

**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 03

17 de junho de 2020

1. O Tribunal Arbitral, constituído para dirimir a controvérsia objeto do procedimento arbitral em referência, aprecia, por meio desta Ordem Processual, o pedido formulado pela REQUERIDA de revogação da liminar deferida pelo Poder Judiciário nos autos da medida cautelar antecedente nº 1014379-79.2019.4.01.3400, o qual foi complementado em 31.01.2020 e respondido pela REQUERENTE em 13.04.2020, nos termos do art. 22-B da Lei nº 9.307/1996, pelos fundamentos expostos abaixo.

I. RELATÓRIO

2. O presente procedimento arbitral foi instaurado pela REQUERENTE contra a REQUERIDA em 08.07.2019, com base no Contrato de Concessão nº 004/2013, que tem por objeto a exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço do Sistema Rodoviário em trecho das rodovias BR-060, BR-153 e BR-262 (cf. RTE-001). Com efeito, constou do instrumento a seguinte cláusula compromissória:

“37.1. Arbitragem

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

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

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

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

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

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

37.1.6 O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo cada parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a

arbitragem envolver mais de 2 (duas) Partes, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no art. 9º do regulamento de arbitragem da CCI.

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

37.1.8 Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou mesmo durante o procedimento de mediação, as Partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.”

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

37.1.10 A Parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.”¹

3. No Requerimento de Arbitragem, a REQUERENTE indicou que formularia pretensão de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, alegando, dentre outros, que a avença teria sido impactada com a crise econômica deflagrada a partir do ano de 2014 e em virtude das restrições de acesso às linhas de crédito que teriam sido ofertadas previamente à licitação, ocasionando acentuada queda do tráfego nas rodovias concedidas.

4. A REQUERENTE afirmou, também, que teria apresentado à REQUERIDA proposta de revisão quinquenal das tarifas visando ao reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, mas que a agência reguladora não teria se manifestado a respeito, deixando de se pronunciar sobre o pleito administrativo da empresa concessionária.

5. Ainda segundo a REQUERENTE, em função do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, teria ela ajuizado a medida cautelar antecedente nº 1014379-79.2019.4.01.3400 perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, tendo obtido tutela de urgência para que, até a apreciação da controvérsia pelo Tribunal Arbitral, a REQUERIDA se abstinhasse de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos e de promover redução tarifária (cf. R-007 e RTE-032).

¹ Cf. RTE-001.

6. Eis os termos da decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal:

“A decisão liminar possui três características básicas: precariedade; sumariiedade de cognição; inaptidão para formar coisa julgada.

No caso concreto, presentes os requisitos legais para deferimento de pedido liminar.

Aqui, há de se registrar o princípio da confiança legítima.

Os empréstimos liberados por banco de fomento não estão sequer próximos dos valores de outrora, o que, sem sombra de dúvidas, muda o equilíbrio econômico-financeiro, elemento de contrato administrativo.

Sendo assim, com base na legítima confiança do administrado, defiro a tutela de urgência nesta ação cautelar (referibilidade comprovada) para assegurar que, até a resolução do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – ou seja, pela apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo Tribunal Arbitral –, a requerida se abstenha de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos questionados nos pleitos de reequilíbrio/revisoriais já ofertados, impor novas obrigações de investimento e promover redução tarifária, até o tribunal arbitral se pronunciar, ou a Agência, em sua autotutela buscar solução da lide.

Intimem-se.

Cite-se.”²

7. A referida decisão veio a ser confirmada pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal por meio da sentença acostada como R-008 e RTE-035, cujo trecho relevante se encontra abaixo transcrito:

“(…) verifica-se que o cerne da questão cinge-se na concessão de medidas cautelares para impedir a aplicação de penalidades contratuais, caducidade, exigência de investimentos, imposição de novas obrigações de investimento e, por fim, obstar a redução de tarifas até resolução do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão celebrado que ocorrerá no âmbito do juízo arbitral, competente para tanto.

Assim, trata-se de medidas acautelatórias nos moldes da Lei 9.307/96 que, em seu art. 22-A, admite seja concedida pelo Poder Judiciário na hipótese do instrumento contratual estipular cláusula compromissária arbitral:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias,

² Cf. R-007 e RTE-032.

contado da data de efetivação da respectiva decisão. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Na espécie, compulsando a documentação constante nos autos, verifico que a parte autora apresentou proposta de revisão do contrato de concessão (fls. 442/485) indicando o desequilíbrio econômico-financeiro que norteava a relação contratual, de modo que, dentre os motivos que contribuíram para o respectivo cenário, aponta descumprimento de obrigações pela Ré – licenciamento ambiental – e de investimentos afetos ao Poder Público.

Contudo, não há notícia nos autos que tais questões foram devidamente apreciadas pela ANTT, logo, entendo razoável que sejam obstadas as medidas gravosas aplicadas pela ré à autora até que seja o contrato e seus termos apreciados na esfera arbitral.

Assim, entendo cabível a concessão das medidas acautelatórias pretendidas pela parte autora até que sejam dirimidas as controvérsias pelo juízo arbitral, notadamente quanto ao desequilíbrio econômico financeiro.

Forte em tais razões, RATIFICO a decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 106/109), cujos efeitos tornam-se estáveis até revisão posterior judicial, ou resolução arbitral, como a espécie exige.”³

8. Em 18.09.2019, a REQUERIDA apresentou sua Resposta ao Requerimento de Arbitragem, ocasião em que impugnou os argumentos veiculados pela REQUERENTE, postulando a improcedência dos pedidos por ela indicados.

9. Após a confirmação dos árbitros e a consequente instalação da arbitragem, as partes e o Tribunal Arbitral realizaram conferência telefônica em 17.12.2019 e firmaram a Ata de Missão e o Cronograma Processual, no âmbito do qual foram consolidadas as pretensões da REQUERENTE e da REQUERIDA e estabelecidas as regras que irão reger o presente procedimento.

10. Na Ata de Missão, a REQUERIDA, além de apresentar argumentos contrários à pretensão da REQUERENTE, formulou pedido expresso de “*revogação da medida cautelar obtida pela Requerente na ação cautelar nº 1014379-79.2019.4.01.3400 da 3ª Vara Federal do DF, nos termos do art. 22-B da Lei de Arbitragem*”⁴.

11. O referido pedido cautelar foi reiterado na manifestação apresentada pela REQUERIDA em 31.01.2020, nos seguintes termos:

³ Cf. R-008 e RTE-035.

⁴ Cf. item 6.5.8 da Ata de Missão datada de 17.12.2019.

“Diante do exposto, com destaque para refutação das teses da requerente na sentença proferida na ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101 (24ª Vara Federal do Rio de Janeiro- RJ) e demonstrada a implausibilidade do direito invocado, bem como o perigo na demora inverso, requer sejam revogadas as tutelas de urgência concedidas pelo Poder Judiciário no âmbito da ação cautelar nº 1014379-79.2019.4.01.3400 (3ª Vara Federal do DF), de modo a reestabelecer a Deliberação ANTT nº 964, de 30 de outubro de 2019 (doc. R-28), com eficácia ex tunc.”⁵

12. O pedido de revogação da liminar se afiguraria pertinente, segundo a REQUERIDA, na medida em que não estariam presentes os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar a manutenção da medida.

13. Com efeito, quanto ao primeiro requisito, defende a REQUERIDA, em suma, que os eventos invocados pela REQUERENTE como causa do desequilíbrio econômico-financeiro *“(i) ou se enquadram como risco contratualmente atribuído ao concessionário; (ii) ou já foram reequilibrados e a discussão remanesce apenas quanto ao valor, o que demandaria prova técnica complexa, inviável de ser produzida e apreciada em sede de cognição sumária própria das tutelas de urgência; (iii) ou não foram apreciadas pela ANTT porque a Concessionária ainda não apresentou toda a documentação necessária a que o pleito pudesse ser avaliado”*⁶.

14. No que diz respeito ao segundo requisito, a REQUERIDA alega que a manutenção da decisão liminar proferida nos autos da medida cautelar antecedente nº 1014379-79.2019.4.01.3400 causaria grave lesão à ordem administrativa e aos usuários, pois, além de conferir imunidade à REQUERENTE quanto a eventuais inadimplementos, impediria a fiscalização do contrato e a revisão das tarifas, permitindo a cobrança de valores a título de pedágio desproporcionais ao serviço disponibilizado nas rodovias.

15. Na sequência, em 21.03.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 01, por meio da qual deferiu parcialmente o pedido formulado pela REQUERENTE em sua manifestação de 19.03.2020, de modo a prorrogar para 13.04.2020 o prazo para apresentação das *“Alegações Iniciais e manifestação sobre pedido de revogação da liminar”* e, conseqüentemente, estabelecer o novo Cronograma Processual deste procedimento arbitral.

⁵ Cf. item 91 da manifestação da REQUERIDA de 31.12.2020.

⁶ Cf. item 12 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

16. Desse modo, em 13.04.2020, a REQUERENTE apresentou suas Alegações Iniciais, oportunidade em que se manifestou contrariamente ao pedido da REQUERIDA de revogação da tutela de urgência concedida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

17. Em síntese, argumentou que “*não procede a alegação de que os Eventos de Desequilíbrio relativos à queda do tráfego e à quebra de promessa do Financiamento de Longo Prazo se enquadrariam como risco contratualmente atribuído ao concessionário*”⁷. A REQUERENTE também detalhou os demais eventos que teriam causado desequilíbrio econômico-financeiro à concessão, buscando demonstrar que os pleitos administrativos que se fundamentavam naqueles eventos foram equivocadamente rejeitados ou apenas parcialmente acolhidos pela REQUERIDA.

18. Em suas Alegações Iniciais, a REQUERENTE aduziu, ademais, que a revogação da tutela cautelar concedida pelo Poder Judiciário poderia lhe acarretar dano irreparável ou de difícil reparação, mormente no cenário atual de enfrentamento da pandemia provocada pelo COVID-19, em que teria ocorrido uma maior redução de demanda pelas rodovias concedidas.

19. Ainda como forma de corroborar a necessidade de manutenção da tutela cautelar, a REQUERENTE noticiou ter protocolado requerimento de relicitação da concessão, na forma da Lei nº 13.448/2017. Segundo ela, tal circunstância tornaria “*sem sentido o próprio pedido de revogação da medida cautelar aduzido pela ANTT*”⁸, já que “*a relicitação permite, de um lado, sustarem-se as medidas voltadas à aplicação da caducidade (art. 14, § 3º) e, de outro, suspenderem-se as obrigações de investimento vincendas do concessionário (art. 15, II), providências diametralmente opostas àquelas visadas pela ANTT em seu pleito de cassação da liminar judicial*”⁹.

20. Em 16.04.2020, em atenção ao princípio do contraditório, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 02, por meio da qual concedeu prazo até o dia 06.05.2020 para que a REQUERIDA se manifestasse sobre os novos argumentos apresentados pela REQUERENTE nas Alegações Iniciais relacionados (i) aos impactos decorrentes da pandemia provocada pelo

⁷ Cf. item 208 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁸ Cf. item 405 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁹ Cf. item 407 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

COVID-19; e (ii) ao protocolo de requerimento de relicitação da concessão objeto desta arbitragem.

21. Na oportunidade, o Tribunal Arbitral também deferiu pedido formulado pela REQUERIDA em 14.04.2020, de modo a prorrogar o prazo para apresentação de Resposta às Alegações Iniciais e, conseqüentemente, fixar o novo Cronograma Processual do presente procedimento.

22. Em cumprimento à Ordem Processual nº 02, a REQUERIDA apresentou manifestação em 06.05.2020, argumentando que os novos fatos apresentados pela REQUERENTE – relacionados à pandemia e ao protocolo do pedido de relicitação da concessão – não impediriam a revogação da medida cautelar concedida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

23. Na sequência, em 09.06.2020, a REQUERENTE apresentou manifestação contrapondo os argumentos trazidos pela REQUERIDA em sua petição de 06.05.2020 sobre o protocolo do pedido de relicitação e os impactos decorrentes da pandemia. Reiterou, assim, a necessidade de manutenção da decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

24. A REQUERIDA, por sua vez, em 10.06.2020, aduziu que a nova manifestação da REQUERENTE foi apresentada “*em subversão ao procedimento traçado por este Tribunal*”¹⁰. Além disso, reafirmou que os impactos da pandemia e o protocolo do pedido de relicitação não impediriam a revogação da decisão cautelar judicial, providência esta que teria se tornado ainda mais premente em virtude do fato de que, em manifestação de 09.06.2020, a REQUERENTE teria “*deix[ado] claro não ter intenção de antecipar as custas*” deste procedimento arbitral”¹¹.

25. Considerando, desse modo, a urgência que integra a natureza da pretensão e o disposto no art. 22-B da Lei nº 9.307/1996, o Tribunal Arbitral passa a apreciar os pedidos da REQUERIDA de revogação e da REQUERENTE de manutenção da tutela cautelar concedida pelo Poder Judiciário.

¹⁰ Cf. item 3 da manifestação da REQUERIDA de 10.06.2020.

¹¹ Cf. item 10 da manifestação da REQUERIDA de 10.06.2020.

II. POSIÇÃO DAS PARTES SOBRE A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO/REVOGAÇÃO DA DECISÃO ESTATAL

26. Em seguida são elencadas as posições da REQUERIDA e da REQUERENTE sobre a necessidade de manutenção/revogação da tutela de urgência deferida pelo Poder Judiciário nos autos da medida cautelar antecedente nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

II.1. POSIÇÃO DA REQUERIDA

27. Em sua manifestação apresentada em 31.01.2020, a REQUERIDA relata que, antes da instauração do presente procedimento arbitral, a REQUERENTE propôs a medida cautelar antecedente nº 1014379-79.2019.4.01.3400, alegando desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em razão das seguintes causas:

- (i) superveniência de crise econômica, que afetou o volume de tráfego nas rodovias objeto da concessão;
- (ii) ocorrência de mudanças na política de crédito subsidiado dos Bancos Públicos;
- (iii) ocorrência de atraso na emissão e transferência da Licença Ambiental de Instalação;
- (iv) aumento do limite máximo de tolerância do peso bruto transmitido por eixo, em razão da edição da Lei nº 13.103/2015;
- (v) edição da Instrução Normativa nº 1.731/2017, pela Receita Federal, que estabeleceu novas obrigações para as concessionárias de rodovias;
- (vi) alteração da alíquota da CIDE-Combustíveis pelo Decreto nº 8.395/2015;
- (vii) superveniência de despesas com estudos e projetos para os contornos rodoviários de Goiânia e de Campo Florido, e com o viaduto viário de interligação ao aeroporto de Goiânia;
- (viii) aumento extraordinário do preço do CAP (Cimentos Asfálticos de Petróleo); e
- (ix) necessidade de execução de condicionantes ambientais a cargo da ANTT, bem como restauração de segmentos do Sistema Rodoviário a cargo do DNIT.

28. Prossegue, narrando que o Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal deferiu tutela de urgência postulada pela REQUERENTE, determinando que, até a apreciação da controvérsia pelo Tribunal Arbitral, a REQUERIDA se abstivesse de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos e de promover redução tarifária.

29. Na visão da REQUERIDA, no entanto, os fundamentos alegados pela REQUERENTE não poderiam servir de justificativa para a concessão da tutela de urgência.

30. Com efeito, para a REQUERIDA, a eventual redução do volume de tráfego nas rodovias objeto da concessão consistiria em um risco assumido pela REQUERENTE, nos termos da subcláusula 21.1.1 do contrato, não podendo, por conseguinte, servir de base para alegação de desequilíbrio econômico-financeiro da avença.

31. Acrescenta, ainda, que “*em nenhum momento houve por parte da ANTT reconhecimento de que a crise econômica afetou de tal monta os contratos de modo a justificar uma ampla revisão contratual*”, sendo certo que o Ofício nº 001/2018/DG/ANTT (cf. RTE-026) teve a finalidade de apenas comunicar a determinadas autoridades públicas a situação precária pela qual passavam boa parte das concessionárias da 3ª Etapa de concessões do Programa de Concessões de Rodovias Federais (“PROCROFE”) e de que a REQUERIDA não dispunha de instrumentos adequados para resolver o problema.

32. Aduziu, assim, a REQUERIDA que a desoneração dos concessionários quanto a suas obrigações contratuais dependeria de autorização legislativa, a qual, no entanto, não foi levada a efeito, ante a não conversão da Medida Provisória nº 800/2017 em Lei Federal.

33. Para a ANTT, não seria aplicável ao caso o art. 62, § 11, da Constituição Federal – que prevê a conservação das relações jurídicas constituídas durante a vigência de medida provisória não convertida em lei. Isso porque as partes não teriam chegado a celebrar aditivo para reprogramação das obrigações da REQUERENTE, “*embora a deliberação ANTT nº 91, de 21 de fevereiro de 2018 tenha autorizado a celebração do aditamento*”¹².

¹² Cf. item 12 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

34. Do mesmo modo, quanto às restrições de acesso às linhas de crédito, a REQUERIDA afirma que a REQUERENTE “*mais uma vez desconsidera a matriz de riscos prevista no contrato*”¹³. Isso porque, segundo alega, tendo as cláusulas 21.1, 21.1.13, 26 e 26.3 alocado à REQUERENTE o risco quanto à obtenção de financiamentos, não poderia esta última se valer de eventuais mudanças na política de crédito subsidiado dos Bancos Públicos para postular pelo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

35. O fato de instituições financeiras estatais terem assinado o documento intitulado “Carta de Apoio dos Bancos Públicos”, segundo a REQUERIDA, não constituiria garantia quanto à liberação de financiamento para a REQUERENTE, porquanto os próprios Bancos Públicos teriam condicionado tal empréstimo à análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz das políticas de crédito e operacionais das instituições financeiras.

36. E, de acordo com o que afirma a REQUERIDA, a documentação até então acostada ao procedimento daria conta de que a própria REQUERENTE teria dado causa ao cancelamento do financiamento dos Bancos Públicos, ante o não cumprimento, pela Concessionária, das condições exigidas pela instituição financeira.

37. Ademais, de acordo com a REQUERIDA, a tese da REQUERENTE – de que a crise macroeconômica e a mudança na política de financiamento dos Bancos Públicos autorizariam a revisão do Contrato de Concessão – já teria sido rejeitada pelo Juízo da 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro por meio de sentença proferida nos autos da ação nº 0012434-56.2017.4.02.5101 (cf. R-012).

38. No que diz respeito ao atraso na emissão das Licenças Ambientais, a REQUERIDA reconhece que tal evento, de fato, é de sua responsabilidade, mas alega que já o teria considerado para fins de reequilíbrio do Contrato de Concessão, seja por força da aplicação do mecanismo do “Fator D” nas revisões tarifárias, seja ao pagar à REQUERENTE os correlatos custos de desmobilização e demais despesas, conforme Notas Técnicas nº 15/2017/GEINV/SUINF e 25/2017/GEINV/SUINF (cf. R-016 e R-017).

¹³ Cf. item 26 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

39. A REQUERIDA sustenta, ainda, que o atraso na emissão das Licenças Ambientais proporcionou uma *“vantagem econômica ao Concessionário, que teve adiado os desembolsos necessários à realização das obras que dependiam da manifestação dos órgãos ambientais”*¹⁴.

40. Quanto ao aumento do limite máximo de tolerância do peso bruto transmitido por eixo, a REQUERIDA esclarece que *“prontamente reequilibrou o contrato para fazer face ao incremento de custos decorrentes da Lei nº 13.103/2015 e, em seguida, ajustou a conta para atender a determinação do TCU, mas jamais deixou de promover o reequilíbrio”*¹⁵. Ressalta, contudo, que o *“o tema é bastante complexo, motivo pelo qual o reequilíbrio já foi efetivado a título provisório, até que a Agência conclua os estudos necessários a aferir a metodologia mais justa para promover esse tipo de reequilíbrio”*¹⁶.

41. No que diz respeito à edição da Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal, a REQUERIDA afirma que a REQUERENTE apresentou pleito administrativo de reequilíbrio do Contrato de Concessão valendo-se deste fundamento, mas que tal pretensão não foi acolhida *“em razão de inércia imputada à própria Concessionária em apresentar o projeto executivo e orçamento de acordo com as exigências da Resolução ANTT nº 1.187/2005”*¹⁷ (cf. R-020).

42. No mesmo sentido segue a argumentação da REQUERIDA referente à alteração da alíquota da CIDE-Combustíveis pelo Decreto nº 8.395/2015: o pleito da REQUERENTE já teria sido indeferido administrativamente, com fundamento no Parecer nº 00573/2017/PF-ANTT/PGFPAGU (cf. R-021). De acordo com a REQUERIDA, *“foram dois os motivos que levaram ao indeferimento”*¹⁸.

43. O primeiro se traduziria no fato de que a REQUERENTE não teria logrado demonstrar que a alteração na legislação tributária teria impactado no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sobretudo quando *“o próprio índice eleito [contratualmente] para reajustar a tarifa, o IPCA, já contempla em grande medida a variação da CIDE-Combustíveis, conforme esclarecido pela área técnica da ANTT no Ofício nº 87/2016/GEROR/SUINF”*¹⁹ (cf. R-022).

¹⁴ Cf. item 38 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

¹⁵ Cf. item 44 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

¹⁶ Cf. item 44 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

¹⁷ Cf. item 45 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

¹⁸ Cf. item 48 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

¹⁹ Cf. item 49 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

44. O segundo motivo para o indeferimento do pleito, segundo a REQUERIDA, decorreria da inobservância, pela REQUERENTE, da Resolução nº 675/2004 (cf. R-023), que determinaria que a Concessionária deve alegar apenas na revisão ordinária do ano seguinte eventual alteração na legislação tributária que entende ter impactado no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

45. Além disso, a REQUERIDA apresenta as seguintes considerações para contrapor as teses da REQUERENTE referentes (a) à superveniência de despesas com estudos e projetos para os contornos rodoviários de Goiânia e de Campo Florido, bem como com o viaduto viário de interligação ao aeroporto de Goiânia-GO; (b) ao aumento extraordinário do preço do CAP (Cimentos Asfálticos de Petróleo); e (c) à necessidade de execução de condicionantes ambientais a cargo da ANTT e restauração de segmentos do Sistema Rodoviário a cargo do DNIT:

- (i) Quanto ao item “a”, a REQUERIDA afirma que “o contrato já foi reequilibrado, conforme se depreende da análise da Nota Técnica nº 010/2018/GEINV/SINF”²⁰ (cf. R-024);
- (ii) No que se refere ao item “b”, a REQUERIDA defende que “também não pode prosperar o argumento da Concessionária, uma vez que o contrato é claro em lhe atribuir o risco de variação de preços superior ao índice de inflação eleito para o reajuste tarifário”²¹, consoante cláusulas 21.1, 21.1.6, 21.1.7, 21.1.19 da avença e Parecer nº 1.365/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (cf. R-025); e
- (iii) No que diz respeito ao item “c”, a REQUERIDA aduz que “a requerente limita-se a fazer alegações vazias”²² sobre as condicionantes ambientais a cargo da ANTT e que o tema da restauração de segmentos do Sistema Rodoviário não enseja direito à reequilíbrio econômico financeiro, conforme Notas Técnicas nºs 15/2017/GEINV/SUINF e 25/2017GEINV/SUINF (cf. R-016 e R-017).

²⁰ Cf. item 53 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

²¹ Cf. item 54 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

²² Cf. item 57 da manifestação da REQUERIDA de 31.01.2020.

46. A REQUERIDA sustenta, ademais, que, ao contrário do alegado pela REQUERENTE nos autos da medida cautelar antecedente nº 1014379-79.2019.4.01.3400, todos os pleitos administrativos dos eventos antes mencionados foram analisados pela autarquia – seja por ocasião de revisões tarifárias ordinárias ou extraordinárias –, não havendo que se falar em mora administrativa.

47. Esclareceu, também, que as chamadas revisões quinquenais têm por objetivo precípuo “*adaptar o Sistema Rodoviário, que dinâmico, às necessidades dos USUÁRIOS, inclusive com participação social*”²³, diferentemente das revisões ordinárias e extraordinárias, que constituem direito da Concessionária de ter periodicamente apreciados pela ANTT seus pleitos de reequilíbrio.

48. Em outros termos, a REQUERIDA defende que não há qualquer prejuízo à REQUERENTE caso aquela deixe de promover a revisão quinquenal da concessão, uma vez que estará preservado o direito da segunda ao reequilíbrio contratual por ocasião das revisões ordinárias e extraordinárias.

49. Com base nisso, a REQUERIDA afirma que, “*ao insistir que uma ausência de revisão quinquenal prejudicou de alguma forma o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Concessionária induziu o Poder Judiciário a erro, tratando a revisão quinquenal como se esta tivesse o mesmo objetivo das revisões ordinária e extraordinária*”²⁴.

50. Todas essas circunstâncias, assim, na ótica da REQUERIDA, atestariam a ausência do requisito do *fumus boni iuris* no caso vertente, o que importaria a consequente revogação da tutela de urgência concedida nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

51. Para a REQUERIDA, a necessidade de revogação da medida cautelar se manteria presente mesmo após a notícia de protocolo, por parte da REQUERENTE, do requerimento de relicitação da concessão objeto desta arbitragem e a superveniência da pandemia provocada pelo COVID-19.

²³ Cf. item 61 da manifestação da REQUERIDA de 31.12.2020.

²⁴ Cf. item 63 da manifestação da REQUERIDA de 31.12.2020.

52. Deveras, em sua manifestação de 06.05.2020, a REQUERIDA sustentou que, por força do requerimento de relicitação e do disposto no art. 14, § 3º, da Lei nº 13.448/2017, se verá impedida de abrir processo de caducidade da concessão, caso o empreendimento venha a ser qualificado especificamente para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) da Presidência da República. Nesse passo, como ainda não ocorreu a referida qualificação, far-se-ia ainda mais premente a revogação da cautelar concedida pelo Poder Judiciário.

53. A REQUERIDA aduziu, também, que *“o verdadeiro receio é que, de posse de decisão liminar que imunize a Concessionária quanto ao cumprimento de suas obrigações, esta nem cumpra o disposto no contrato, nem se empenhe em prover todas as informações necessárias ao prosseguimento do procedimento de relicitação ou mesmo se recuse a assinar o termo aditivo”*²⁵.

54. Por outro lado, quanto aos impactos da pandemia, a REQUERIDA defendeu que tal matéria não poderia ser apreciada nesta arbitragem, seja porque se trata de fato novo, inexistente ao tempo da instauração do procedimento e da estabilização da lide com a celebração da Ata de Missão, seja porque não houve decisão definitiva da ANTT sobre o tema, o que atrai a aplicação dos arts. 31 da Lei nº 13.448/2017 e 3º, VIII, do Decreto nº 10.025/2019.

55. A REQUERIDA acresceu, também, que não haveria evidências concretas de redução de tráfego na concessão em tela em decorrência da pandemia (cf. R-030), que as medidas restritivas para a contenção da propagação do vírus não foram adotadas com o mesmo nível de severidade em todas as partes do país e que a ANTT *“não tem se mantido insensível ao tema”*²⁶, de modo que vem tomando medidas para mitigar eventuais impactos nas concessões (cf. R-32 e R-34)²⁷, inclusive com a suspensão temporária do pagamento da verba de fiscalização (cf. Resolução ANTT nº 5.892/2020).

²⁵ Cf. item 9 da manifestação da REQUERIDA de 10.06.2020.

²⁶ Cf. item 17 da manifestação da REQUERIDA de 06.05.2020.

²⁷ Dentre as medidas mitigadoras, a REQUERIDA destaca as seguintes: *“(i) em situações nas quais não seja possível o cumprimento de determinada obrigação contratual, a Concessionária deve comunicar a ANTT, para que medidas punitivas não sejam tomadas (Doc. R-32); (ii) ocorrências que não representem riscos aos usuários serão encaminhadas por e-mail às Concessionárias, sem fixação de prazo de correção; (iii) diversos pleitos formulados pela CONCEBRA de extensão de prazo para correção de irregularidades foram atendidos; (iv) eventual suspensão de obrigação em razão do COVID será avaliada caso a caso, porém, até o momento, nenhuma comunicação da CONCEBRA foi encaminhada à ANTT nesse sentido (doc. R-030). A Agência ainda tem estudado a possibilidade de suspensão do pagamento da verba de fiscalização, conforme Ofício nº 6695/2020/SUINF/DIR-ANTT (Doc. R-32).”* (cf. itens 17 e 18 da manifestação da REQUERIDA de 06.05.2020).

56. Assim, afirmou que, “*diante desse quadro em que medidas mitigadoras já vêm sendo tomadas e que não há posicionamento em definitivo acerca de eventual reequilíbrio mais amplo do contrato, é prematuro que os eventuais efeitos do COVID sejam levados em consideração por este Tribunal Arbitral, ao apreciar a manutenção/revogação das liminares*”²⁸.

57. Por fim, a REQUERIDA também aduz que o requisito do *periculum in mora* não estaria caracterizado *in casu*. Nos termos em que concedida, a tutela de urgência “*impossibilita[ria] a gestão do contrato de concessão celebrado, conferindo à Concessionária não apenas imunidade pelo inadimplemento de obrigações contratuais já identificadas, mas também permitindo que outros ainda possam ocorrer impunemente*”²⁹.

58. Para a REQUERIDA, o *periculum in mora* na hipótese seria inverso, porquanto haveria fundado risco acerca da solvência da REQUERENTE e de sua consequente capacidade de executar o contrato nos níveis de qualidade exigidos, vez que a própria Concessionária já teria admitido estar enfrentando dificuldades financeiras.

59. Além disso, de acordo com o pedido de revogação de tutela, “*de um total de 647,8km (seiscentos e quarenta e sete quilômetros e oitocentos metros) previstos para duplicação até o 5º ano de concessão, a CONCEBRA duplicou apenas 72,16km (setenta e dois quilômetros e cento e sessenta metros), ou seja, apenas 11% (onze por cento) do devido. Os recursos destinados a cumprir os 89% (oitenta e nove por cento) das obrigações restantes estão sendo usados obviamente para fazer caixa para a Concessionária e rentabilizar o negócio*”³⁰.

60. Assim, segundo a REQUERIDA, “*a decisão liminar do Poder Judiciário, ao imunizar a Concessionária das consequências jurídicas de seu inadimplemento, permite que os potenciais prejuízos ao serviço público concedido se acumulem durante todo o trâmite da arbitragem*”³¹, ao mesmo tempo em que obriga os usuários a pagarem um valor de pedágio em desacordo com

²⁸ Cf. item 19 da manifestação da REQUERIDA de 06.05.2020.

²⁹ Cf. item 66 da manifestação da REQUERIDA de 31.12.2020.

³⁰ Cf. item 84 da manifestação da REQUERIDA de 31.12.2020.

³¹ Cf. item 79 da manifestação da REQUERIDA de 31.12.2020.

o serviço provido na rodovia, já que a REQUERENTE não teria promovido os investimentos previstos contratualmente.

II.2. POSIÇÃO DA REQUERENTE

61. Em suas Alegações Iniciais, a REQUERENTE se manifestou sobre o pedido cautelar formulado pela REQUERIDA, tendo asseverado, em primeira ordem, que a ANTT “*insiste em buscar a revogação da medida [de urgência] perante o próprio Poder Judiciário, em descumprimento às normas que regem a arbitragem e em desrespeito à competência já firmada dessa Corte Arbitral*”³².

62. De acordo com a REQUERENTE, contrariando os arts. 22-A e 22-B da Lei nº 9.307/1996, o art. 17 da Resolução nº 5.845/2019 da ANTT, o art. 28, item 2, do Regulamento de Arbitragem da CCI e a subcláusula 37.8.1 do Contrato de Concessão, a REQUERIDA teria interposto recursos perante o Tribunal Regional Federal para obter a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, mesmo após este Tribunal Arbitral já estar constituído e as partes já terem firmado a Ata de Missão.

63. Sem prejuízo dessa circunstância, a REQUERENTE se opôs ao pedido da REQUERIDA, defendendo que um exame “*tripartite*” dos motivos pelos quais a liminar foi deferida pelo Poder Judiciário, dos fundamentos utilizados pela ANTT para pedir sua revogação e dos argumentos trazidos nas Alegações Iniciais levaria este Tribunal Arbitral a concluir pela necessidade de manutenção da tutela de urgência.

64. Nessa ordem de ideias, após relatar em detalhes os fatos que circunscrevem a controvérsia submetida nesta arbitragem, a REQUERENTE aduziu que, ao apreciar o pedido da ANTT de revogação da liminar, o Tribunal Arbitral não estaria adstrito aos fundamentos elencados pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal em sua decisão, devendo também analisar como um todo a argumentação desenvolvida nas Alegações Iniciais, de onde se extrai um quadro fático-jurídico mais amadurecido do que aquele levado ao Poder Judiciário.

³² Cf. item 171 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

65. Nas suas palavras, “os fundamentos invocados perante o Juízo Federal foram mais limitados, por razões óbvias do que os que veiculados nessa peça [de Alegações Iniciais], com destaque para o apontamento das seguintes premissas: (i) a crítica realidade dos contratos de concessão de rodovias federais firmados com a ANTT na 3ª Etapa PROCROFE, nascida primeiramente com a crise econômica de alta magnitude iniciada em 2014, após a oferta da proposta licitatória e a assinatura do contrato; (ii) o reconhecimento, pelo Governo Federal e pela própria ANTT, da emergencial necessidade de sua revisão com vistas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro; (iii) a violação do princípio da proteção da confiança, haja vista a não liberação de financiamento público de longo prazo nas mesmas condições prometidas na época da licitação e da contratação; e (iv) a inércia da ANTT quanto ao pleito de revisão quinquenal formulado pela Requerente”.

66. A REQUERENTE prosseguiu, ainda, defendendo os principais fundamentos que levaram o Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal a deferir (e confirmar) o pedido liminar deduzido nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

67. Em seguida, a REQUERENTE afirmou que, quanto ao requisito do *fumus boni iuris*, a REQUERIDA embasaria seu pedido em duas teses: “i) a frustração do Financiamento de Longo Prazo se enquadraria como risco contratualmente atribuído ao concessionário; e ii) os diversos outros Eventos de Desequilíbrio listados pela Requerente já teriam sido reequilibrados ou não teriam sido apreciados pela ANTT por motivo imputado à Requerente”³³.

68. Em relação à primeira tese, a REQUERENTE defendeu que “não procede a alegação de que os Eventos de Desequilíbrio relativos à queda do tráfego e à quebra da promessa do Financiamento de Longo Prazo se enquadrariam como risco contratualmente atribuído ao concessionário”³⁴. Isso porque, prossegue, “a identificação da responsabilidade por esses eventos, notadamente aquele relativo às alterações implementadas na política de crédito subsidiado dos bancos públicos, não decorre de mera literalidade das subcláusulas no 21.1, 21.1.13, 26.1 e 26.3 do Contrato de Concessão, como pretende fazer crer a Requerida”³⁵.

³³ Cf. item 183 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³⁴ Cf. item 208 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³⁵ Cf. item 209 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

69. Segundo a REQUERENTE, as condições favoráveis de financiamento por parte dos Bancos Públicos teriam integrado a modelagem econômica das licitações de concessão de rodovias da 3ª Etapa do PROCROFE, constituindo a “*base econômica objetiva*”³⁶ dos respectivos contratos, como é o caso daquele celebrado pela REQUERENTE.

70. Deveras, ainda segundo a REQUERENTE, algumas circunstâncias corroborariam essa conclusão especificamente no caso do Contrato de Concessão objeto desta arbitragem, dentre as quais:

- (i) por ocasião do lançamento da licitação, o Poder Concedente teria incluído no respectivo Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA (cf. RTE-002) a previsão da contratação de financiamento de longo prazo, a juros baixos, com prazo de carência de 5 (cinco) anos e prazo de 20 (vinte) anos para amortização, de modo a viabilizar o atingimento da finalidade primária da modelagem contratual então estruturada de que as obras de vulto fossem realizadas nos primeiros 5 (cinco) anos da concessão;
- (ii) a previsão do financiamento de longo prazo no EVTEA como premissa da concessão teria orientado a formulação do valor da tarifa quilométrica estabelecida pela União Federal como referência para os licitantes, assim como, por consequência, a proposta econômica da REQUERENTE³⁷, gerando a confiança legítima à CONCEBRA de que contaria com tal financiamento caso se sagra-se vitoriosa no certame;
- (iii) o financiamento de longo prazo com condições favoráveis teria sido garantido pela União Federal como compromisso de política de crédito e de fomento para o setor de rodovias, conforme a carta divulgada pelo BNDES, pela Caixa Econômica Federal e pelo Banco do Brasil, acostada a este procedimento como RTE-003;
- (iv) as condições favorecidas de financiamento teriam sido amplamente divulgadas pelo Governo Federal e pela própria REQUERIDA com o objetivo de atrair

³⁶ Cf. item 242 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³⁷ Segundo a REQUERENTE, o Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas da União teria reconhecido, em parecer específico, que os agentes econômicos teriam levado em consideração na composição de suas propostas o financiamento subsidiado de bancos públicos (cf. RTE-043).

interessados para o processo licitatório dos trechos das rodovias federais que vieram a ser concedidos à REQUERENTE, como se pode depreender de declarações públicas dos então Ministro do Transportes, César Borges, e Secretário Executivo do Ministério da Fazenda, Paulo Caffarelli;

- (v) o valor dos investimentos previstos na concessão em tela seria superior a R\$ 7,15 bilhões, de modo que seria inimaginável acreditar que algum empreendedor assumiria, por sua conta, um projeto de tamanho vulto financeiro sem a garantia de obtenção de recursos junto às instituições financeiras públicas, com condições atrativas, tal como teria sido afiançado pelos agentes financeiros da União contemporaneamente à licitação;
- (vi) os demais licitantes que participaram do certame que precedeu a contratação da REQUERENTE também teriam oferecido descontos expressivos em suas propostas, o que mostraria que o financiamento governamental era, de fato, elemento essencial da concorrência e parte indissociável da equação econômico-financeira da concessão;
- (vii) o próprio BNDES teria cumprido parte do compromisso do financiamento divulgado, mediante a concessão à REQUERENTE de empréstimo ponte, no valor de R\$ 1.060.242.000,00 (um bilhão, sessenta milhões, duzentos e quarenta e dois mil reais), como etapa inicial da estruturação do financiamento de longo prazo (cf. RTE-009); e
- (viii) o BNDES teria chegado até mesmo a aprovar o empréstimo de longo prazo que seria concedido à REQUERENTE, no valor total de R\$ 3.587.850.000,00 (três bilhões, quinhentos e oitenta e sete milhões, oitocentos e cinquenta mil reais), no âmbito de duas decisões de sua Diretoria³⁸ (cf. RTE-005 e RTE-006); e

³⁸ Segundo narra a REQUERENTE, “na primeira decisão (Decisão Dir. 078/2016-BNDES- RTE 5), o BNDES autorizou um aporte da parcela mais substancial do Financiamento de Longo Prazo, correspondente a R\$ 2.516.850.000,00, na modalidade de “project finance” direto, ou seja, que seria destinada diretamente à Requerente. Na segunda decisão (Decisão Dir. 079/2016-BNDES - RTE 6), o BNDES autorizou a liberação de R\$ 1.071.000.000,00, na modalidade indireta, ou seja, cuja transferência de fundos à Requerente ocorreria via repasse de bancos públicos parceiros, como BB, Caixa e BDMG. Em ambas as deliberações (‘Decisões de aprovação da Diretoria do BNDES’), a Diretoria do BNDES aprovou as modalidades do Financiamento de Longo Prazo e a minuta dos contratos a serem celebrados com a Requerente nos 60 (sessenta) dias seguintes” (cf. item 35 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

71. Ocorre que, segundo narra a REQUERENTE, em razão de uma mudança de orientação de política pública pela União Federal, o BNDES teria passado a exigir “*novas e drásticas exigências (...) que nunca integraram a Carta de Apoio dos Bancos Públicos e tampouco a aprovação da Diretoria do BNDES*”³⁹, o que, ao final, resultou na não concessão do financiamento de longo prazo, no valor total de R\$ 3.587.850.000,00 (três bilhões, quinhentos e oitenta e sete milhões, oitocentos e cinquenta mil reais), à CONCEBRA.

72. Conforme alegou a REQUERENTE:

“(...) o fato é que, em verdade, a frustração do Financiamento de Longo Prazo decorreu de motivação macroeconômica, consubstanciada na modificação da política de crédito levada a efeito pelo Poder Concedente (a União) como consequência da drástica alteração do cenário causado pela forte crise política e econômica que assolou o País nos anos subseqüentes à assinatura do Contrato de Concessão.

Com efeito, na contramão de todas as expectativas otimistas de crescimento e de prosperidade que reinavam na ocasião da deflagração do processo licitatório, houve brusca alteração do cenário econômico brasileiro, instalando-se, a partir do último trimestre de 2014, uma crise política e econômica inimaginável e de extensões desastrosas, com expressiva repercussão negativa, em especial, sobre o setor de concessões de rodovias.

*De fato, a crise que assolou o País acabou ensejando a vertiginosa queda de tráfego nas estradas, porém mais impacto ela teve ainda em alterações nas condições inicialmente apresentadas para a obtenção de financiamentos públicos, provocando uma inversão das projeções financeiras realizadas pela Requerente e pelas demais concessionárias que aderiram ao certame licitatório em 2013.”*⁴⁰

73. Nesse sentido, a não concessão do financiamento de longo prazo pelo BNDES, em razão de uma mudança de orientação de política pública da União Federal, agregada à crise econômica que abalou o País a partir de 2014, teria não apenas quebrado a base econômica do Contrato de Concessão, causando desequilíbrio econômico-financeiro à avença, como também frustrado a confiança legítima gerada pelo Poder Concedente na REQUERENTE.

74. Como forma de demonstrar o abalo extraordinário e imprevisível sofrido pela concessão e o impacto da não obtenção do financiamento de longo prazo no caso específico, a REQUERENTE:

³⁹ Cf. item 35 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁴⁰ Cf. itens 63, 64 e 65 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

- (i) anexa ao procedimento arbitral pareceres elaborados pelos economistas Raul Velloso e Gesner Oliveira (cf. RTE- 020 e RTE-042);
- (ii) argumenta que o Poder Executivo teria reconhecido a necessidade de reprogramação de investimentos previstos nos contratos de concessão de rodovias, ao editar a Medida Provisória nº 800/2017;
- (iii) registra que esse reconhecimento do Poder Executivo estaria também expresso na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 752/2016, que precedeu a edição da Lei nº 13.448/2017 acerca das diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria;
- (iv) aduz que a própria REQUERIDA teria reconhecido a inviabilidade da execução contratual, ao chegar a enquadrar a REQUERENTE na Medida Provisória nº 800/2017 para permitir a reprogramação dos investimentos, conforme Memorando nº 28/2018/GEROR/SUINF (cf. RTE-021), decisão proferida na 752ª Reunião de Diretoria da ANTT (cf. RTE-022), Voto DSL 060/2018 (cf. RTE-023) e Deliberação nº 89/2018. A REQUERENTE assevera, ainda, que apenas não teria assinado o respectivo aditamento contratual para formalizar a reprogramação dos investimentos porque *“a Agência deixou de dar seguimento ao processo durante a vigência da medida provisória, apesar de a Requerente ter adotado todas as providências que lhe cabiam, inclusive questionando a ilegal imposição da Agência de condicionamento do aditivo à transformação da medida provisória em lei”*⁴¹;
- (v) afirma que a REQUERIDA *“ainda encaminhou o Ofício Circular no 001/2018/DR/ANTT (RTE 26) a diversas autoridades brasileiras, contendo o Memorando no 876/2018/SUINF – que encaminha o documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais – pelo qual reconheceu, de um lado, que as concessões rodoviárias tiveram seu desempenho afetado pela queda acentuada do tráfego e pela restrição de acesso às linhas de crédito ofertadas previamente à crise e, de outro lado, que a frustração do planejamento das concessionárias de rodovias*

⁴¹ Cf. item 308 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

federais é agravado com a aplicação dos descontos tarifários, que têm o condão de levar a uma situação de insolvência generalizada”⁴².

- (vi) relata que, em audiência pública realizada em 14.08.2018 na Comissão de Viação de Transportes da Câmara dos Deputados, que contou com a participação de parlamentares e de membros do Ministério Público Federal, do Tribunal de Contas da União, do Ministério do Transportes, Portos e Aviação Civil, da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias e da própria REQUERIDA, teria sido consenso a necessidade de uma ampla revisão dos contratos de concessão de rodovias, como é o caso daquele confiado à REQUERENTE;
- (vii) acostou ao procedimento apresentação feita pela Superintendência de Infraestrutura Terrestre da ANTT na Comissão de Viação de Transportes da Câmara dos Deputados (cf. RTE-027), em que o órgão teria demonstrado que a discrepância entre o EVTEA e a o tráfego real seria da ordem de 20%;
- (viii) menciona entrevistas concedidas pelo atual Ministro da Infraestrutura, Tarcísio Gomes de Freitas, nos quais este confirmaria cenário de erro na modelagem econômica das concessões da chamada 3ª Etapa do PROCROFE; e
- (ix) narra que diversas concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE obtiveram medidas cautelares judiciais para suspensão de penalidades contratuais, em razão da onerosidade excessiva verificada nos respectivos contratos (cf. RTE-037, RTE-038, RTE-039, RTE-040, RTE-041 e RTE-042).

75. Na visão da REQUERENTE, a não concessão do financiamento de longo prazo no caso concreto, por ter derivado de uma alteração de política adotada em nível macroeconômico, não pode ser enquadrada dentro da álea ordinária contratual atribuída ao concessionário, na forma da subcláusula 26.1 da avença, como defende a REQUERIDA.

76. Com efeito, diz a REQUERENTE, tal fato “*não pode ser simplesmente equiparado à não liberação dos financiamentos ordinários*”⁴³, pois “*a liberação do Financiamento de Longo Prazo dependia, antes – e precipuamente –, do cumprimento, pelo Governo Federal (a União controladora dos bancos públicos), da promessa de garantia das condições favoráveis*

⁴² Cf. item 90 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁴³ Cf. item 215 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

*anteriormente anunciadas, circunstância que, como visto, não se verificou em razão da abrupta e drástica alteração da política de crédito do BNDES nos anos que se seguiram à assinatura do Contrato de Concessão*⁴⁴.

77. Nesse passo, a REQUERENTE argumentou que, *“se a quebra de promessa de sua liberação decorreu de comportamento do próprio Governo Federal, a outra conclusão não se chega senão a de que a ruptura, portanto, foi causada pelo próprio Poder Concedente*⁴⁵, de modo que as consequências daí advindas deveriam recair sobre a REQUERIDA, a teor das regras previstas nas subcláusulas 21.1, 21.2 e 21.2.21 do Contrato de Concessão.

78. Por esse motivo, a REQUERENTE entende que a não concessão do financiamento de longo prazo pelo BNDES qualifica-se como um fato do príncipe⁴⁶ (isto é, estaria inserido no conceito de álea administrativa), que teria causado desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato de Concessão, pelo que necessária seria a manutenção da tutela cautelar concedida pelo Poder Judiciário.

79. A REQUERENTE também pontua que *“não vingam a derradeira justificativa apresentada pela ANTT ao invocar a sentença de improcedência proferida na ação ordinária nº 0012434-56.2017.4.02.5101, que tramitou na 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, para pretender matar a discussão sobre o ponto relativo ao Financiamento de Longo Prazo*⁴⁷.

80. Segundo defende, a ação invocada pela REQUERIDA teria por objeto a revisão do Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1 (“empréstimo ponte”)

⁴⁴ Cf. item 216 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁴⁵ Cf. item 218 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁴⁶ Subsidiariamente, na hipótese de não se entender que a não concessão do financiamento – decorrente da alteração da política de crédito levada a efeito pelo Governo Federal – constituiu um fato do príncipe, a REQUERENTE defende que *“a hipótese configuraria típico caso de fato da Administração. Afinal, o recuo do BNDES em relação à liberação do específico financiamento postulado pela Requerente, por determinação de seu acionista majoritário (a União), consubstancia evento que atinge o contrato direta e especificadamente, no qual aquele ente federado central figura, já no preâmbulo, como incluso na expressão ‘Poder Concedente’, ao qual são mais adiante atribuídos riscos, como o fato da Administração”*. Aduz, entretanto, que tal discussão seria *“de todo irrelevante. Independentemente da classificação que se escolha, não há outra solução contratual para a situação presente, senão a aplicação da regra estatuída na subcláusula 21.2.21 do instrumento contratual, que aloca ao Poder Concedente o risco decorrente de qualquer das duas hipóteses, mas determina que se persiga o reequilíbrio, via arbitragem, apenas em face da autarquia especial que ladeia a União na classificação contratual de ‘Poder Concedente’.*” (cf. item 230 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

⁴⁷ Cf. item 215 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

celebrado entre a REQUERENTE e o BNDES, matéria, portanto, distinta daquela submetida nesta arbitragem – qual seja, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

81. Nesse passo, em que pese o Juízo da 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro tenha analisado as questões da crise econômica deflagrada a partir de 2014 e da frustração do financiamento de longo prazo para fundamentar sua decisão, a REQUERENTE ressalta que tais matérias não estão abrangidas pela coisa julgada produzida naqueles autos, porquanto não abarcadas pelo dispositivo da sentença lá proferida.

82. No que diz respeito aos demais “Eventos de Desequilíbrio” elencados pela REQUERENTE nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, que foram rebatidos pela REQUERIDA em sua manifestação de 31.01.2020, as Alegações Iniciais buscam demonstrar que estes também causaram desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão, corroborando o *fumus boni iuris* para a manutenção da decisão liminar proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

83. Os argumentos da REQUERENTE relacionados ao tema, que se encontram detalhadamente expostos no Capítulo V das Alegações Iniciais, foram resumidos na tabela elencada abaixo do item 193 da peça jurídica, com o intuito de contrapor, de forma objetiva, o que foi afirmado pela REQUERIDA em sua manifestação de 31.01.2020.

84. Em resumo, quanto aos impactos causados em decorrência do atraso na licença ambiental, a REQUERENTE aduz que a REQUERIDA teria reconhecido apenas parcialmente o direito ao reequilíbrio, tendo, contudo, excluído da recomposição custos que a CONCEBRA entende devidos e aferido de forma equivocada os valores atinentes à mobilização e desmobilização.

85. No mesmo sentido, a REQUERENTE defende que a REQUERIDA reequilibrou apenas parcialmente o Contrato de Concessão em razão de impactos advindos do aumento do limite máximo de tolerância do peso bruto por eixo pela Lei nº 13.103/2015. A irrisignação da CONCEBRA consiste no fato de que a ANTT teria aplicado metodologia de cálculo generalista, não aderente à realidade do Sistema Rodoviário, que desconsideraria trechos acessórios da rodovia e a perda de receita correlata.

86. Ainda em relação a esse ponto, a REQUERENTE destaca que *“foi especialmente afetada por essa alteração normativa, haja vista o perfil da sua demanda de tráfego, diante posição estratégica em termos logísticos, notadamente quanto ao escoamento de grãos”*⁴⁸. Nesse contexto, informa que acostou às suas Alegações Iniciais estudos científicos apontando os erros de cálculo incorridos pela REQUERIDA.

87. Já no que se refere aos impactos associados à edição da Instrução Normativa nº 1.731/2017, a REQUERENTE sustentou que a REQUERIDA teria se equivocado ao indeferir o pleito administrativo de revisão do contrato, sob o argumento de inércia da CONCEBRA em apresentar a documentação pertinente (projeto executivo e orçamento de acordo com as exigências da Resolução ANTT nº 1.187/2005).

88. Na interpretação da concessionária, o art. 14 da Resolução ANTT nº 1.187/2005 traria a exigência de apresentação prévia de projeto executivo apenas para obras previstas no PER, o que não seria a hipótese em questão. Apesar disso, contudo, a REQUERENTE informou ter elaborado o projeto executivo (cf. RTE-134), de forma a demonstrar sua *“boa-fé nas interações com a agência”*⁴⁹ e a dirimir divergências para que seja efetuado o reequilíbrio do Contrato de Concessão.

89. No que toca à alteração da alíquota CIDE-Combustíveis pelo Decreto nº 8.3945/2015, a REQUERENTE afirmou que, ao contrário do exposto pela REQUERIDA, *“os impactos da alteração da aludida alíquota foram devidamente acusados na 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária, que tratavam da revisão tarifária de 2015/2016 (exatamente a primeira oportunidade após a entrada em vigor do Decreto 8.935/2015)”*⁵⁰.

90. Ressaltou, demais disso, equívoco da tese da REQUERIDA de que a majoração da CIDE-Combustíveis já estaria contida no IPCA, que é utilizado para a atualização monetária da tarifa do pedágio da concessão. Para tanto, a REQUERENTE demonstrou que a variação do índice inflacionário (IPCA) no mês de entrada em vigor da alteração tributária corresponderia a 0,79%, enquanto os insumos de gasolina e óleo diesel variaram, respectivamente, 6,87% e 4,77% naquele mesmo período.

⁴⁸ Cf. tabela disposta abaixo do item 193 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁴⁹ Cf. item 773 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁵⁰ Cf. tabela disposta abaixo do item 193 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

91. Quanto às despesas com estudos e projetos para os contornos rodoviários de Goiânia e de Campo Florido, bem como com o viaduto viário de interligação ao aeroporto de Goiânia, a REQUERENTE, mais uma vez, afirma que o Contrato de Concessão não foi integralmente reequilibrado, visto que a REQUERIDA teria deixado de recompor determinados custos, notadamente aqueles associados à contratação de consultoria especializada para elaboração do EVTEA e do projeto executivo.

92. Sobre o pleito relacionado à variação dos custos dos Cimentos Asfálticos de Petróleo (CAP), a REQUERENTE entende que as cláusulas contratuais citadas pela REQUERIDA em sua manifestação de 31.01.2020 não são aplicáveis ao caso, *“porquanto, à luz da jurisprudência pátria e de posicionamentos firmados por entes da Administração Pública (DNIT e Procuradoria Federal da ANTT), a alteração extraordinária e imprevisível dos preços estabelecidos pela monopolista Petrobras (empresa controlada pelo poder Concedente) pode ser vista tanto como um fato do príncipe quanto um evento no âmbito da teoria da imprevisão”*⁵¹.

93. A REQUERENTE defendeu, dessa forma, que, sendo o Poder Concedente responsável pela ocorrência de evento afeto à álea extraordinária econômica ou administrativa que provoque impacto no Contrato de Concessão (nos termos das subcláusulas 21.2.4 e 21.2.21), é dever da REQUERIDA promover o reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

94. A REQUERENTE também sustenta ser improcedente a tese da REQUERIDA referente à execução de condicionantes ambientais a cargo da ANTT e à restauração de segmentos do Sistema Rodoviário a cargo do DNIT. Eis o resumo da argumentação da CONCEBRA:

“No que diz respeito às obras emergenciais do DNIT é equivocado argumentar que, apesar de não ter assumido o trecho, a CONCEBRA teria um dever geral de garantia de fluidez da rodovia e que, portanto, quaisquer obras que afetassem tais fatores seriam de responsabilidade da CONCEBRA. Utilizar tal argumento é desconsiderar a alocação específica de responsabilidades (na qual se inclui o Termo de Arrolamento de Bens, em que é dito expressamente que o trecho urbano de Nova Serrana seria responsabilidade do DNIT) e a própria matriz de riscos contratuais. Já em relação ao argumento de que o assunto deveria ser tratado em processo apartado, os escorregamentos de talude no trecho ocorreram no dia 12 de

⁵¹ Cf. tabela disposta abaixo do item 193 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

novembro de 2017, de modo que não é razoável a ANTT se manter inerte por mais de dois anos consecutivos sob o fundamento de que se trata de matéria complexa.

Sobre as adequações ao PER, a subcláusula invocada (10.5.6) não se aplica ao caso, pois os segmentos do Sistema Rodoviário a cargo do DNIT não foram recebidos definitivamente devido à constatação de irregularidades longitudinal e deflexão, nos termos da subcláusula 10.5.4. Mais do que isso, a correta compreensão da subcláusula 10.5.6. demonstra que, caso a Concessionária venha a optar por receber as obras (apesar das inconformidades), ainda assim haveria direito a reequilíbrio para realizar as adequações.

A subcláusula 10.5.4, prevê que, para garantir o seu direito ao reequilíbrio, a Concessionária terá 30 (trinta) dias para encaminhar à ANTT documento provisório, no qual deverá ressaltar todas as irregularidades em sistemas viários recebidos (exatamente o que foi feito pela CONCEBRA). E, portanto, tais problemas apontados deveriam ter sido solucionados pelo Poder Concedente para que a CONCEBRA recebesse em definitivo as obras.

Já sobre os contratos CREMA, a CONCEBRA bem demonstrou que os argumentos apresentados pela ANTT são equivocados. Para tanto, a CONCEBRA contratou consultoria, na qual foi demonstrado que os defeitos verificados não eram passíveis de constatação e muito menos previsão na visita técnica e na análise dos documentos disponíveis na licitação, e que tais problemas decorrem exclusivamente em função das deficiências afetas exclusivamente à qualidade das misturas asfálticas aplicadas nas obras de restauração do CREMA. Isto é, apurou-se que o material utilizado nas obras de restauração do pavimento e duplicação sequer atendia aos parâmetros técnicos estabelecidos pelo próprio DNIT, o que explica a origem das falhas apresentadas, que evidenciam um comprometimento estrutural do pavimento.”⁵²

95. Na visão da REQUERENTE, portanto, todos esses eventos teriam causado um enorme desequilíbrio econômico-financeiro no programa contratual, o que impediria o cumprimento do pactuado em seus termos originais, caracterizando o *fumus boni iuris* para a manutenção da decisão proferida pelo Juízo 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

96. A necessidade de manutenção da decisão judicial seria corroborada, aliás, conforme aduz a REQUERENTE, também pelo fato de que a REQUERIDA estaria se omitindo na obrigação de apreciar a proposta de revisão quinquenal do contrato de concessão apresentada pela REQUERENTE em sede administrativa, onde estariam elencadas essas diversas causas de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

97. Por fim, ao contrário da REQUERIDA, a REQUERENTE buscou demonstrar que o requisito de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação estaria preenchido no caso em exame e rebateu os argumentos invocados pela REQUERIDA que apontariam em sentido contrário.

⁵² Cf. tabela disposta abaixo do item 193 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

98. Deveras, a REQUERENTE defendeu não corresponder à realidade a assertiva da REQUERIDA de que apenas 11% do contrato teria sido executado. Segundo a Concessionária, a ANTT apenas teria computado em sua estimativa as obras de duplicação das rodovias, desconsiderando diversas outras obras realizadas, conforme RTE-044, que também integraram o escopo da concessão. Além disso, o relatório acostado pela REQUERIDA como RTE-044 também demonstraria que, mesmo em relação à duplicação das rodovias, a CONCEBRA teria executado 13% das obras.

99. Para a REQUERENTE, o *periculum in mora* estaria presente na hipótese, na medida em que as obrigações contratuais se tornaram excessivamente onerosas em razão da crise macroeconômica que atingiu o País, das alterações nas condições ofertadas para a obtenção de financiamentos públicos e de todos os demais “Eventos de Desequilíbrio” econômico-financeiro demonstrados nas Alegações Iniciais.

100. Nesse sentido, a manutenção da decisão liminar proferida pelo Poder Judiciário se mostraria necessária, exatamente para evitar que a REQUERIDA permaneça a aplicar penalidades contratuais à REQUERENTE pelo descumprimento das obrigações originalmente previstas no Contrato de Concessão, que poderiam resultar na cobrança de valores milionários⁵³ e até mesmo, em último caso, na caducidade da concessão.

101. Ainda segundo a REQUERENTE, o perigo de dano seria corroborado pelo fato de que a REQUERIDA teria, recentemente, por ocasião da 4ª Revisão Ordinária e da 8ª Revisão Extraordinária, deliberado pela redução da tarifa objeto da concessão em cerca de 40% (cf. RTE-046 e RTE-047), sendo que os efeitos dessa medida somente não teriam sido efetivamente implementados em virtude da decisão cautelar exarada nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

102. O *periculum in mora* necessário à manutenção da decisão cautelar proferida pelo Poder Judiciário se mostraria ainda mais evidente, segundo a REQUERENTE, diante do recente

⁵³ Segundo a REQUERENTE, a REQUERIDA já teria emitido uma série de autuações pelo descumprimento de obrigações previstas no Contrato de Concessão, dentre as quais o “*não cumprimento do prazo de entrega das obras necessárias para o atendimento das metas previstas no PER para a implantação de pista dupla*” (cf. item 358 das Alegações Iniciais da REQUERENTE) (RTE-045).

protocolo do requerimento de relicitação da concessão e da superveniência da pandemia provocada pelo COVID-19.

103. De um lado, ainda seguindo essa argumentação, “*o novo cenário negativo vivido em razão dos efeitos deletérios e de dimensões dramáticas que vêm sendo causados na economia brasileira (e mundial) em decorrência da crise sem precedentes gerada pela pandemia do novo Coronavírus*”, teria acirrado “*sobremaneira o já grave problema do desequilíbrio contratual*”⁵⁴.

104. Segundo os números apresentados nas Alegações Iniciais, a REQUERENTE teria amargado uma queda da arrecadação tarifária de 18% no mês de março do corrente ano, havendo uma estimativa que tal queda alcance 26% no mês de abril. Tal redução de receita, na visão da Concessionária, “*tornaria iminente a inviabilidade de integral adimplemento de suas obrigações contratuais*”⁵⁵ e, por conseguinte, necessária a manutenção da decisão cautelar estatal.

105. A manutenção da decisão do Poder Judiciário se justificaria até mesmo porque, segundo a REQUERENTE, a REQUERIDA teria se mantido inerte frente aos impactos causados pela pandemia à concessão, a despeito de sido instada para tanto (cf. RTE-050, RTE-051). Ainda segundo a CONCEBRA, a ANTT teria conferido tratamento discriminatório às concessionárias de rodovia em relação às concessionárias de ferrovias, visto que estas tiveram prazos para o cumprimento de obrigações flexibilizados.

106. A REQUERENTE afirmou também que, embora a análise jurídica do *fumus boni iuris* realmente tenha que “*guardar correspondência com os limites da pretensão preestabelecidos na Ata de Missão*”⁵⁶, o Tribunal Arbitral poderia considerar o cenário fático da pandemia ao verificar a presença ou não do *periculum in mora* no caso vertente.

107. De outro lado, em relação ao requerimento de relicitação, a REQUERENTE argumenta que o art. 14, § 2º, da Lei nº 13.448/2017 somente suspende a instauração do processo de caducidade

⁵⁴ Cf. item 375 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁵⁵ Cf. item 375 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁵⁶ Cf. item 22 da manifestação da REQUERENTE de 11.06.2020.

da concessão após a qualificação do empreendimento no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) da Presidência da República, o que ainda não teria ocorrido no caso.

108. Daí que a REQUERENTE entende ser “*manifesta necessidade de se manter a medida cautelar vigente, ao menos até que o empreendimento venha a ser efetivamente qualificado para fins de relicitação, quando poderia ser reexaminado o quadro de perigo da demora*”⁵⁷. A toda evidência, prossegue, “*eventual revogação da cautelar antes desse evento deixaria totalmente a descoberto a Requerente, com grave e concreto risco de decretação de caducidade (...) [de] consequente interrupção do serviço prestado*”⁵⁸.

109. A REQUERENTE arremata aduzindo que o requerimento de relicitação não acarreta qualquer risco de lesão ao erário, ao interesse público ou mesmo à eficácia da sentença de mérito a ser proferida neste procedimento arbitral, pelo que a Lei nº 13.448/2017 e seu decreto regulamentador (Decreto nº 9.957/2019) “*cercaram-se de diversos mecanismos para que o Estado (no caso, a União) e os usuários das rodovias não venham a ser prejudicados com a devolução acordada da concessão*”⁵⁹ (vide art. 15 da Lei nº 13.448/2017 e art. 11 do Decreto nº 9.957/2019).

110. De outra banda, a REQUERENTE sustenta inexistir *periculum in mora* inverso, na medida em que “*a Agência não está impossibilitada de exercer a gestão e fiscalização do Contrato de Concessão. Tanto é certo que, a despeito da vigência e eficácia da medida cautelar que assegura à Requerente o direito de não sofrer penalidades contratuais por alegado inadimplemento, o órgão não cessou a lavratura de autos de infração*”⁶⁰, continuando a fazê-lo, embora sem proceder a cobrança dos valores neles previstos.

111. Na mesma linha, defende a REQUERENTE que “*não se pode dizer que a cautelar tolhe a atividade de gestão e fiscalização do contrato pelo fato de estar a Agência impedida de aplicar a pena capital de caducidade, promover redução tarifária ou de exigir investimentos que estão sendo questionados no bojo desse procedimento de arbitragem, questões que estão no âmago do desequilíbrio a ser equacionado por essa Eg. Corte Arbitral*”⁶¹.

⁵⁷ Cf. item 412 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁵⁸ Cf. item 413 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁵⁹ Cf. item 413 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁶⁰ Cf. item 369 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁶¹ Cf. item 370 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

112. Por esses motivos, a REQUERENTE postula a manutenção da decisão proferida nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, nos seguintes termos:

“988. *Requer também:*

- i. *A manutenção da medida cautelar hoje vigente, pelos mesmos ou por outros fundamentos, ou então o deferimento de nova medida cautelar, em qualquer caso para assegurar que, até a prolação de sentença arbitral, a ANTT: (i) não altere unilateralmente as bases econômico-financeiras contratuais vigentes quando do protocolo da ação cautelar de arbitragem, incluída a condição tarifária, sem nova redução; (ii) se abstenha de aplicar penalidades atreladas a obrigações de investimento ou financeiras, inclusive a de caducidade, bem como de levar adiante o correlato procedimento, respeitado o regular poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado; e (iii) não imponha novas obrigações de investimento à concessionária que sejam precedidas da competente recomposição tarifária prévia, haja vista a excepcionalidade da sua situação financeira, em razão da atual crise econômica arrastada pela crise de saúde pública decorrente da Pandemia da Covid-19;*
- ii. *Subsidiariamente, pede-se que se projete temporalmente a cautelar, nos exatos termos postulados acima, ao menos até o julgamento de qualificação do pleito de relicitação no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) da Presidência da República, para que nova análise seja feita pelo tribunal, haja vista o disposto no art. 14, § 2º, da Lei n.º 13.448;*
- iii. *Cumulativamente, espera-se o indeferimento do pedido de revogação de cautelar deduzido pela ANTT.”⁶²*

III. FUNDAMENTAÇÃO

113. É cediço que, para a concessão de qualquer tutela de urgência, por sua própria natureza, faz-se necessário que estejam presentes, de forma inequívoca, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Sobre o tema, confira-se lição de Donaldo Armelin:

“Na verdade, a cautelar pré-arbitral tem sua disciplina definida no CPC, mas sempre submetida ao crivo do juízo arbitral, que mantém sua competência para ratificar ou não o decidido ou efetivado na tela judicial. Por isso mesmo essa cautelar sujeita-se aos princípios e ditames albergados no referido Código, devendo a eles se amoldar. Presentes, destarte, devem estar os denominados pressupostos processuais e condições da ação. A despeito da desarmonia existente na doutrina no concernente à natureza jurídica do periculum in mora e do fumus boni

⁶² Cf. item 988 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

*iuris, entende-se que ambas integram os fundamentos do pedido de cautela, à míngua dos quais esse pedido desvendar-se-ia carente de fundamentação.”*⁶³

114. Neste passo, faz-se necessário ao árbitro examinar requisitos similares aos da legislação processual civil, quais sejam, a probabilidade do direito invocado e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação na demora do provimento final. A toda evidência, é corrente, também no âmbito internacional, o entendimento de que a medida cautelar somente deve ser deferida em sede arbitral quando o caso for razoavelmente sustentável no mérito, existir risco efetivo de dano à parte e não houver pré-julgamento da causa⁶⁴.

115. Assim, o Tribunal Arbitral passa a examinar a presença ou não dos mencionados requisitos no caso concreto, à luz das Alegações Iniciais da REQUERENTE, das manifestações da REQUERIDA de 31.01.2020 e 06.05.2020 e dos respectivos documentos a elas anexados, para apreciar o pedido de manutenção/revogação da decisão cautelar proferida pelo Poder Judiciário nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

III.1. FUMUNS BONI IURIS

116. O requisito do *fumus boni iuris* se satisfaz com a aparência do bom direito invocado pela parte, em contraposição à sua certeza, relegada a um juízo exauriente. No contexto da cognição sumária a que se submete a presente Ordem Processual, o Tribunal Arbitral realiza um juízo de mera probabilidade e verossimilhança do direito invocado, de sorte que toda e qualquer interpretação levada a efeito neste pronunciamento deve ser vista como provisória e preliminar, ainda que ausente tal ressalva nos itens que compõem sua fundamentação.

117. É necessário, assim, no presente caso, que sejam examinados os motivos centrais que alicerçam a decisão judicial bem como os argumentos veiculados pelas partes, de modo a verificar se a medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário deve ser mantida, revogada ou mesmo modificada.

⁶³ ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de urgências e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 372.

⁶⁴ BORN, Gary B. *International commercial arbitration: volume 2: international arbitral procedures*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014, p. 2468 e seguintes; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 322-324.

118. O Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal concedeu medida cautelar nos autos da nº 1014379-79.2019.4.01.3400, de modo a “*assegurar que, até a resolução do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – ou seja, pela apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo Tribunal Arbitral –, a requerida se abstenha de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos questionados nos pleitos de reequilíbrio/revisionais já ofertados, impor novas obrigações de investimento e promover redução tarifária, até o tribunal arbitral se pronunciar, ou a Agência, em sua autotutela buscar solução da lide*”⁶⁵.

119. Na oportunidade, o magistrado fundamentou a existência de *fumus boni iuris* na inobservância do princípio da confiança legítima, caracterizado pela frustração do financiamento de longo prazo que era esperado pela REQUERENTE, a qual teria provocado o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

120. Em seguida, ao confirmar a decisão liminar, aquele mesmo magistrado ainda acolheu como verossímil a alegação da REQUERENTE de que a REQUERIDA teria deixado de apreciar a proposta de revisão quinquenal do Contrato de Concessão, onde estariam apontados descumprimentos de obrigações por parte da ANTT (v.g. atraso na obtenção da licença ambiental e não realização de investimentos afetos ao Poder Público) que teriam contribuído para o cenário de quebra do sinalagma contratual.

121. O Tribunal Arbitral entende que as matérias elencadas pelo magistrado estatal, assim como todas as demais causas de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, constituem matéria de mérito da presente arbitragem, devendo, como tal, serem apreciadas tão-somente por ocasião da prolação da sentença final.

122. Com efeito, a aferição da responsabilidade pelos “Eventos de Desequilíbrio” narrados pela Concessionária, de seus impactos e da alocação dos riscos contratuais depende do aprofundamento do contraditório pleno e, inclusive, de dilação probatória, sendo prematuro, em sede de cognição sumária, ainda mais quando sequer apresentada a Resposta da REQUERIDA às Alegações Iniciais da REQUERENTE, exercer juízo sobre a matéria.

⁶⁵ Cf. R-007.

123. Não obstante, ao sentir do Tribunal Arbitral, os elementos até então trazidos a este procedimento são suficientes para apontar para a verossimilhança da alegação da REQUERENTE de que as obrigações estabelecidas no Contrato de Concessão se tornaram excessivamente onerosas, sobretudo em virtude da frustração do financiamento de longo prazo que seria concedido à Concessionária pelo BNDES diretamente e por meio da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil.

124. Independentemente da discussão a respeito da responsabilidade por tais eventos e da matriz de risco contratual, o fato é que o empréstimo de longo prazo que seria concedido pelo BNDES à REQUERENTE, no valor de R\$ 3.587.850.000,00 (três bilhões, quinhentos e oitenta e sete milhões, oitocentos e cinquenta mil reais), se destinaria a viabilizar parcela expressiva dos investimentos previstos no Contrato de Concessão.

125. Em sede de cognição sumária, não é possível ao Tribunal Arbitral avaliar a dimensão do impacto que a frustração do sobredito financiamento teria causado na relação contratual ora em exame⁶⁶, tampouco as eventuais opções à disposição da REQUERENTE para suprir ausência do empréstimo estatal⁶⁷.

126. Sem embargo, não há como se desconsiderar que há uma grande probabilidade de que a impossibilidade de obtenção do empréstimo de longo prazo tenha dificultado o cumprimento das obrigações contratuais pela REQUERENTE. Basta notar que o valor do referido financiamento, de R\$ 3.587.850.000,00 (três bilhões, quinhentos e oitenta e sete milhões,

⁶⁶ No parecer acostado como RTE-020, o economista Raul Velloso apresenta uma estimativa dos impactos financeiros decorrentes da não obtenção do financiamento de longo prazo junto ao BNDES. Segundo o parecerista, “o impacto financeiro da frustração do crédito subsidiado é substancial”, visto que “se o BNDES financiasse 70% dos investimentos, o gasto com juros representaria 51% do lucro líquido. Sem o BNDES, o gasto com juros sobe para 101% do lucro líquido, inviabilizando a concessão” (cf. RTE-020). Não se afigura possível, no entanto, utilizar as conclusões do referido parecer nesta Ordem Processual, proferida em sede de juízo não exauriente, mormente porque o documento ainda sequer foi submetido ao contraditório da REQUERIDA.

⁶⁷ No parecer acostado como RTE-042, professor Gesner Oliveira afirma que as condições de financiamento divulgadas pelos Bancos Públicos para atrair investidores para as licitações da 3ª etapa do PROCROFE “*não podiam ser encontradas em outras instituições de financiamento ou bancos*”. Também consta do parecer que, com a frustração do empréstimo de longo prazo que seria concedido pelas instituições públicas, “*a Concessionária viu-se obrigada a recorrer a fontes de financiamento mais caras que aquela utilizada em sua Proposta Comercial e que embasara sua Tarifa Básica de Pedágio*”, tendo se utilizado, por exemplo, “*de aportes de recursos próprios acima dos valores previstos, [d]a rolagem de dívidas de curto prazo a custos mais elevados que os previstos e [d]a contratação de novos instrumentos de crédito de curto prazo*”. (cf. RTE-042). A afirmação do parecer, contudo, também não pode adotada como premissa desta Ordem Processual, proferida em sede de cognição sumária, sobretudo porque o documento foi produzido sem a participação da REQUERIDA, dependendo suas conclusões de dilação probatória.

oitocentos e cinquenta mil reais), corresponde a cerca de 50% do valor dos investimentos totais previstos no Contrato de Concessão para o período de 30 (trinta) anos⁶⁸.

127. Tanto assim é que, ao menos até o presente momento, a REQUERIDA não controverteu nestes autos o fato de que as obrigações da REQUERENTE previstas no Contrato de Concessão se tornaram excessivamente onerosas em decorrência da restrição de acesso às linhas de crédito públicas e da crise econômica nacional. Do que se extrai das manifestações apresentadas em 31.01.2020, 06.05.2020 e 10.06.2020, a ANTT não impugna a existência de dificuldade da CONCEBRA no cumprimento do cronograma de investimentos, mas tão-somente a responsabilidade sobre o referido evento, à luz da matriz de risco do contrato.

128. Chama atenção, também, a circunstância de que representantes do Poder Público Federal e da própria ANTT, em diversas ocasiões, se manifestaram no sentido de que os contratos concessionais da 3ª Etapa do PROCROFE – dentre os quais se insere aquele celebrado com a CONCEBRA – foram impactados com a deterioração das variáveis macroeconômicas no cenário nacional nos últimos anos, que trouxe restrições à liquidez de outrora e, conseqüentemente, inviabilizou a tomada de empréstimos de longo prazo nas condições veiculadas quando da licitação.

129. Exemplo disso é a edição da Medida Provisória nº 800/2017, que tinha por objetivo estabelecer diretrizes para a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais. Extrai-se de sua Exposição de Motivos o seguinte:

“3. Com o início dos contratos, ao contrário do que se projetava para a economia brasileira, o que se constatou foi uma grave deterioração das variáveis macroeconômicas no cenário nacional nos últimos anos, com dois anos sucessivos de quedas expressivas no Produto Interno Bruto (PIB), de 3,8% em 2015 e 3,6% em 2016.

Esse cenário trouxe restrições à liquidez financeira de outrora, inviabilizando a tomada de empréstimos de longo prazo nas condições veiculadas quando da elaboração do Programa de Investimentos em Logística – PIL. À época da realização dos leilões dos sistemas rodoviários em questão, o Brasil passava por período de forte crescimento econômico, tendo registrado crescimento médio anual do PIB de aproximadamente 4% no período 2010-2013. A crise econômica atingiu fortemente a modelagem prevista para esses contratos, a partir das já mencionadas quedas no PIB.

⁶⁸ Segundo a REQUERENTE, o contrato demanda R\$ 7,15 bilhões de investimentos durante os 30 (trinta) anos da concessão (cf. itens 4, 12, 25 e 245 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

4. *A retração econômica acarreta prejuízos às concessões rodoviárias em diferentes frentes. Primeiramente, a geração de receita por parte da concessão é drasticamente afetada devido à queda do volume de tráfego geral da rodovia. Esse movimento é ainda mais acentuado sobre os veículos pesados, os quais possuem forte elasticidade em relação ao comportamento do PIB, além de responderem pelos maiores multiplicadores tarifários. Destarte, a arrecadação das concessões vem se descolando sobremaneira das projeções realizadas quando da elaboração dos estudos de viabilidade que orientaram os lances ofertados nos leilões realizados. Em segundo lugar, houve impacto na capacidade de captação de recursos financeiros por parte das concessionárias de serviço público. Em grande medida como consequência do primeiro efeito, os projetos passaram a não mais atender às condicionantes previstas nas políticas operacionais dos bancos financiadores, resultando na limitação do volume de recursos passíveis de financiamento.*⁶⁹

130. No mesmo sentido, vale mencionar o Memorando nº 876/2018/SUINF firmado pelo Superintendente de Exploração da Infraestrutura Rodoviária da ANTT (cf. RTE-026)⁷⁰, o Ofício Circular nº 001/2018/DG/ANTT subscrito pelo Diretor Geral da agência reguladora (cf. RTE-026)⁷¹ e a apresentação realizada pela Superintendência de Infraestrutura Terrestre da REQUERIDA na Comissão de Viação de Transportes da Câmara dos Deputados (cf. RTE-027)⁷².

131. Em todos esses documentos há registros de representantes do Poder Público Federal e da própria ANTT indicando a existência de dificuldades das concessionárias de rodovias no cumprimento de seus respectivos contratos concessionais, diante da recessão econômica nacional deflagrada nos anos de 2015 e 2016.

132. Cite-se, ainda, a própria qualificação, pela ANTT, da concessão objeto desta arbitragem para os fins da Medida Provisória nº 800/2017 (cf. RTE-021, RTE-022, RTE-023 e RTE-024). Embora a reprogramação de investimentos então aprovada pela autarquia não tenha sido efetivamente implementada em razão da não conversão da aludida Medida Provisória em Lei Federal, o fato é que essa circunstância consubstancia mais um elemento a indicar a dificuldade existente no cumprimento do Contrato de Concessão.

⁶⁹ Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2017/medidaprovisoria-800-18-setembro-2017-785455-exposicaodemotivos-153775-pe.html>>. Acesso em 28.05.2020.

⁷⁰ Por meio do referido Memorando, Superintendente de Exploração da Infraestrutura Rodoviária encaminha ao Diretor-Geral da ANTT um documento intitulado “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais”, apontando dificuldades enfrentadas pelas concessionárias no cumprimento de seus respectivos contratos concessionais, diante da recessão econômica nacional deflagrada nos anos de 2015 e 2016.

⁷¹ Através do Ofício Circular nº 001/2018/DG/ANTT, o Diretor-Geral da ANTT encaminhou a diversas autoridades públicas o Memorando nº 876/2018/SUINF, tornando pública a situação precária pela qual passavam boa parte das concessionárias da 3ª Etapa de concessões do PROCROFE.

⁷² Na apresentação, é demonstrado que a “crise econômica afetou severamente a curva de tráfego das concessões” (cf. RTE-027).

133. De tudo isso se extrai ser verossímil a alegação de onerosidade excessiva para a REQUERENTE cumprir as obrigações previstas no Contrato de Concessão, notadamente aquelas que exigem a realização de investimentos de ampliação de capacidade das rodovias concedidas.

134. Nesse passo, enquanto não for proferido pronunciamento por este Tribunal Arbitral acerca da responsabilidade por essa excessiva onerosidade, à luz da matriz de risco do contrato, e do consequente direito ou não da REQUERENTE ao reequilíbrio econômico-financeiro, se afigura prudente que se assegure medidas destinadas a preservar a concessão e a garantir o resultado útil desta arbitragem.

135. Note-se que, ao contrário do que defende a REQUERIDA, a verossimilhança da alegação necessária à manutenção da tutela cautelar estatal não é infirmada pela sentença proferida pelo Juízo da 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, nos autos da ação nº 0012434-56.2017.4.02.5101.

136. A referida ação não tinha por objeto o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, mas apenas a revisão do contrato do empréstimo ponte tomado pela REQUERENTE junto ao BNDES. Assim, ante a falta de identidade de pedidos e da não apreciação da matéria objeto desta arbitragem no dispositivo da sentença judicial, não há coisa julgada que impeça a apreciação da pretensão de reequilíbrio da concessão pelo Tribunal Arbitral nesta sede.

137. O fato de o Juízo da 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro ter, em sua fundamentação, analisado a crise econômica nacional e a frustração do financiamento de longo prazo no contexto da concessão não obsta a submissão dessas causas de pedir ao Tribunal Arbitral para a formulação de pedido distinto daquele deduzido na ação nº 0012434-56.2017.4.02.5101 (cf. R-012).

138. Portanto, no entender do Tribunal Arbitral, resta caracterizado o *fumus boni iuris* necessário para a manutenção, ainda que parcial, da decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da nº 1014379-79.2019.4.01.3400.

III.2. *PERICULUM IN MORA*

139. O *periculum in mora* que legitima a providência cautelar deve considerar a existência de um perigo real, grave e iminente, que possa causar à parte um dano irreparável ou de difícil reparação.

140. Ao deferir e confirmar sua decisão cautelar nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, o Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal não demonstrou, de maneira específica, a existência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação que recaísse sobre a REQUERENTE para justificar a medida.

141. Essa circunstância, contudo, não impede o Tribunal Arbitral de apreciar o preenchimento do *periculum in mora* no caso vertente, ao proferir a presente Ordem Processual. Com efeito, já se viu acima que tal elemento constitui requisito para a manutenção, revogação ou modificação da medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário, na forma do art. 22-B da Lei nº 9.307/1996.

142. Nessa linha, após examinar os argumentos e documentos trazidos pelas partes a este procedimento, o Tribunal Arbitral vislumbrou, no caso presente, a existência de urgência atual e iminente a justificar a manutenção da medida cautelar, ao menos parcialmente.

143. A toda evidência, consta dos autos a informação de que, em 15.05.2018, a REQUERIDA exigiu que a REQUERENTE sanasse o inadimplemento de todas as suas obrigações previstas no contrato – dentre as quais se inclui aquela de promover os investimentos de ampliação da capacidade das rodovias –, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, sob pena de ser instaurado processo de caducidade da concessão. Transcreva-se, a propósito, trecho do Ofício nº 216/2018/SUINF, acostado como RTE-033:

“Senhor Presidente,

1. *Trata-se dos diversos descumprimentos de obrigações contratuais constatados no processo em epígrafe (cópia anexa a este Ofício) que colocam em risco iminente à continuidade da adequada prestação do serviço público que compreende o objeto do Contrato de Concessão relativo ao Edital nº 004/2013.*

2. *Assim, esta Agência encaminha cópia eletrônica integral do presente processo, para que a Concessionária corrija as inconformidades contratuais indicadas no processo*

administrativo ordinário em epígrafe e as demais transgressões que eventualmente estejam incorrendo, impreterivelmente no prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir do recebimento da presente Notificação, de modo a exercer o seu direito de ampla defesa.

3. *Exaurido o prazo supramencionado, e não comprovado o saneamento de todos os descumprimentos contratuais, esta ANTT, em atendimento a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e ao Contrato de Concessão relativo ao Edital nº 004/2013, com trecho relacionado ao tema transcrito a seguir, instaurará o processo de caducidade, nos termos da Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016.”⁷³*

144. Nesse cenário, diante da já constatada dificuldade da REQUERENTE em cumprir suas obrigações contratuais, resta caracterizado o *periculum in mora* na hipótese, pois, não fosse a medida cautelar concedida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, possivelmente a REQUERIDA teria instaurado o processo administrativo com vistas à decretação da caducidade da concessão.

145. A caducidade, como é consabido, constitui modalidade de extinção de contratos de concessão prevista no art. 35, II, da Lei nº 8.987/1995 e cláusulas 29.1.3 e 32 da avença em exame, que ocorre em decorrência de ato unilateral praticado pelo Poder Público, uma vez constatado descumprimento de obrigações contratuais pelo contratado⁷⁴.

146. Trata-se, com efeito, de medida por deveras drástica para o concessionário, porquanto extingue unilateralmente o ajuste e limita a indenização a ser paga pelo Poder Público às parcelas não amortizadas ou depreciadas de bens, não englobando eventuais lucros cessantes ou mesmo perdas do concessionário derivadas de seu inadimplemento⁷⁵ (cf. art. 38, § 5º, Lei nº 8.987/1995 e cláusula 32.7 do Contrato de Concessão).

⁷³ Cf. RTE-033.

⁷⁴ A cláusula 32.1 do Contrato de Concessão detalha, de forma mais precisa, as hipóteses que autorizam a declaração de caducidade; confira-se: “32.1 A União poderá, mediante proposta da ANTT, declarar a caducidade da Concessão na hipótese de inexecução total ou parcial do Contrato, observado o disposto nas normas regulamentares e legais pertinentes, e especialmente quando a Concessionária: 32.1.1 prestar os serviços objeto deste Contrato de forma inadequada ou deficiente, tendo por base os Parâmetros de Desempenho; 32.1.2 descumprir os prazos para implantação e operacionalização das Obras de Ampliação e Melhorias e de Manutenção de Nível de Serviço ou da Frente de Serviços Operacionais; 32.1.3 descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais e regulamentares concernentes à Concessão; 32.1.4 paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas das hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior; 32.1.5 perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; 32.1.6 não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; 32.1.7 não atender a intimação do Poder Concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; ou 32.1.8 for condenada em sentença transitada em jugado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.” (cf. RTE-001).

⁷⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 362-363.

147. Na hipótese em tela, ante a alegação da REQUERENTE de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e de sua consequente pretensão de revisão da avença, os inadimplementos apontados pela REQUERIDA para justificar a caducidade tornaram-se fatos controvertidos.

148. Tendo em vista, assim, que a Concessionária imputa ao Poder Concedente os eventos que causaram os alegados inadimplementos, forçoso impedir a declaração da caducidade enquanto pendente o litígio, até mesmo diante do disposto na cláusula 32.2 da avença, *in verbis*:

“32.2 A União não poderá declarar a caducidade da Concessão com relação ao inadimplemento da Concessionária resultante dos eventos indicados na subcláusula 21.2 acima ou causados pela ocorrência de caso fortuito ou força maior.”⁷⁶

149. Note-se, ademais, que a REQUERENTE noticiou ter apresentado, em 09.04.2020, “requerimento à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para que sua concessão seja submetida ao processo de relicitação, nos termos da Lei nº 13.448/17, regulamentada pelo Decreto nº 9.957/19”⁷⁷.

150. Tal circunstância corrobora a necessidade de manutenção da liminar nesse aspecto, porquanto faz supor que, dentro de um prazo razoável, serão produzidos efeitos semelhantes àqueles pretendidos pela REQUERIDA com a caducidade, mediante a devolução da concessão pela REQUERENTE.

151. Afinal, conforme lição de Rafael Vêras de Freitas, por meio do instituto da relicitação, haverá a extinção consensual do contrato de concessão, com a transferência das obrigações do antigo concessionário para o contratado vencedor do novo certame a ser realizado pela Administração Pública:

“O instituto da relicitação, por sua vez, se configura como hipótese de extinção consensual do contrato de concessão, em substituição ao procedimento administrativo de caducidade (previsto no art. 38 da Lei nº 8.987/1995). Por meio desse instituto, o concessionário inadimplente para com a suas obrigações, em vez de se submeter a um procedimento administrativo de extinção anômala do contrato de concessão culposa, entabula a sua extinção consensual com o poder concedente, por intermédio da celebração de termo aditivo. O que se exige, como muito bem

⁷⁶ Cf. RTE-001.

⁷⁷ Cf. RTE-034.

apontado por César Pereira, é o inadimplemento de qualquer das partes e, no caso do inadimplemento do concessionário, esse pode ser atual ou potencial. Não há a necessidade de já se haver caracterizado o inadimplemento, apenas de se comprovar que o concessionário demonstra incapacidade de continuar cumprindo o contrato ou as obrigações financeiras.

O referido instituto poderá ter lugar em duas hipóteses: a primeira delas terá lugar quando o concessionário não mantiver as condições subjetivas que autorizaram a sua contratação (seja pela perda de capacidade financeira, seja pela perda de capacidade técnica) — ou seja, quando viola o disposto no artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, de acordo com o qual o contratado tem a obrigação de “manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”. A segunda hipótese tem lugar quando o concessionário incorre no descumprimento de suas obrigações contratuais, sejam as de investimentos, sejam as de desempenho.

É possível cogitar, no que respeita à segunda hipótese, por exemplo, eventuais (i) descumprimentos das obrigações de regularidade e de continuidade do serviço público; (ii) descumprimentos das diretrizes regulamentares e fiscalizatórias do poder concedente; (iii) violações ao direito dos usuários; e (iv) não reversões de parcela das receitas extraordinárias para o atendimento do princípio da modicidade tarifária.

Para tal desiderato, o concessionário terá que: (i) renunciar ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para garantir o enquadramento previsto no §3º do artigo 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade; e (ii) renunciar, expressamente, de participar do novo certame ou do futuro contrato de parceria. Trata-se de uma espécie de novação (prevista no art. 360 do Código Civil de 2002 — CC), na medida em que as partes, de comum acordo (animus novandi), extinguem obrigações existentes, por intermédio da constituição de novas obrigações (aliquid novi), as quais podem ser adimplidas, inclusive, por outro concessionário (novação subjetiva).”⁷⁸

152. Assim, considerando que, nos termos do art. 14, § 3º, da Lei nº 13.448/2017⁷⁹ somente após a qualificação do Contrato de Concessão no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) da Presidência da República fica legalmente sobrestado o processo de caducidade – o que, segundo consta dos autos, ainda não ocorreu –, impõe-se impedir a REQUERIDA de se valer antecipadamente da caducidade, com vistas a assegurar a regular análise do pedido de relicitação protocolado pela REQUERENTE.

⁷⁸ FREITAS, Rafael Vêras de. *As Prorrogações e a Licitação na Lei no 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do Equilíbrio Econômico Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 640-641.

⁷⁹ “Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo. (...)”

§ 3º *Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado.*”

153. No próprio Ofício nº 216/2018/SUINF (cf. RTE-033) antes mencionado, aliás, a REQUERIDA admite que a REQUERENTE pode optar por extinguir amigavelmente a concessão por meio do procedimento de relicitação previsto Lei nº 13.448/2017, em lugar de esperar a abertura do processo de caducidade⁸⁰.

154. Não há, nessa esteira, como se vislumbrar *periculum in mora* inverso na manutenção da decisão judicial, já que a própria REQUERIDA se manifestou no sentido de que a devolução da concessão mediante relicitação atenderia à finalidade por ela pretendida.

155. Deve-se ter presente, ainda, o risco existente para os usuários das rodovias, que poderiam se ver desassistidos, com a interrupção do serviço público, ante as notícias de inexistência de recursos orçamentários e financeiros da União Federal para atualmente cobrir os custos de manutenção rodoviária⁸¹ e de que há uma estimativa média de que dure cerca de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos o transcurso do processo de caducidade até a efetiva assunção das rodovias por uma nova concessionária, sem considerar a hipótese de a questão ser judicializada, protraindo-se indefinidamente no tempo⁸².

⁸⁰ Após aduzir que irá dar início ao processo de caducidade caso a REQUERENTE não cumpra suas obrigações contratuais no prazo assinalado, a REQUERIDA afirma o seguinte: “Entretanto, caso a Concessionária tenha interesse em extinguir amigavelmente o Contrato de Concessão em questão, conforme o procedimento de relicitação estabelecido nos termos da Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, deverá apresentar formalmente proposta com a declaração de intenção e demais documentos de qualificação, no mesmo prazo estabelecido para o saneamento de todos os descumprimentos contratuais, para que a ANTT analise a viabilidade de instauração do processo de relicitação objeto do Contrato de Concessão, tendo em vista principalmente o interesse público e a continuidade da prestação dos serviços concedidos. (...) Finalmente, uma vez encerrado o prazo estabelecido neste documento, caso não seja evidenciado o total saneamento das pendências ou se a Concessionária não apresentar a proposta efetiva de relicitação, alertamos que será aberto processo de caducidade” (RTE-033).

⁸¹ No documento intitulado “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Rodoviárias Federais”, que segue anexo ao Memorando nº 876/2018/SUINF (cf. RTE-026) e foi divulgado pela REQUERIDA para diversas autoridades públicas por meio do Ofício nº 01/2018/DG (cf. RTE-026), consta a seguinte informação: “Do ponto de vista de equilíbrio fiscal do país, o atual cenário indica a inexistência de recursos orçamentários e financeiros para cobrir os custos de manutenção rodoviária atualmente sob a responsabilidade das concessionárias. Com base em custos médios, estima-se que cerca de R\$ 430 milhões anuais seriam necessários para realizar a manutenção dos trechos atualmente concedidos da 3ª etapa, gasto que perduraria enquanto se estruturassem as novas concessões.” (cf. RTE-026).

⁸² No mesmo documento intitulado “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Rodoviárias Federais”, que segue anexo ao Memorando nº 876/2018/SUINF (cf. RTE-026), é registrado o seguinte: “Um ponto relevante dessa alternativa é o prazo de tramitação de um processo de caducidade, previsto entre 18 e 24 meses, o que impacta seriamente o cronograma de solução definitiva da questão. A título de exemplo, tem-se o processo de caducidade do contrato de concessão da BR-153/TO/GO, a primeira experiência desse tipo na história das concessões brasileiras de infraestrutura. Tomando esse caso como exemplo, verifica-se que o contrato foi assinado em setembro de 2014, mas nunca houve a prestação efetiva do serviço previsto, não tendo sido sequer instaladas as praças para realizar a cobrança da tarifa de pedágio. Em abril de 2015, já se configurava a situação de insolvência iminente da concessionária, a qual havia ingressado em processo de recuperação judicial. A partir desse momento, iniciaram os trabalhos de apuração dos inadimplementos, os quais levaram mais de 28 meses, para em agosto de 2017, culminarem na decretação de caducidade pelo poder concedente, por meio de ato do

156. Dessa forma, o Tribunal Arbitral entende que a manutenção da decisão judicial para impedir a REQUERIDA de instaurar processo voltado à caducidade do contrato encontra respaldo não apenas na existência de perigo de dano iminente à REQUERENTE e aos usuários, mas também na inexistência de *periculum in mora* inverso.

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)⁸³, 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 dia⁸⁴.

presidente da república. Somente após a emissão do decreto presidencial é possível dar início aos estudos de viabilidade para nova concessão do trecho, que, por sua vez, consome em torno de 24 a 36 meses adicionais, de acordo com a experiência dos estudos recentemente desenvolvidos. Tem-se, com isso, um prazo total de 4 a 5 anos desde o início do processo de caducidade até a assunção da rodovia por uma nova concessionária. Destaca-se ainda que em caso de judicialização, situação com alto risco de materialização, tais prazos tornam-se indefinidos.” (cf. RTE-026).

⁸³ Nos termos da cláusula 1.1.1.(xlviii) do Contrato de Concessão a URT é uma “*unidade de referência correspondente a 1.000 (mil) vezes o valor médio da Tarifa de Pedágio aplicável à categoria 1 de veículos vigente em cada praça na data do recolhimento da multa aplicada, nos termos deste Contrato ou em virtude da legislação e das normas aplicáveis*” (cf. RTE-001). Considerando que, por força desta Ordem Processual, será facultado à ANTT efetivar a Deliberação nº 964/2019 e que a REQUERENTE ainda não recolheu o valor das multas previstas nos autos de infração anexados no RTE-045, o valor da tarifa de pedágio a ser considerada será de R\$ 4,60 (quatro reais e sessenta centavos) e, por conseguinte, uma URT corresponderá a R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais).

⁸⁴ Os autos de infração somam penalidades de 38 (trinta e oito) URTs diárias, que, multiplicadas por 1.000 vezes o valor da tarifa de pedágio definida na Deliberação nº 964/2019 para a categoria 1 de veículos, alcançam o valor de R\$ 174.800,00 (cento e setenta e quatro mil e oitocentos reais).

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.

160. Não se pode perder de vista que a tese desenvolvida pela REQUERENTE consiste justamente na existência de um descasamento entre as prestações ajustadas no Contrato de Concessão, em razão da quebra da base objetiva do negócio jurídico, que impediria a Concessionária de cumprir as obrigações de realizar investimentos nas rodovias concedidas, as quais deram causa aos autos de infração.

161. Nessa ordem de ideias, em juízo de cognição sumária, 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.**

162. Afinal, ante a não obtenção do financiamento de longo prazo junto ao BNDES e a consequente dificuldade da Concessionária de cumprir suas obrigações contratuais – fatos que, repise-se, até o momento não são controvertidos nestes autos –, parece ser extremamente oneroso exigir da REQUERENTE a realização dos investimentos na forma e no cronograma contratual ou mesmo asfixiá-la financeiramente por meio da cobrança de multas contratuais neste momento.

163. O Tribunal Arbitral, todavia, entende que a medida cautelar **não pode – e nem deve – impedir a REQUERIDA de aplicar sanções à REQUERENTE (com exceção da caducidade) pelo descumprimento de outras obrigações não relacionadas à promoção dos investimentos na ampliação da capacidade das rodovias, desde que não leve a cabo a cobrança de quaisquer valores, os considere para fins de revisão tarifária ou tampouco proceda à execução da garantia contratual.**

164. Para estes casos, com efeito, **ficam provisoriamente suspensas apenas as cláusulas 20.10, 20.11 e 20.14 do Contrato de Concessão, abaixo transcritas, e a possibilidade de a**

REQUERIDA exigir da REQUERENTE, por qualquer meio, valores decorrentes de penalidades contratuais:

“20.10 Após a conclusão do processo administrativo de aplicação de multa, caso a Concessionária não proceda ao pagamento da multa no prazo estabelecido, a ANTT procederá à execução da Garantia de Execução do Contrato.”⁸⁵

* * *

“20.11 O débito originado de processo administrativo de aplicação de multa transitado em julgado, não quitado pela Concessionária e não coberto pela Garantia de Execução do Contrato, poderá ser inscrito junto ao Cadastro Informativo de créditos não quitados do Setor Público Federal (Cadin) até o efetivo pagamento.”⁸⁶

* * *

“20.14 As importâncias pecuniárias resultantes da aplicação de multas poderão ser revertidas para a modicidade tarifária, conforme decisão da ANTT.”⁸⁷

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:

“Art. 15. (...)

§ 2º As multas e as demais somas de natureza não tributária devidas pelo anterior contratado ao órgão ou à entidade competente deverão ser abatidas dos valores de que trata o inciso I do § 1º deste artigo, inclusive o valor relacionado à outorga originalmente ofertada, calculado conforme ato do órgão ou da entidade competente.”

⁸⁵ Cf. RTE-001.

⁸⁶ Cf. RTE-001.

⁸⁷ Cf. RTE-001.

* * *

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

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

II - as outorgas devidas até a extinção do contrato de parceria e não pagas até o momento do pagamento da indenização; e

III - o valor excedente da receita tarifária auferida pelo contratado originário em razão da não contabilização do impacto econômico-financeiro no valor da tarifa decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais no momento da celebração do termo aditivo.

§ 1º As outorgas vencidas e pagas, incluído o ágio, não compõem o cálculo da indenização devida.”

167. Frise-se: a Ordem Processual ora expedida não tem por escopo restringir o poder fiscalizatório da agência reguladora sobre a concessão. Almeja-se, aqui, apenas evitar o agravamento da dificuldade financeira que a REQUERENTE parece enfrentar para a consecução do objeto contratual e, com isso, preservar a concessão enquanto tramitar a presente arbitragem e não for proferida decisão de mérito sobre o direito ou não à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou, alternativamente, o processamento do pedido de relicitação, já protocolado.

168. Outra ressalva que se mostra relevante diz respeito ao alcance da determinação de que a REQUERIDA se abstenha de exigir investimentos da REQUERENTE. Na forma da cláusula 10 do Contrato de Concessão (cf. RTE-001) e do Programa de Exploração de Rodovias – PER (cf. RTE-014), a REQUERENTE está obrigada a executar investimentos de 4 (quatro) naturezas, a saber:

- (a) Obras e Serviços da Frente de Recuperação e Manutenção, que compreendem o
 - (i) *“conjunto de obras e serviços de recuperação do trecho concedido, imprescindíveis à operação do Sistema Rodoviário e aquelas de cunho estrutural nos pavimentos e melhorias funcionais e operacionais nos demais elementos do Sistema Rodoviário”,* bem como o
 - (ii) *“conjunto de obras e*

serviços de recomposição e aprimoramento das características técnicas e operacionais do Sistema Rodoviário”⁸⁸;

- (b) Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias e da Frente de Serviços Operacionais, subdivididas em: (i) obras de ampliação de capacidade e melhorias, que representam o “conjunto de obras e serviços de duplicação da Rodovia, implantação de vias marginais, viadutos e paisagens inferiores, trevos em nível, correções de traçado, passarelas e melhorias em acessos, implantação de barreiras divisórias de pistas e implantação de pórticos, observados os Parâmetros Técnicos”; (ii) obras em trechos urbanos, quais sejam, “obras e serviços de duplicação por meio de contornos em trechos urbanos das rodovias”, assim como obras alternativas propostas pela Concessionária; (iii) obras de manutenção de nível de serviço, ou seja, o “conjunto de obras e serviços de implantação de vias marginais, construção de faixas adicionais, viadutos e passagens inferiores, trevos em nível, correções de traçado, passarelas e melhorias em acessos, implantação de barreiras divisórias de pistas e implantação de pórticos, observados os Parâmetros Técnicos”; e (iv) obras emergenciais, que constituem o “conjunto de obras e serviços emergenciais necessários para restaurar as condições de tráfego e de segurança afetadas por qualquer evento que gere ou possa gerar impacto no Sistema Rodoviário”⁸⁹;
- (c) Frente de Conservação, que compreende o “conjunto de operações preventivas, rotineiras e de emergência realizadas com o objetivo de preservar as características técnicas e físico-operacionais do Sistema Rodoviário e das instalações da Concessionária”⁹⁰; e
- (d) Frente de Serviços Operacionais, que representa “a implantação e operacionalização das seguintes infraestruturas e serviços: (i) Centro de Controle Operacional; (ii) Equipamentos e Veículos da Administração; (iii) Sistema de Controle de Tráfego; (iv) Sistema de Atendimento ao Usuário; (v) Sistema de Pedágio e controle de arrecadação; (vi) Sistema de Comunicação;

⁸⁸ Cf. RTE-014.

⁸⁹ Cf. RTE-014.

⁹⁰ Cf. RTE-014.

(vii) Sistema de Pesagem; (viii) Sistema de Guarda e Vigilância Patrimonial, bem como execução da reforma dos postos da PRF”⁹¹.

169. É preciso delimitar o alcance da decisão cautelar, de modo a restringir o impedimento da REQUERIDA de exigir da REQUERENTE apenas os investimentos elencados nos itens “(b.i)”, (b.ii)” e “(b.iii)” do parágrafo 168 acima, que têm por objetivo exatamente a duplicação das rodovias e execução de obras de grande vulto, as quais demandam maiores recursos.

170. Com efeito, não é possível exonerar a REQUERENTE de realizar os demais investimentos previstos no Contrato de Concessão, uma vez que se afiguram necessários à manutenção das atividades essenciais das rodovias, que compreendem a sua operação, conservação e manutenção.

171. Mesmo porque, ao que se pode extrair de um exame perfunctório dos elementos até então disponíveis nos autos, não há notícia de que a REQUERENTE venha encontrando maiores dificuldades para manter as rodovias em condições mínimas de operação. Ao contrário, do que se constata do estudo apresentado como anexo ao Memorando nº 876/2018/SUINF (cf. RTE-026), em que pese estejam vivenciando dificuldades em promover as duplicações das rodovias, as concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE – dentre as quais se inclui a REQUERENTE – vêm apresentando desempenho satisfatório nos serviços operacionais:

“Diante do cenário acima relatado, observou-se nos últimos anos uma relevante queda no desempenho das concessões federais, sobretudo em relação às obras de grande vulto de responsabilidade das concessionárias. Embora as obrigações operacionais e de manutenção sigam ocorrendo como pactuado, incluindo os atendimentos médico e mecânico, o monitoramento da rodovia e a conservação do pavimento, houve praticamente a paralização das obras de ampliação de capacidade, que contempla as duplicações, adequações de travessias urbanas e dispositivos viários (interconexões e acessos).

Como exemplo, tem-se a situação das duplicações em concessões da 3ª etapa: (...)

• CONCEBRA – BR-060-153-262 DF/GO/MG (DF Divisa com MG/SP) – Previsão de duplicar 647,8 km até março de 2019, dos quais 69 km foram liberados ao tráfego até o momento (11%); (...)

⁹¹ Cf. RTE-014.

Em que pese essa situação de inadimplemento contratual em relação às duplicações previstas, cabe ressaltar que os serviços operacionais não apresentam nenhum descumprimento de grande monta, tendo sido, em termos gerais, atendidos os parâmetros de desempenho. Na prática, verifica-se com base no acompanhamento realizado pela ANTT, que as administradoras dos trechos, diante da insuficiência de recursos para o cumprimento contratual, optaram por direcionar os recursos existentes para o custeio das atividades essenciais da rodovia, que compreendem a sua operação, conservação e manutenção, deixando em segundo plano as obras de aplicação de capacidade e melhorias previstas.”⁹²

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.

173. Quanto à determinação de que a REQUERIDA se abstenha de promover revisão tarifária, a seu turno, o Tribunal Arbitral não comunga do entendimento de que esteja preenchido o requisito do *periculum in mora* necessário a justificar a manutenção da cautelar.

174. Nesse ponto, a REQUERENTE relatou, em suas Alegações Iniciais, que a REQUERIDA teria, no âmbito da 4ª Revisão Ordinária e da 8ª Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão, aprovado a Deliberação nº 964/2019, que reduz em 37,32% o valor da tarifa que vem sendo mantida pela decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

175. Sob sua ótica, essa “*impactante redução tarifária*”⁹³, a qual somente ainda não teria sido implementada em observância à medida judicial vigente, qualificaria o perigo de dano apto a sustentar a rejeição do pedido da REQUERIDA de revogação da cautelar.

⁹² Cf. RTE-026.

⁹³ Cf. item 367 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

176. Em um juízo de cognição sumária, no entanto, o Tribunal Arbitral não vislumbra que a redução da tarifa objeto da concessão poderia causar dano iminente à REQUERENTE a ponto de comprometer a viabilidade da concessão.

177. Na forma da cláusula 17 do Contrato de Concessão, a tarifa de pedágio, ao lado das eventuais receitas extraordinárias⁹⁴, constitui a principal forma de remuneração da REQUERENTE pela exploração da concessão objeto desta arbitragem. A referida tarifa, como é intuitivo, deve fazer frente não apenas aos custos operacionais da Concessionária, mas também à consecução dos investimentos dela exigidos, à amortização dos financiamentos obtidos e à remuneração de sua atividade⁹⁵.

178. Na hipótese em tela, tendo em vista as medidas determinadas nesta Ordem Processual, a REQUERENTE estará, ao menos provisoriamente, desobrigada de promover os investimentos nas obras de capacitação das rodovias concedidas. Igualmente, como consequência da frustração do financiamento de longo prazo, há de se presumir substancial diminuição de despesas com amortização de empréstimos.

179. De fato, o fluxo de caixa que integra o modelo de negócios preparado pela REQUERENTE no início da licitação demonstra que a Concessionária estimava um custo, neste ano de 2020, de R\$ 235.121.000,00 (duzentos e trinta e cinco milhões, cento e vinte e um mil reais) com o pagamento do empréstimo de longo prazo e de R\$ 808.112.000,00 (oitocentos e oito milhões, cento e doze mil reais) com a realização de investimentos na concessão. Confira-se, nesse sentido, o documento acostado como RTE-054:

⁹⁴ As receitas extraordinárias, reguladas na cláusula 19 do Contrato de Concessão, resultam, basicamente, da exploração de atividades adicionais relacionadas à prestação do serviço, como publicidade, compartilhamento de fibra ótica e uso da faixa de domínio, dentre outros. Conforme destacado no Memorando 876/2018/SUINF (cf. RTE-026) e nas Resoluções ANTT nºs 2.552/2008 e 5.172/2016, tais receitas majoritariamente são revertidas à modicidade tarifária, de sorte que a receita principal das concessionárias advém propriamente das tarifas de pedágio.

⁹⁵ Segundo Rafael Vêras Freitas o “*equilíbrio que deve nortear a estipulação do valor do pedágio (...) deve ser o bastante, seja para garantir a execução do Programa de Exploração da Rodovia (PER), mediante a cobrança de tarifas módicas, seja para garantir o justo lucro pelo concessionário*” (FREITAS, Rafael Vêras de. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 15, no 58, abr.-jun./2017, p. 217).

Fluxo de Caixa							
Todos os valores em R\$'000 Nominiais							
OK							
Ano	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Ano de Operação	0	1	2	3	4	5	6
% do Ano em Operação	0,0%	50,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Mudanças nas Contas a Receber	-	-	-	-	-	-	-
Mudanças nas Contas a Pagar	-	(22.236)	2.377	1.605	1.940	1.249	1.360
Mudanças nas Impostos a Pagar	-	7.830	(729)	6.364	5.124	1.999	3.562
Mudanças nas Outros	-	2.784	(1.999)	(1.999)	(1.999)	(1.999)	(1.999)
Pagamento do I.R.		(15.798)	(28.242)	(54.058)	(74.584)	(79.877)	(94.255)
Investimentos		(657.384)	(215.303)	(502.308)	(666.179)	(716.704)	(808.112)
Investimento Depreciable	-	(598.778)	(215.303)	(502.308)	(666.179)	(716.704)	(808.112)
Investimento Não Depreciable	-	-	-	-	-	-	-
Despesas Pré-Operacionais	-	(58.606)	-	-	-	-	-
Caixa Operacional Líquido		(569.557)	(36.336)	(221.043)	(309.417)	(305.332)	(343.305)
Caixa Não Operacional		1.847	2.314	9.486	20.043	26.620	20.771
Recêita Financeira	-	1.847	2.314	9.486	20.043	26.620	20.771
Geração de Caixa Líquido Total		(567.710)	(34.023)	(211.557)	(289.374)	(278.712)	(322.535)
Aporte de Capital		569.302	1.008.000	438.261	521.339	389.969	457.496
Desembolso de Capital Próprio	-	119.000	50.000	-	-	-	-
Desembolso de Dívida Sênior	-	-	958.000	438.261	521.339	389.969	457.496
Desembolso de Dívida Subordinada	-	-	-	-	-	-	-
Empréstimo Ponte	-	450.302	-	-	-	-	-
Caixa Disponível Para Serviço da Dívida Sênior		1.592	973.977	226.705	231.966	111.257	134.962
Serviço da Dívida Sênior		(15.073)	(909.786)	(105.830)	(148.893)	(176.366)	(235.121)
Pagamento de Juros - Dívida Sênior	-	-	-	(96.666)	(142.068)	(176.366)	(209.687)
Pagamento de Principal - Dívida Sênior	-	-	-	-	-	-	(25.434)
Pagamento de Juros - Empréstimo Ponte	-	-	(6.555)	(0)	(0)	(0)	(0)
Pagamento de Principal - Empréstimo Ponte	-	-	(879.912)	-	-	-	-
Outros Custos Financeiros	-	(15.073)	(23.318)	(9.164)	(6.825)	-	-
Caixa depois do Serviço da Dívida Sênior		(13.481)	64.192	120.874	83.072	(65.109)	(100.160)

180. Com a não obtenção do financiamento de longo prazo junto ao BNDES e a exoneração da obrigação de realizar investimentos nas obras de ampliação de capacidade da rodovia, assim, pressupõe-se que REQUERENTE não se verá obrigada a desembolsar os R\$ 235.121.000,00 (duzentos e trinta e cinco milhões, cento e vinte e um mil reais) neste ano, sendo que ainda verá o custo de R\$ 808.112.000,00 (oitocentos e oito milhões, cento e doze mil reais) substancialmente reduzido.

181. Não se desconhece que, com a frustração do financiamento de longo prazo, a REQUERENTE se verá diante da necessidade de fazer frente a outros custos financeiros. Até mesmo porque, tal circunstância a impediu de quitar o empréstimo ponte obtido junto ao BNDES, obrigando-a a renegociar essa dívida com a instituição financeira.

182. Nada obstante, há de se pressupor que tais custos financeiros, no corrente ano, serão bem inferiores àqueles mencionados no parágrafo 179 acima, seja (i) porque a REQUERENTE está desobrigada de realizar a parcela mais expressiva dos investimentos previstos no Contrato de Concessão, (ii) porque o valor do financiamento de longo prazo é substancialmente superior ao do empréstimo ponte, ou (iii) mesmo porque há notícia nos autos de que a Concessionária já novou sua dívida decorrente do empréstimo

ponte com o BNDES, vinculando o pagamento do financiamento ao faturamento da concessão⁹⁶.

183. Desse modo, em juízo de cognição sumária, parece ao Tribunal Arbitral que a tarifa de pedágio cobrada pela REQUERENTE dos usuários das rodovias, hoje, possui a finalidade de cobrir custos bastante inferiores àqueles originalmente estimados, o que afasta o *periculum in mora* no caso.

184. 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.

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:

“Goza, portanto, a tarifa, de uma situação singular no contrato de concessão, pois ela coparticipa tanto da natureza privada, como da natureza pública. No que se refere à justa remuneração do capital e ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato, ambos constitucionalmente garantidos, a tarifa é uma contraprestação de natureza privada, por isso, imutável, expressando-se esta qualidade na razão de remuneração do capital e do trabalho do concessionário, que, não fora essa garantia, estaria sendo sacrificado individualmente pelo bem-estar geral, violando o princípio da justiça distributiva. No que se refere ao melhoramento, à expansão dos serviços e aos superiores interesses de segurança pública, ambos também constitucionalmente garantidos, a tarifa é uma contraprestação de natureza pública, por isso, alterável conforme o custo do atendimento do interesse público, importando, esta mutabilidade,

⁹⁶ Na forma do documento acostado como RTE-028, 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).

no incremento ou na redução das parcelas não remuneratórias de capital, que são integradas no quantum total da tarifa.”⁹⁷

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 concessão⁹⁸.

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*”⁹⁹.

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*”¹⁰⁰.

189. Essa falta de correspondência entre os investimentos previstos e efetivamente realizados, constitui, portanto, mais um fator a contribuir para a revogação da determinação

⁹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial* [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁹⁸ Nesse sentido, confira-se a lição de Cesar Augusto Guimarães Pereira: “*Sempre que a concessão envolve a realização de obras, é impossível a correspondência absoluta entre o momento do pagamento da tarifa e o da realização da obra. A fruição que corresponde ao montante da tarifa não é a da totalidade das obras previstas na concessão, mas é a do serviço adequado (que consiste no serviço prestado segundo os parâmetros fixados no edital, no contrato e na regulamentação posterior do serviço como sendo obrigatórios para o concessionário). Assim, no exemplo citado acima, o usuário que hoje paga a tarifa tem como contrapartida o direito de obter a prestação adequada do serviço hoje disponível e de que o concessionário tome as medidas necessárias (e de que o poder concedente fiscalize eficazmente essa conduta) para que as obras futuras sejam realizadas nos prazos previstos.*” (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 04, no 15, out.-dez./2006, p. 45-46).

⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei nº 8.987/95 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 327.

¹⁰⁰ Cf. item 351 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

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:**

“A tarifa proporcional é a que guarda uma correlação entre o valor arcado pelo usuário do serviço e a qualidade do serviço que lhe é prestado.”¹⁰²

* * *

“Além disso, a tarifa deve ser razoável (ou proporcional) na medida em que guarda correspondência (não precisamente matemática) entre o valor desembolsado pelos usuários e a prestação, no que se refere à qualidade e quantidade do serviço público.”¹⁰³

192. Note-se, ademais, que a impossibilidade material de se restituir, no futuro, a todos os usuários das rodovias as diferenças de pedágio eventualmente apuradas ao final, qualifica o *periculum in mora* inverso de manutenção da decisão judicial e de se permitir a cobrança de uma tarifa defasada de pedágio enquanto não dirimidas as questões postas nesta arbitragem.

¹⁰¹ O mencionado dispositivo estabelece que o serviço adequado é aquele que satisfaz, dentre outros, a modicidade tarifária; confira-se: “Art. 6º (...) § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

¹⁰² BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107.

¹⁰³ ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara. *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 161.

193. Repise-se que a falta de correspondência entre os investimentos previstos e efetivamente realizados nas rodovias foi o principal fator que motivou a REQUERIDA a promover a redução da tarifa de pedágio da concessão na **Deliberação nº 964/2019** (cf. R-028 e RTE-046).

194. Conforme se extrai da referida Deliberação, a redução tarifária foi composta da seguinte forma: (i) redução da Tarifa Básica de Pedágio (“TBP”) de R\$ 0,03292 para R\$ 0,03107; (ii) aplicação do Desconto de Reequilíbrio de 28,42079% sobre a TBP, correspondente ao “Fator D”; (iii) aplicação do Índice de Reajustamento Tarifário – IRT de 1,51128 sobre TBP, que representa o percentual positivo de 4,94% correspondente à variação do IPCA no período; (iv) aplicação do “Fator Q” de -6%; (v) aplicação do “Fator X” de 0%; (vi) consideração do “Fator C” negativo de R\$ 1,02404 na Tarifa de Pedágio reajustada.

195. **Como se vê, os parâmetros que mais contribuíram para a redução da tarifa constituíram exatamente nos Fatores “D”¹⁰⁴ e “Q”¹⁰⁵, que, na forma do Contrato de Concessão, são indicadores cujo propósito é exatamente avaliar o desempenho da concessionária na consecução dos investimentos previstos no PER e a qualidade do serviço prestado.**

196. Vale esclarecer que a Deliberação nº 964/2019 foi aprovada após assegurado o devido contraditório da REQUERENTE, com base em diversos pareceres¹⁰⁶ que apontaram para a circunstância de que, tecnicamente, seria adequado promover a redução da tarifa de pedágio da concessão.

197. Nesse contexto, em sede de cognição sumária e ante a ausência de prova técnica que comprove a inadequação de suas conclusões, afigura-se prudente prestigiar a capacidade

¹⁰⁴ De acordo com o Contrato de Concessão, o “Fator D” consiste em um “*reductor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação do Desconto de Reequilíbrio relativo ao não atendimento aos Parâmetros de Desempenho, às Obras de Ampliação de Capacidade e de Manutenção do Nível de Serviço, ou como Acréscimo de Reequilíbrio no caso de antecipação na entrega das obras, conforme previsto no Anexo 5*” (cf. cláusula 1.1.1, [xx]). Sua fórmula de cálculo se encontra prevista nas cláusulas 18.4.4 e 22.6 e no Anexo 5 do Contrato de Concessão.

¹⁰⁵ De acordo com o Contrato de Concessão, o “Fator Q” consiste em um “*reductor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação de desconto por não atendimento dos indicadores de qualidade previstos no Anexo 7 ou, conforme o caso, como acréscimo em razão do atendimento desses mesmos indicadores*” (cf. cláusula 1.1.1, [xxi]). Sua fórmula de cálculo se encontra prevista na cláusula 18.4.2 e no Anexo 7 do Contrato de Concessão.

¹⁰⁶ No Voto DMV 249/2019, consta que a REQUERIDA analisou proposta da REQUERENTE referente à 4ª Revisão Ordinária, à 8ª Revisão Extraordinária e ao Reajuste da Tarifa Básica de Pedágio do trecho rodoviário objeto da concessão, em sede de processo administrativo, por meio de diversas notas técnicas e pareceres (cf. RTE-047).

institucional da REQUERIDA¹⁰⁷, aqui refletida na deferência que o Tribunal Arbitral deve, por ora, observar na aplicação dos fatores e elementos que integram a revisão ordinária, assim como o próprio respeito à estruturação tarifária consensualmente fixada pelas partes no contrato.

198. Há de se pontuar que o Tribunal Arbitral não se mantém insensível à argumentação da REQUERENTE de que a superveniência da crise econômica nacional deflagrada nos últimos anos, agregada agora pelas medidas restritivas impostas a nível estadual/municipal para conter a pandemia do COVID-19, tenha reduzido a demanda de tráfego nas rodovias objeto da concessão. Tanto que mantém, nesta Ordem Processual, grande parte da medida cautelar estatal.

199. O que sucede é que, especificamente em relação à redução da tarifa de pedágio, o Tribunal Arbitral não logrou vislumbrar, a partir de um exame horizontal dos elementos até então trazidos pelas partes, que a **Deliberação nº 964/2019 (cf. R-028 e RTE-046)** seria capaz de tornar inviável a concessão, em especial quando afastado o dever de promover 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

200. De outro giro, conforme se deduz da argumentação trazida nas próprias Alegações Iniciais, a REQUERENTE já apresentou, em sede administrativa, pleito de suspensão de obrigações contratuais e adoção de medidas urgentes em razão dos impactos causados pela pandemia provocada pela COVID-19 (cf. RTE-050 e RTE-051).

¹⁰⁷ A teoria das capacidades institucionais surgiu nos Estados Unidos da América sob a influência principalmente da obra *Interpretation and Institutions*, da autoria de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. *Interpretation and institutions*. John M. Olin Law & Economics Working Paper, Chicago, n. 156, 2002. Disponível em: <<http://bit.ly/1OhQDI4>>. Acesso em: 28.05.2020), e vem sendo adotada no âmbito nacional, de modo a preconizar que alguns órgãos estão mais habilitados que outros para decidir sobre determinadas matérias, seja pela maior possibilidade de levantamento de recursos e informações, por sua especialização ou mesmo por sua capacidade de avaliar os efeitos sistêmicos da decisão. Conforme esclarece Luís Roberto Barroso, “*capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade*” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: [Syn]Thesis, v. 5, 2012, p. 30).

201. Nessa esteira, em que pese o Tribunal Arbitral não considerar que o art. 3º, VIII, Decreto nº 10.025/2019 invocado pela REQUERIDA seja aplicável ao presente procedimento¹⁰⁸, o fato é que o referido pleito também ainda será apreciado pela agência reguladora no bojo do processo administrativo nº 50500.028631/2020-82, o que impede que o Tribunal Arbitral examine a matéria nesta arbitragem.

202. Por fim, o Tribunal Arbitral entende que a autorização para a redução tarifária não produz consequências irreversíveis para a REQUERENTE. Tratando-se de questão patrimonial, os impactos negativos decorrentes dessa redução poderão ser considerados para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, se for o caso, na hipótese de a pretensão da CONCEBRA ser julgada procedente ao final deste procedimento.

203. Por esses motivos, o Tribunal Arbitral não vislumbra *periculum in mora* na revogação da determinação constante da decisão cautelar estatal de impedir a REQUERIDA de promover redução tarifária da concessão.

IV. DISPOSITIVO

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:

¹⁰⁸ O art. 3º, VIII, do Decreto nº 10.025, de 20.09.2019, estabelece, como condição para a instauração de arbitragem contra o Poder Público, que a decisão administrativa contestada no procedimento seja definitiva, “*assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo*”. Ocorre que o mesmo Decreto, em seu art. 16, dispõe que suas normas “*não se aplicam às arbitragens que tenham sido objeto de convenção de arbitragem firmada anteriormente à sua data de entrada em vigor*”. Considerando que a cláusula compromissória objeto deste procedimento é datada de 31.01.2014, não há como se aplicar o art. 3º, VIII, do Decreto nº 10.025/2009 a esta arbitragem. Observe-se que, exatamente em função desta circunstância, a REQUERIDA pretendeu inserir na Ata de Missão uma disposição de que mencionado Decreto seria aplicável a este procedimento (cf. minuta da Ata de Missão encaminhada pela REQUERIDA por e-mail em 05.12.2019). Contudo, diante de ausência de consenso entre as partes na conferência telefônica realizada em 17.12.2019, tal disposição acabou sendo afastada, o que reforça a inaplicabilidade da norma a este procedimento.

- (i) manter 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, no sentido de que a REQUERIDA se abstenha de instaurar processo administrativo voltado à decretação da caducidade da concessão enquanto tramitar a presente arbitragem e não for proferida decisão a respeito do direito ou não da REQUERENTE ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- (ii) manter 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, no sentido de 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, bem como de aplicar qualquer penalidade por eventual descumprimento dessa obrigação;
- (iii) Deixar claro que a decisão acima não abrange a obrigação da REQUERENTE de realizar os demais investimentos previstos no Contrato de Concessão, uma vez que se afiguram necessários à manutenção das atividades essenciais das rodovias, compreendendo a sua operação, conservação e manutenção.
- (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;
- (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).

Sede do procedimento: Brasília

17 de junho de 2020



FLÁVIO AMARAL GARCIA

Coárbitro



PATRÍCIA FERREIRA BAPTISTA

Coárbitra



SERGIO NELSON MANNHEIMER

Árbitro Presidente