria Colegiada optou parcelamento da aplicação do Fator C, resultando na redução tarifária de apenas 2,49%.

32. Cabe destacar que os dispositivos das decisões proferidas por esse Tribunal Arbitral não determinaram expressamente a suspensão da aplicação do Fator C - redutor ou acréscimo tarifário - nos casos em que se busca reequilibrar o contrato que sofre impactos exclusivamente na receita. Ademais, os eventos considerados na revisão ordinária e extraordinária perpetrada pela Deliberação nº 455/2020 não se relacionam com as obrigações expressamente suspensas na Ordem Processual nº 03.

33. De outra banda, quando o Tribunal Arbitral na Ordem Processual nº 03 permitiu que a Requerida implementasse, ‘a partir do prazo de 10 (dez) dias contados da presente Ordem Processual, a nova tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 964/2019 (cf.R-028 e RTE-

⁶⁶ Cf. item 25 da manifestação da REQUERIDA de 27.11.2020.

⁶⁷ Cf. RTE-208.

046)', da leitura da decisão não se extrai que não poderia mais realizar nenhum reajuste ou revisão tarifária além do realizado no ano de 2019.

34. *Firme nesses argumentos, observa-se que a revisão e reajuste não se referem as obrigações e/ou cláusulas contratuais expressamente suspensas pela Ordem Processual nº 03, mantida pela Ordem Processual nº 08, não havendo, na visão desta Requerida, qualquer óbice ao seu processamento, razão pela qual requer a imediata revogação da Ordem Processual n.º 10.*⁶⁸

107. Defendeu, também, os atos fiscalizatórios por ela praticados, a partir da emissão dos autos de infração e do envio de ofícios à Concessionária. Para a REQUERIDA, a emissão de autos de infração não constituiria aplicação de efetiva sanção, mas tão somente ato inaugural do processo administrativo que desencadeia a análise de eventual conduta que hipoteticamente contrariaria as normas e previsões regulamentares, conforme Resolução ANTT nº 5083/2016. E, complementando, a REQUERIDA ainda afirmou que, quando o Tribunal Arbitral quis impedir a instauração de processo administrativo, o fez de forma expressa, não sendo este o caso em questão.

108. Por outro lado, quanto ao envio de ofícios com solicitação de apresentação de projetos, a REQUERIDA justificou sua conduta com base em duas razões: *“i) primeiro porque nos termos da Ordem Processual nº 03 e da Ordem Processual nº 08 não havia qualquer determinação que inviabiliz[asse] a solicitação dos projetos pela Requerente nos moldes delineados na relação contratual; ii) segundo porque o próprio Contrato de Concessão nº 004/2013, que regula a relação objeto desse procedimento, prevê essa obrigação em cláusula plenamente vigente durante a conduta da Requerida”*⁶⁹ (cf. cláusula 6, RTE-001).

109. Assim, em que pese tenha informado ao Tribunal Arbitral que suspendeu os efeitos da Deliberação nº 455/2020 – que implementaria a redução da tarifa de pedágio objeto da concessão – e que não enviou novas solicitações à REQUERENTE relacionadas aos investimentos na ampliação da capacidade das rodovias, a REQUERIDA postulou o seguinte:

“49. Diante do exposto, requer a ANTT que este Tribunal Arbitral:

- a. revogue a Ordem Processual nº 10; e*
- b. esclareça que a Ordem Processual nº 03, mantida pela Ordem Processual n.º 08 não impede que a ANTT: (i) promova os efeitos retroativos da revogação da tutela*

⁶⁸ Cf. itens 30 a 34 da manifestação da REQUERIDA de 27.11.2020.

⁶⁹ Cf. item 44 da manifestação da REQUERIDA de 27.11.2020.

judicial anteriormente deferida, de modo a recuperar os valores indevidamente recebidos pela concessionária em razão da deliberação 964/2019 pela decisão judicial; (iii) instaure o processo administrativo relacionado às infrações decorrentes de inadimplementos contratuais da Requerente; e (iii) solicite a apresentação de projetos, na medida em que trata de obrigação assessória prevista no contrato de concessão para fins de eficiente gestão do ajuste.

50. *Alternativamente, caso este Tribunal Arbitral discorde da interpretação da Requerida a respeito do cumprimento das Ordens Processuais n.º 03 e n.º 08, requer que seja esclarecido se esta Requerida deve manter imutável o valor da tarifa de pedágio constante da Deliberação n.º 964/2019 (cf. R-028 e RTE-046 e se abster de instaurar processos administrativos e expedir ofícios para apresentação de projetos.”⁷⁰*

110. Em 20.01.2021, ao se manifestar sobre o resultado da diligência determinada na Ordem Processual n.º 08, a REQUERENTE refutou os argumentos apresentados pela REQUERIDA, destacando que estes já teriam sido rechaçados pelo Tribunal Arbitral na Ordem Processual n.º 10.

111. Na referida manifestação, a REQUERENTE notificou ainda outro fato que, a seu juízo, representaria novo descumprimento da Ordem Processual n.º 03 e comprovaria assédio regulatório por parte da REQUERIDA, qual seja: a ANTT teria enviado o Ofício SEI n.º 18631/2020/CIPRO/SUROD/DIR-ANTT (cf. RTE-214) à CONCEBRA, onde constaria a cobrança de valores e a ameaça de execução da garantia contratual.

112. Dessa forma, a REQUERENTE pleiteou pela “*adoção de uma medida enérgica por parte do Tribunal Arbitral em relação aos descumprimentos ao comando da Ordem Processual n. 03 apontados pela Requerente, para que cessem e vez os inúmeros desrespeitos às ordens emanadas do Tribunal, [...] ratificando-se in totum o teor da Ordem Processual n. 10*”⁷¹.

113. Em 05.02.2021, ao apresentar manifestação em atenção à Ordem Processual n.º 14, a REQUERIDA novamente afirmou que não teria descumprido decisões deste Tribunal Arbitral. Argumentou que o Ofício SEI n.º 18631/2020/CIPRO/SUROD/DIR-ANTT (cf. RTE-214) não diria respeito às obrigações previstas nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão ou nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, que se encontram suspensas pela Ordem Processual n.º 03.

⁷⁰ Cf. itens 49 e 50 da manifestação da REQUERIDA de 27.11.2020.

⁷¹ Cf. item 84 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

114. Além disso, conquanto tenha reconhecido um equívoco de redação no referido Ofício – especificamente na parte em que indicou ameaça de eventual execução da garantia contratual –, a ANTT afirmou que não foi “*perpetrado qualquer ato coercitivo pela Requerida, não levando a cabo a execução ou a cobrança do débito*”⁷².

II.1. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL (FUNDAMENTAÇÃO)

115. O Tribunal Arbitral examinou as manifestações apresentadas pelas partes e deliberou por manter a determinação cautelar contida no item “ii” do parágrafo 14 da Ordem Processual nº 10, no sentido de que a REQUERIDA deve se abster de “*exigir da REQUERENTE investimentos na ampliação da capacidade das rodovias previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão (cf. RTE-001) e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do programa de Exploração de Rodovias – PER (cf. RTE-014), bem como estudos e projetos a eles relacionados ou mesmo aplicar qualquer penalidade por eventual descumprimento dessa obrigação*”⁷³.

116. Isso porque, como assentado naquela ocasião, ao expedir a Ordem Processual nº 03, o Tribunal Arbitral decidiu manter parcialmente a decisão judicial proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, para, dentre outros:

- (i) determinar que a REQUERIDA continue a se abster de exigir da REQUERENTE investimentos na ampliação da capacidade das rodovias previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, bem como de aplicar qualquer penalidade por eventual descumprimento dessa obrigação; e
- (ii) autorizar a REQUERIDA a implementar a nova tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 964/2019.

117. Nessa esteira, a exigência, pela REQUERIDA, de promoção de investimentos na ampliação da capacidade das rodovias concedidas, ou mesmo a aplicação de penalidades por

⁷² Cf. item 35 da manifestação da REQUERIDA de 05.02.2021.

⁷³ Cf. item 14 da Ordem Processual nº 10.

eventual descumprimento dessa obrigação, que estão a ocorrer – conforme RTE-203 e RTE-204 – constituem descumprimento da decisão deste Tribunal Arbitral.

118. Não colhem os argumentos desenvolvidos pela REQUERIDA em sua manifestação de 27.11.2020 de que a mera emissão de autos de infração não constituiria efetiva sanção ou mesmo de que a Ordem Processual nº 03 não teria expressamente vedado tal prática, tampouco o envio de ofícios lastreados em cláusulas contratuais válidas.

119. Com efeito, a Ordem Processual nº 03 foi clara no sentido de que a REQUERIDA (i) estaria impedida de praticar qualquer ato voltado à aplicação de penalidade relacionada ao inadimplemento de obrigações de ampliação da capacidade das rodovias; e (ii) poderia fiscalizar e punir a Concessionária exclusivamente por inadimplementos de outras obrigações, inclusive com o registro de multas em autos de infração, desde que não promovesse a efetiva cobrança dos respectivos valores. Confira-se:

“157. O mesmo se diga quanto à determinação estabelecida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal de que a REQUERIDA se abstenha de exigir os investimentos na ampliação da capacidade das rodovias (previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do Programa de Exploração de Rodovias – PER) e de aplicar penalidades em consequência da não realização desses investimentos, tal como previsto nesse mesmo contrato.

158. Extrai-se do documento RTE-045 que a REQUERIDA vem atuando a REQUERENTE pelo descumprimento de obrigações de realizar investimentos nas rodovias objeto da concessão, por meio da emissão de diversos autos de infração, cujo valor, somado nos dias de hoje, representa milhões de reais. Pelo que se pode constatar do referido documento, considerando que uma unidade URT equivale atualmente a R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais), a soma das multas aplicadas pela ANTT chega ao patamar de R\$ 174.800,00 (cento e setenta e quatro mil e oitocentos reais) por dia.

159. A cobrança de expressiva quantia monetária pela REQUERIDA, dessa forma, também caracteriza a existência de perigo de dano iminente à REQUERENTE, dado que esta se veria obrigada a realizar, desde logo, o pagamento de multas antes de ver decididos os pleitos deduzidos nesta arbitragem. [...]

161. Nessa ordem de ideias, em juízo de cognição sumaria, o Tribunal Arbitral considera necessária a manutenção da decisão judicial no que toca à determinação de que a REQUERIDA se abstenha de exigir da REQUERENTE a realização de investimentos de ampliação da capacidade das rodovias previstos no Contrato de Concessão, bem como de aplicar quaisquer penalidades em decorrência da não realização dos referidos investimentos. [...]

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

ampliação da capacidade das rodovias, desde que não leve a cabo a cobrança de quaisquer valores, os considere para fins de revisão tarifária ou tampouco proceda à execução da garantia contratual.

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

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

166. *O registro dos valores devidos a título de penalidades nos autos de infração também parece relevante para o caso de ser admitido o requerimento de relicitação deduzido pela REQUERENTE. Isso porque, nos termos do art. 15 da Lei nº 13.448/2017 e do art. 11 do Decreto nº 9.957/2019, o valor das referidas penalidades deverá ser abatido da indenização a ser paga pelo novo contratado ao antigo concessionário com a assunção do empreendimento: [...]*

172. *Nesse sentido, para que fique claro às partes, o Tribunal Arbitral determina, neste ato, que a REQUERIDA se abstenha neste momento de exigir os investimentos de ampliação da capacidade da rodovia previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER e de aplicar qualquer penalidade por eventual descumprimento dessa obrigação. Fica, contudo, preservado o poder da agência reguladora de aplicar sanções (excetuada a caducidade) para o caso de inadimplemento de outras obrigações contratuais, desde que não leve a cabo a cobrança de quaisquer valores, os considere para fins de revisão tarifária ou tampouco proceda à execução da garantia contratual.”⁷⁴*

120. Do mesmo modo, ao determinar que “a REQUERIDA se abstenha de exigir da REQUERENTE investimentos de ampliação da capacidade da rodovia previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER”⁷⁵, percebe-se que a Ordem Processual nº 03 impediu a agência reguladora de demandar da Concessionária projetos de ampliação de rodovias, por meio de ofícios ou qualquer outra forma.

121. Assim, devem ser imediatamente anulados os autos de infração e ofícios acostados pela REQUERENTE como RTE-203 e RTE-204⁷⁶, porquanto dizem respeito exatamente a exigências e penalidades relacionadas às obrigações de ampliação da capacidade das rodovias objeto desta arbitragem.

⁷⁴ Cf. itens 157 a 172 da Ordem Processual nº 03.

⁷⁵ Cf. item “ii” do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03.

⁷⁶ Documentos acostados à manifestação de 26.10.2020.

122. Deve, também, ser anulado o Ofício SEI nº 18631/2020/CIPRO/SUROD/DIR-ANTT, acostado pela REQUERENTE a este procedimento arbitral como RTE-214. Dele consta a cobrança de valores por inadimplemento e a ameaça de execução da garantia contratual⁷⁷, providências administrativas que igualmente se encontram vedadas na forma do item “iv” do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03⁷⁸.

123. O equívoco e a conseqüente necessidade de reformulação do referido Ofício, a propósito, foi reconhecido pela própria REQUERIDA no item 34 de sua manifestação de 05.02.2021:

“34. *Reconhece-se um equívoco na redação do famigerado ofício, mas tão somente na parte que indica eventual execução da garantia prevista em Contrato de Concessão. Todavia, tal informação decorre de conteúdo padrão, remanescendo seu caráter informativo, com vistas a cientificar a Requerente do resultado do processo e informar as conseqüências contratuais e legais para o inadimplemento previstos também em nome processual da ANTT, senão vejamos: [...]*”⁷⁹

124. Quanto à aprovação da Deliberação nº 455/2020⁸⁰ – que teria reduzido a tarifa de pedágio das rodovias concedidas para patamar inferior àquele previsto na Deliberação nº 964/2019 –, por sua vez, o descumprimento à Ordem Processual nº 03 restou caracterizado apenas pela inclusão, no cálculo da tarifa de pedágio, do “*impacto financeiro dos valores recebidos a maior [pela Concessionária] no período compreendido entre o cumprimento da decisão proferida nos autos da Ação Cautelar e sua revogação*”⁸¹.

⁷⁷ Consta do Ofício SEI nº 18631/2020/CIPRO/SUROD/DIR-ANTT o seguinte: “*Ressaltamos que o não pagamento do débito ensejará execução da garantia contratual prevista em Contrato de Concessão, sem prejuízo da inscrição em Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal - CADIN, após 75 (setenta e cinco) dias, nos termos do art. 2º, §2º Lei nº 10.522/02, bem como em Dívida Ativa da ANTT*”.

⁷⁸ “204. *Ante o exposto, na forma dos Art. 28(1) do Regulamento de Arbitragem da CCI e art. 22-B da Lei nº 9.307/1996, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, defere parcialmente o pedido formulado pela REQUERIDA no item 6.5.8 da Ata de Missão e em sua manifestação de 31.01.2019, assim como defere parcialmente o pedido deduzido pela REQUERENTE no item 988 das Alegações Iniciais, para: [...] (iv) Esclarecer que a manutenção da decisão exarada pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, na forma do item “ii” do parágrafo 204 acima, não impede a REQUERIDA de aplicar sanções (excetuada a caducidade) para o caso de inadimplemento pela REQUERENTE de outras obrigações não previstas nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, desde que não leve a cabo a cobrança de quaisquer valores, os considere para fins de revisão tarifária ou tampouco proceda à execução da garantia contratual;” (cf. parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03).*

⁷⁹ Cf. item 34 da manifestação da REQUERIDA de 05.02.2021.

⁸⁰ Cf. R-116.

⁸¹ Cf. RTE-208.

125. Deveras, ao proferir a Ordem Processual nº 03, o Tribunal Arbitral não impediu a agência reguladora de promover as revisões tarifárias periódicas previstas no Contrato de Concessão, que foram consensualmente acordadas entre as partes, se mostrando necessárias para a preservação da correspondência do valor do pedágio com a realidade dos serviços prestados nas rodovias. Ressalvando-se a possibilidade de que, a qualquer tempo, as partes possam acordar consensualmente novos parâmetros tarifários, já que a renegociação dos contratos de concessão é uma alternativa juridicamente aceita no ordenamento brasileiro.

126. Sem embargo, o que a Ordem Processual nº 03 não permitiu à REQUERIDA foi computar nas revisões tarifárias os valores recebidos a maior pela REQUERENTE a título de pedágio no período compreendido entre o deferimento da medida cautelar nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400 e sua revogação parcial pela Ordem Processual nº 03.

127. Ao revogar parcialmente a decisão cautelar proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o Tribunal Arbitral estabeleceu expressamente que a tarifa de pedágio somente poderia ser aplicada a partir de 10 (dez) dias a contar da prolação da Ordem Processual nº 03:

“204. Ante o exposto, na forma dos Art. 28(1) do Regulamento de Arbitragem da CCI e art. 22-B da Lei no 9.307/1996, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, defere parcialmente o pedido formulado pela REQUERIDA no item 6.5.8 da Ata de Missão e em sua manifestação de 31.01.2019, assim como defere parcialmente o pedido deduzido pela REQUERENTE no item 988 das Alegações Iniciais, para: [...]

(v) *Revogar a determinação cautelar exarada pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação no 1014379-79.2019.4.01.3400, que havia impedido a redução das tarifas objeto da concessão, de modo a permitir que a REQUERIDA implemente, a partir do prazo de 10 (dez) dias contados da presente Ordem Processual a nova tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 964/2019 (cf. R-028 e RTE- 046).”⁸²*

128. Disto resulta que, não estando autorizada a implementar a Deliberação nº 964/2019 em momento anterior à data definida pelo Tribunal Arbitral, a REQUERIDA não poderia buscar a aplicação retroativa do referido ato administrativo por meio da inclusão, no cálculo da tarifa de pedágio, do *“impacto financeiro dos valores recebidos a maior [pela Concessionária] no*

⁸² Cf. item 204 da Ordem Processual nº 03.

período compreendido entre o cumprimento da decisão proferida nos autos da Ação Cautelar e sua revogação”⁸³.

129. Não se desconhece que o regime das cautelares é marcado pela precariedade e pela responsabilidade objetiva de quem as requer. Não obstante, no caso, ao estabelecer uma data específica a partir da qual a revogação da decisão judicial poderia operar efeitos, o Tribunal Arbitral procedeu à modulação temporal “*ex nunc*” da decisão como medida de contracautela, em especial quando identifica a necessidade de preservação de segurança jurídica e/ou interesse social⁸⁴.

130. Os mencionados elementos, afinal, justificam tal providência, impedindo que a REQUERENTE seja surpreendida com a imposição de desconto no cálculo da tarifa de pedágio⁸⁵ e, ao mesmo tempo, assegurando o regular prosseguimento da concessão, marcado pelo interesse dos usuários.

⁸³ Cf. RTE-208.

⁸⁴ A modulação temporal é comum nos casos em que o Tribunal Arbitral precisa rever cautelar proferida pelo Poder Judiciário, conforme os artigos 22-A e 22-B da Lei nº 9.307/96. Nesse sentido, já se manifestou o TJ-SP: “*VOTO 19259 Apelação. Medida cautelar inominada preparatória do juízo arbitral. Falta de interesse processual. Litígio acerca de cumprimento de contrato de transporte ferroviário. Concessão de medida liminar judicial, com fixação de astreintes. Precariedade da medida. Derrogação da jurisdição estatal com a instauração do Tribunal Arbitral. Ratificação, suspensão e posterior revigoração parcial da medida liminar precariamente concedida pelo Poder Judiciário, com modulação dos efeitos, pelo Tribunal Arbitral. Competência exclusiva do Tribunal Arbitral para decidir sobre a manutenção, modificação e revogação das tutelas de urgência concedidas pelo Poder Judiciário. Inteligência dos arts. 22-A e 22-B da Lei 9.703/1996. Extinção da medida cautelar judicial que deve ser mantida, por perda superveniente do interesse recursal. Sentença mantida. Multas cominatórias. Execução provisória das multas cominatórias. Inadmissibilidade. Falta de interesse processual. Revogação tácita das astreintes fixadas anteriormente à instauração do Tribunal Arbitral, a considerar a modulação dos efeitos da liminar. Ausência de sentença arbitral confirmatória das astreintes e de ‘Carta Arbitral’. Inteligência do art. 22-C da Lei 9.703/1996 em conjunto com o REsp 1200856-RS, representativo da controvérsia. Falta de interesse processual caracterizada. Remessa dos autos da medida cautelar judicial ao Tribunal Arbitral. Inadmissibilidade, conforme já decidido no AgRg 0006094-98.2013.8.26.0004/50001. Sentença mantida. Sucumbência. Honorários advocatícios e despesas processuais. Sucumbência recíproca que deve ser mantida, para cada parte arcar com as despesas e honorários que desembolsou. Culpa concorrente na postergação do procedimento judicial, mesmo ciente da sua precariedade. Sentença mantida. Recursos não providos.*” (TJSP. Apelação nº 9000017-20.2013.8.26.0100, Relator Tasso Duarte de Melo, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 18.11.2015, data de publicação: 17.12.2015).

⁸⁵ Não se desconhece que os itens 1.3.4 e 1.3.6 do Anexo 6 do Contrato de Concessão (cf. RTE-001) contém previsão no sentido de que eventuais atrasos na aplicação do reajuste do pedágio ou mesmo alterações de receitas decorrentes de decisões judiciais que impeçam a cobrança do pedágio devem ser considerados para os fins do cálculo do Fator C que compõe a tarifa da concessão. O Tribunal Arbitral entende, contudo, que isto não retira o caráter extraordinário da inclusão de tal verba no cálculo da revisão tarifária, mormente quando a REQUERENTE tinha a legítima expectativa de que a Deliberação nº 964/2019 somente seria aplicada 10 (dez) dias após a Ordem Processual nº 03, e não em momento anterior ou de forma retroativa. Extrai-se ainda do RTE-210 que, no cálculo que resultou na Deliberação nº 455/2020, apenas o item “*apuração da receita recebida a maior em face da decisão judicial*”, possui um impacto tarifário da ordem de R\$ 145.972.024,80 (cento e quarenta e cinco milhões, novecentos e setenta e dois mil, vinte e quatro reais e oitenta centavos).

131. A circunstância alegada pela REQUERIDA de que já teria antecipado à REQUERENTE que adotaria esta conduta, por outro lado, não ilide a conclusão acima. Conquanto o alerta da agência reguladora conste da Deliberação nº 303/2020⁸⁶, fato é que, àquele momento, não se tinha conhecimento da forma e dos valores que seriam considerados para efeito de tal desconto tarifário, tampouco se a ANTT realmente iria implementá-lo, sobretudo diante da vedação contida na Ordem Processual nº 03.

132. Do acima exposto, dessarte, resulta que ficam parcialmente deferidos os pedidos formulados pela REQUERENTE nos itens 28(v) e 16, respectivamente, das manifestações de 26.10.2020 e 10.11.2020, para o fim de que a REQUERIDA:

- (i) proceda à anulação dos autos de infração e ofícios identificados nos documentos RTE-203, RTE-204 e RTE-214;
- (ii) se abstenha de exigir da REQUERENTE investimentos na ampliação da capacidade das rodovias previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, bem como estudos e projetos a eles relacionados ou mesmo aplicar qualquer penalidade por eventual descumprimento dessa obrigação, confirmando-se o item “ii” do parágrafo 14 da Ordem Processual nº 10;
- (iii) proceda à anulação da Deliberação nº 455/2020, que aprovou 5ª Revisão Ordinária e 9ª Revisão Extraordinária da concessão, por ter considerado no cálculo da nova tarifa o “*impacto financeiro dos valores recebidos a maior [pela Concessionária] no período compreendido entre o cumprimento da decisão proferida nos autos da Ação Cautelar e sua revogação*”⁸⁷.
- (iv) se abstenha de considerar, no cálculo da tarifa de pedágio, o impacto financeiro de eventuais valores recebidos a maior pela Concessionária no período compreendido entre o deferimento da medida cautelar nos autos da ação nº

⁸⁶ Constou do art. 2º da referida Deliberação que “o impacto financeiro dos valores recebidos a maior no período compreendido entre o cumprimento da decisão proferida nos autos da Ação Cautelar 1014379-79.2019.4.01.3400 e sua revogação serão integralmente descontados na próxima revisão ordinária” (cf. R-115).

⁸⁷ Cf. RTE-208.

1014379-79.2019.4.01.3400 e sua revogação parcial pela Ordem Processual nº 03.

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

- (i) revogada a determinação cautelar contida no item “i” do parágrafo 14 da Ordem Processual nº 10, mantendo-se a determinação objeto do item “ii” do mesmo parágrafo do pronunciamento; e
- (ii) esclarecido que a REQUERIDA não está impedida de promover as revisões tarifárias periódicas previstas no Contrato de Concessão, devendo, no entanto, no âmbito dessa atividade, observar a restrição imposta no item “iv” do parágrafo 132 acima.

134. Por fim, considerando que a REQUERIDA informou que já suspendeu os efeitos da Deliberação nº 455/2020 e que não enviou novas solicitações à Concessionária relacionadas aos investimentos na ampliação da capacidade das rodovias⁸⁸, o Tribunal Arbitral deixa de aplicar à ANTT a multa pretendida pela REQUERENTE em suas petições de 26.10.2020 e 10.11.2020.

III. DISPOSITIVO

135. Ante o exposto, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, resolve:

- (i) indeferir o pedido de reconsideração formulado pela REQUERENTE nos itens 96 e 97 de sua manifestação de 26.06.2020 – reiterado em 15.07.2020, 23.07.2020, 09.09.2020 e 20.01.2021 –, de modo a manter os efeitos do item “v” do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03;
- (ii) deferir parcialmente os pedidos objeto das manifestações da REQUERENTE de 26.10.2020, 06.11.2020, 10.11.2020 e 20.01.2021 e indeferir aquele constante do item 49(b) da manifestação da REQUERIDA de 27.11.2020, para determinar

⁸⁸ Cf. itens 14 e 47 da manifestação da REQUERIDA de 27.11.2020 e Deliberação nº 478/2020 (R-117).

que a REQUERIDA (a) proceda à anulação dos autos de infração e ofícios identificados nos documentos RTE-203, RTE-204 e RTE-214; (b) deixe de implementar a tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 455/2020; e (c) se abstenha de considerar nas revisões tarifárias previstas no Contrato de Concessão o impacto financeiro dos valores recebidos a maior pela REQUERENTE no período em que vigorou integralmente a decisão cautelar proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400;

- (iii) deferir parcialmente o pedido formulado pela REQUERIDA no item 49(a) de sua manifestação de 27.11.2020 para revogar a determinação cautelar contida no item “i” do parágrafo 14 da Ordem Processual nº 10, mantendo-se a determinação objeto do item “ii” do mesmo parágrafo do pronunciamento; e
- (iv) deferir parcialmente o pedido deduzido pela REQUERIDA no item 50 de 27.11.2020 para esclarecer que as deliberações tomadas na Ordem Processual nº 03 e neste pronunciamento não obstam a REQUERIDA de promover as revisões tarifárias periódicas previstas no Contrato de Concessão, desde que, no âmbito dessa atividade, observe a restrição imposta no item “ii.c” do parágrafo 135 acima.

136. O Tribunal Arbitral esclarece, por fim, que expedirá Ordem Processual autônoma deliberando sobre os pedidos de produção de provas formulados pelas partes, assim como sobre o requerimento da REQUERENTE de concessão de prazo para manifestação a respeito dos documentos acostados pela REQUERIDA em sua Tréplica.

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

Sede do procedimento: Brasília

11 de março de 2021.



SERGIO NELSON MANNHEIMER

Árbitro Presidente