

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CCI

CASO No. 24595/PFF/RLS

CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A. – CONCEBRA
(Brasil)

c/

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT (Brasil)

Este documento é a versão original da Sentença Parcial proferida em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e emitida como documento eletrônico conforme o acordo das partes.

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

Procedimento Arbitral nº 24595/PFF/RLS

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

SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL

7 de maio de 2025

ÍNDICE

I. Introdução	5
II. Identificação das partes e do Tribunal Arbitral.....	5
II.1. Identificação das partes.....	5
II.2. Identificação do Tribunal Arbitral	6
III. Convenção de arbitragem	7
IV. Jurisdição do Tribunal Arbitral	8
V. Direito aplicável	8
VI. Sede da arbitragem	9
VII. Idioma.....	9
VIII. Montante em litígio	9
IX. Prazo para a prolação da sentença final	10
X. Pedidos formulados pelas partes	11
XI. Relatório do procedimento arbitral.....	17
XII Os argumentos das partes e os fundamentos desta sentença arbitral.....	80
XII.1. A relitação e a limitação temporal dos pedidos formulados nesta arbitragem	82
XII.1.1. Posição da Requerente	88
XII.1.2. Posição da Requerida	96
XII.1.3. Decisão do Tribunal Arbitral	104
XII.2. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da crise econômica e da frustração do financiamento de longo prazo	117
XII.2.1. Posição da Requerente	118
XII.2.2. Posição da Requerida	170
XII.2.3. Decisão do Tribunal Arbitral	202
XII.3. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do aumento do preço dos insumos asfálticos	251
XII.3.1. Posição da Requerente	252
XII.3.2. Posição da Requerida	266
XII.3.3. Decisão do Tribunal Arbitral	277
XII.4. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente dos custos incorridos com o Contorno de Goiânia – GO	292
XII.4.1. Posição da Requerente	293
XII.4.2. Posição da Requerida	304
XII.4.3. Decisão do Tribunal Arbitral	313
XII.5. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente dos custos incorridos com a implantação do Sistema de Informações Rodoviárias – SIR	333
XII.5.1. Posição da Requerente	334
XII.5.2. Posição da Requerida	346

XII.5.3. Decisão do Tribunal Arbitral	353
XII.6. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do aumento do peso bruto por eixo	370
XII.6.1. Posição da Requerente	371
XII.6.2. Posição da Requerida	392
XII.6.3. Decisão do Tribunal Arbitral	401
XII.7. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal	426
XII.7.1. Posição da Requerente	427
XII.7.2. Posição da Requerida	435
XII.7.3. Decisão do Tribunal Arbitral	440
XII.8. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do Decreto Federal nº 8.395/2015	457
XII.8.1. Posição da Requerente	459
XII.8.2. Posição da Requerida	469
XII.8.3. Decisão do Tribunal Arbitral	478
XII.9. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do atraso no licenciamento ambiental.....	487
XII.9.1. Posição da Requerente	488
XII.9.2. Posição da Requerida	503
XII.9.3. Decisão do Tribunal Arbitral	514
XII.10. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de intervenções emergenciais em trecho com obras sob responsabilidade do DNIT	526
XII.10.1. Posição da Requerente	527
XII.10.2. Posição da Requerida	538
XII.10.3. Decisão do Tribunal Arbitral	543
XII.11. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da adequação das vias sob responsabilidade do DNIT	554
XII.11.1. Posição da Requerente	555
XII.11.2. Posição da Requerida	569
XII.11.3. Decisão do Tribunal Arbitral	572
XII.12. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da inexecução dos contratos CREMA	585
XII.12.1. Posição da Requerente	586
XII.12.2. Posição da Requerida	598
XII.12.3. Decisão do Tribunal Arbitral	606
XII.13. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da aplicação do Fator Q	623
XII.13.1. Posição da Requerente	624
XII.13.2. Posição da Requerida	633
XII.13.3. Decisão do Tribunal Arbitral	641
XII.14. Correção monetária e juros de mora	650
XII.14.1. Posição da Requerente	651

XII.14.2. Posição da Requerida	652
XII.14.3. Decisão do Tribunal Arbitral	655
XIII. Deliberação sobre a Ordem Processual nº 03	658
XIV. Responsabilidade pelas despesas da arbitragem e honorários.....	660
XV. Dispositivo	662

- I -

INTRODUÇÃO

1. A presente sentença arbitral é proferida no procedimento nº 24595/PFF/RLS iniciado perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) pela Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. – CONCEBRA (“CONCEBRA” ou “REQUERENTE”) contra a Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT” ou “REQUERIDA”) para resolver controvérsias oriundas de contrato de concessão entre elas firmado em 31.01.2014 (“CONTRATO DE CONCESSÃO”)¹.

- II -

IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES E DO TRIBUNAL ARBITRAL

II.1. IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES

2. A presente arbitragem tem como REQUERENTE:

Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil – CONCEBRA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 18.572.225/0001-88, com sede na Rua Caiapiá, Quadra E5, Lote 5, Residencial Alphaville Flamboyant, Goiânia – GO.

3. A REQUERENTE é representada pelos Drs. José Cardoso Dutra Júnior, advogado, inscrito na OAB/DF sob o nº 13.641, e-mail: [Dutra@DutraeAssociados.adv.br](mailto: Dutra@DutraeAssociados.adv.br), Karla Aparecida de Souza Motta, advogada, inscrita na OAB/DF sob o nº 15.286, e-mail: [Karla.Motta@DutraeAssociados.adv.br](mailto: Karla.Motta@DutraeAssociados.adv.br), Fernando Henrique Fontes dos Reis, advogado, inscrito na OAB/DF sob o nº 57.513, e-mail: [Fernando.Reis@DutraeAssociados.adv.br](mailto: Fernando.Reis@DutraeAssociados.adv.br), com endereço na SHIS QI, 7, conjunto 13, casa 10, Lago Sul, Brasília – DF, e Maurício Portugal Ribeiro, advogado, inscrito na OAB/SP sob o nº 161.930, e-mail: [Mauricio@PortugalRibeiro.com.br](mailto: Mauricio@PortugalRibeiro.com.br), Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 228.073, e-mail: [JeanPaul@PortugalRibeiro.com.br](mailto: JeanPaul@PortugalRibeiro.com.br), Pedro Pamplona Cotia, advogado inscrito na OAB/RJ sob o nº 175.775, e-mail: [Pedro@PortugalRibeiro.com.br](mailto: Pedro@PortugalRibeiro.com.br), e Julia Luciana Oliveira Martel de Almeida,

¹ Cf. RTE-001.

advogada inscrita na OAB/RJ sob o nº 246.210, e-mail: julia@portugalribeiro.com.br, com endereço na Rua Visconde de Pirajá, 142, sala 505, Ipanema, Rio de Janeiro – RJ.

4. A arbitragem tem como REQUERIDA:

Agência Nacional de Transportes Terrestres, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.898.448/0001-77, com sede no Setor de Clubes Esportivos Sul – SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8, Brasília – DF.

5. A REQUERIDA é representada pelos Drs. Milton Carvalho Gomes, procurador federal, e-mail: milton.gomes@antt.gov.br, Ana Caroline Pires Bezerra de Carvalho, procuradora federal, e-mail: ana.carvalho@antt.gov.br, Nilo Sérgio Gaião Santos, procurador federal, e-mail: nilo.santos@agu.gov.br, Livia Gervásio Braga, procuradora federal, e-mail: livia.braga@agu.gov.br, Isabella Silva Oliveira Cavalcanti, procuradora federal, e-mail: isabella.oliveira@agu.gov.br, todos com endereço no Setor de Clubes Sul – SCES, trecho 03, lote 10, Projeto Orla 8, bloco A, 3º andar, Brasília – DF, e-mail institucional: pgf.arbitragens@agu.gov.br.

6. REQUERENTE e REQUERIDA, em conjunto, são denominadas como “partes” nesta sentença arbitral.

II.2. IDENTIFICAÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

7. O Tribunal Arbitral é composto por:

Flávio Amaral Garcia, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 78.142, e-mail: FAmaral@mayerbrown.com, com endereço na Av. Oscar Niemeyer, 2000 – 15º andar, Santo Cristo, Rio de Janeiro - RJ, coárbitro indicado pela REQUERENTE.

Patrícia Ferreira Baptista, brasileira, advogada, inscrita na OAB/RJ sob o nº 81.838, e-mail: patriciafbaptista@gmail.com, com endereço na Rua Eurico Cruz, 64, cob. 02, Jardim Botânico, Rio de Janeiro – RJ, coárbitra indicada pela REQUERIDA.

Sergio Nelson Mannheimer, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 47.667, e-mail: mannheimer@mpladv.com.br, com endereço na Avenida Almirante Barroso, 139, 4º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ.

8. As partes concordaram com que Bernardo da Silveira Latgé, brasileiro, advogado, com endereço na Avenida Almirante Barroso, 139, 4º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ, atuasse como secretário do Tribunal Arbitral.

- III -

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

9. As partes celebraram em 31.01.2014 o CONTRATO DE CONCESSÃO para 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-252. Do CONTRATO DE CONCESSÃO, constou a seguinte cláusula compromissória²:

“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 explicação 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

² Cf. RTE-001, cláusula 37.

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.”

10. A cláusula compromissória acima transcrita é o fundamento para a instauração da presente arbitragem.

- IV -

JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

11. A jurisdição dos árbitros decorre da cláusula compromissória acima reproduzida e da assinatura da Ata de Missão pelas partes em 17.12.2019 (“ATA DE MISSÃO”), que ratificou, para todos os efeitos legais, a formação do Tribunal Arbitral³.

- V -

DIREITO APLICÁVEL

12. De acordo com a cláusula compromissória celebrada entre as partes no CONTRATO DE CONCESSÃO e com o item 10.1 da ATA DE MISSÃO⁴, as controvérsias objeto desta arbitragem

³ “2.6. As PARTES declaram que não possuem quaisquer objeções à nomeação e atuação dos Árbitros qualificados acima. Ratifica-se, assim, para todos os efeitos legais, a formação do Tribunal Arbitral.” (Cf. item 2.6 da ATA DE MISSÃO).

⁴ “10.1. De acordo com a cláusula compromissória celebrada entre as PARTES, as controvérsias objeto da arbitragem serão julgadas com base nas leis substantivas brasileiras, estando vedado o julgamento por equidade.” (cf. item 10.1 da ATA DE MISSÃO).

serão julgadas com base nas leis substantivas brasileiras, estando vedado o julgamento por equidade.

13. O procedimento arbitral, por sua vez, é regido pela convenção de arbitragem prevista na cláusula 37.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO, pelo Regulamento de Arbitragem da CCI em vigor a partir de 1º de março de 2017 (“REGULAMENTO”), pela ATA DE MISSÃO e pela Lei Federal nº 9.307/1996.

- VI -

SEDE DA ARBITRAGEM

14. A sede da arbitragem é a cidade de Brasília, situada no Distrito Federal, Brasil, nos termos da cláusula compromissória constante do CONTRATO DE CONCESSÃO e do item 9.1 da ATA DE MISSÃO⁵.

- VII -

IDIOMA

15. O idioma desta arbitragem é o português, considerado como oficial para a prática de todo e qualquer ato, à luz da convenção de arbitragem, acima reproduzida, e do item 11.1 da ATA DE MISSÃO⁶.

- VIII –

MONTANTE EM LITÍGIO

16. Por ocasião do protocolo do requerimento de arbitragem em 04.07.2019, a REQUERENTE estimou que os pedidos por ela deduzidos nesta arbitragem teriam o valor de R\$ 787.347.840,43 (setecentos e oitenta e sete milhões, trezentos e quarenta e sete mil, oitocentos e quarenta reais e quarenta e três centavos).

⁵ “9.1. A sede da arbitragem é a cidade de Brasília, Distrito Federal, Brasil.” (cf. item 9.1 da ATA DE MISSÃO).

⁶ “11.1. A arbitragem será conduzida utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.” (cf. item 11.1 da ATA DE MISSÃO).

17. A REQUERIDA, de sua parte, informou inicialmente que pretendia deduzir pedidos reconventionais, cujo valor foi estimado em R\$ 140.019.422,00 (cento e quarenta milhões, dezenove mil, quatrocentos e vinte e dois reais), conforme manifestação datada de 30.09.2019.

18. Considerando que subsequentemente a REQUERIDA manifestou intenção de não prosseguir com a reconvenção, o valor do litígio foi fixado na ATA DE MISSÃO em R\$ 787.347.840,43 (setecentos e oitenta e sete milhões, trezentos e quarenta e sete mil, oitocentos e quarenta reais e quarenta e três centavos)⁷.

- IX -

PRAZO PARA A PROLAÇÃO DA SENTENÇA FINAL

19. Nos termos do art. 31(1) do REGULAMENTO⁸, o prazo para o Tribunal Arbitral proferir a sentença arbitral final seria de 6 (seis) meses, contados a partir da última assinatura aposta na ATA DE MISSÃO, podendo a Corte da CCI, contudo, estabelecer um prazo diferente de acordo com o cronograma processual da arbitragem.

20. Valendo-se dessa disposição, a CCI fixou originalmente a data de 29.01.2021 como prazo original para a prolação da sentença final⁹.

⁷ “7.3. Desse modo, considerando os elementos trazidos à arbitragem até o presente momento e a manifestação da Requerida de não prosseguir com seus pedidos reconventionais, o valor do litígio é fixado em R\$ 787.347.840,43 (setecentos e oitenta e sete milhões, trezentos e quarenta e sete mil, oitocentos e quarenta reais e quarenta e três centavos).” (cf. item 7.3 da ATA DE MISSÃO).

⁸ “O prazo para o tribunal arbitral proferir a sentença arbitral final é de seis meses. Esse prazo começará a contar a partir da data da última assinatura aposta pelo tribunal arbitral ou pelas partes na Ata de Missão ou, no caso previsto no artigo 23(3), a partir da data da notificação pela Secretaria ao tribunal arbitral da aprovação da Ata de Missão pela Corte. A Corte poderá fixar um prazo diferente de acordo com o cronograma do procedimento estabelecido nos termos do art. 24(2).” (cf. art. 31[1] do REGULAMENTO).

⁹ “A Secretaria informa que a Corte, em sua sessão de 16 de abril de 2020, com base no cronograma provisório do procedimento, fixou o prazo para a prolação da sentença final até 29 de janeiro de 2021 (artigo 31(1)).” (cf. correspondência da CCI de 16.04.2021).

21. Sem embargo, com permissão no art. 31(2) do REGULAMENTO¹⁰, a Corte prorrogou o prazo para a prolação da sentença arbitral final por sucessivas vezes¹¹, assentando até aqui como termo a data de 30.06.2025¹².

- X -

PEDIDOS FORMULADOS PELAS PARTES

22. Na forma dos arts. 23(1)(c) e 23(4) do REGULAMENTO¹³⁻¹⁴, coube às partes delimitarem na ATA DE MISSÃO os pedidos que pretendiam ver julgados nesta arbitragem.

23. Nesse sentido, a REQUERENTE submeteu ao Tribunal Arbitral a apreciação dos seguintes pedidos¹⁵:

“A ora requerente busca, com este procedimento arbitral, recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que não foi solucionado a tempo e modo pela requerida.

Mira-se aqui a aludida recomposição com base nos seguintes eventos (já devidamente narrados) e seus respectivos efeitos:

- I. *A frustração de confiança legítima no enorme crescimento do País tomado como premissa maior pelo poder concedente, no edital, e, pelos licitantes, em suas propostas, à época do leilão. A gravíssima crise econômica que sobreveio nos primeiros anos da execução do contrato (justamente naqueles em que estavam concentradas pesadas obrigações de investimento) fez com que fossem contrariadas todas as projeções de volume de tráfego subjacentes ao certame e à celebração do contrato de concessão;*
- II. *Os diversos comportamentos governamentais – contraditórios com outros adotados na época das formulações das propostas para o leilão – que*

¹⁰ “A Corte poderá prorrogar esse prazo, atendendo a um pedido fundamentado do tribunal arbitral ou por sua iniciativa própria, se julgar necessário fazê-lo.” (cf. art. 31[2] do REGULAMENTO).

¹¹ Cf. correspondências da CCI de 02.02.2021, 06.08.2021, 20.05.2022, 19.05.2023, 28.03.2024 e 31.03.2025.

¹² “Em 20 de março de 2025, a Corte prorrogou o prazo para a prolação da sentença arbitral final até 30 de junho de 2025.” (cf. correspondência da CCI de 31.03.2025).

¹³ “Tão logo receba os autos da Secretaria, o tribunal arbitral elaborará, fundamentado em documentos ou na presença das partes e à luz das suas mais recentes alegações, documento que defina a sua missão. Esse documento deverá conter os seguintes elementos: [...] c) resumo das demandas das partes e dos seus pedidos, incluídos os valores de qualquer demanda que esteja quantificada e, se possível, uma estimativa do valor monetário das demais demandas;” (cf. art. 23[1][c] do REGULAMENTO).

¹⁴ “Após a assinatura da Ata de Missão ou a sua aprovação pela Corte, nenhuma das partes poderá formular novas demandas fora dos limites da Ata de Missão, a não ser que esteja autorizada a fazê-lo pelo tribunal arbitral, o qual deverá considerar a natureza de tais novas demandas, o estado atual da arbitragem e quaisquer outras circunstâncias relevantes.” (cf. art. 23[4] do REGULAMENTO).

¹⁵ Cf. itens 6.4.16, 6.4.17, 6.4.18 e 6.4.19 da ATA DE MISSÃO.

implicaram frustração da legítima confiança da requerente relação às condições em que seriam aportados recursos públicos – principalmente, via bancos públicos – e recursos privados nos investimentos obrigatórios. Essas contradições ensejaram responsabilidade pré-contratual da Requerente, uma vez que violam os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, bem como à boa-fé objetiva e à proteção à confiança legítima;

- III. *O atraso na emissão e transferência da Licença Ambiental de Instalação (obrigação contratual assumida pelo Poder concedente), indispensável para a realização das obras contratadas;*
- IV. *A Lei Federal nº 13.103/15 ('Lei dos Caminhoneiros'), que previu, entre outros ônus impostos às concessionárias de rodovias, o aumento do limite máximo de tolerância do peso bruto, implicando grave aumento dos custos de manutenção e conservação do pavimento da rodovia;*
- V. *O aumento extraordinário do CAP (cimentos asfálticos de petróleo);*
- VI. *O Decreto nº 8.395/2015, que alterou a alíquota da CIDE incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool etílico combustível;*
- VII. *A Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal, que dispôs sobre a emissão de documento fiscal pelas concessionárias e estabeleceu novas obrigações;*
- VIII. *Custos incorridos pela requerente com uma série de estudos e projetos desenvolvidos para a execução de obras incluídas em seu contrato de concessão e suspensas a partir de decisão proferida pela própria Diretoria Colegiada da ANTT;*
- IX. *Não aplicação tempestiva do Fator Q, uma vez que houve redução drástica no número de acidentes com vítimas fatais na rodovia administrada;*
- X. *Aplicação de penalidades referentes ao não cumprimento de obrigações de investimentos, que seque deveriam ser exigidas diante do desequilíbrio econômico-financeiro que retirou da concessionária a capacidade de realizá-los;*
- XI. *Inexecuções contratuais do CREMA DNIT, no período anterior a assunção do sistema rodoviário; e*
- XII. *Descumprimentos contratuais, pela ANTT, de suas obrigações de fornecimento de equipe em escala 24 horas nas balanças de pesagem, assim como nas solicitações de implantação do sistema de informação rodoviária (SIR);*
- XIII. *A negativa de eficácia da Medida Provisória nº 800 por parte da ANTT, apesar de ter aquele órgão deliberado colegiadamente pela celebração de aditivo que viabilizaria a reprogramação de investimentos e afastaria boa parte dos efeitos nefastos do desequilíbrio econômico-financeiro não reparado tempestivamente pelo órgão;*
- XIV. *A falta de revisão quinquenal do contrato de concessão, por demora exclusiva da ANTT, que acarretou a incapacidade financeira da requerente de realizar a*

tempo e modo alguns dos investimentos tidos por obrigatórios, e a consequente aplicação de penalidades por parte da Agência;

- XV. *A adoção, pela ANTT, de orientação (Portaria nº 127) sentido de priorizar hoje os processos de punição das concessionárias de rodovias, deixando para momento futuro e incerto os processos relacionados a revisão extraordinária e revisão contratual.*

Foi nesses termos, com o escopo de alcançar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que a requerente solicitou a abertura do procedimento arbitral, visando à recomposição mediante acréscimo tarifário e/ou outra forma que, na fase própria, possa ser acordada entre as partes.

Na eventualidade da superveniência de extinção antecipada do contrato, a Requerente deixa registrada a sua intenção de perseguir indenização equivalente ao desequilíbrio que seja apurado no procedimento arbitral.”

24. Os pedidos da REQUERENTE foram consolidados nas Alegações Iniciais nos seguintes termos¹⁶:

“985. Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente:

- i. O reconhecimento da arbitrabilidade dos pedidos formulados nestas Alegações Iniciais e, consequentemente, da jurisdição do Tribunal Arbitral para resolução da presente controvérsia;*
- ii. O reconhecimento de que a Não Contratação do Financiamento de Longo Prazo pelo BNDES até o presente momento – a conduta de suspender a celebração, em decorrência de decisão política do Poder Concedente, do referido financiamento, contrariando as Decisões de Aprovação da Diretoria do BNDES e a previsão de contratação de Financiamento de Longo Prazo em até 12 (doze) meses da data de aprovação e celebração do contrato de Empréstimo Ponte, adotada pelo Poder Concedente na elaboração do Edital de Licitação corresponde a uma quebra de condição do Contrato de Concessão para os fins do artigo 10 da Lei 8.987/1995, de modo que a não concessão do empréstimo de longo prazo junto ao BNDES ou outros Bancos Públicos, mesmo quando cumpridos os requisitos que originalmente a habilitariam para tanto, desequilibrou o Contrato de Concessão. Que, independentemente do enquadramento conceitual que se possa dar aos eventos causadores do desequilíbrio – seja como caso fortuito ou força maior, como evento no âmbito da teoria da imprevisão e da álea econômica extraordinária, ou como fato do príncipe – o efeito prático é o mesmo: que seja reconhecido o direito de a Requerente ser compensada pelos custos diretos e indiretos incorridos com a*

¹⁶ Cf. itens 985 a 989 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

manifestação de tal fortuito. Que a Requerida se abstenha de penalizar a Requerente por eventuais inexecuções decorrentes desse desequilíbrio contratual, bem como seja condenada à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão.

- iii. *O reconhecimento de que, a partir do fim de 2014, houve a alteração da forma de estabelecimento dos preços dos insumos asfálticos pela Petrobrás, entidade da administração indireta federal detentora do monopólio setorial, o que causou um aumento imprevisível e extraordinário no preço dos insumos asfálticos mesmo no momento em que ocorreram períodos de baixas históricas nos preços do barril de petróleo, principal insumo do CAP e demais insumos asfálticos. Que a Requerida seja condenada à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão e que seja obrigada a anualmente apurar o eventual desequilíbrio futuro gerado pela variação em dado ano do preço do CAP, cujo reequilíbrio deverá ser realizado anualmente no âmbito das Revisões Ordinárias do Contrato de Concessão;*
- iv. *O reconhecimento de que a Requerente foi obrigada, por alteração unilateral promovida pela Requerida, a elaborar estudos e projetos necessários à alteração unilateral, quantitativa e qualitativa, do trecho do contorno urbano de Goiânia, que a própria agência reguladora havia iniciado e aprovado pelas decisões já referidas de julho de 2016, e que a Requerente deve ser reequilibrada em relação às vultosas despesas para as providências determinadas, especialmente a contratação de consultoria especializada para elaboração do EVTEA e do projeto executivo;*
- v. *O reconhecimento de que a implantação do SIR decorreu de alteração unilateral do escopo do Contrato de Concessão por determinação da ANTT, de modo que todos os custos adicionais incorridos pela CONCEBRA com a implantação do SIR são passíveis de reequilíbrio econômico-financeiro, a ser implementado;*
- vi. *O reconhecimento de que, apesar de ter reconhecido expressamente o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência do aumento do limite aplicável de tolerância do peso bruto por eixo de veículo que trafega na rodovia trazido por diversas alterações normativas, inclusive pela Lei dos Caminhoneiros, o reequilíbrio completo ainda não foi efetivado pelo fato de a ANTT ter adotado um método de cálculo inadequado, que não contempla os reais efeitos do aumento de peso bruto por eixo sobre a Concessionária, sendo certo que o reequilíbrio deverá ser efetivado de acordo com os parâmetros desenvolvidos pelo LAPAV – UFRGS, que serão adotados também pela ANTT em revisões de outras concessionárias;*
- vii. *O reconhecimento de que a Instrução Normativa nº 1.731/2017 criou novas obrigações tributárias de emissão de documento fiscal determinados pela Receita Federal, de natureza acessória, aos concessionários de rodovias em todo país, e que tais obrigações estão incluídas no escopo tanto da subcláusula 21.2.5 do Contrato de Concessão quanto do artigo 9º, §3º da Lei de Concessões, que alocam ao Poder Concedente o risco de geração de novos encargos em função de alterações normativas, sejam elas veiculadas por lei em sentido estrito ou por normas infralegais, devendo ser realizado o reequilíbrio econômico-financeiro relativamente a todos os custos incorridos pela CONCEBRA com tal obrigação;*

- viii. *O reconhecimento de que o Decreto nº 8.395/2015, que majorou a alíquota da CIDE (que era zero quando do momento da apresentação das propostas na Licitação e da assinatura do Contrato de Concessão) representa alteração normativa superveniente abarcada no escopo tanto da subcláusula 21.2.5 do Contrato de Concessão quanto do artigo 9º, §3º da Lei de Concessões, que alocam ao Poder Concedente o risco de geração de novos encargos em função de alterações normativas, tributárias ou não (sendo certo que a CIDE é espécie tributária) e sejam elas veiculadas por lei em sentido estrito ou por normas infralegais, devendo ser realizado o reequilíbrio econômico-financeiro relativamente a todos os custos incorridos pela CONCEBRA com tal alteração majoração de alíquota tributária;*
- ix. *O reconhecimento de que houve relevante atraso do Poder Concedente em cumprir sua obrigação de fornecer as licenças para a realização das obras de ampliação de capacidade, prevista nas subcláusulas 5.2 e 10.3.2, sendo também risco alocado ao Poder Concedente na forma da subcláusula 21.2.10, de modo que os custos adicionais da CONCEBRA decorrentes da necessidade de desmobilização adicional e imprevisível das frentes de trabalho devem ser reequilibrados em valor muito superior ao reequilíbrio implementado pela ANTT, tendo em vista os falhos argumentos apresentados pela agência para limitar o reequilíbrio a somente os custos relativos à instalação necessária para a execução de 76,40 km de duplicação da rodovia;*
- x. *O reconhecimento de que a Requerente foi obrigada a incorrer em custos não previstos para a realização de obras emergenciais no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana, cuja responsabilidade era do Poder Concedente, em virtude da omissão do Poder Concedente em realizar adequadamente as intervenções, a despeito dos reiterados avisos da CONCEBRA, sendo esse risco alocado ao Poder Concedente, de modo que todos os custos incorridos pela CONCEBRA com as intervenções necessárias à manutenção da trafegabilidade e segurança dos usuários devem ser reequilibrados;*
- xi. *O reconhecimento de que a necessidade de que a CONCEBRA realize intervenções para a adequação do trecho da travessia urbana de Nova Serrana aos parâmetros do PER decorre de inexecuções do Poder Concedente, em gravidade tal que os trechos em questão sequer puderam ser recebidos pela CONCEBRA, de modo que (i) se realize a validação do projeto executivo apresentado pela Concessionária em âmbito administrativo – Carta CNB-DIR 0133/2018 – e (ii) reconheça o direito da Concessionária às compensações econômico-financeiras em razão dos custos que a Concessionária incorrerá com a solução das inconformidades das obras sob responsabilidade do Poder Concedente no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana, cuja responsabilidade era do Poder Concedente*
- xii. *O reconhecimento de que a não execução dos Contratos CREMA, de responsabilidade do DNIT, e a não rescisão de tais contratos pelo Poder Concedente (tal como determinado pela subcláusula 10.1.4. do Contrato de Concessão) representam risco atribuído ao Poder Concedente na subcláusula 21.2.8, que trata da não realização das obras de responsabilidade do DNIT, de modo que os custos adicionais incorridos pela Concessionária devem ser*

reequilibrados, bem como os a incorrer para a solução dos problemas no pavimento;

- xiii. *O reconhecimento de que a ANTT apurou e aplicou incorretamente o Fator Q referente à redução dos acidentes no Sistema Rodoviário, sendo certo que o Contrato de Concessão determina que a apuração dos dados para cálculo do Indicador do Nível de Acidentes seja realizada a partir do início da cobrança da tarifa do pedágio, e que a premissa de demanda utilizada para cálculo do Fator Q deverá fazer uso do indicador que melhor representa a demanda da Concessão, ou seja, o tráfego passante (e não o tráfego pagante), devendo o reequilíbrio considerar a metodologia adequada de cálculo do Fator Q, bem como a ANTT seja condenada a aplicar a metodologia adequada em revisões contratuais futuras.*

986. Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.

987. Requer, ainda, seja a Requerida condenada a arcar com as custas, despesas e honorários de perito e árbitros, incorridos no curso deste procedimento arbitral, bem como condenada ao pagamento dos honorários advocatícios a serem oportunamente fixados por este Tribunal.

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.*

989. Requer, também, a Requerente, que este Tribunal venha, em relação às sanções que tenham correlação com os desequilíbrios ora narrados, a: (i) declarar a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinguir os correlatos procedimentos administrativos sancionatórios em curso; (iii) determinar que a ANTT seja condenada a ressarcir a Requerente de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; (iv) determinar que

a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades referentes a inexecuções contratuais que tenham como causa os Eventos de Desequilíbrio discutidos nesta arbitragem.”

25. A REQUERIDA, de sua parte, não formulou pedido de mérito na ATA DE MISSÃO, tendo se limitado a (i) objetar as pretensões da REQUERENTE; (ii) informar que “*não pretende prosseguir com qualquer pedido reconvenicional*”¹⁷; e (iii) postular a “*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*”¹⁸.

26. Em sua Resposta às Alegações Iniciais, a REQUERIDA formulou o seguinte requerimento:

“Diante do exposto, requer a ANTT:

i) a revisão da tutela de urgência concedida por meio da Ordem Processual nº 03, de modo a restabelecer todas as obrigações contratuais, seja em razão das informações trazidas pelo BNDES (doc. R-39), seja pelo fato de a pretensão de reequilíbrio relativa ao financiamento estar acobertada pela eficácia da coisa julgada (subitem II.1.3.2 acima);

ii) sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados nas Alegações Iniciais, bem como a condenação da Requerente ao pagamento integral dos custos da presente arbitragem.”

- XI -

RELATÓRIO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

27. Em 04.07.2019, a REQUERENTE apresentou seu Requerimento de Arbitragem à CCI. Por meio dessa manifestação, indicou o Dr. Flávio Amaral Garcia para atuar como coárbitro do procedimento arbitral.

28. Em 08.07.2019, a Secretaria da CCI atribuiu a referência 24595/PFF à arbitragem. Ademais, solicitou à REQUERENTE o pagamento da taxa de registro, no valor de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), e informou que o Secretário Geral fixou um adiantamento da provisão no valor de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) para cobrir os custos da arbitragem até o estabelecimento da Ata de Missão.

¹⁷ Cf. item 6.5.7 da ATA DE MISSÃO.

¹⁸ Cf. item 6.5.8 da ATA DE MISSÃO.

29. Em 12.07.2019, a Secretaria da CCI confirmou o recebimento da taxa de registro, assim como solicitou ao Dr. Flávio Amaral Garcia que preenchesse Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência para atuar na arbitragem como coárbitro.

30. Na mesma data, a Secretaria da CCI encaminhou à REQUERIDA o Requerimento de Arbitragem, convidando-a a apresentar resposta e a indicar um coárbitro para apreciar a disputa, no prazo de 30 (trinta) dias.

31. Em 24.07.2019, a Secretaria da CCI encaminhou às partes cópia da Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência, bem como o *curriculum vitae*, do Dr. Flávio Amaral Garcia, concedendo às partes prazo para apresentarem comentários.

32. Em 31.07.2019, a REQUERENTE apresentou manifestação esclarecendo que “*mantém a indicação do coárbitro Flávio Amaral Garcia*”.

33. Em 16.08.2019, a REQUERIDA apresentou manifestação em que: (i) informou os dados de seus patronos; (ii) não se opôs a indicação do Dr. Flávio Amaral Garcia como coárbitro; (iii) indicou a Dra. Patrícia Ferreira Baptista para atuar como cóarbitra no procedimento arbitral; e (iii) requereu a prorrogação do prazo para apresentar sua Resposta ao Requerimento de Arbitragem, nos termos do art. 5(2) do REGULAMENTO.

34. Em 16.08.2019, a Secretaria da CCI prorrogou para o dia 18.09.2019 o prazo para a REQUERIDA apresentar sua Resposta ao Requerimento de Arbitragem e confirmou o recebimento do pagamento realizado pela REQUERENTE do saldo do adiantamento da provisão, no valor de R\$ 464.000,00 (quatrocentos e sessenta e quatro mil reais). Paralelamente, a Secretaria convidou a Dra. Patrícia Ferreira Baptista a preencher Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência para atuar na arbitragem como coárbitra.

35. Em 30.08.2019, a Secretaria da CCI encaminhou às partes cópia da Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência, bem como o *curriculum vitae*, da Dra. Patrícia Ferreira Baptista, concedendo às partes prazo para apresentarem comentários.

36. Em 06.09.2019, REQUERENTE e REQUERIDA apresentaram manifestações informando que não se opunham à confirmação da Dra. Patrícia Ferreira Baptista como coárbitra do procedimento arbitral.

37. Considerando que as partes, após analisarem as Declarações de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência apresentadas, não se opuseram aos nomes indicados, o Secretário Geral da Corte confirmou, em 11.09.2019, o Drs. Flávio Amaral Garcia e Patrícia Ferreira Baptista na qualidade de coárbitros do procedimento arbitral.

38. Nesse sentido, na mesma data, a Secretaria da CCI concedeu aos coárbitros um prazo de 30 (trinta) dias para que designassem conjuntamente o árbitro-presidente do Tribunal Arbitral.

39. Paralelamente, em 12.09.2019, a Corte fixou o valor da provisão para os custos da arbitragem em R\$ 2.240.000,00 (dois milhões, duzentos e quarenta mil reais), esclarecendo que este ficaria sujeito a reajustes posteriores.

40. Em 18.09.2019, a REQUERIDA apresentou sua Resposta ao Requerimento de Arbitragem, em que (i) impugnou os argumentos apresentados pela REQUERENTE, postulando pela improcedência dos pedidos por ela deduzidos; (ii) indicou que apresentaria pretensão reconvenicional; e (iii) se opôs ao valor estimado pela REQUERENTE para a arbitragem.

41. Em 23.09.2019, os coárbitros Flávio Amaral Garcia e Patrícia Ferreira Baptista designaram o Dr. Sergio Nelson Mannheimer para atuar como árbitro-presidente, tendo a Secretaria da CCI, por força disto, o convidado a preencher Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência.

42. Na mesma data, a Secretaria da CCI confirmou o recebimento da Resposta da REQUERIDA ao Requerimento de Arbitragem. Na oportunidade, a Secretaria da CCI (i) concedeu prazo de 30 (trinta) dias para a REQUERENTE apresentar Resposta à Reconvenção; (ii) solicitou que a REQUERIDA fornecesse uma quantificação ou uma estimativa do valor monetário de seu pedido reconvenicional até 30.09.2019; e (iii) informou que transmitiria os autos ao Tribunal Arbitral assim que fosse constituído.

43. Em 30.09.2019, a REQUERIDA apresentou manifestação em que estimou o valor de R\$ 140.019.422,00 (cento e quarenta milhões, dezenove mil, quatrocentos e vinte e dois reais) como o conteúdo econômico de seus pedidos reconventionais.

44. Em 08.10.2019, a Secretaria da CCI (i) enviou às partes a tabela financeira atualizada dos custos da arbitragem, considerando que, com a quantificação da pretensão reconventional da REQUERIDA, o valor total envolvido na disputa passou a ser de R\$ 927.367.262,00 (novecentos e vinte e sete milhões, trezentos e sessenta e sete mil, duzentos e sessenta e dois reais); e (ii) encaminhou às partes cópia da Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência, bem como o *curriculum vitae*, do Dr. Sergio Nelson Mannheimer, concedendo-lhes prazo para se manifestarem.

45. Em 08.10.2019, a REQUERENTE encaminhou mensagem eletrônica para a Secretaria da CCI solicitando que futuras correspondências relacionadas à arbitragem fossem encaminhadas também aos seguintes e-mails: mauricio@portugalribeiro.com.br, jeanpaul@portugalribeiro.com.br, andre@portugalribeiro.com.br, helena@portugalribeiro.com.br.

46. Em 10.10.2019 e 14.10.2019, respectivamente, REQUERIDA e REQUERENTE apresentaram manifestações informando não se oporem à indicação do Dr. Sergio Nelson Mannheimer para atuar como Presidente do Tribunal Arbitral.

47. Considerando que as partes, após analisarem a Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência apresentada, não se opuseram ao nome indicado, o Secretário Geral da Corte confirmou, em 17.10.2019, o Dr. Sergio Nelson Mannheimer como Presidente do Tribunal Arbitral.

48. Na sequência, a Secretaria da CCI encaminhou ao Tribunal Arbitral os autos do procedimento, tendo sido recebidos pelos árbitros em 18.10.2019.

49. Em 23.10.2019, a REQUERENTE apresentou sua Resposta à Reconvensão da REQUERIDA.

50. Em 24.10.2019, o Tribunal Arbitral encaminhou correspondência eletrônica às partes, na qual: (i) informou que circularia a minuta da Ata de Missão, com o cronograma e regras aplicáveis ao procedimento, para comentários e contribuição de todos; (ii) sugeriu a realização de uma conferência telefônica no dia 18.11.2019, às 14h30 (horário de Brasília), para a consolidação da versão final do documento; e (iii) solicitou que as partes confirmassem se estariam de acordo com a sugestão proposta até 29.10.2019, bem como sua disponibilidade.

51. Em 29.10.2019, a REQUERIDA confirmou sua disponibilidade para a realização da conferência telefônica proposta pelo Tribunal Arbitral.

52. Na mesma data, contudo, a REQUERENTE encaminhou mensagem eletrônica solicitando ao Tribunal Arbitral “*o adiamento da audiência para discussão da Ata de Missão*”, em função de compromissos previamente assumidos por seus patronos e, também, da necessidade de mais tempo para a preparação das partes.

53. Diante disso, em 04.11.2019, o Tribunal Arbitral emitiu nova mensagem eletrônica em que (i) encaminhou a minuta da Ata de Missão e do Cronograma Processual para as partes, solicitando que apresentassem seus comentários até 09.12.2019; e (ii) sugeriu como datas para a conferência telefônica destinada à consolidação dos documentos os dias 16.12.2019 ou 17.12.2019, solicitando que as partes confirmassem sua disponibilidade até 14.11.2019.

54. Tendo as partes apresentado suas respectivas manifestações, o Tribunal Arbitral, por meio de mensagem eletrônica datada de 26.11.2019, confirmou para o dia 17.12.2019, às 14h30, a conferência telefônica destinada à discussão da Ata de Missão e do Cronograma Processual.

55. Com vistas a viabilizar a referida conferência e atendendo ao determinado pelo Tribunal Arbitral, as partes apresentaram em 05.12.2019 seus comentários à Ata de Missão e ao Cronograma Processual.

56. Em 17.12.2019, as partes, seus patronos e o Tribunal Arbitral realizaram a conferência telefônica para organização do procedimento e definição da redação final da ATA DE MISSÃO e do anexo Cronograma Processual.

57. Em 31.01.2020, atendendo ao Cronograma Processual, a REQUERIDA apresentou manifestação requerendo a revogação da decisão cautelar proferida nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, pela qual o juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal havia determinado que, até a apreciação da controvérsia pelo Tribunal Arbitral, a REQUERIDA deveria se abster de aplicar penalidades contratuais à REQUERENTE, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos e de promover redução de tarifas objeto do CONTRATO DE CONCESSÃO.

58. Em 07.02.2020, a Secretaria da CCI encaminhou correspondência confirmando o recebimento da via da ATA DE MISSÃO e do Cronograma Processual, datados de 17.12.2019. Na ocasião, informou que a Corte solicitou o pagamento de R\$ 640.000,00 (seiscentos e quarenta mil reais), pela REQUERENTE, e R\$ 1.120.000,00 (um milhão, cento e vinte mil reais), pela REQUERIDA, a título de provisão de despesas, submetendo tabela financeira atualizada.

59. Em 20.02.2020, a REQUERIDA apresentou manifestação pugnando pela reconsideração da deliberação da CCI no sentido de lhe solicitar o pagamento de custas, para que fosse atribuída à REQUERENTE a antecipação da provisão, sem prejuízo de, ao final do procedimento, a parte vencida arcar com a despesa.

60. À vista da referida manifestação, em 28.02.2020, a Secretaria da CCI convidou a REQUERENTE a substituir a REQUERIDA no pagamento de sua parcela da provisão das despesas.

61. Em 02.03.2020, a REQUERENTE apresentou manifestação se contrapondo ao pagamento da parcela de provisão de responsabilidade da REQUERIDA. Na oportunidade, pediu a REQUERENTE que o Tribunal Arbitral rejeitasse o pedido de reconsideração formulado pela REQUERIDA e, assim, mantivesse sua obrigação de antecipar a despesa.

62. Em 04.03.2020, a Secretaria da CCI encaminhou manifestação esclarecendo que solicitou que a REQUERENTE substituísse a REQUERIDA no pagamento de sua parcela da provisão com base no art. 37(5) do Regulamento de Arbitragem.

63. Em 19.03.2020, a REQUERENTE apresentou manifestação requerendo a suspensão dos prazos do procedimento arbitral, inicialmente, por 30 (trinta) dias, diante da situação então vigente de medidas de contenção para a transmissão da pandemia provocada pelo Covid-19. Afirmou que, em razão de tais medidas, “v[inha] *encontrando dificuldades óbvias para desenvolver estudos, reuniões de trabalho das equipes da Requerente, seus advogados e consultores, relatórios e documentos que subsidia[riam] o seu pleito, notadamente em face das restrições de obtenção documental e de contatos pessoais (ou mesmo telefônicos) com as entidades públicas e privadas*”¹⁹.

64. Na mesma data, a REQUERIDA, embora tenha reconhecido o estado de pandemia pelo qual passava o país, postulou pela manutenção do prazo estabelecido para a REQUERENTE se manifestar sobre o pedido de revogação da liminar, “*sem prejuízo da suspensão dos demais prazos, inclusive, a suspensão para apresentação das alegações iniciais*”²⁰.

65. Como fundamento para tanto, alegou que (i) a arbitragem já estaria em curso há mais de 9 (nove) meses, período no qual a REQUERENTE estaria usufruindo da medida liminar concedida pelo Poder Judiciário; (ii) por ocasião da discussão da ATA DE MISSÃO, a REQUERIDA já havia demonstrado reservas à fixação de “*prazos tão dilatados*”²¹; (iii) a REQUERIDA já teria cumprido com o prazo que lhe cabia no Cronograma Processual e a quase totalidade do prazo estabelecido para a REQUERENTE teria se consumado antes do advento da pandemia; e (iv) a manifestação da REQUERENTE sobre a revogação da liminar não demandaria maiores inovações, tendo em vista que os argumentos já haviam sido explorados nas ações cautelares propostas previamente a esta arbitragem.

66. Diante da oposição manifestada pela REQUERIDA, a REQUERENTE apresentou nova manifestação reiterando seu pedido de suspensão dos prazos da arbitragem. Nesta nova manifestação, asseverou a necessidade de aguardar o contraditório da REQUERENTE antes que houvesse a apreciação do pedido de revogação da medida cautelar deferida pelo Poder Judiciário. Na sequência, em 20.03.2020, a REQUERIDA submeteu e-mail reiterando sua posição.

¹⁹ Cf. item 7 da manifestação da REQUERENTE de 19.03.2020.

²⁰ Cf. item 8 da manifestação da REQUERIDA de 19.03.2020.

²¹ Cf. item 5 da manifestação da REQUERIDA de 19.03.2020.

67. Em 21.03.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 01, por meio da qual deferiu parcialmente o pedido formulado pela REQUERENTE, prorrogando para 13.04.2020 o prazo estabelecido no item 2 do Cronograma Processual para apresentação das “*Alegações Iniciais e manifestação sobre pedido de revogação da liminar*”. Em decorrência, o Tribunal Arbitral ajustou o Cronograma Processual para adequar os prazos ali fixados àqueles convencionados originalmente.

68. Nessa esteira, em 13.04.2020, a REQUERENTE apresentou suas Alegações Iniciais, ocasião em que detalhou os fundamentos de suas pretensões e se opôs ao pedido formulado pela REQUERIDA de revogação da decisão cautelar proferida pelo juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, pugnando pela manutenção do pronunciamento judicial.

69. Em 14.04.2020, a REQUERIDA submeteu petição postulando a prorrogação do prazo para apresentação de “*Resposta às Alegações Iniciais*”, previsto no item 3 do Cronograma Processual consolidado na Ordem Processual nº 01.

70. Argumentou que, embora a Ordem Processual nº 01 tenha dilatado o prazo da REQUERENTE para apresentação das Alegações Iniciais por 12 (doze) dias, o Tribunal Arbitral não teria também dilatado pelo mesmo número de dias o prazo de Resposta da REQUERIDA, somente tendo adequado o calendário processual. Invocou, também, a extensão da petição de Alegações Iniciais da REQUERENTE, que teria contribuído para “*um aumento da complexidade do feito*”²².

71. Em 16.04.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 02, em que deferiu o pedido de prorrogação de prazo deduzido pela REQUERIDA e novamente adequou o Cronograma Processual. Na oportunidade, com o objetivo de assegurar o contraditório, o Tribunal Arbitral também concedeu prazo para que a REQUERIDA se manifestasse sobre novos argumentos suscitados pela REQUERENTE nas Alegações Iniciais para a manutenção da medida cautelar deferida na ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400, notadamente aqueles relacionados (i)

²² Cf. item 4 da manifestação da REQUERIDA de 14.04.2020.

aos impactos decorrentes da pandemia provocada pela Covid-19; e (ii) ao protocolo de requerimento de relicitação da concessão objeto desta arbitragem.

72. Em 16.04.2020, a Secretaria da CCI enviou comunicação dando conta de que, em sessão realizada em 16.04.2020, a Corte fixou o prazo para a prolação da sentença final.

73. 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.

74. Ato seguinte, em 09.06.2020, a REQUERENTE apresentou duas manifestações: (i) uma com o fim de argumentar que haveria de ser atribuída à REQUERIDA a antecipação das custas sob sua responsabilidade; e (ii) outra com o objetivo de contrapor 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 e, assim, reiterar a necessidade de manutenção da decisão cautelar judicial.

75. A REQUERIDA, a seu turno, em 10.06.2020, aduziu que a nova manifestação da REQUERENTE foi apresentada em “*subversão ao procedimento traçado por este Tribunal*”²³. 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 “*deixou claro não ter intenção de antecipar as custas*”²⁴ deste procedimento arbitral.

76. Em 17.06.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 03, por meio da qual revogou parcialmente os efeitos da decisão proferida nos autos da ação cautelar autuada sob o nº 1014379-79.2019.4.01.3400, deferindo em parte a postulação de REQUERENTE e REQUERIDA, nos seguintes termos²⁵:

²³ Cf. item 3 da manifestação da REQUERIDA de 10.06.2020.

²⁴ Cf. item 10 da manifestação da REQUERIDA de 10.06.2020

²⁵ Cf. item 204 da Ordem Processual nº 03.

“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:

- (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).”*

77. Em 19.06.2020, a Secretaria da CCI enviou comunicação informando acerca da solicitação de cópia integral dos autos da arbitragem formulada por terceiro interessado. Na oportunidade, convidou as partes a submeterem seus comentários sobre dita solicitação, esclarecendo que, salvo indicação em sentido contrário, a Secretaria da CCI apenas informaria ao terceiro interessado a respeito da existência da arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido, na forma do item 13.6 da ATA DE MISSÃO.

78. Em 25.06.2020, a Secretaria da CCI enviou nova comunicação registrando o recebimento da manifestação da REQUERENTE de 09.06.2020 sobre as custas da arbitragem. Na oportunidade, reiterou o disposto no art. 37(5) do Regulamento de Arbitragem da CCI e convidou, uma vez mais, a REQUERENTE a substituir a REQUERIDA no pagamento da sua parcela da provisão.

79. Em 26.06.2020, a REQUERENTE apresentou manifestação e novos documentos, alegando que, ao revogar parcialmente a decisão proferida nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400 para autorizar a implementação da nova tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 964/2019, o Tribunal Arbitral teria incorrido em “*equivocos de premissas econômico-financeiras*”²⁶.

80. Diante disso, a REQUERENTE pediu ao Tribunal Arbitral a reconsideração parcial da Ordem Processual nº 03, para que fosse mantida a suspensão da aplicação do Fator D aprovado na Deliberação nº 964/2019 para a nova tarifa de pedágio até a prolação da sentença arbitral ou, ao menos, até a superveniência de produção de prova pericial.

81. De forma subsidiária, a REQUERENTE postulou a suspensão provisória dos efeitos da mencionada deliberação, na parte relativa à redução tarifária, “*pelo prazo necessário à realização de audiência perante o Tribunal, com a presença de ambas as partes, para a deliberação efetiva sobre a modificação da referida parte do aresto*”²⁷.

82. Na mesma data de 26.06.2020, a REQUERENTE também encaminhou mensagem eletrônica ao secretário do Tribunal Arbitral solicitando sua “*interação [...] com o presidente do Tribunal Arbitral, acerca da possibilidade de realização de conferência telefônica ou por vídeo, em caráter de urgência, para os esclarecimentos que se fizerem aceca do pleito, com base na parte final do item 16.3 da Ata de Missão*”²⁸.

²⁶ Cf. item 1 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

²⁷ Cf. item 97 da manifestação da REQUERENTE de 26.06.2020.

²⁸ Cf. e-mail enviado pela REQUERENTE ao Secretário do Tribunal Arbitral em 26.06.2020.

83. Ainda em 26.06.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 04, na qual facultou o contraditório da REQUERIDA a respeito do pedido de reconsideração da Ordem Processual nº 03 formulado pela REQUERENTE, indeferindo, naquele momento, a pretensão desta última de realização de audiência, sem prejuízo de posterior análise da pertinência da assentada com a presença de ambas as partes.

84. Na sequência, em 29.06.2020, a REQUERENTE apresentou manifestação pugnando pelo “*indeferimento do pedido de cópia integral por terceiro*”²⁹, à vista do fato de que os autos contêm “*grande quantidade de informações amplas e detalhadas, além de documentos comerciais e estratégicos, compondo um conjunto extremamente sensível para seus negócios*”³⁰.

85. Em 06.07.2020, em virtude de reestruturação interna, a REQUERIDA apresentou manifestação requerendo a atualização dos nomes de seus representantes legais e respectivos endereços eletrônicos para comunicações.

86. Em 07.07.2020, a Secretaria da CCI encaminhou correspondência esclarecendo que não disponibilizaria cópia dos autos da arbitragem ao terceiro interessado, visto que, à luz da manifestação da REQUERENTE de 29.06.2020, “*não há acordo das partes sobre a disponibilização de cópias dos autos da arbitragem pela Secretaria*”³¹.

87. Naquela comunicação, a Secretaria da CCI ainda comunicou às partes acerca da existência de nova solicitação de terceiro interessado de cópia dos autos da arbitragem, convidando-as a se manifestarem a respeito.

88. Em 08.07.2020, a REQUERIDA enviou mensagem eletrônica dando conta de que, “*em homenagem ao princípio da publicidade que rege as arbitragens nas quais figuram como parte*

²⁹ Cf. manifestação da REQUERENTE de 29.06.2020.

³⁰ Cf. manifestação da REQUERENTE de 29.06.2020.

³¹ Cf. correspondência da Secretaria da CCI de 07.07.2020.

a Administração Pública (§3º do art. 2º da Lei nº 9.307/96)”³², não se opunha à “disponibilização as petições e documentos a terceiros”³³.

89. Em 13.07.2020, a REQUERIDA apresentou manifestação, com novos documentos, deduzindo argumentos contrários à suspensão de aplicação do Fator D aprovado na Deliberação nº 964/2019 para a nova tarifa de pedágio e pugnando, no particular, pelo indeferimento do pedido de reconsideração da REQUERENTE acerca da Ordem Processual nº 03.

90. Na oportunidade, a REQUERIDA também deduziu pedido de revogação parcial da Ordem Processual nº 03, especificamente na parte em que o Tribunal Arbitral deliberou por suspender provisoriamente as obrigações da REQUERENTE de promover os investimentos na ampliação da capacidade das rodovias objeto da concessão.

91. Em 15.07.2020, a REQUERENTE enviou mensagem eletrônica esclarecendo “*não ter havido alteração da sua posição sobre a matéria processual de fornecimento de cópia integral dos autos a terceiros, sobre a qual já havia se manifestado no último dia 29 de junho*”³⁴.

92. Na mesma data, a REQUERENTE submeteu manifestação em que aduziu que a pretensão da REQUERIDA de revogação parcial da Ordem Processual nº 03 transbordaria os limites da Ordem Processual nº 04, “*deve[ndo] ser precedida de prévio contraditório pela Requerente e resolvida em sede de audiência especificamente designada para tratar desse objeto*”³⁵.

93. Nessa esteira, diante do teor da referida petição e com vistas a assegurar o contraditório, em 17.06.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 05, em que concedeu prazo para a REQUERENTE comentar acerca dos documentos juntados pela REQUERIDA em sua petição de 13.07.2020, assim como se pronunciar sobre o pedido por ela deduzido de revogação parcial da Ordem Processual nº 03.

³² Cf. e-mail enviado pela REQUERIDA em 08.07.2020.

³³ Cf. e-mail enviado pela REQUERIDA em 08.07.2020.

³⁴ Cf. e-mail enviado pela REQUERENTE em 15.07.2020.

³⁵ Cf. item 4 da manifestação da REQUERENTE de 15.07.2020.

94. Em 20.07.2020, a Secretaria da CCI enviou comunicação informando que, à vista da ausência de consenso entre as partes, não disponibilizaria cópia dos autos da arbitragem ao terceiro interessado. Na missiva, a Secretaria da CCI ainda informou ter recebido novo pedido de cópia dos autos e esclareceu que, salvo indicação contrária, não a disponibilizaria ao terceiro solicitante.

95. Em 23.07.2020, a REQUERENTE apresentou petição argumentando que a manifestação de 13.07.2020 da REQUERIDA teria “*avançado sobre questões de mérito a serem oportunamente respondidas por ocasião da Réplica*”. Requereu, assim, “*a declaração expressa do Tribunal Arbitral no sentido de assegurar à Requerente o direito de restringir ao objeto específico da cognição cautelar o conteúdo da manifestação a ser apresentada em cumprimento à Ordem Processual nº 05, sem risco de preclusão e sem inversão do devido processo legal e do cronograma processual previamente estabelecido pelas partes*”³⁶.

96. Além disso, a REQUERENTE reiterou seu pedido de designação de audiência específica para apreciação de seu pleito de reconsideração da Ordem Processual nº 03, ao mesmo tempo em que requereu que este pedido fosse apreciado de forma autônoma em relação à pretensão da REQUERIDA deduzida em sua manifestação de 13.07.2020.

97. Na mesma data de 23.07.2020, a REQUERENTE enviou e-mail em que reiterou sua posição relativa ao fornecimento de cópia dos autos da arbitragem a terceiros interessados, pugnando pelo indeferimento da nova solicitação acerca do tema.

98. Em 28.07.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 06, em que esclareceu que permaneceria no aguardo da manifestação da REQUERENTE a respeito do conteúdo delimitado na Ordem Processual nº 05, ou no decurso do prazo *in albis*, para que pudesse dar prosseguimento ao procedimento, com o objetivo de apreciar o pedido de ambas as partes de reconsideração da Ordem Processual nº 03.

99. Em 31.07.2020, a REQUERENTE apresentou petição em atenção à Ordem Processual nº 05. Nela, a REQUERENTE se contrapôs ao pedido de reconsideração formulado pela REQUERIDA,

³⁶ Cf. item 5 da manifestação da REQUERENTE de 23.07.2020.

ao mesmo tempo em que reiterou estar no aguardo da “*designação, com a brevidade que o caso reclama [...], da já solicitada audiência perante o Tribunal Arbitral, com a presença de ambas as partes, para deliberação sobre os pedidos que envolvem as medidas cautelares*”.³⁷

100. Nessa toada, em 13.08.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 07 designando, para a data de 19.09.2020, audiência para que as partes pudessem apresentar os argumentos que embasavam os seus respectivos pedidos de reconsideração da Ordem Processual nº 03.

101. Em 25.08.2020, a REQUERENTE apresentou sua Réplica, em que ratificou argumentos pela procedência de suas pretensões deduzidas na arbitragem. Na ocasião, também (i) pugnou pela prolação de decisão de saneamento do procedimento; (ii) reiterou seu pedido de reconsideração da Ordem Processual nº 03 e de indeferimento da pretensão da REQUERIDA de revogação parcial daquele mesmo pronunciamento; e (iii) manifestou-se pela necessidade de a REQUERIDA recolher as custas de sua responsabilidade.

102. Em 26.08.2020, REQUERENTE e REQUERIDA submeteram aos árbitros e à Secretaria da CCI os nomes e endereços eletrônicos das pessoas que participariam da audiência designada na Ordem Processual nº 07.

103. Em 28.08.2020, a REQUERIDA submeteu requerimento de juntada de documento novo, justificando que dele pretendia fazer uso na audiência designada para o dia 09.09.2020.

104. Em 09.09.2020, as partes e o Tribunal Arbitral se reuniram virtualmente, tendo REQUERENTE e REQUERIDA apresentado oralmente os argumentos que embasavam suas respectivas pretensões de reconsideração da Ordem Processual nº 03, tendo também esclarecido determinados questionamentos dos árbitros.

105. Na audiência, restou pactuado que REQUERENTE e REQUERIDA encaminhariam os arquivos de *powerpoint* utilizados em suas apresentações, assim como uma versão conjunta

³⁷ Cf. item 100 da manifestação da REQUERENTE de 31.07.2020.

revisada da transcrição da assentada, tendo os documentos sido efetivamente apresentados em 11.09.2020 e em 29.09.2020.

106. Em 23.09.2020, seguindo o Cronograma Processual ajustado na Ordem Processual nº 02, a REQUERIDA apresentou sua Tréplica.

107. Em 26.10.2020, também em atenção ao Cronograma Processual, as partes apresentaram manifestações especificando as provas que pretendiam produzir nesta arbitragem. A REQUERENTE protestou pela produção de provas documental suplementar, testemunhal e pericial, com o objetivo de “*validar a ocorrência de determinados aspectos dos eventos de desequilíbrio*” e “*atestar os impactos financeiros e econômicos destes no Contrato de Concessão*”³⁸.

108. Além disso, a REQUERENTE também pediu que o Tribunal Arbitral lhe concedesse prazo para se manifestar sobre os novos documentos trazidos pela REQUERIDA em sua Tréplica, em especial para que pudesse realizar o “*distinguishing*” detalhado deste caso em relação ao procedimento arbitral nº 23433/GSS/PFF, cuja sentença parcial foi juntada como R-106.

109. A REQUERENTE ainda aproveitou a oportunidade para (i) alegar que a REQUERIDA estaria a descumprir o decidido na Ordem Processual nº 03, ao oficial e lavrar autos de infração referentes a inexecuções de obrigações de investimento nas rodovias concedidas; e (ii) requerer preferência na apreciação do pedido de reconsideração da Ordem Processual nº 03.

110. A REQUERIDA, a seu turno, defendeu ser da REQUERENTE o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos das pretensões objeto desta arbitragem, requerendo a produção de prova documental suplementar, com o estabelecimento de uma data limite para que as partes apresentassem seus respectivos documentos.

111. Subsidiariamente, a REQUERIDA postulou pela produção de: (i) prova técnica, ressaltando sua preferência pelo método convencional de designação de um perito imparcial da confiança do Tribunal Arbitral, em detrimento do mecanismo de apresentação de laudos

³⁸ Cf. item 6 da manifestação da REQUERENTE de 26.10.2020.

particulares por cada parte; e (ii) prova testemunhal, a partir da oitiva dos Srs. Cláudio Renê Valadares Lobato, Lélío Antônio Teixeira Brito, Fábio Augusto Amorim, Fernando de Freitas Bezerra, Míriam Ramos Quebaud, Ronaldo Cabral Magalhães e Viviane Esse.

112. Em 30.10.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 08, por meio da qual apreciou os pedidos das partes de reconsideração da Ordem Processual nº 03, nos seguintes termos³⁹:

“Ante o exposto, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, decide:

- (i) indeferir o pedido formulado no item 113.b da manifestação da REQUERIDA de 13.07.2020 para, em consequência, manter em vigor a decisão tomada nos itens ‘i’, ‘ii’, ‘iii’ e ‘iv’ do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03;*
- (ii) converter em diligência o pedido formulado pela REQUERENTE no item 96 de sua manifestação de 26.06.2020 para determinar que a REQUERIDA, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, apresente o cálculo de qual seria o valor da tarifa de pedágio da concessão se considerado o critério do ponto de equilíbrio (break even point), devendo, para tanto, observar a oitiva prévia da REQUERENTE, que poderá submeter à apreciação da agência reguladora seus cálculos e a sua proposta de tarifa; e*
- (iii) estabelecer que, enquanto pendente a diligência ora determinada e até ulterior deliberação pelo Tribunal Arbitral, ficam mantidos os efeitos do item “v” do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03, que autorizou a REQUERIDA a implementar a tarifa de pedágio aprovada na Deliberação nº 964/2019 no âmbito da concessão objeto desta arbitragem.”*

113. Em 06.11.2020, a REQUERENTE apresentou manifestação invocando os arts. 2º, V, e 3º(4) do Regulamento de Arbitragem da CCI c/c art. 15.2.2 da ATA DE MISSÃO c/c art. 30, II, da Lei Federal nº 9.307/1996, no âmbito da qual requereu *“a reformulação da diligência determinada na Ordem Processual nº 08, a fim de que [fosse] designado perito para acompanhamento e avaliação final dos trabalhos”*⁴⁰ realizados pela REQUERIDA.

114. Além disso, a REQUERENTE pediu que fossem *“delimitados previamente o prazo que a ANTT dever[ia] apresentar à Concessionária os seus cálculos iniciais e o prazo que a Concessionária ter[ia] para impugnar e contraditar os valores apresentados, levando-se em*

³⁹ Cf. item 111 da Ordem Processual nº 08.

⁴⁰ Cf. item 27. da manifestação da REQUERENTE de 06.11.2020.

*consideração o tempo necessário razoável para que a Agência exponha o resultado final aos árbitros ao término dos 60 (sessenta) dias*⁴¹.

115. Ao tecer considerações sobre a Ordem Processual nº 08, a REQUERENTE ainda reiterou que a REQUERIDA estaria descumprindo decisões do Tribunal Arbitral. Com efeito, para além dos fatos antes noticiados, a REQUERENTE informou que, *“muito embora impedida de realizar qualquer redução tarifária além daquela autorizada pela Deliberação nº 964/2019, a Requerida [...] reduziu, novamente, poucos dias após a Ordem Processual nº 08, a tarifa da Concessionária em sessão realizada no último dia 3 de novembro de 2020*⁴².

116. Em 10.11.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 09, por meio da qual concedeu prazo para a REQUERIDA se manifestar sobre as considerações submetidas pela REQUERENTE em 06.11.2020.

117. Na mesma data, a REQUERENTE apresentou nova manifestação com documentos que, a seu ver, demonstrariam o descumprimento pela REQUERIDA das Ordens Processuais nºs 03 e 08, notadamente aquele relacionado à nova redução de tarifa de pedágio objeto da concessão. Formulou, desse modo, o seguinte pedido⁴³:

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

118. Em 12.11.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 10, em que concedeu novo prazo à REQUERIDA para se manifestar sobre os fatos noticiados pela

⁴¹ Cf. item 25 da manifestação da REQUERENTE de 06.11.2020.

⁴² Cf. item 15.c da manifestação da REQUERENTE de 06.11.2020.

⁴³ Cf. item 16 da manifestação da REQUERENTE de 10.11.2020.

REQUERENTE em suas manifestações de 26.10.2020, 06.11.2020 e 10.11.2020, relacionados ao alegado descumprimento, pela agência reguladora, das Ordens Processuais nº 03 e 08.

119. Sem prejuízo, cautelarmente, o Tribunal Arbitral determinou na ocasião que a REQUERIDA, desde aquele momento, se absteresse de (i) reduzir ou implementar a redução tarifária de pedágio objeto da concessão para patamar inferior àquele aprovado na Deliberação nº 964/2019; e (ii) exigir da REQUERENTE investimentos na ampliação da capacidade das rodovias previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do Programa de Exploração de Rodovias (“PER”), bem como estudos e projetos a eles associados ou mesmo aplicar qualquer penalidade por eventual descumprimento dessa obrigação.

120. Em 20.11.2020, a REQUERIDA apresentou suas considerações sobre a manifestação da REQUERENTE de 06.11.2020. Preliminarmente, (i) aduziu que a pretensão da REQUERENTE não preencheria os requisitos previstos nos arts. 36(1) e 36(2) do REGULAMENTO e do art. 30, II, da Lei Federal nº 9.307/1996, revelando mero inconformismo com a Ordem Processual nº 08; e (ii) pediu que o Tribunal Arbitral coibisse a REQUERENTE de “*apresentar petições em face de todas as decisões que a desagrade*”⁴⁴ e considerasse tal conduta no momento da repartição dos custos desta arbitragem.

121. Na mesma manifestação, a REQUERIDA também (iii) defendeu a manutenção da diligência determinada na Ordem Processual nº 08; assim como (iv) informou que já teria expedido o Ofício SEI nº 20952/2020/SUOD/DIR-ANTT⁴⁵, convidando a REQUERENTE a submeter à apreciação da agência reguladora seus cálculos e sua proposta de tarifa, segundo o critério do *break even point*.

122. Em 26.11.2020, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 11, em que, em parte, rejeitou e, em parte, julgou prejudicada a pretensão deduzida pela REQUERENTE em sua manifestação de 06.11.2020, para o fim de manter a diligência determinada na Ordem Processual nº 08, tal como nela se continha.

⁴⁴ Cf. item 32 da manifestação da REQUERIDA de 20.11.2020.

⁴⁵ Cf. R-114.

123. Nessa ocasião, os árbitros ainda (i) esclareceram que o alegado descumprimento de decisões do Tribunal Arbitral seria apreciado posteriormente, visto que ainda se encontrava em curso prazo para a REQUERIDA se manifestar a respeito; e (ii) reiteraram que, após cumprida a diligência determinada na Ordem Processual nº 08, tornariam a deliberar sobre o pedido da REQUERENTE em sua manifestação de 26.06.2020 referente à alteração do valor da tarifa de pedágio aprovado na Deliberação nº 964/2019.

124. Em 27.11.2020, a REQUERIDA apresentou manifestação sustentando que os atos por ela praticados, que foram noticiados pela REQUERENTE – atinentes à alteração tarifária, à emissão de autos de infração e ao envio de ofícios relacionados a projetos da concessão – “*não afronta[r]iam as decisões deste Tribunal Arbitral e [teriam se dado] em cumprimento as suas prerrogativas legais e contratuais*”⁴⁶.

125. Em 10.12.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 12 esclarecendo que, para fins de organização do procedimento, deliberaria sobre o descumprimento ou não das decisões arbitrais pela REQUERIDA de forma conjunta com a apreciação do resultado da diligência determinada na Ordem Processual nº 08.

126. Em 30.12.2020, a REQUERIDA submeteu manifestação com o cálculo da tarifa de pedágio buscando atender ao determinado na Ordem Processual nº 08, bem como acostou novos documentos ao procedimento. Na oportunidade, a REQUERIDA também ressaltou sua posição de que, sem prejuízo do cálculo realizado, deveria ser mantida a tarifa de pedágio aprovada no âmbito das revisões contratuais, conforme metodologia estabelecida no CONTRATO DE CONCESSÃO.

127. Em 05.01.2021, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 13, em que concedeu oportunidade para a REQUERENTE se manifestar sobre a petição e os documentos apresentados pela REQUERIDA em 30.12.2020, bem como para juntar documentos adicionais que tivessem sido submetidos à Agência Reguladora no âmbito da diligência determinada na Ordem Processual nº 08 e que ainda não constassem dos autos.

⁴⁶ Cf. item 15 da manifestação da REQUERIDA de 27.11.2020.

128. Em 20.01.2021, a REQUERENTE apresentou sua manifestação, com novos documentos, em atenção à Ordem Processual nº 13. Aduziu na ocasião que, além de ter adotado uma postura unilateral no curso da diligência objeto da Ordem Processual nº 08, a REQUERIDA não teria cumprido com o determinado pelo Tribunal Arbitral.

129. Pediu a REQUERENTE, assim, “*o reestabelecimento da tarifa vigente antes da redução autorizada pela Ordem Processual 3, devidamente atualizada pelo índice previsto contratualmente*”⁴⁷, ou, subsidiariamente, “*a adoção pelo Tribunal da proposta tarifária de R\$ 4,73, nos termos do encaminhamento pela Requerente à Requerida no dia 30/11/2020*”⁴⁸.

130. Além disso, na manifestação datada de 20.01.2021, a REQUERENTE postulou “*a adoção de uma medida enérgica por parte do Tribunal Arbitral em relação aos descumprimentos ao comando da Ordem processual n. 03*”⁴⁹, em especial diante do fato de que a REQUERIDA teria incorrido em novo descumprimento, consistente no envio do Ofício SEI nº 18631/2020/CIPRO/SUROD/DIR/ANTT⁵⁰, onde constaria a cobrança de valores e a ameaça de execução da garantia contratual.

131. Em 25.01.2021, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 14, por meio da qual facultou à REQUERIDA exercer contraditório especificamente sobre os documentos acostados pela REQUERENTE em sua manifestação de 20.01.2021.

132. Em 02.02.2021, a Secretaria da CCI enviou comunicação informando ter recebido nova solicitação de terceiro interessado em “*cópia de ‘todas as peças, ordens processuais e decisões proferidas após Tréplica apresentada pela ANTT*”⁵¹. Nesse sentido, convidou as partes a se manifestarem a respeito, reiterando que, salvo indicação contrária, a Secretaria da CCI atuaria conforme a ATA DE MISSÃO.

⁴⁷ Cf. item 82 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

⁴⁸ Cf. item 83 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

⁴⁹ Cf. item 83 da manifestação da REQUERENTE de 20.01.2021.

⁵⁰ Cf. RTE-214.

⁵¹ Cf. comunicação da CCI de 02.02.2021.

133. Por meio da aludida comunicação, a Secretaria ainda informou que, em sua sessão de 21.01.2021, a Corte prorrogou o prazo para a prolação da sentença arbitral.

134. Em 05.02.2021, a REQUERIDA apresentou manifestação em atendimento à Ordem Processual nº 14. Em síntese: (i) defendeu a regularidade dos cálculos por ela apresentados em 30.12.2020; (ii) apontou imprecisões e discrepâncias metodológicas nos cálculos elaborados pela REQUERENTE; e (iii) insistiu na regularidade da condução da diligência determinada na Ordem Processual nº 08.

135. Na referida manifestação, a REQUERIDA ainda afirmou que não teria descumprido decisões do Tribunal Arbitral. Argumentou que (iv) o Ofício SEI 18631/2020/CIPRO/SUOD/DIR-ANTT⁵² não diria respeito às obrigações previstas nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO ou nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER; e, (v) conquanto tenha reconhecido equívoco no referido Ofício – especificamente na parte em que indicou ameaça de eventual execução da garantia contratual –, esclareceu que não teria “*perpetrado qualquer ato coercitivo pela Requerida, não levando a cabo a execução ou a cobrança do débito*”⁵³.

136. Em 09.02.2021, a REQUERENTE enviou mensagem eletrônica esclarecendo “*não ter havido alteração de sua posição já manifestada em mais de uma oportunidade sobre a matéria processual de fornecimento de cópia dos autos a terceiro*”⁵⁴, bem como “*não ter havido nenhum acordo entre as partes sobre esta matéria*”⁵⁵.

137. Em 26.02.2021, a REQUERIDA submeteu manifestação igualmente se posicionando sobre a solicitação de cópia dos autos da arbitragem por terceiros interessados. Reiterou que, “*atendidos os parâmetros previstos na legislação aplicável e o acordo firmado entre as partes, a Requerida se posiciona a favor do fornecimento de informações e cópias solicitadas por terceiros interessados, sem a necessidade de sua prévia anuência*”⁵⁶.

⁵² Cf. RTE-124.

⁵³ Cf. item 35 da manifestação da REQUERIDA de 05.02.2021.

⁵⁴ Cf. e-mail enviado pela REQUERENTE em 09.02.2021.

⁵⁵ Cf. e-mail enviado pela REQUERENTE em 09.02.2021.

⁵⁶ Cf. item 10 da manifestação da REQUERIDA de 26.02.2021.

138. Em 11.03.2021, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 15, em que deliberou sobre (i) o pedido da REQUERENTE de reconsideração da Ordem Processual nº 03, à luz do resultado da diligência determinada na Ordem Processual nº 08; e (ii) o alegado descumprimento, pela REQUERIDA, de decisões proferidas pelos árbitros nesta arbitragem. Os árbitros assim decidiram⁵⁷:

“Ante o exposto, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, resolve:

- (i) indeferir o pedido de reconsideração formulado pela REQUERENTE nos itens 96 e 97 de sua manifestação de 26.06.2020 – reiterado em 15.07.2020, 23.07.2020, 09.09.2020 e 20.01.2021 –, de modo a manter os efeitos do item ‘v’ do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03;*
- (ii) deferir parcialmente os pedidos objeto das manifestações da REQUERENTE de 26.10.2020, 06.11.2020, 10.11.2020 e 20.01.2021 e indeferir aquele constante do item 49(b) da manifestação da REQUERIDA de 27.11.2020, para determinar que a REQUERIDA (a) proceda à anulação dos autos de infração e ofícios identificados nos documentos RTE-203, RTE-204 e RTE-214; (b) deixe de implementar a tarifa de pedágio prevista na Deliberação nº 455/2020; e (c) se abstenha de considerar nas revisões tarifárias previstas no Contrato de Concessão o impacto financeiro dos valores recebidos a maior pela REQUERENTE no período em que vigorou integralmente a decisão cautelar proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400;*
- (iii) deferir parcialmente o pedido formulado pela REQUERIDA no item 49(a) de sua manifestação de 27.11.2020 para revogar a determinação cautelar contida no item ‘i’ do parágrafo 14 da Ordem Processual nº 10, mantendo-se a determinação objeto do item ‘ii’ do mesmo parágrafo do pronunciamento; e*
- (iv) deferir parcialmente o pedido deduzido pela REQUERIDA no item 50 de 27.11.2020 para esclarecer que as deliberações tomadas na Ordem Processual nº 03 e neste pronunciamento não obstam a REQUERIDA de promover as revisões tarifárias periódicas previstas no Contrato de Concessão, desde que, no âmbito dessa atividade, observe a restrição imposta no item ‘ii.c’ do parágrafo 135 acima.”*

139. Ato seguinte, em 17.03.2021, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 16, por meio da qual delimitou as questões fáticas controvertidas nesta arbitragem, nos seguintes termos⁵⁸:

⁵⁷ Cf. item 135 da Ordem Processual nº 15.

⁵⁸ Cf. item 7 da Ordem Processual nº 16.

“Pois bem. Antes de ingressar na análise das provas pretendidas, de rigor a determinação prévia dos pontos controvertidos de natureza fática nesta arbitragem. A partir do cotejo entre as manifestações da REQUERENTE e da REQUERIDA até esta fase processual, é possível identificar as seguintes questões fáticas controvertidas entre as partes, sobre as quais recairá a atividade probatória:

- (i) A determinação da crise econômica e da mudança de política pública de financiamento para a não concessão do financiamento de longo prazo (funding) pelos bancos públicos, especialmente pelo BNDES, e os impactos da crise sobre o cumprimento do Contrato de Concessão;
- (ii) O caráter extraordinário e imprevisível do aumento no preço dos insumos asfálticos (CAP);
- (iii) A apuração do valor remanescente de reequilíbrio do Contrato de Concessão em virtude dos custos inerentes aos projetos, estudos e obras do Contorno de Goiânia/GO;
- (iv) O ineditismo da implantação do Sistema de Informações Rodoviárias – SIR em relação às obrigações previstas no Contrato de Concessão e no Programa de Exploração de Rodovia – PER, ou seu enquadramento como evolução tecnológica das obrigações informacionais já previstas, bem como o respectivo impacto dessa implantação sobre a equação econômico-financeira do contrato e a suficiência do reequilíbrio já efetivado pela REQUERIDA nas revisões tarifárias pertinentes;
- (v) A quantificação do reequilíbrio decorrente do aumento do limite de peso bruto por eixo decorrente da Lei nº 13.103/2015;
- (vi) A apuração e a quantificação do reequilíbrio decorrente de obrigações tributárias acessórias introduzidas pela Instrução Normativa da Receita Federal nº 1.731/2017;
- (vii) A apuração e a quantificação do reequilíbrio em decorrência de elevação da alíquota da CIDE de importação e de comercialização de petróleo e seus derivados pelo Decreto Federal nº 8.935/2015, bem como da suficiência ou não do reajuste tarifário ordinário pelo IPCA-E para captura de eventual prejuízo da Concessionária;
- (viii) A apuração e a quantificação do reequilíbrio em função dos custos adicionais havidos pela REQUERENTE em virtude do atraso no licenciamento ambiental, bem como a verificação da suficiência dos valores calculados pela REQUERIDA;
- (ix) A apuração do reequilíbrio decorrente das intervenções emergenciais em trecho com obras sob responsabilidade do DNIT e da adequação de vias sob responsabilidade do DNIT;
- (x) O grau de deterioração dos trechos rodoviários objeto dos Contratos CREMA e seu enquadramento como vício oculto decorrente da inexecução dos Contratos CREMA ou como parte das obrigações de restauração e de adequação previstas no Contrato de Concessão e no Programa de Exploração de Rodovia – PER;
- (xi) A metodologia de emprego do Fator Q face ao disposto no Contrato de Concessão e o respectivo impacto sobre o equilíbrio financeiro do contrato.”

140. Na Ordem Processual nº 16 o Tribunal Arbitral também:

- (i) deferiu a produção de prova documental suplementar, concedendo oportunidade às partes de produzirem os documentos que entendiam relevantes e, subsequentemente, de tecerem considerações sobre os documentos acostados pela contraparte;
- (ii) deferiu a produção de prova pericial de natureza econômico-financeira e de engenharia, nomeando como perita a empresa Swot Global Consulting (“SWOT GLOBAL”) e concedendo a esta prazo para informar a respeito de sua disponibilidade, especificar os profissionais que atuariam na equipe técnica e declarar se possuiria independência e imparcialidade;
- (iii) esclareceu que “*o deferimento da prova pericial e a delimitação do escopo, nos termos dos itens acima, não devem ser compreendidos como pré-julgamento ou adesão do Tribunal Arbitral às teses desenvolvidas por qualquer das partes na presente arbitragem, que [seriam], na sua integralidade, examinadas por ocasião da prolação da sentença arbitral parcial ou final, no momento apropriado*”⁵⁹;
- (iv) decidiu que o ônus de adiantar as despesas para a realização da perícia recairia sobre a REQUERENTE, nos termos do art. 38(3) do REGULAMENTO e do art. 1º(12) do seu Apêndice III, considerando que a prova pericial foi por ela postulada;
- (v) concedeu oportunidade às partes de, justificadamente, postularem a inclusão de eventuais temas que entendessem relevantes para a produção da prova multidisciplinar e que não tivessem sido consideradas no rol descrito no item 7 da Ordem Processual nº 16; e
- (vi) informou que, após a conclusão dos trabalhos periciais, deliberaria sobre a pertinência da produção da prova oral.

141. Em 22.03.2021, a REQUERIDA apresentou duas manifestações. Na primeira, requereu a atualização do nome e dos correspondentes endereços eletrônicos de seus representantes legais, à vista de reestruturação interna.

⁵⁹ Cf. item 16 da Ordem Processual nº 16.

142. Na segunda, a REQUERIDA pediu reconsideração do deliberado na Ordem Processual nº 16, notadamente sob o argumento de que os pontos elencados nos itens “i”, “ii”, “v” e “xi” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16 não seriam passíveis de perícia, por dizerem respeito ao enquadramento jurídico inerente à interpretação da matriz de risco contratual ou ao exercício de competências regulatórias da autarquia.

143. Diante disso, em 25.03.2021, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 17, concedendo oportunidade à REQUERENTE para se manifestar sobre o conteúdo do pedido de esclarecimentos submetido pela REQUERIDA na data de 22.03.2021, informando, não obstante, restarem mantidos os prazos estabelecidos na Ordem Processual nº 16.

144. Em 05.04.2021, atendendo ao determinado pelo Tribunal Arbitral, a empresa perita informou a respeito de sua disponibilidade para a realização do trabalho, especificou os profissionais que atuariam na equipe responsável pela perícia, bem como confirmou possuir independência e imparcialidade.

145. Na mesma data, REQUERENTE e REQUERIDA apresentaram os documentos suplementares que entendiam pertinentes ao julgamento da lide e, em 20.04.2021, submeteram suas considerações sobre os documentos da contraparte.

146. Em sua manifestação de 20.04.2021, a REQUERENTE ainda:

- (i) apresentou suas considerações sobre o pedido de reconsideração da REQUERIDA à Ordem Processual nº 16, pugnando pelo seu indeferimento;
- (ii) pediu que fosse feito um “ajuste”⁶⁰ no ponto controvertido objeto do item “i” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16, de modo a que a delimitação da matéria atinente à frustração do financiamento de longo prazo abarcasse a integralidade das questões fáticas especificadas no requerimento de especificação de provas;
- (iii) em relação ao ponto controvertido objeto do item “v” do parágrafo 7 da Ordem processual nº 16 – qual seja, a “*quantificação do reequilíbrio decorrente do aumento do limite de peso bruto por eixo decorrente da Lei nº 13.103/2015*” –,

⁶⁰ Cf. item 66 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

a REQUERENTE esclareceu que o desequilíbrio teria decorrido de diversas alterações normativas, de modo que a perícia haveria de considerar também as normas infralegais atinentes à matéria;

- (iv) pediu ao Tribunal Arbitral que, com base nos arts. 18 e 22 da Lei nº 9.307/1996, intimasse o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”) para apresentar nesta arbitragem a íntegra do relatório elaborado pela área técnica da instituição financeira a respeito do financiamento de longo prazo que seria concedido à REQUERENTE (Relatório de Análise nº 1/2016), visto que a instituição financeira somente lhe teria fornecido a versão censurada do documento⁶¹, o que, inclusive, teria sido advertido pela REQUERIDA; e
- (v) manifestou sua “*expressa anuência com a nomeação dos peritos escolhidos pelo Tribunal Arbitral (empresa Swot Global Consulting)*”, esclarecendo que “*não apresenta qualquer objeção*”⁶².

147. Em 24.05.2021, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 18, por meio da qual:

- (i) indeferiu o pedido da REQUERIDA de reconsideração da Ordem Processual nº 16, à luz do direito ao contraditório e à ampla defesa da REQUERENTE;
- (ii) esclareceu, não obstante, que “*a oportunidade de produção de prova [...] não subtra[iria] do Tribunal a competência para dirimir exclusiva ou precipuamente as questões jurídicas correlatas aos fatos com base em regras previstas no Contrato de Concessão*”⁶³;
- (iii) deferiu em parte pedido da REQUERENTE para que ficasse esclarecido que, especificamente no que diz com o item “v” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16, a perícia também poderia considerar normas infralegais que disciplinam o aumento do peso bruto por eixo dos veículos, e não somente a Lei Federal nº 13.103/2015;

⁶¹ Cf. RTE-225.

⁶² Cf. item 62 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁶³ Cf. item 39 da Ordem Processual nº 18.

- (iv) indeferiu o pedido da REQUERENTE de “*ajuste*” no ponto controvertido objeto do item “i” do parágrafo 7 da Ordem Processual nº 16;
- (v) determinou a expedição de ofício à Diretoria do BNDES para que submetesse nestes autos o inteiro teor do Relatório de Análise nº 01/2016, considerando que ambas as partes alegaram a relevância do documento, e, para tanto, solicitou que a REQUERENTE informasse a pessoa a quem no banco público deveria ser dirigido o ofício; e
- (vi) à vista da aquiescência da REQUERENTE e da ausência de oposição da REQUERIDA à nomeação da perita, concedeu às partes prazo para apresentarem seus quesitos e indicarem assistentes técnicos, bem como prazo sucessivo para se manifestarem sobre a pertinência dos quesitos formulados pela parte contrária.

148. Em 28.05.2021, a REQUERENTE apresentou manifestação indicando o Sr. Gustavo Henrique Moreira Montezano, então Presidente do BNDES, com endereço profissional na Av. República do Chile, 100 - 22º andar - Rio de Janeiro – RJ, e-mail presidencia@bndes.gov.br, como destinatário do ofício a ser encaminhado pelo Tribunal Arbitral, por intermédio da Secretaria da CCI.

149. Na oportunidade, a REQUERENTE (i) alegou que deveria ser decretado sigilo sobre o Relatório de Análise nº 01/2016 que seria apresentado pelo BNDES, diante de sua natureza bancária; e (ii) pediu que o Tribunal Arbitral suspendesse o prazo para a elaboração dos quesitos até o recebimento do documento pelo banco público.

150. Em 07.06.2021, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 19, informando às partes que remeteu à Secretaria da CCI o ofício objeto da Ordem Processual nº 18, para encaminhamento ao BNDES, na pessoa de seu então Presidente, Sr. Gustavo Henrique Moreira Montezano.

151. Naquela Ordem Processual, o Tribunal Arbitral também: (i) resolveu que, uma vez apresentado na arbitragem, haveria de ser atribuído sigilo ao Relatório de Análise nº 01/2016,

na forma do item 13.4 da ATA DE MISSÃO⁶⁴ e do art. 22(3) do REGULAMENTO⁶⁵; e (ii) indeferiu o pedido da REQUERENTE de suspensão de prazos, mantendo o termo estabelecido na Ordem Processual nº 18 para apresentação de quesitos.

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

153. Na mesma manifestação, a REQUERENTE também informou que a REQUERIDA teria emitido a Nota Técnica SEI nº 1588/2021/GEFIR/SUOD/DIR⁶⁶ veiculando sua proposta sobre a 6ª Revisão Ordinária e 10ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio, da qual integraria cálculo do Fator D em descompasso com a Ordem Processual nº 03.

154. Pediu, nessa esteira, o seguinte⁶⁷:

“Diante do exposto, requer-se:

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

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

(iii) finalmente, após a oitiva da ANTT, sejam confirmadas as medidas cautelares postuladas nos itens (i) e (ii), determinando-se definitivamente à Agência que se abstenha de dar

⁶⁴ “13.4. O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por quaisquer das PARTES a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das PARTES” (cf. item 13.4 da ATA DE MISSÃO).

⁶⁵ “Mediante requerimento de qualquer parte, o tribunal arbitral poderá proferir ordens relativas à confidencialidade do procedimento arbitral ou de qualquer outro assunto relacionado à arbitragem e poderá adotar quaisquer medidas com a finalidade de proteger segredos comerciais e informações confidenciais.” (cf. art. 22[3] do REGULAMENTO).

⁶⁶ Cf. RTE-241.

⁶⁷ Cf. item 58 da manifestação da REQUERENTE de 14.06.2021.

prosseguimento aos processos administrativos relativos aos pleitos de reequilíbrio contratual a que dizem respeito os Ofícios SEI Nº 14317/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT e SEI Nº 14276/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT, ou de quaisquer outros itens que estejam em vias de perícia pela arbitragem, bem como de promover redução tarifária (aplicação do Fator D) em desacordo com as Ordens Processuais n. 03 e 08, sob pena de aplicação de multa diária.”

155. Em 18.06.2021, o Tribunal Arbitral enviou e-mail concedendo oportunidade à REQUERIDA para se manifestar sobre o conteúdo da petição da REQUERENTE de 14.06.2021.

156. Em 23.06.2021, REQUERENTE e REQUERIDA submeteram seus respectivos róis de quesitos e indicaram os assistentes técnicos que atuariam nesta arbitragem.

157. Em 05.07.2021, a REQUERIDA apresentou manifestação pugnando pelo indeferimento do pleito de concessão de medidas cautelares deduzido pela REQUERENTE em 14.06.2021. Buscou demonstrar, em síntese, o seguinte⁶⁸:

“Ante o exposto, a Requerida conclui que:

- a. A correta interpretação sistemática da OP nº 15, em conjunto com o disposto nas OPs nº 03 e 08, autoriza claramente a ANTT em dar prosseguimento aos processos administrativos mencionados pela Requerente, não havendo qualquer descumprimento das decisões arbitrais;*
- b. O impulso dos processos administrativos e das matérias veiculadas por meio dos Ofícios SEI nº 14317/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT e SEI nº 14276/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT, não constituem qualquer descumprimento da medida liminar vigente em sede arbitral;*
- c. A ANTT, na aplicação do Fator D, respeita integralmente o disposto na Ordem Processual nº 15, de modo que não há qualquer reparo a ser feito em suas deliberações sobre o tema;*
- d. Os efeitos do regime jurídico aplicável em caso de relicitação dependem da celebração de aditivo contratual entre a Requerente e a ANTT, não podendo servir de parâmetro ou gerar reflexos contratuais até a sua respectiva assinatura.”*

158. Em 13.07.2021, a REQUERENTE apresentou um “memorial” das razões que embasariam os pedidos por ela formulados em sua manifestação de 14.06.2021.

⁶⁸ Cf. item 78 da manifestação da REQUERIDA de 05.07.2021.

159. Ato seguinte, em 23.07.2021, REQUERENTE e REQUERIDA apresentaram suas respectivas impugnações aos quesitos da contraparte.

160. Em 06.08.2021 e 12.08.2021, a Secretaria da CCI enviou duas comunicações: a primeira informando que, em sessão realizada em 15.07.2021, a Corte prorrogou o prazo para a prolação da sentença final e a segunda participando às partes que, conforme aprovado em sessão de 12.08.2021, concedeu aos integrantes do Tribunal Arbitral um adiantamento de honorários.

161. Em 16.08.2021, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 20, por meio da qual: (i) indeferiu os pedidos formulados pela REQUERENTE na manifestação de 14.06.2021 e reiterados no memorial de 13.07.2021; (ii) encaminhou às partes Relatório de Análise nº 01/2016, acompanhado do Ofício AJ1/JUCRE nº 09/2021, recebidos do BNDES, concedendo-lhes oportunidade de manifestação; e (iii) esclareceu que expediria Ordem Processual autônoma deliberando sobre as impugnações de quesitos.

162. Em 16.08.2021, o coárbitro Flávio Amaral Garcia enviou e-mail informando a alteração de seu endereço de e-mail, ocorrida em função de seu ingresso no escritório Tauil & Chequer Advogados Associado a Mayer Brown.

163. Em 17.08.2021, a REQUERIDA apresentou manifestação solicitando a atualização dos nomes e endereços eletrônicos de seus representantes legais.

164. Em 25.08.2021, a REQUERIDA dirigiu questionamentos ao coárbitro Flávio Amaral Garcia relacionados ao seu ingresso no escritório Tauil & Chequer Advogados Associado a Mayer Brown.

165. À vista da manifestação da REQUERIDA, em 26.08.2021 e 13.09.2021, o coárbitro Flávio Amaral Garcia apresentou esclarecimentos.

166. Em 31.08.2021, valendo-se da faculdade prevista na Ordem Processual nº 20, a REQUERIDA apresentou manifestação sobre o Relatório de Análise nº 01/2016, pugnando pelo seu desentranhamento dos autos e pela desconsideração de seu conteúdo pelo Tribunal Arbitral.

167. Em seguida, em 24.09.2021, a REQUERIDA apresentou novo pedido de esclarecimentos ao Dr. Flávio Amaral Garcia, o qual foi respondido pelo coárbitro em 01.10.2021.

168. A REQUERENTE, de sua parte, apresentou manifestações em 20.09.2021 e 15.10.2021, postulando “*preferência e urgência*” na apreciação dos quesitos que seriam objeto da prova pericial deferida neste procedimento arbitral.

169. Em 29.09.2021, a Secretaria da CCI informou às partes acerca de novo pedido de cópia dos autos da arbitragem formulado por terceiro interessado. Na oportunidade, a Secretaria da CCI reiterou que comunicaria ao terceiro apenas a existência da arbitragem, a data do requerimento, os nomes das partes e dos árbitros e o valor envolvido no litígio.

170. Em 27.10.2021, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 21, acompanhada de tabelas em anexo, por meio da qual (i) delimitou os quesitos que deveriam ser respondidos no curso da prova pericial; (ii) solicitou à empresa nomeada como perita que apresentasse sua proposta de honorários periciais; e, (iii) sucessivamente, facultou às partes a oportunidade de se manifestarem sobre a referida proposta.

171. Em 16.11.2021, o secretário do Tribunal Arbitral encaminhou às partes a “*Proposta Técnica e Comercial*” apresentada pela empresa perita, considerando que o documento havia sido enviado pela empresa perita exclusivamente aos árbitros e à CCI.

172. Na sequência, em 03.12.2021, a REQUERIDA submeteu ao Tribunal Arbitral pedido de prorrogação do prazo para se manifestar sobre a proposta de honorários periciais, o que foi deferido para ambas as partes, nos termos do e-mail do árbitro-presidente datado de 07.12.2021.

173. Em 17.12.2021, as partes submeteram suas considerações sobre a proposta de honorários periciais. Naquele momento, a REQUERENTE solicitou fossem submetidos à apreciação da perita: (i) uma sugestão de bipartição dos trabalhos, a fim de que fossem produzidos dois laudos periciais parciais, distintos e independentes entre si; e (ii) um pedido de redução do valor dos honorários em, no mínimo 20% (vinte por cento), correspondente à parcela que, na proposta, restou correlacionada à resposta aos esclarecimentos que seriam solicitados pelas partes.

174. A REQUERIDA, de sua parte, manifestou-se sobre a proposta de honorários para postular o seguinte⁶⁹:

“Ante todo o exposto, requer a ANTT que:

- 1. preliminarmente, o Tribunal Arbitral:*
 - i. estabeleça a responsabilidade pelo pagamento dos custos a serem suportados pelas Partes, a título de honorários periciais, atribuindo à Requerente a responsabilidade pelo pagamento integral e definitivo dos valores correspondentes aos quatro pleitos indicados no parágrafo 12 da presente petição, ou,*
 - ii. subsidiariamente, considere na definição da responsabilidade pelo pagamento dos custos, a título de honorários periciais, os elementos efetivamente considerados e declarados na formação de seu convencimento sobre o caso;*
- 2. na linha das preliminares acima, seja solicitada à empresa perita:*
 - i. ‘a priori’, uma especificação sobre os custos relacionados às atividades periciais demandados pela Requerente sem a concordância da Requerida, ou,*
 - ii. acatando somente a segunda preliminar, sejam considerados como custos periciais somente os valores apresentados pela empresa perita para as atividades efetivamente demandadas pelo Tribunal Arbitral;*
- 3. o Tribunal Arbitral limite o valor de honorários a ser custeado pela ANTT aos custos definidos na Tabela de Consultoria do DNIT;*
- 4. o Tribunal Arbitral demande da empresa perita um esclarecimento quanto aos seguintes aspectos:*
 - i. verificação quanto ao custo horário dos profissionais, considerando a comparação realizada com a Tabela de Consultoria do DNIT;*
 - ii. indicação dos profissionais a serem alocados em cada uma das atividades descritas na tabela de distribuição de horas de trabalho, bem como justificativa quanto a carga horária proposta para execução dos serviços;*
 - iii. detalhamento do custo relacionado à atividade ‘visita técnica’, de modo que o valor vinculado a ela seja quitado somente na efetiva ocorrência; e*
 - iv. informação sobre a quantidade de profissionais que comporão a equipe por classe profissional, visando justificar a duração de 8 meses para conclusão dos serviços;*
- 5. prestados os esclarecimentos acima, seja aberto novo prazo para manifestação.”*

⁶⁹ Item 76 da manifestação da REQUERIDA de 17.12.2021.

175. À vista das considerações das partes, em 22.12.2021, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 22, por meio da qual intimou a empresa perita a se manifestar. Em tal momento, os árbitros ainda (i) reiteraram que caberia à REQUERENTE adiantar os honorários periciais; (ii) esclareceram que o momento adequado para a definição da responsabilidade final das partes pelos custos da arbitragem é a sentença final, na forma do art. 38(4) do REGULAMENTO⁷⁰ e do item 16.2 da ATA DE MISSÃO⁷¹.

176. Nesse contexto, em 21.01.2022, a empresa perita apresentou manifestação em que:

- (i) se posicionou contrariamente à aplicação da Tabela de Consultoria do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (“DNIT”) invocada pela REQUERIDA, esclarecendo que a SWOT GLOBAL utiliza como referência o Regulamento de Honorários para Avaliações e Perícias de Engenharia do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia do Estado do Rio de Janeiro (“IBAPE/RJ”);
- (ii) informou ter estimado seus honorários, calculados por hora, em percentual 38% (trinta e oito por cento) inferior ao valor da hora trabalhada praticada pelo IBAPE/RJ;
- (iii) esclareceu que *“esta é uma das Perícias mais complexas do Brasil que envolve Contratos de Concessão Rodoviária, vide os 316 quesitos formulados pelas Partes e que serão respondidos por peritos de engenharia e econômico-contábil”*⁷²;
- (iv) firmou entendimento de que não caberia a ela fazer juízo de valor das atividades periciais demandadas pela REQUERENTE as quais não possuiriam anuência da REQUERIDA;

⁷⁰ “A sentença arbitral fixará os custos da arbitragem e decidirá qual das partes arcará com o seu pagamento, ou em que proporção serão repartidos entre as partes.” (cf. art. 38[4] do REGULAMENTO).

⁷¹ “16.2. Na sentença arbitral, o Tribunal Arbitral definirá a responsabilidade das PARTES pelos custos do procedimento arbitral, na forma do art. 38(4) do REGULAMENTO.” (cf. item 16.2 da ATA DE MISSÃO).

⁷² Cf. item 6 da manifestação da empresa perita de 21.01.2022.

- (v) prestou informações acerca dos profissionais que seriam alocados em cada uma das atividades descritas na tabela de distribuição de horas, assim como do custo associado à atividade “visita técnica”;
- (vi) informou que decidiria, em conjunto com as partes, acerca do formato da elaboração dos laudos periciais, conforme orientado pelo Tribunal Arbitral; e
- (vii) indicou que a fase de esclarecimentos periciais foi considerada na proposta de honorários por ser etapa inerente à produção da prova pericial, mas, diante do pedido de desconto formulado pela REQUERENTE, informou não se opor à *“desconsideração dessa rubrica nos honorários nesse momento sob a condição de que se necessários esclarecimentos adicionais após a entrega do Laudo Pericial, a SWOT Global terá o direito de apresentar honorários adicionais contemplando os valores para realização desta fase no momento oportuno”*⁷³.

177. Ao final, a empresa perita informou concordar em *“conceder um desconto comercial de 5% no valor total dos nossos honorários, já excluída a fase de esclarecimento”*⁷⁴, de modo que apresentou o novo valor de R\$ 1.129.550,00 (um milhão, cento e vinte e nove mil, quinhentos e cinquenta reais) para a prestação do serviço.

178. Em 28.01.2022, a REQUERIDA apresentou petição pugnando pela concessão de prazo às partes para se manifestarem a respeito das considerações da empresa perita, o que foi deferido pelo Tribunal Arbitral, conforme e-mail enviado pelo árbitro-presidente em 01.02.2022.

179. Desse modo, em 16.02.2022, a REQUERENTE manifestou sua *“concordância com a nova proposta de honorários periciais apresentada pela empresa perita nomeada pelo Tribunal Arbitral (Swot Global Consulting), no valor de R\$ 1.129.550”*⁷⁵.

180. Na ocasião, a REQUERENTE também:

⁷³ Cf. item 12 da manifestação da empresa perita de 21.01.2022.

⁷⁴ Cf. item 13 da manifestação da empresa perita de 21.01.2022.

⁷⁵ Cf. manifestação da REQUERENTE de 12.02.2022.

- (i) registrou “*que se compromete a arcar com o valor que sobeje o montante que a Requerida, em último caso, proponha-se a assumir, independentemente da sucumbência ou não da Concessionária ao final da demanda*”⁷⁶;
- (ii) concordou que fosse apresentado pela empresa perita, no momento oportuno, nova proposta de honorários para caso fosse necessário à *expert* responder novos quesitos após a entrega do laudo pericial; e
- (iii) postulou pelo pagamento do montante correspondente aos honorários previstos na proposta para a etapa “Início dos Trabalhos” em 4 (quatro) parcelas mensais, iguais e sucessivas;

181. Na mesma data de 16.02.2022, a REQUERIDA apresentou manifestação com as seguintes considerações:

- (i) estaria pendente de apreciação, pelo Tribunal Arbitral, o pedido por ela formulado de “*limitação do valor de honorários a ser custeado pela ANTT aos custos definidos na Tabela de Consultoria do DNIT*”⁷⁷;
- (ii) ainda haveria margem para a redução do valor dos honorários, notadamente se utilizada como referência, para a perícia de engenharia, em lugar do regulamento do IBAPE/RJ, uma média dos valores previstos nos regulamentos de honorários para perícias dos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Goiás, Mato Grosso e do Distrito Federal, e, para a perícia econômico-financeira, uma média feita com base em pesquisa de mercado; e
- (iii) seria adequado que a empresa perita apresentasse um cronograma de trabalho das atividades que seriam realizadas no curso da perícia.

182. Em 24.02.2022, ciente das novas considerações das partes, a empresa perita apresentou espontaneamente manifestação em que, dentre outros:

⁷⁶ Cf. item 2 da manifestação da REQUERENTE de 16.02.2022.

⁷⁷ Cf. item 11 da manifestação da REQUERIDA de 16.02.2022.

- (i) concordou com o pedido de parcelamento dos honorários periciais da REQUERENTE;
- (ii) informou que não seria possível a apresentação do plano de trabalho solicitado pela REQUERIDA; e
- (iii) concordou em “*aplicar a média de valor/hora apresentada pela Requerida em sua manifestação*” e, por conseguinte, informou que o valor final revisto dos honorários periciais seria de “R\$ 1.041.454,17 (um milhão, quarenta e um mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e dezessete centavos), sendo 1383,80 horas de contabilidade no valor/hora de R\$ 420,12 e 1132,20 horas de engenharia no valor/hora de 406,37”⁷⁸.

183. À vista das considerações das partes e da empresa perita, o Tribunal Arbitral homologou os honorários no montante de R\$ 1.041.454,17 (um milhão, quarenta e um mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e dezessete centavos), nos termos da Ordem Processual nº 23, expedida em 03.03.2022.

184. Na Ordem Processual nº 23, o Tribunal Arbitral ainda: (i) intimou a REQUERENTE a efetuar os pagamentos dos honorários periciais, pelos valores e nas datas discriminadas naquele pronunciamento; (ii) indeferiu naquele momento o pedido da REQUERIDA de limitação do valor de honorários aos custos definidos na Tabela de Consultoria do DNIT; e (iii) fixou o prazo de 8 (oito) meses para a elaboração do laudo pericial.

185. Em 21.03.2022, a empresa perita apresentou manifestação solicitando acesso à cópia integral dos autos da arbitragem e esclarecendo que faria contato com os assistentes técnicos das partes para agendamento da reunião inicial da perícia.

186. Em 23.03.2022, a REQUERENTE apresentou manifestação em que noticiou a celebração do 2º Termo Aditivo ao CONTRATO DE CONCESSÃO (“2º TERMO ADITIVO”) como resultado da aprovação do pedido de relicitação por aquela formulado⁷⁹. Nesse contexto, com o propósito de atender ao disposto na cláusula 13.6.1 do referido instrumento contratual, a REQUERENTE

⁷⁸ Cf. item 6 da manifestação da empresa perita de 24.02.2022.

⁷⁹ Cf. RTE-250.

informou que “*renuncia exclusivamente ao direito e desiste do pedido de medida cautelar que impede a instauração, o processamento e eventual declaração de caducidade na hipótese de desqualificação do EMPREENDIMENTO no âmbito do PPI, nos termos do item (i) do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03 proferida pelo Tribunal Arbitral no âmbito da Câmara de Comércio Internacional (CCI)*”⁸⁰.

187. Na oportunidade, a REQUERENTE ainda registrou sua posição no sentido de que:

- (i) a renúncia e a desistência manifestadas diriam respeito tão somente “*à proteção outrora concedida à Requerente por esse Tribunal de Arbitral de proibição de aplicação de sanção de caducidade pela Agência Reguladora na hipótese explicitada na cláusula 13.6.1*”⁸¹, não prejudicando as demais determinações contidas na Ordem Processual nº 03; e
- (ii) a celebração do 2º TERMO ADITIVO não teria o condão de interferir no prosseguimento da arbitragem, pelo que a instrução probatória deveria seguir seu curso regular.

188. Em 25.03.2022, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 24, conferindo oportunidade à REQUERIDA para se manifestar sobre o pedido formulado pela REQUERENTE em 23.03.2022.

189. Nesse sentido, atendendo ao determinado pelo Tribunal Arbitral, a REQUERIDA apresentou sua manifestação de 05.04.2022, pela qual confirmou a celebração do 2º TERMO ADITIVO, bem como registrou algumas de suas disposições.

190. Ademais, a REQUERIDA manifestou “*concordância com as demais informações prestadas pela Requerente*”, pedindo fosse “*declarada a renúncia da Requerente ao direito e desistência do pedido de medida cautelar ‘que impede a instauração, o processamento e eventual declaração de caducidade na hipótese de desqualificação do EMPREENDIMENTO no âmbito do PPP*”⁸².

⁸⁰ Cf. item 2 da manifestação da REQUERENTE de 23.03.2022.

⁸¹ Cf. item 3 da manifestação da REQUERENTE de 23.03.2022.

⁸² Cf. item 7 da manifestação da REQUERIDA de 05.04.2022.

191. Em 28.04.2022, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 24, em que homologou a renúncia e a desistência manifestadas pela REQUERENTE nos exatos termos e limites do quanto contido na petição de 23.03.2022. Como consequência, o Tribunal Arbitral alterou o conteúdo do disposto no item 204, “i”, da Ordem Processual nº 03 para ressaltar a possibilidade de a REQUERIDA instaurar processo administrativo voltado à decretação da caducidade da concessão na hipótese de desqualificação das rodovias concedidas no âmbito do Programa de Parceria de Investimentos.

192. Em 11.05.2022, a empresa perita submeteu manifestação informando a data da reunião de início da perícia e ratificando agenda proposta antes enviada aos assistentes técnicos das partes.

193. Em 19.05.2022, a REQUERIDA apresentou manifestação requerendo a inclusão de novo profissional no seu rol de assistentes técnicos.

194. Em 20.05.2022, a Secretaria da CCI enviou comunicação informando que, em sessão realizada em 19.05.2022, a Corte resolveu prorrogar o prazo para a prolação da sentença arbitral final.

195. Na sequência, a empresa perita informou às partes acerca da inclusão de novo técnico na equipe pericial.

196. Em 28.06.2022, a empresa perita encaminhou a ATA-SWOT-032-2022, referente à reunião de abertura da perícia realizada em 25.05.2022.

197. Em 13.07.2022, a REQUERIDA apresentou manifestação requerendo a inclusão de novo profissional no seu rol de assistentes técnicos.

198. Em 22.08.2022, a empresa perita apresentou manifestação relatando ao Tribunal Arbitral dificuldade de comunicação com assistentes técnicos da REQUERIDA. A manifestação foi compartilhada com as partes pelo secretário do Tribunal Arbitral em 23.08.2022.

199. Em 20.09.2022, a REQUERENTE apresentou manifestação requerendo a indicação de novos profissionais para integrar sua equipe de assistência técnica.

200. Em 21.09.2022, a REQUERIDA apresentou manifestação esclarecendo que seus assistentes técnicos responderam à empresa perita. Na ocasião, a REQUERIDA ainda (i) pediu a gravação das reuniões realizadas no curso da perícia; (ii) requereu que a empresa perita arquivasse todas as trocas de mensagens com os assistentes técnicos, para posterior disponibilização aos patronos das partes; e (iii) indicou novo profissional para integrar sua equipe de assistência técnica.

201. Em 13.10.2022, a empresa perita apresentou ao Tribunal Arbitral manifestação em que requereu a prorrogação do prazo de entrega do laudo pericial para 16.02.2023. Argumentou, para tanto, que os trabalhos periciais encontraram “*obstáculos que trouxeram uma morosidade maior ao processo*”⁸³, dentre os quais:

- (i) a dificuldade de conciliar as agendas dos assistentes técnicos das partes, o que ensejou a necessidade de postergação de reuniões;
- (ii) o fato de os assistentes técnicos das partes, durante os trabalhos, terem solicitado extensão de prazo para entrega de documentos pertinentes à perícia; e
- (iii) a extensão dos documentos e memórias de cálculo apresentadas, que acabou por demandar maiores análises por parte da equipe pericial.

202. Em 14.10.2022, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 26, por meio da qual deu conhecimento da petição da perita às partes e deferiu a postulação da *expert*, de modo a prorrogar o prazo para a entrega do laudo pericial para 16.02.2023.

203. Em 06.02.2023, a empresa perita submeteu ao Tribunal Arbitral o laudo pericial econômico-financeiro e de engenharia.

⁸³ Cf. manifestação da empresa perita de 13.10.2022.

204. Em 08.02.2023, a empresa perita apresentou manifestação em que, fazendo referência à entrega do laudo pericial e ao parágrafo 15 da Ordem Processual nº 23, requereu fosse realizado “o pagamento da parcela de R\$ 390.545,31 (trezentos e noventa mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e trinta e um centavos), referente a 37,5% do valor total dos honorários periciais homologados”⁸⁴.

205. Na mesma data, o Tribunal Arbitral entrou em contato com a SWOT GLOBAL, obtendo a confirmação de que a empresa perita não havia recebido da REQUERENTE o pagamento da parcela dos honorários periciais correspondente à etapa 2 dos trabalhos, nos termos da tabela constante do parágrafo 15 da Ordem Processual nº 23.

206. Em 09.02.2023, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 27, por meio da qual intimou a REQUERENTE para comprovar nesta arbitragem o pagamento daquela parcela dos honorários periciais em favor da *expert*.

207. Em 13.02.2023, a REQUERENTE encaminhou ao Tribunal Arbitral o comprovante do pagamento da parcela dos honorários em questão, tendo a empresa perita submetido e-mail atestando o recebimento da referida verba.

208. Diante disso, no próprio dia 13.02.2023, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 28, por meio da qual disponibilizou às partes o laudo pericial produzido pela empresa perita, concedendo-lhes prazo para se manifestarem a respeito, inclusive com a apresentação de pareceres elaborados por seus assistentes técnicos, se assim desejassem.

209. Na oportunidade, o Tribunal Arbitral também facultou à REQUERENTE e à REQUERIDA prazo sucessivo para, querendo, se pronunciarem sobre os comentários e pareceres ao laudo pericial submetidos pela contraparte e respectivos assistentes técnicos.

210. Em 24.04.2023, a REQUERENTE submeteu ao Tribunal Arbitral mensagem eletrônica contendo *link* para acesso a pareceres elaborados por seus assistentes técnicos, com suas

⁸⁴ Cf. manifestação da empresa perita em 08.02.2023.

considerações sobre o laudo pericial. Pelo mesmo *link*, foram apresentados documentos “já compartilhados com a equipe pericial”⁸⁵.

211. Também em 24.04.2023, a REQUERIDA apresentou sua manifestação com considerações a respeito do laudo pericial, bem como formulou quesitos complementares. Na ocasião, requereu especificamente:

- (i) que a empresa perita incorporasse à parte expositiva do laudo pericial determinadas conclusões constantes de respostas a quesitos formulados pela REQUERIDA;
- (ii) o acatamento dos 46 (quarenta e seis) quesitos complementares por ela formulados; e
- (iii) a juntada do inteiro teor da ação judicial nº 0012434-56.2017.4.02.5101, movida pela REQUERENTE e sua controladora contra o BNDES e a REQUERIDA, perante a 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

212. Em 19.05.2023, a Secretaria da CCI enviou comunicação participando que “a Corte, em sua sessão de 17 de maio de 2023, prorrogou, pela quarta vez, o prazo para a prolação da sentença final até 29 de março de 2024(artigo 31(2))”⁸⁶.

213. Em 05.06.2023, atendendo à faculdade conferida na Ordem Processual nº 28, a REQUERENTE se manifestou sobre as considerações da REQUERIDA ao laudo pericial, tendo apresentado pareceres de seus assistentes técnicos. Em sua manifestação, a REQUERENTE ainda:

- (i) impugnou os quesitos complementares apresentados pela REQUERIDA, alegando (i.a) que estaria preclusa a faculdade para formulação de indagações técnicas, (i.b) que os quesitos, de modo geral, não veiculariam “*dúvidas ou pedidos de esclarecimentos a respeito de repostas da empresa perita a quesitos que lhe foram anteriormente apresentados*”⁸⁷; (i.c) falta de razoabilidade e

⁸⁵ Cf. e-mail enviado pela REQUERENTE em 24.04.2023.

⁸⁶ Cf. correspondência da CCI de 20.05.2023.

⁸⁷ Cf. item 4 da manifestação da REQUERENTE de 05.06.2023.

proporcionalidade; e (i.d) que a resposta aos quesitos complementares majoraria o custo da prova a ser arcado pela REQUERENTE;

- (ii) rebatendo a REQUERIDA, reiterou sua posição de que “*as questões relacionadas à crise financeira e à frustração do financiamento de longo prazo, justamente pela excepcionalidade e imprevisibilidade da situação, não são passíveis de resolução tão somente pela interpretação normativa do Contrato de Concessão*”⁸⁸, demandando análise técnica; e
- (iii) afirmou que os desdobramentos da ação autuada sob o nº 0012434-56.2017.4.02.5101 não trariam óbice ao desenvolvimento da prova pericial e que o Tribunal Arbitral teria assentado previamente que eventual coisa julgada produzida na referida demanda não impediria a apreciação das pretensões submetidas nesta arbitragem.

214. A REQUERIDA, por sua vez, igualmente se manifestou sobre os pareceres elaborados pelos assistentes técnicos da REQUERENTE na data de 05.06.2023. Na ocasião, registrou ter constatado, no *link* enviado pela REQUERENTE em 24.04.2023, que estariam presentes documentos novos, “*até então estranhos ao presente procedimento arbitral*”⁸⁹, o que, a seu ver, violaria as regras da arbitragem e o quanto determinado pelos árbitros nas Ordens Processuais nºs 16 e 28.

215. Na mesma linha, a REQUERIDA impugnou a quantidade e a forma pela qual foram apresentados os documentos, afirmando ter encontrado dificuldades para examiná-los. Confira-se⁹⁰:

“Como dito, na referida pasta consta um total de 82 documentos, com comentários e pareceres críticos ao Laudo Técnico Pericial, documentos já apresentados e novos documentos.

Para além desse grande volume de documentos apresentados pela Requerente após a elaboração do Laudo Técnico Pericial, muitos destes inéditos ao presente procedimento arbitral, em flagrante inobservância às regras do presente procedimento e das determinações do Tribunal Arbitral, vê-se, ainda, que a forma de sua apresentação também se demonstrou

⁸⁸ Cf. item 15 da manifestação da REQUERENTE de 05.06.2023.

⁸⁹ Cf. item 9 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

⁹⁰ Cf. itens 16 e 17 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

inidônea, trazendo grande dificuldade de compreensão, em virtude de diversas impropriedades, tais como:

- Os documentos que já constavam do procedimento arbitral (por terem sido anteriormente enviados na fase instrutória ou durante a produção da prova pericial) foram reenviados pela Requerente com nomes de arquivo diferentes, o que exigiu a comparação de conteúdo desses 82 documentos com o das centenas de outros documentos já constantes do procedimento arbitral, a fim de aferir seu ineditismo ou não;
- No parágrafo 5º do Parecer Técnico Econômico-Financeiro, é apresentada uma lista de documentos que já teriam sido anteriormente apresentados à empresa perita. Verifica-se, contudo, que, o ‘Anexo XII – Nota Técnica da Tendências referente ao impacto financeiro decorrente dos efeitos da crise econômica na demanda’ trata-se, na verdade, de um parecer técnico novo, com data, inclusive, posterior à da produção do Laudo Técnico Pericial;
- Diversos documentos foram enviados com nomes de arquivo imprecisos, como, por exemplo: o documento ‘Oficio_8065280.html’ constitui, em verdade, o Ofício SEI nº 335/2020-CGPLAN/DIPLAN/GABIN/ICMBio; e o documento ‘Anexo II – Doc_BNDES_Relatorio Carta de Apoio_2013.pdf’ corresponde aos documentos ‘IP Conjunta AIE/DLOG nº 126/2013’ e ‘AEP nº 03/2013’;
- Na página 6 do Parecer Técnico Econômico-Financeiro, é afirmado que o Laudo Pericial, em seus parágrafos 63 e 64, retirou dos documentos ‘IP Conjunta AIE/DLOG nº 126/2013’ e ‘AEP nº 03/2013’ um ‘quadro comparativo elaborado pelo BNDES com ‘novas condições de crédito para subsidiar o mercado rodoviário’. O que se verifica, contudo, é que tal quadro foi retirado da própria manifestação técnica da Requerente (SW-03, 04.01.00, p. 39), que, por sua vez, não cita expressamente tais documentos, nem traz tais manifestação em seus anexos. Nesse sentido, inclusive, a nota de rodapé nº 12 do Laudo Técnico Pericial afirma que tal anexo, de fato, não foi enviado pela Requerente; e
- Na página 9 do Parecer Técnico Econômico-Financeiro, é citado o conteúdo do Ofício nº 25/2015/GABIN/STN/MF-DF, que, por sua vez, teria sido referenciado no Parecer produzido pela MBS Partners, integrada pelo Dr. Marcelo Saintive. Em que pese o documento em epígrafe ser de fato citado à página 62 do Parecer do Dr. Marcelo Saintive, e tal Parecer, por sua vez, ter sido enviado à empresa perita antes da elaboração do Laudo Pericial, não se localizou o Ofício nº 25/2015/GABIN/STN/MF-DF nos autos, nem mesmo junto a essa nova leva de documentos enviados pela Requerente por ocasião da impugnação ao Laudo Pericial.”

216. Nesse sentido, e ressaltando o seu entendimento de que os efeitos de qualquer decisão nesta arbitragem acerca dos pleitos da REQUERENTE deveriam se limitar à data de eficácia do 2º TERMO ADITIVO, a REQUERIDA pediu ao Tribunal Arbitral que:

- (i) advertisse a REQUERENTE para abster-se de apresentar novos documentos neste procedimento, a menos que obtenha autorização expressa do Tribunal Arbitral;

- (ii) por aplicação do princípio de isonomia, admitisse a juntada pela REQUERIDA da íntegra da ação judicial autuada sob o nº 0012434-56.2017.4.02.5101, assim como dos demais documentos apresentados conjuntamente com sua petição de 05.06.2023;
- (iii) lhe concedesse prazo específico e mais dilatado “*para que [pudesse] se manifestar sobre os pontos alterados no laudo pericial, em razão da nova documentação apresentada pela Requerente na manifestação de 24 de abril de 2023*”⁹¹; e
- (iv) admitisse os quesitos complementares por ela formulados em sua manifestação de 24.04.2023.

217. Em 08.07.2023, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 29, onde:

- (i) admitiu os documentos submetidos pelas partes em suas manifestações de 24.04.2023 e 05.06.2023 que se referissem à produção da prova pericial e/ou que se qualificassem como novos;
- (ii) permitiu a juntada da íntegra da ação judicial nº 0012434-56.2017.4.02.5101;
- (iii) advertiu as partes de que, salvo autorização dos árbitros, não devem apresentar outros documentos na arbitragem, ressalvados documentos qualificados como novos com a respectiva justificativa;
- (iv) admitiu os quesitos complementares formulados pela REQUERIDA, assim como as impugnações e pedidos de esclarecimentos da REQUERENTE;
- (v) concedeu prazo para que a REQUERENTE apresentasse novamente na arbitragem os documentos anexos aos pareceres elaborados por seus assistentes técnicos em 24.04.2023 e 05.06.2023, renumerando-os para adequação ao disposto no item 15.1.7 da ATA DE MISSÃO⁹²;

⁹¹ Cf. item 433, “b” da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

⁹² “15.1.7. Os documentos anexos a cada manifestação deverão ser apresentados em arquivos individuais, em formato PDF ou em outro formato acessível por programas de computador de uso convencional. No título (nome) de cada um dos arquivos deve constar a letra e o número sequencial que lhes foi atribuído na manifestação (ex. RTE-01 / RDA-01), bem como identificação breve do conteúdo do documento, correspondendo àquela apresentada na respectiva lista de documentos ao final da manifestação.” (cf. item 15.1.7 da ATA DE MISSÃO).

- (vi) sucessivamente, concedeu prazo para que cada parte se manifestasse sobre os documentos trazidos pela contraparte conjuntamente com as petições de 24.04.2023 e 05.06.2023;
- (vii) determinou que, uma vez ultimado o contraditório acerca dos documentos suplementares, a empresa perita deveria se manifestar sobre as petições das partes e pareceres de seus assistentes técnicos submetidos em 24.04.2023 e 05.06.2023.

218. Em 20.07.2023, atendendo ao determinado na Ordem Processual nº 29, a REQUERENTE apresentou manifestação com o rol atualizado de documentos da arbitragem.

219. Também em atenção à Ordem Processual nº 29, em 08.08.2023, ambas as partes apresentaram manifestações sobre os documentos trazidos pela contraparte em 24.04.2023 e 05.06.2023. A REQUERIDA, em sua postulação, reiterou preliminar anteriormente suscitada, no sentido da *“necessidade de limitar os impactos econômico-financeiros apresentados pela empresa perita até a eficácia do 2º Termo Aditivo celebrado entre Requerente e Requerida, em 18 de fevereiro de 2022 (RTE-250 ou R-140), cumprindo a literalidade de sua cláusula 16.3”*⁹³.

220. Na sequência, em 15.08.2023, a empresa perita submeteu manifestação aos árbitros e à CCI solicitando o pagamento de honorários periciais complementares para a fase de esclarecimentos, no valor total de R\$ 493.281,97 (quatrocentos e noventa e três mil, duzentos e oitenta e um reais e noventa e sete centavos), *“tendo como critério de medição 50% Down Payment e 50% na entrega dos Esclarecimentos”*⁹⁴.

221. Na mesma petição, a empresa perita esclareceu que a análise dos documentos submetidos pelas partes em suas manifestações de 24.04.2023 e 05.06.2023 já teria sido iniciada.

222. Em 21.08.2023, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 30, por meio da qual concedeu prazo às partes para se manifestarem sobre a solicitação feita pela empresa perita

⁹³ Cf. item 9 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

⁹⁴ Cf. item 16 da manifestação da empresa perita de 15.08.2023.

quanto ao pagamento de honorários complementares para a fase de esclarecimentos ao laudo pericial.

223. Na oportunidade, o Tribunal Arbitral também (i) suspendeu cautelarmente a produção da prova técnica; e (ii) concedeu prazo para que a REQUERENTE apresentasse suas considerações sobre a preliminar de limitação temporal dos trabalhos periciais, que foi suscitada pela REQUERIDA originalmente em sua manifestação de 05.06.2023 e reiterada por ocasião de sua petição de 08.08.2023, na forma da cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO.

224. Em 31.08.2023, as partes apresentaram manifestação conjunta informando sua concordância com o valor dos honorários complementares proposto pela perita, onde acordaram que a REQUERENTE arcaria integralmente com o referido custo, “*renunciando expressa e integralmente ao direito de postular o ressarcimento desse específico valor à Requerida, mesmo na eventualidade de êxito ao final da presente arbitragem*”⁹⁵.

225. Naquela petição conjunta subscrita por seus patronos, REQUERENTE e REQUERIDA ainda pediram o fim da suspensão cautelar dos trabalhos periciais determinada na Ordem Processual nº 30, aduzindo que “*a continuidade dos atos de perícia pela empresa Swot Global é possível*” e “*independe da decisão pendente desse Tribunal acerca da preliminar arguida pela Requerida*”⁹⁶.

226. Na mesma data de 31.08.2023, a REQUERENTE submeteu manifestação autônoma, com objeção à pretensão da REQUERIDA de limitar os cálculos da empresa perita à data de 18.03.2022, que seria tida por esta como o início da eficácia do 2º TERMO ADITIVO. Na sua visão, deveria ser levado em consideração como marco temporal final pela equipe pericial a data prevista para o término da eficácia do instrumento, em 23.11.2023.

227. Em 01.09.2023, a REQUERENTE apresentou nova manifestação com o propósito de formalmente atualizar a lista de seus representantes e informar a renúncia de uma de suas patronas.

⁹⁵ Cf. item 6 da manifestação conjunta das partes de 31.08.2023.

⁹⁶ Cf. item 13 da manifestação conjunta das partes de 31.08.2023.

228. Em 04.09.2023, a REQUERIDA enviou e-mail questionando “*aparente equívoco*”⁹⁷ na relação de documentos apresentada pela REQUERENTE conjuntamente com sua petição de 31.08.2023.

229. Em 05.09.2023, a REQUERENTE respondeu o e-mail da REQUERIDA confirmando o equívoco e esclarecendo que “*não houve a juntada de nenhum documento novo, mas, tão somente, um erro na numeração*”⁹⁸. Na mesma data, a REQUERENTE ainda informou ter realizado o pagamento da primeira parcela dos honorários periciais complementares, na forma da proposta encaminhada pela empresa perita.

230. Em 13.09.2023, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 31, em que homologou os honorários periciais complementares e revogou a suspensão cautelar dos trabalhos periciais determinada na Ordem Processual nº 30, notadamente à vista da manifestação das partes no sentido de que a continuidade dos trabalhos independe da decisão acerca da preliminar suscitada pela REQUERIDA em suas manifestações de 05.06.2023 e de 08.08.2023.

231. Como consequência, o Tribunal Arbitral:

- (i) concedeu novo prazo à empresa perita para responder os questionamentos das partes ao laudo pericial;
- (ii) determinou que, ao prestar seus esclarecimentos periciais, a *expert* deveria submeter o cálculo do impacto financeiro dos pedidos formulados pela REQUERENTE em dois cenários, seguindo a interpretação de cada uma das partes – *i. e.*, considerando como marcos finais as datas de 18.03.2022 e 21.11.2023;
- (iii) informou que relegaria a decisão acerca da preliminar suscitada pela REQUERIDA em suas manifestações de 05.06.2023 e 08.08.2023 para fase

⁹⁷ Cf. e-mail enviado pela REQUERIDA de 04.09.2023.

⁹⁸ Cf. e-mail enviado pela REQUERENTE em 05.09.2023.

posterior, conforme solicitado, em caráter subsidiário, pela REQUERENTE em sua manifestação de 31.08.2023; e

- (iv) intimou a REQUERENTE para efetuar, no prazo de 10 (dez) dias após a apresentação dos esclarecimentos periciais, o pagamento da segunda parcela prevista na proposta da empresa perita datada de 15.08.2023.

232. Em 28.09.2023, a empresa perita enviou manifestação ao Tribunal Arbitral em que informou que estaria avaliando um pedido de dilação de prazo para a entrega dos esclarecimentos periciais, bem como ter vislumbrado a necessidade de contratação de consultor para responder questionamentos afetos a determinados temas submetidos à perícia, indicando, para tanto, o Dr. José Leomar Fernandes Júnior, cujo currículo seguiu anexo à manifestação.

233. Em 03.10.2023, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 32, por meio da qual compartilhou a manifestação da empresa perita com as partes, concedendo-lhes oportunidade para informar se tinham alguma objeção à participação do Dr. José Leomar Fernandes Júnior nesta arbitragem, na condição de membro da equipe pericial.

234. Em 11.10.2023, a REQUERIDA apresentou manifestação “*objeta[ndo] a indicação do Dr. José Leomar Fernandes Júnior para atuar como consultor da Swot Global Consulting na perícia*”⁹⁹. Alegou que o indicado atuaria como assistente técnico e parecerista em outras arbitragens instauradas contra si, envolvendo matérias semelhantes às aquelas aqui tratadas, o que caracterizaria a existência de conflito de interesses e ensejaria dúvidas sobre a independência e imparcialidade do profissional.

235. Em 18.10.2023, a empresa perita apresentou manifestação informando a substituição do Dr. José Leomar Fernandes Júnior pela Dra. Valéria Cristina. Na oportunidade, a *expert* reiterou que a contratação da profissional não acarretaria custos para as partes, submetendo o seu currículo.

⁹⁹ Cf. item 29 da manifestação da REQUERIDA de 11.10.2023.

236. Em 23.10.2023, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 33, concedendo prazo para as partes se manifestarem a respeito da informação prestada pela perita em 18.10.2023.

237. Em 30.10.2023, a REQUERIDA apresentou manifestação solicitando que a empresa perita prestasse esclarecimentos a respeito da atuação, pela Dra. Valéria Cristina, de forma direta ou indireta, no procedimento arbitral nº 24957/2019/PFF, no processo judicial nº 2016911-49.2019.4.03.6100 e/ou em outros com temas que guardem semelhança com aqueles submetidos à perícia desta arbitragem, bem como esclarecesse o grau de envolvimento da profissional “*em decisões do Grupo CCR S.A. em disputas desta natureza*”¹⁰⁰.

238. Em 06.11.2023, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 34, em que concedeu prazo para a empresa perita prestar os esclarecimentos solicitados pela REQUERIDA e, subsequentemente, prazo para as partes se pronunciarem sobre o quanto exposto pela *expert*.

239. Na oportunidade, o Tribunal Arbitral ainda assentou que, não havendo objeção após os esclarecimentos, a empresa perita deveria apresentar declaração subscrita pela Dra. Valéria Cristina no sentido de que possui disponibilidade, independência e imparcialidade para atuar nesta arbitragem como integrante da equipe pericial.

240. Em 07.11.2023, atendendo ao disposto na Ordem Processual nº 34, a empresa perita prestou os esclarecimentos solicitados pela REQUERIDA em 30.10.2023, bem como apresentou a declaração subscrita pela Dra. Valéria Cristina confirmando sua disponibilidade, independência e imparcialidade.

241. À vista dos esclarecimentos prestados pela empresa perita, em 17.11.2023, a REQUERIDA apresentou manifestação informando “*não possuir objeção à indicação da Dra. Valéria Cristina de Faria para compor a equipe pericial*”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cf. item 10 da manifestação da REQUERIDA de 30.10.2023.

¹⁰¹ Cf. item 11 da manifestação da REQUERIDA de 17.11.2023.

242. Em seguida, em 11.12.2023, a empresa perita enviou manifestação requerendo “*dilação de prazo até a data de 20/12/2023 para entrega dos Esclarecimentos ao Laudo Pericial*”¹⁰², o que foi deferido pelo Tribunal Arbitral, nos termos da Ordem Processual nº 35, expedida na data de 12.12.2023.

243. Em 20.12.2023, a empresa perita enviou ao Tribunal Arbitral e à Secretaria da CCI (i) os esclarecimentos ao laudo pericial, em atenção ao prazo estabelecido nas Ordens Processuais nºs 29, 31 e 35; bem como (ii) manifestação solicitando o pagamento “*do saldo dos honorários periciais no valor de R\$ 276.024,96 (duzentos e setenta e seis mil, vinte e quatro reais e sessenta e nove centavos) pela Requerente*”¹⁰³.

244. Dessa forma, em 21.12.2023, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 36, por meio da qual informou às partes acerca da postulação da perita, esclarecendo que aguardaria o pagamento, pela REQUERENTE da parcela dos honorários periciais remanescentes, na forma da Ordem Processual nº 31, e que, após cumprida a providência, disponibilizaria os esclarecimentos periciais.

245. Ato seguinte, a REQUERENTE enviou aos participantes desta arbitragem e-mail submetendo como anexo “*o comprovante de pagamento da 2ª Parcela referente aos honorários periciais complementares fixados*”¹⁰⁴.

246. Em 26.12.2023, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 37, por meio da qual encaminhou às partes os esclarecimentos prestados pela empresa perita em 20.12.2023, com o *link* dos respectivos documentos instrutórios, concedendo-lhes prazo para se manifestarem a respeito.

247. Em 05.01.2024, a REQUERENTE apresentou manifestação em que postulou ao Tribunal Arbitral que (i) limitasse o escopo do pronunciamento das partes à simples manifestação de interesse ou não pela realização de audiência com a perita; e, por conseguinte, (ii) reduzisse o prazo concedido na Ordem Processual nº 37.

¹⁰² Cf. item 5 da manifestação da empresa perita de 11.12.2023.

¹⁰³ Cf. manifestação da empresa perita de 20.12.2023.

¹⁰⁴ Cf. e-mail enviado pela REQUERENTE em 21.12.2023.

248. Pediu a REQUERENTE ainda que os árbitros (iii) ratificassem o óbice à formulação de quesitos complementares e apresentação de documentos; (iv) afastassem, desde logo, “a possibilidade de pronunciamento recíproco sobre manifestações que vierem a ser apresentadas pela contraparte e respectivo assistente técnico”¹⁰⁵; e (v) apresentassem um “cronograma das próximas etapas do presente procedimento arbitral”¹⁰⁶.

249. Em 08.01.2024, a REQUERIDA apresentou manifestação em que se opôs aos pedidos formulados pela REQUERENTE, pugnando pela manutenção do prazo fixado na Ordem Processual nº 37 para o contraditório sobre os esclarecimentos periciais. Na ocasião, ainda rogou que o Tribunal Arbitral concedesse às partes a oportunidade de comentar as manifestações que viessem a ser apresentadas pela contraparte.

250. Em 25.01.2024, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 38, mantendo o prazo antes concedido na Ordem Processual nº 37 para o exercício do contraditório sobre o complemento ao laudo pericial, indeferindo, em consequência, a postulação contida na manifestação da REQUERENTE de 05.01.2024.

251. Constatou da Ordem Processual nº 38 que o Tribunal Arbitral não apresentaria, naquele momento, um cronograma das próximas etapas do procedimento, “deixando para fixar os atos subsequentes após o recebimento das manifestações das partes em atenção à Ordem Processual nº 37, ocasião em que deliberar[ia] sobre a necessidade ou não de conceder novo prazo para que REQUERENTE e REQUERIDA comentem a manifestação da respectiva contraparte”¹⁰⁷.

252. Em 11.03.2024, REQUERENTE e REQUERIDA apresentaram as respectivas manifestações sobre o complemento do laudo pericial multidisciplinar, dirigindo, em maior ou menor grau, impugnações e/ou solicitações à empresa perita.

¹⁰⁵ Cf. item 10 da manifestação da REQUERENTE de 05.01.2024.

¹⁰⁶ Cf. item 11 da manifestação da REQUERENTE de 05.01.2024.

¹⁰⁷ Cf. item 13 da Ordem Processual nº 38.

253. À vista da persistência de controvérsia sobre o laudo pericial, em 27.03.2024, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 39 designando audiência de instrução para os dias 20, 21 e 22 de agosto de 2024, com vistas a permitir a apresentação pela empresa perita de seu trabalho, sua inquirição pelas partes e a colheita dos eventuais depoimentos de testemunhas e representantes legais.

254. Na oportunidade, o Tribunal Arbitral esclareceu que a ordem dos trabalhos da assentada seria estabelecida em pronunciamento específico, sem prejuízo de ter concedido às partes prazo para (i) informar seu interesse na produção da prova oral e em arrolar testemunhas e representantes legais; e (ii) apresentar sua visão acerca do cronograma ideal para a audiência.

255. Ainda por intermédio da Ordem Processual nº 39, o Tribunal Arbitral deferiu pedido formulado na manifestação de 09.01.2024, de modo a permitir à REQUERENTE e à REQUERIDA se pronunciarem acerca das considerações da respectiva contraparte ao complemento ao laudo pericial submetido pela empresa perita na data de 20.12.2023.

256. Em 28.03.2024, a Secretaria da CCI enviou comunicação informando que, em sessão realizada em 28.03.2024, a Corte prorrogou o prazo para a prolação da sentença arbitral final.

257. Em 02.04.2024, a REQUERENTE formulou pedido de reconsideração da deliberação contida na Ordem Processual nº 39, pugnando que a audiência de instrução ali designada fosse “*antecipada para os sugeridos dias 27, 28 e 29 de maio de 2024 ou para outras datas anteriores à escolha desse Tribunal*”¹⁰⁸.

258. Diante do pedido de reconsideração deduzido pela REQUERENTE, em 09.04.2024, o Tribunal Arbitral expediu a Ordem Processual nº 40, por meio da qual redesignou a audiência de instrução para os dias 11, 12 e 13 de junho de 2024, mantendo os demais prazos estabelecidos na Ordem Processual nº 39. Na ocasião, com a finalidade de abreviar atos, o Tribunal Arbitral ainda solicitou que as partes e a empresa perita apresentassem a lista das pessoas que participariam da assentada.

¹⁰⁸ Cf. item 12 da manifestação da REQUERENTE de 02.04.2024.

259. Na mesma data de 09.04.2024, a REQUERIDA submeteu mensagem eletrônica esclarecendo que seria necessário consultar “a disponibilidade dos assistentes técnicos da Agência para participação na nova data aprazada (dias 11, 12 e 13 de junho de 2024), tendo em vista o planejamento já estabelecido que considera as datas designadas para realização do ato na OP nº 39 (dias 20, 21 e 22 de agosto de 2024) e a concorrência com outras atribuições da setorial técnica”¹⁰⁹.

260. Em 12.04.2024, a REQUERIDA enviou nova mensagem eletrônica aos participantes desta arbitragem, informando ter verificado a disponibilidade de sua equipe técnica e, assim, “não apresenta[ndo] objeções à realização da audiência de instrução nos dias 11, 12 e 13 de junho de 2024”¹¹⁰.

261. Em 16.04.2024, a REQUERENTE apresentou manifestação em cumprimento à Ordem Processual nº 39. Informou persistir seu interesse na produção da prova oral e arrolou testemunhas. Quanto à sugestão de cronograma para a audiência, a REQUERENTE “apenas solicit[ou] que a oitiva das testemunhas [fosse] designada como última etapa dos trabalhos de instrução, concentrando-se no terceiro dia, se possível, a produção da prova oral”¹¹¹.

262. Na mesma data, a REQUERIDA igualmente manifestou interesse na produção da prova oral e atualizou seu rol de testemunhas. Em sua petição, a REQUERIDA também indicou novos assistentes técnicos e esclareceu que se manifestaria sobre o cronograma da audiência de instrução “em momento oportuno”¹¹².

263. Na sequência, em 26.04.2024, também com vistas a cumprir com o determinado nas Ordens Processuais nºs 39 e 40, REQUERENTE e REQUERIDA submeteram suas considerações sobre a manifestação da respectiva contraparte ao laudo pericial complementar, bem como apresentaram a lista das pessoas cuja participação na audiência pretendiam.

¹⁰⁹ Cf. e-mail enviado pela REQUERIDA em 09.04.2021.

¹¹⁰ Cf. e-mail enviado pela REQUERIDA em 12.04.2024.

¹¹¹ Cf. item 1 da manifestação da REQUERENTE de 16.04.2024

¹¹² Cf. item 5 da manifestação da REQUERIDA de 16.04.2024.

264. Também na data de 26.04.2024, a empresa perita enviou manifestação com a lista dos membros da equipe pericial que participariam da audiência. Na manifestação, a *expert* ainda formulou requerimento de que seus representantes fossem ouvidos no último dia de audiência, diante de viagem particular de um dos membros da SWOT GLOBAL e da necessidade de prévia e adequada preparação da equipe pericial.

265. Em 30.04.2024, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 41, por meio da qual definiu a ordem dos trabalhos da audiência designada para os dias 11, 12 e 13 de junho de 2024, destinada à produção da prova oral, à exposição dos representantes da empresa perita e dos assistentes técnicos acerca do trabalho pericial e à inquirição dos *experts*.

266. Constatou do pronunciamento que, invertendo-se a ordem da produção da prova, à luz do requerimento da empresa perita, a audiência seria iniciada com a colheita do depoimento das seguintes testemunhas arroladas pelas partes: Srs. Luciano Galvão Coutinho, Marcelo Barbosa Saintive, Cesar Augusto Rabello Borges, Cláudio Renê Valadares Lobato, Fernando de Freitas Bezerra e Viviane Esse.

267. Na Ordem Processual nº 41, restaram ainda, dentre outros, estabelecidos os prazos franqueados às exposições dos representantes da empresa perita e dos assistentes técnicos, bem como os limites temporais das inquirições para cada um dos 12 (doze) temas discriminados no item 25 do aludido pronunciamento.

268. Em 06.05.2024, a REQUERIDA apresentou manifestação esclarecendo que uma das testemunhas por ela arroladas para a audiência, Sr. Fernando de Freitas Bezerra, já havia sido indicada como assistente técnico neste procedimento. Requereu, assim, autorização do Tribunal Arbitral para que o Sr. Fernando de Freitas Bezerra fosse ouvido na condição de testemunha e assistente técnico da REQUERIDA na audiência de instrução.

269. Em 16.05.2024, a empresa perita enviou manifestação em que requereu, em prol da eficiência e celeridade, que REQUERENTE e REQUERIDA, na medida do possível, informassem antes da audiência os questionamentos que pretendiam realizar acerca de cada tema do trabalho pericial.

270. Em 17.05.2024, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 42, em que (i) convidou as partes a anteciparem os questionamentos que seriam dirigidos à empresa perita; e (ii) esclareceu que deliberaria na audiência sobre o pedido da REQUERIDA de oitiva do Sr. Fernando de Freitas Bezerra na condição de testemunha e assistente técnico, após o contraditório oral da REQUERENTE.

271. Em 22.05.2024, a REQUERIDA submeteu manifestação em que as partes, conjuntamente, requereram ao Tribunal Arbitral *“ajustes pontuais na sistemática de desenvolvimento dos trabalhos, incluindo questões relacionadas à indicação de testemunhas e assistentes técnicos”*¹¹³, *“com o objetivo de tornar a audiência mais ágil e otimizar o tempo para explorar da melhor forma as questões técnicas”*¹¹⁴.

272. Nesse sentido, REQUERENTE e REQUERIDA conjuntamente:

- (i) pediram a *“exclusão”*¹¹⁵ das testemunhas Luciano Galvão Coutinho e Fernando de Freitas Bezerra, informando que o novo rol de testemunhas passaria a ser constituído apenas pelos Srs. Cesar Augusto Rabello Borges, Marcelo Barbosa Saintive, Viviane Esse e Cláudio Renê Valadares Lobato;
- (ii) concordaram *“com a participação em audiência do servidor Fernando de Freitas Bezerra, na qualidade de assistente técnico da Requerida”*¹¹⁶, bem como *“que participar[ia] da audiência, na qualidade de ouvinte, o representante da empresa Requerente, Sr. Carlo Bottarelli”*¹¹⁷;
- (iii) requereram *“a redução dos temas a serem inquiridos à empresa perita [...], de modo a permitir que [fosse] franqueado mais tempo de inquirição para temas que as Partes entendem mais relevantes ao procedimento”*¹¹⁸;

¹¹³ Cf. item 8 da manifestação conjunta das partes de 22.05.2024.

¹¹⁴ Cf. item 8 da manifestação conjunta das partes de 22.05.2024.

¹¹⁵ Cf. item 9 da manifestação conjunta das partes de 22.05.2024.

¹¹⁶ Cf. item 11 da manifestação conjunta das partes de 22.05.2024.

¹¹⁷ Cf. item 11 da manifestação conjunta das partes de 22.05.2024.

¹¹⁸ Cf. item 13 da manifestação conjunta das partes de 22.05.2024.

- (iv) sugeriram, em razão da diminuição de temas para a inquirição, “[fosse] facultado o prazo de até 30 (trinta) minutos, ao invés de 20 (vinte) minutos fixados na OP nº 41, para que as Partes formul[assem] seus questionamentos para cada tema supra indicado, sem afastar a possibilidade do Tribunal Arbitral em majorar os limites temporais”¹¹⁹; e
- (v) “a fim de atender aos anseios de otimizar os trabalhos apresentado pela empresa perita, mas não revelar a estratégia de cada Parte para a audiência, as Partes conjuntamente solicita[ram] que o encaminhamento dos questionamentos [fosse] feito apenas ao Tribunal e à Secretaria, sem que a Parte ex adversa [fosse] copiada no envio da mensagem que contém de tal documento”¹²⁰.

273. Ainda em sua manifestação conjunta, REQUERENTE e REQUERIDA propuseram um “cronograma com prazos após a audiência”¹²¹, visando à celeridade da arbitragem, “sem prejuízo de fixação pelo Tribunal de outros prazos que entender necessários”¹²².

274. Na mesma data de 22.05.2024, a REQUERENTE enviou mensagem eletrônica informando “ratific[ar] a proposta de organização da audiência de instrução, designada para os dias 11,12 e 13.06.2024 encaminhada”¹²³.

275. Em 23.05.2024, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 43, por meio da qual:

- (i) homologou a desistência da oitiva das testemunhas Luciano Galvão Coutinho e Fernando de Freitas Bezerra;

¹¹⁹ Cf. item 15 da manifestação conjunta das partes de 22.05.2024.

¹²⁰ Cf. item 18 da manifestação conjunta das partes de 22.05.2024.

¹²¹ Cf. item 16 da manifestação conjunta das partes de 22.05.2024.

¹²² Cf. item 16 da manifestação conjunta das partes de 22.05.2024.

¹²³ Cf. e-mail enviado pela REQUERENTE em 22.05.2024.

- (ii) deferiu a participação na audiência de instrução do Sr. Fernando de Freitas Bezerra, enquanto assistente técnico da REQUERIDA, e do Sr. Carlo Bottarelli, representante da REQUERENTE, na condição de ouvinte;
- (iii) acolheu o pedido de redução dos temas que seriam objeto da inquirição da empresa perita, de 12 (doze) para 7 (sete), retificando, no particular, o item 25 da Ordem Processual nº 41;
- (iv) deferiu o pedido da REQUERENTE e da REQUERIDA de que o tempo de inquirição da *expert* por parte, para cada tema específico, restasse majorado de 20 (vinte) para 30 (trinta) minutos;
- (v) autorizou que, ao anteciparem à empresa perita seus questionamentos em atenção à Ordem Processual nº 42, as partes dirigissem os e-mails e respectivas manifestações apenas aos árbitros, membros da secretaria e à SWOT GLOBAL, sem cópia para a respectiva contraparte; e
- (vi) deixou, naquele momento, de acolher o cronograma apresentado na manifestação conjunta de 22.05.2024, por entender necessário aguardar os desdobramentos da audiência de instrução para definir as etapas seguintes do procedimento.

276. Em 03.06.2024, REQUERENTE e REQUERIDA apresentaram os e-mails das pessoas que participariam de forma remota da audiência de instrução, bem como anteciparam para a empresa perita os questionamentos que pretendiam formular no curso da assentada.

277. Em 07.06.2024, as partes enviaram os arquivos que pretendiam utilizar em suas apresentações no curso da audiência de instrução e, em 10.06.2024, a Secretaria da CCI encaminhou *link* para acompanhamento remoto dos trabalhos que se desenvolveriam na assentada.

278. Em 11.06.2024 e 12.06.2024, foi realizada no Centro Convenções Parque Cidade Corporate, SCS – Quadra 09, Bloco C, Torre C, térreo, Brasília – DF, a audiência arbitral de instrução designada na Ordem Processual nº 40, oportunidade em que: (i) produziu-se a prova oral, a partir da colheita dos depoimentos das testemunhas arroladas pelas partes; (ii) os peritos

e assistentes técnicos realizaram suas apresentações; e (iii) REQUERENTE e REQUERIDA inquiriram os representantes da SWOT GLOBAL.

279. Ao final da assentada, ficou estabelecido que as partes apresentariam conjuntamente uma versão revisada da transcrição da audiência e que, na sequência, o Tribunal Arbitral expediria Ordem Processual concedendo oportunidade à REQUERENTE e à REQUERIDA de se manifestar sobre determinadas questões que, em tese, poderiam impactar na conclusão do procedimento, notadamente relacionadas ao processo de relicitação da rodovia concedida.

280. Em 28.06.2024, atendendo ao quanto definido em audiência, as partes apresentaram versão com a revisão conjunta da transcrição da audiência.

281. Na sequência, em 04.07.2024, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 44, por meio da qual solicitou que as partes apresentassem sua visão acerca dos impactos na arbitragem que poderiam advir dos desdobramentos dos seguintes eventos: (i) ação civil pública nº 1009673-31.2023.4.06.3802, noticiada na audiência; (ii) processo de relicitação das rodovias objeto da concessão; e (iii) negociações no âmbito da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (“SecexConsenso”) do Tribunal de Contas da União (“TCU”).

282. Na oportunidade, o Tribunal Arbitral ainda instou as partes que (i) se pronunciassem se persiste o entendimento por elas externado em suas manifestações de 05.06.2023, 08.08.2023 e 31.08.2023 acerca da preliminar suscitada pela REQUERIDA de limitação dos cálculos periciais, à vista dos andamentos da ação civil pública nº 1009673-31.2023.4.06.3802; e (ii) se posicionassem sobre a aplicabilidade de cláusulas do 2º TERMO ADITIVO que disciplinam as consequências da extinção da relicitação, inclusive à luz da renúncia homologada na Ordem Processual nº 15.

283. Ainda na Ordem Processual nº 44, o Tribunal Arbitral facultou que REQUERENTE e REQUERIDA se manifestassem sucessivamente, até 09.08.2024, sobre o quanto exposto pela parte contrária.

284. Em 22.07.2024, a Secretaria da CCI enviou correspondência informando que, “*em vista do avanço das etapas processuais dessa arbitragem, a Corte ser[ia] convidada a reajustar a provisão para os custos da arbitragem*”¹²⁴.

285. Em 24.07.2024, REQUERENTE e REQUERIDA apresentaram suas manifestações em atenção à Ordem Processual nº 44, instruídas com documentos. Após apresentar sua visão acerca do quanto solicitado no aludido pronunciamento, a primeira requereu “*a definição de novo cronograma processual após as manifestações previstas para 09/08/2024, que contemple a imediata intimação das partes para apresentação de alegações finais [...] e a subsequente prolação de sentença arbitral parcial, ainda que ilíquida*”¹²⁵.

286. A REQUERIDA, a seu turno, também apresentou sua visão sobre o que fora solicitado pelos árbitros e, ao final, expressou entendimento no sentido de que não haveria prejuízos para a ANTT se o Tribunal Arbitral deliberasse por “*postergar a prolação da sentença para momento posterior ao encerramento do contrato e da relicitação*”¹²⁶.

287. Em 25.07.2024, a Secretaria da CCI enviou nova correspondência informando que “*a Corte, em sua sessão de 25 de julho de 2024 reajustou a provisão dos custos da arbitragem com aumento de seu valor de R\$ 2 240 000 para R\$ 2 800 000 (artigo 37)*”¹²⁷. Na ocasião, a CCI também (i) solicitou o pagamento do complemento da provisão à REQUERENTE; e (ii) informou que a Corte concedeu aos árbitros um segundo adiantamento de honorários.

288. Em 02.08.2024, a REQUERENTE solicitou o parcelamento do valor correspondente à complementação da provisão, o que foi deferido, conforme correspondência enviada pela CCI na data de 14.08.2024.

289. Em 09.08.2024, valendo-se da faculdade prevista na Ordem Processual nº 44, REQUERENTE e REQUERIDA se manifestaram sobre as petições submetidas pela contraparte em 24.07.2024.

¹²⁴ Cf. correspondência da CCI de 22.07.2024.

¹²⁵ Cf. item 129 da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024.

¹²⁶ Cf. item 231 da manifestação da REQUERIDA de 24.07.2024.

¹²⁷ Cf. correspondência da CCI de 25.07.2024.

290. Em seguida, em 05.09.2024, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 45, por meio da qual concedeu prazo de 60 (sessenta) dias para a apresentação de Alegações Finais pelas partes, nos termos do item 15.4.1 da ATA DE MISSÃO.

291. No aludido pronunciamento, não obstante, os árbitros (i) deixaram de encerrar a instrução, haja vista a possibilidade de prolação de sentença parcial, à vista dos desdobramentos noticiados pelas partes nas manifestações de 24.07.2024 e 09.08.2024; e (ii) solicitaram que REQUERENTE e REQUERIDA mantivessem o Tribunal Arbitral informado acerca dos desdobramentos da relcitação e dos processos judiciais, administrativos e consensuais correlatos.

292. Em 12.09.2024, a REQUERENTE apresentou manifestação noticiando dois fatos novos, assim por ela descritos¹²⁸:

“i. A publicação da Portaria nº 862, de 10 de setembro de 2024, do Ministério dos Transportes, que: (a) apresenta manifestação favorável à admissibilidade do requerimento de readaptação e otimização parcial do contrato da concessão das rodovias BR-060/153/262/DF/GO/MG, sob responsabilidade da Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A; e (b) encaminha à ANTT os autos do processo para análise da vantajosidade, nos termos da Portaria 848/2023; e

ii. Em 09/11/2024, a ANTT e a Concebra foram intimadas da sentença prolatada na ação civil pública nº 1004566-22.2020.4.01.3811, que reconheceu a ilegitimidade passiva da Concessionária no que tange à condenação “na obrigação de fazer consistente na realização de providências e reparos necessários à regularização das condições de conservação e sinalização do trecho compreendido entre os quilômetros 436 e 446 da BR-262, nas proximidades do Município de Nova Serrana-MG” (questão que também é objeto desse procedimento arbitral).”

293. Em 04.11.2024, REQUERENTE apresentou suas Alegações Finais, sintetizando os argumentos que justificariam a procedência dos seus pedidos, à luz da prova produzida na arbitragem. Na referida peça, a REQUERENTE ainda elencou algumas premissas que entende que deveriam orientar os árbitros na formação de seu livre convencimento¹²⁹.

¹²⁸ Cf. manifestação da REQUERENTE de 12.09.2024.

¹²⁹ Na visão da REQUERENTE, o Tribunal Arbitral deveria considerar (i) a valoração do acervo probatório quando da delimitação dos prontos controvertidos; (ii) que eventual conclusão pela ausência de imprevisibilidade e extraordinariedade dos eventos de desequilíbrio contratual narrados no procedimento deverá ser fundamentada à luz da instrução probatória; (iii) que as alegações e dados técnicos trazidos pelas partes para contrapor conclusões

294. A REQUERIDA, de sua parte, também apresentou suas Alegações Finais em 04.11.2024, apresentando a síntese de sua tese de defesa em cotejo com a instrução probatória e pugnando “*pela total improcedência dos pleitos apresentados pela Requerente*”¹³⁰. Em sua peça, a REQUERIDA também procedeu à atualização dos nomes de seus representantes legais e dos correspondentes endereços eletrônicos.

295. Em 18.11.2024, a REQUERENTE apresentou manifestação noticiando três fatos novos, a saber: (i) a prolação da Ordem Processual nº 01 no procedimento arbitral CCI nº 28255/RLS, que “*ratifica e amplia a tutela deferida em sede da ação cautelar pré-arbitral n. 1099117-58.2023.4.01.3400, em trâmite na Justiça Federal do Distrito Federal*”¹³¹; (ii) “*a conclusão, em 31/10/2024, do leilão relacionado à chamada Rota Zebu (trecho da rodovia BR-262/MG entre Uberaba-MG e Betim-MG)*”¹³²; e (iii) nova decisão na ação civil pública nº 1009673-31.2023.4.06.3802, em trâmite na Subseção Judiciária de Uberaba/MG.

296. Em 21.11.2024, a REQUERIDA apresentou manifestação requerendo: “*(i) a concessão de prazo para manifestar sobre os novos pontos trazidos pela Requerente em suas alegações finais; (ii) a concessão de prazo para manifestar sobre os documentos apresentados pela Requerente na petição de 18/11/2024; (iii) a suspensão desta Arbitragem até a finalização da solução consensual perante o Tribunal de Contas da União*”¹³³.

297. Em 25.11.2024, a REQUERENTE apresentou manifestação com objeção aos pedidos formulados pela REQUERIDA em sua manifestação de 21.11.2024.

da perícia deveriam passar por escrutínio técnico semelhante; (iv) que notas técnicas produzidas de forma unilateral pela REQUERIDA com a finalidade de subsidiar sua defesa não poderiam receber maior valor probatório do que as alegações, análises, estudos e pareceres trazidos pela REQUERENTE; (v) a prova documental produzida pela REQUERENTE que coincida com o laudo pericial deveria ter valor probatório (vi) se o laudo pericial vier a ser reputado inconclusivo ou deficiente em determinado ponto, o correlato pedido não haveria de ser julgado improcedente por falta de prova, cabendo a determinação de complementação da instrução de ofício pelos árbitros; e (vii) não poder ser admitida eventual tentativa da REQUERIDA de fazer referência a novos documentos ou elementos probatórios não juntados ao procedimento até então (cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 3-23).

¹³⁰ Cf. item 715 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹³¹ Cf. item “i” da manifestação da REQUERENTE de 18.11.2024.

¹³² Cf. item “ii” da manifestação da REQUERENTE de 18.11.2024.

¹³³ Cf. item 28 da manifestação da REQUERIDA de 21.11.2024.

298. Em 27.11.2024, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 46, por meio da qual indeferiu os pedidos formulados pela REQUERIDA em sua manifestação de 21.11.2024, pelos fundamentos declinados naquele pronunciamento.

299. Em 16.12.2024, a REQUERIDA apresentou manifestação em atenção à Ordem Processual nº 45, para “*informar a admissibilidade do processo nº 024.992/2024/4 pelo Presidente do Tribunal de Contas da União e a designação do Ministro Walton Alencar Rodrigues como relator do caso*”¹³⁴.

300. Em 03.01.2025, a REQUERIDA apresentou nova manifestação em atendimento à Ordem Processual nº 45, para “*informar a admissibilidade da solicitação de solução consensual pelo Relator do caso, Ministro Walton Alencar Rodrigues*”¹³⁵, na forma do despacho acostado a esta arbitragem como R-187.

301. Em 14.01.2025, a Secretaria da CCI encaminhou correspondência, com a tabela financeira da arbitragem atualizada, acusando o recebimento de R\$ 560.000,00 por parte da REQUERENTE, correspondente ao reajuste da provisão para os custos do procedimento.

302. Em 24.01.2025, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 47, em que solicitou que as partes informassem os custos incorridos por cada qual nesta arbitragem para os fins do item 16.2 da ATA DE MISSÃO, bem como facultou que REQUERENTE e REQUERIDA apresentassem sua visão sobre a forma de atualização monetária e incidência de juros moratórios para a hipótese de acolhimento das pretensões aqui apreciadas.

303. Na ocasião, o Tribunal Arbitral também informou à Secretaria da CCI que pretendia “*apresentar minuta de sentença arbitral para exame prévio da Corte até 31 de março de 2025, com tolerância de até 30 (trinta) dias*”¹³⁶.

304. Em 10.02.2025, REQUERENTE e REQUERIDA apresentaram os custos que pretendem ver reembolsados nesta arbitragem, bem como manifestaram seu entendimento sobre a forma de

¹³⁴ Cf. manifestação da REQUERIDA de 16.12.2024.

¹³⁵ Cf. manifestação da REQUERIDA de 03.01.2025.

¹³⁶ Cf. item 8 da Ordem Processual nº 47.

atualização monetária e incidência de juros moratórios de eventuais valores reconhecidos nesta sentença por força do acolhimento dos pedidos formulados neste procedimento.

305. Em 25.02.2025, REQUERENTE e REQUERIDA se manifestaram sobre os custos e a forma de atualização monetária e de incidência de juros apresentados pela contraparte.

306. Em 19.03.2025, as partes apresentaram manifestação conjunta para “*informar que, em 17/03/2025, foi realizada a 1ª Reunião da Comissão de Solução Consensual referente ao processo de otimização e de readaptação do Contrato de Concessão nº 004/20013*”¹³⁷.

- XII -

OS ARGUMENTOS DAS PARTES E

OS FUNDAMENTOS DESTA SENTENÇA ARBITRAL

307. A controvérsia dirimida nesta sentença arbitral resulta de eventos que, na visão da REQUERENTE, teriam causado desequilíbrio econômico-financeiro à consecução do CONTRATO DE CONCESSÃO, cujo objeto consiste na exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, 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-252.

308. Com efeito, os árbitros foram chamados a decidir a respeito de pedidos inicialmente indicados na ATA DE MISSÃO, que posteriormente foram detalhados e efetivamente consolidados por ocasião da apresentação das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

309. Consoante se depreende do relatório *supra*, ao longo da fase postulatória, as partes apresentaram todos os seus argumentos e provas documentais, tendo-lhes sido franqueada a apresentação de todas as manifestações acordadas na ATA DE MISSÃO e no Cronograma Processual que lhe seguiu anexo, bem como outras que julgaram pertinentes.

¹³⁷ Cf. manifestação conjunta das partes de 19.03.2025.

310. Também na fase postulatória, facultou-se à REQUERENTE e à REQUERIDA, em igual oportunidade e observando o contraditório, deduzir pedidos incidentais, inclusive de tutelas cautelares, todos apreciados pelo Tribunal Arbitral de forma fundamentada.

311. Ao término da fase postulatória, o Tribunal Arbitral delimitou os pontos controvertidos e deferiu a produção de todas as provas requeridas pelas partes, o que resultou na apresentação de documentos suplementares, na produção de prova pericial multidisciplinar, bem como na realização de audiência de instrução, com colheita do depoimento das testemunhas arroladas pelas partes e a inquirição/oitiva de representantes da empresa nomeada como perita, SWOT GLOBAL.

312. Ao longo do procedimento, franqueou-se à REQUERENTE e à REQUERIDA apresentar as manifestações que julgaram necessárias, bem como submeterem Alegações Finais.

313. O Tribunal Arbitral examinou todos os argumentos e provas submetidos pelas partes, levando-os em consideração neste ato, ainda que aqui não tenham sido expressamente referenciados.

314. Visando a uma melhor organização desta sentença arbitral e a evitar repetições desnecessárias, o Tribunal Arbitral dividiu em capítulos os pedidos das partes. Assim, o resumo dos argumentos centrais das partes¹³⁸ e a fundamentação desta decisão serão apresentados de forma conjunta e em conformidade com o seu conteúdo, após a transcrição dos pedidos que a REQUERENTE trouxe nas Alegações Iniciais ao procedimento.

315. Ainda nesta fundamentação, o Tribunal Arbitral dedicou um capítulo prévio a apreciar questão preliminar suscitada pela REQUERIDA de limitação temporal dos efeitos desta arbitragem advinda da celebração do 2º TERMO ADITIVO ao CONTRATO DE CONCESSÃO, que tem o condão de impactar no exame de diversos pleitos da REQUERENTE.

¹³⁸ O Tribunal Arbitral reitera que o relato abaixo das posições das partes constitui apenas um resumo dos seus argumentos centrais, feito para fins de se empregar coerência lógica a esta decisão. Eventual omissão a determinado argumento não significa que este não tenha sido levado em consideração por ocasião da prolação desta sentença arbitral.

316. A deliberação dos árbitros foi submetida ao processo de escrutínio previsto no art. 34 do REGULAMENTO¹³⁹, sendo aprovada pela Corte da CCI, cumprindo os requisitos formais e regulamentares.

XII.1. A RELICITAÇÃO E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DOS PEDIDOS FORMULADOS NESTA ARBITRAGEM

317. Desde suas Alegações Iniciais, a REQUERENTE noticia ter formulado requerimento de relicitação da concessão objeto do contrato discutido nesta arbitragem¹⁴⁰, com fundamento na Lei Federal nº 13.448/2017, no Decreto Federal nº 9.957/2019 e na Resolução nº 5.860/2019, editada pela ANTT.

318. Conforme esclarece, nos termos dos aludidos diplomas, o prosseguimento da relicitação dependeria de que o empreendimento fosse “*previamente qualificado especificamente para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) da Presidência da República*”¹⁴¹, de modo a viabilizar a celebração do aditivo contratual respectivo.

319. A REQUERENTE afirma que o 2º TERMO ADITIVO ao CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁴² – que efetivamente estabeleceu as condições da relicitação – somente veio a ser publicado no Diário Oficial da União em 22.02.2022, entrando em vigor no dia 18.03.2022, “*nos termos da cláusula 13.1, quando foi protocolada junto à ANTT a Apólice do Seguro Garantia de que trata a cláusula sétima (RTE – 253), cuja regularidade já foi atestada pela Gerência de Gestão Econômico-Financeira da Requerida (RTE – 254)*”¹⁴³⁻¹⁴⁴.

¹³⁹ “*Antes de assinar qualquer sentença arbitral, o tribunal arbitral deverá apresentá-la sob a forma de minuta à Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais da sentença e, sem afetar a liberdade de decisão do tribunal arbitral, também poderá chamar atenção para pontos relacionados com o mérito do litígio. Nenhuma sentença arbitral poderá ser proferida pelo tribunal arbitral antes de ter sido aprovada quanto à sua forma pela Corte.*” (art. 34 do REGULAMENTO).

¹⁴⁰ Cf. RTE-134.

¹⁴¹ Cf. item 409 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁴² RTE-250 e R-140.

¹⁴³ Cf. item 01 da manifestação da REQUERENTE de 23.03.2022.

¹⁴⁴ A REQUERIDA, a propósito, confirma a “*celebração do Segundo Termo Aditivo, publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 22 de fevereiro de 2022 (RTE – 251, RTE 252 e RTE – 252[sic]), com vigência a partir do dia 18 de março de 2022*” (cf. item 2 da manifestação da REQUERIDA de 04.04.2022).

320. Nos termos de suas cláusulas 13.3 e 13.3.1, o prazo de vigência do 2º TERMO ADITIVO seria “de 24 (vinte e quatro meses) contados da publicação do Decreto nº 10.864/2021”¹⁴⁵, podendo “ser prorrogado, justificadamente, mediante deliberação do CPPI e anuência expressa da Concessionária”¹⁴⁶.

321. As partes esclarecem, assim, que o término da vigência do aditamento contratual estaria previsto para 21.11.2023. E, de acordo com a REQUERENTE, sem a prorrogação da vigência do 2º TERMO ADITIVO, haveria a retomada dos termos originais do CONTRATO DE CONCESSÃO, bem como o cancelamento dos leilões então previstos, conforme Nota Jurídica nº 0065/2023/PF-ANTT/PGF/AGU acostada como RTE-281.

322. Nesse contexto, as partes informam que, na iminência do término do prazo do 2º TERMO ADITIVO, o Ministério Público Federal (“MPF”) teria ajuizado a ação civil pública nº 1009673-31.2023.4.06.3802 contra a CONCEBRA, a União Federal e a ANTT, “buscando a prorrogação dos efeitos do aludido instrumento a fim de evitar a interrupção da relação contratual e da prestação dos serviços concessionados (RTE – 278)”^{147-148 149}.

323. Naqueles autos, o juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberaba – MG deferiu parcialmente pedido de tutela de urgência formulado pelo MPF, estabelecendo a prorrogação dos efeitos do 2º TERMO ADITIVO nas mesmas condições nele estabelecidas¹⁵⁰, bem como “impondo à Concessionária a comprovação da renovação do seguro garantia previsto na Cláusula Sétima do 2º Termo Aditivo, além de determinar à ANTT a promoção do reajuste das tarifas de pedágio”¹⁵¹.

¹⁴⁵ Cf. RTE-250 e R-140.

¹⁴⁶ Cf. RTE-250 e R-140.

¹⁴⁷ Cf. item 17 da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024.

¹⁴⁸ Cf. R-180.

¹⁴⁹ Segundo a REQUERENTE, antes da apreciação do pedido de tutela de urgência, a União Federal teria manifestado concordância com a prorrogação do 2º TERMO ADITIVO, conforme RTE-279, e “a CONCEBRA, por sua vez, apresentou, nessa mesma data, manifestação contrária à pretensão ministerial” (cf. item 18 da manifestação da REQUERENTE de 20.07.2024). Ainda de acordo com a REQUERENTE, no curso do feito, a ANTT teria apresentado contestação pugnando pela improcedência dos pedidos formulados na inicial e a União Federal, em sua contestação, teria se limitado a alegar ilegitimidade passiva.

¹⁵⁰ Cf. R-177.

¹⁵¹ Cf. item 20 da manifestação da REQUERENTE de 20.07.2024.

324. Referida decisão veio a ser complementada¹⁵² por ocasião do julgamento de embargos de declaração opostos pela ANTT¹⁵³, tendo seu dispositivo passado a contar com a seguinte redação¹⁵⁴:

“Assim sendo, DEFIRO PARCIALMENTE OS PEDIDOS DE LIMINAR formulados pelo MPF, para:

a) determinar a prorrogação dos efeitos previstos no 2º Termo Aditivo do Contrato de Concessão (Edital nº 004/2013 – Parte VII) do empreendimento público federal BR-060/153/262/DF/GO/MG até que se ultime a conclusão do processo de relicitação estabelecido pela Lei nº 13.448/2017 e assunção do sistema rodoviário pelo novo contratado, ou até eventual repactuação da concessão nos termos da Portaria nº 848, de 25/08/2023 do Ministério dos Transportes;

b) determinar à CONCEBRA - CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A que dê continuidade à prestação dos serviços de manutenção, conservação, operação e monitoração e à execução dos investimentos essenciais do empreendimento público federal BR-060/153/262/DF/GO/MG, nas condições estabelecidas no 2º Termo Aditivo do Contrato de Concessão (Edital nº 004/2013 – Parte VII), até a conclusão do procedimento de relicitação, a assunção do sistema rodoviário pelos futuros contratados e a finalização da transição tratada no Anexo II do 2º Termo Aditivo (Procedimentos para a transição operacional e dos ativos), ou até eventual repactuação da concessão nos termos da Portaria nº 848, de 25/08/2023 do Ministério dos Transportes;

c) determinar à CONCEBRA - CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A que, no prazo de 90 dias, a Garantia de Execução do Contrato prevista na Cláusula Sétima do 2º Termo Aditivo, com prazo de vigência de doze meses, comprovando nos autos, se for o caso, eventual negativa da Seguradora em proceder ao aditamento da apólice vigente;

c.1) em relação ao início do prazo de vigência da garantia de execução do contrato, que deverá ocorrer de forma retroativa a partir de 22/11/2023, data do fim de vigência do 2º Termo Aditivo.

c.2) no tocante à obrigação da CONCEBRA apresentar, em caso de negativa da seguradora em proceder ao aditamento da apólice vigente, nova garantia de execução do contrato (caução em dinheiro ou títulos da dívida pública federal e fiança bancária), nos termos da Cláusula Sétima do 2º Termo Aditivo e Cláusula 12.3do Contrato de Concessão Original.

d) determinar à União Federal e à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que adotem todas as medidas administrativas necessárias para a continuidade da prestação dos serviços de manutenção, conservação, operação e monitoração e à execução dos investimentos essenciais do empreendimento público federal BR-060/153/262/DF/GO/MG, nas condições estabelecidas no 2º Termo Aditivo do Contrato de Concessão (Edital nº 004/2013 – Parte VII), até a conclusão do procedimento de relicitação, a assunção do sistema rodoviário pelos futuros contratados e a finalização da transição tratada no Anexo II do 2º Termo Aditivo

¹⁵² Cf. R-184.

¹⁵³ Cf. R-182.

¹⁵⁴ Cf. R-184.

(Procedimentos para a transição operacional e dos ativos), ou até eventual repactuação da concessão nos termos da Portaria nº 848, de 25/08/2023 do Ministério dos Transportes;

e) determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT que defina, no prazo de 30 (trinta) dias, os valores das Tarifas de Pedágio a serem praticadas, reajustadas para incorporar a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), na forma da subcláusula 5.3 do 2º Termo Aditivo, mantendo-se as condições do 2º Termo Aditivo no que se refere às Tarifas de Pedágio praticadas até a definição dos valores reajustados;

Citem-se e intimem-se, com urgência.”

325. A REQUERENTE afirma ter desafiado a sobredita decisão judicial por meio do recurso de agravo de instrumento autuado sob o nº 6000318-66.2023.4.06.0000, no bojo do qual o respectivo Desembargador Federal Relator teria deferido pedido de efeito suspensivo para suspender a determinação de apresentação de garantia¹⁵⁵.

326. Segundo o comando judicial, assim, teria havido a prorrogação da vigência do 2º TERMO ADITIVO, devendo a CONCEBRA continuar a prestação dos serviços até a conclusão do procedimento de relicitação e a assunção do sistema rodoviário pelos futuros contratados ou até a repactuação da concessão, nos termos da Portaria nº 848/2023 do Ministério dos Transportes.

327. Ainda de acordo com informação prestada pela REQUERENTE, em novembro de 2024, teria sido proferida nova decisão na ação civil pública nº 1009673-31.2023.4.06.3802, pela qual o juízo da 2ª Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Uberaba-MG, dentre outros, esclareceu o seguinte¹⁵⁶:

“Dito isto, mantendo as decisões proferidas nos ids 1465460400 e 1491402863, com exceção da parte que recebeu efeito suspensivo por ordem do TRF6 no AI 6000317-66.2023.4.06.0000/MG, acrescento e esclareço que cabe à CONCEBRA dar continuidade à prestação dos serviços de manutenção, conservação, operação e monitoração e à execução dos investimentos essenciais do empreendimento público federal BR-060/153/262/DF/GO/MG e à ANTT que mantenha as condições do 2º Termo Aditivo no que se refere às Tarifas de Pedágio praticadas até a definição dos valores reajustados, até a conclusão do procedimento de relicitação, a assunção do sistema rodoviário pelos futuros contratados ou até eventual repactuação da concessão, considerando a solução administrativa adotada para cada um dos trechos de forma individualizada e particularizada: Rota do Zebu - BR-262/MG, Rota Sertaneja - BR-153/262/GO/MG e Rota do Pequi - BR-153/060/040/GO/DF entre Goiânia/GO e o Distrito Federal/DF.

¹⁵⁵ Cf. RTE-280.

¹⁵⁶ Cf. RTE-289.

Assim, tendo em vista a necessidade de segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento e sem prejuízo de se inviabilizar a atuação do órgão formulador da política pública e dos órgãos de controle para decidirem sobre o requerimento de readequação e otimização parcial do contrato de concessão das rodovias sob responsabilidade da CONCEBRA, cumpre esclarecer que o processo de Relicitação se encerra com a assunção do trecho a ser disponibilizado, afastando-se expressamente qualquer interpretação que vincule o término da relicitação à licitação ou a otimização dos demais trechos objetos do contrato de concessão.”

328. Nesse contexto, a REQUERIDA teria tomado providências para estruturação da relicitação, tendo dividido o trecho concedido à REQUERENTE em três partes para a realização de *“três licitações, que resultarão em três novos contratos de concessão, denominados ‘Rota Sertaneja’ (BR-153/262/GO/MG), ‘Rota do Zebu’ (BR-262/MG) e ‘Rota do Pequi’ (BR-060/153/040/DF/GO)”*¹⁵⁷.

329. Segundo informam as partes, especificamente o edital de licitação do trecho designado como Rota do Zebu teria sido lançado em 23.07.2024¹⁵⁸, com a realização do leilão em *“31/10/2024”*¹⁵⁹ e assinatura do novo contrato em *“fevereiro de 2025”*¹⁶⁰. O trecho qualificado como Rota Sertaneja estaria com *“estudos suspensos”*¹⁶¹⁻¹⁶² e aquele designado como Rota Pequi ainda se encontraria em fase inicial de estudo, sem data para a realização da audiência pública respectiva.

330. Consoante se pode extrair das manifestações das partes, teria despontado entre elas controvérsias advindas da fiscalização empreendida pela REQUERIDA no curso da execução do 2º TERMO ADITIVO, bem como de *“supervenientes eventos de desequilíbrio surgidos após a instauração da presente arbitragem”*¹⁶³.

331. A controvérsia teria resultado no ajuizamento da ação cautelar pré-arbitral nº 1099117-58.2023.4.01.3400 – onde fora proferida decisão para suspender a desqualificação da

¹⁵⁷ Cf. item 20 da manifestação da REQUERIDA de 24.07.2024.

¹⁵⁸ Cf. RTE-276.

¹⁵⁹ Cf. item “ii” da manifestação da REQUERENTE de 18.11.2024.

¹⁶⁰ Cf. item 21 da manifestação da REQUERIDA de 20.07.2024.

¹⁶¹ Cf. item 26 da manifestação da REQUERIDA de 20.07.2024.

¹⁶² RTE-275.

¹⁶³ Cf. item 65 da manifestação da REQUERENTE de 20.07.2024.

CONCEBRA do PPI e a declaração de caducidade da concessão com base nesse fundamento¹⁶⁴⁻¹⁶⁵ –, estando hoje submetida a novo procedimento arbitral, iniciado perante a CCI sob o nº 28255/RLS¹⁶⁶ (onde fora proferida Ordem Processual que “*ratifica e amplia a tutela deferida em sede da ação cautelar pré-arbitral n. 1099117-58.2023.4.01.3400*”¹⁶⁷)¹⁶⁸.

332. As partes igualmente estariam a apurar administrativamente o montante da eventual indenização pela não amortização de bens reversíveis, devida à REQUERENTE por ocasião da conclusão exitosa da relicitação.

333. Sem prejuízo dessas discussões, a REQUERENTE teria apresentado ao Ministério dos Transportes proposta de otimização e readequação do CONTRATO DE CONCESSÃO, com o intuito de avaliar a viabilidade de adentrar em tratativas junto à SecexConsenso do TCU.

334. Conforme noticiado pela CONCEBRA, em 10.09.2024, teria sido publicada a Portaria nº 862 do Ministério dos Transportes¹⁶⁹, (i) com “*manifestação favorável à admissibilidade do requerimento de readaptação e otimização parcial do contrato da concessão das rodovias BR-060/153/262/DF/GO/MG, sob responsabilidade da Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A.*”¹⁷⁰; e (ii) encaminhando “*à ANTT os autos do processo para análise da vantajosidade, nos termos da Portaria 848/2023*”¹⁷¹.

335. Em suas Alegações Finais, a REQUERIDA informou que “*a Diretoria Colegiada da ANTT, na 206ª Reunião Deliberativa Eletrônica, realizada entre 29.10.2024 e 01.11.2024, aprovou proposta de Solução Consensual apresentada pela Concebra, a teor da Deliberação*

¹⁶⁴ Cf. RTE-283 e R-177.

¹⁶⁵ A REQUERIDA alega que, “*em face da referida decisão, a Agência interpôs o Agravo de Instrumento nº 1042840-37.2023.4.01.0000 (R-180), com pedido de efeito suspensivo, o qual até o presente momento não foi apreciado pelo E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região*” (cf. item 177 da manifestação da REQUERIDA de 20.07.2024). A REQUERENTE, de sua parte, acresce que o pedido de efeito suspensivo deduzido no recurso em questão “*foi indeferido pelo douto desembargador federal relator em 07/02/2024 (RTE – 284)*” (cf. item 68 da manifestação da REQUERENTE de 20.07.2024).

¹⁶⁶ Cf. RTE-285.

¹⁶⁷ Cf. item “i” da manifestação da REQUERENTE de 18.11.2024.

¹⁶⁸ Cf. RTE-288.

¹⁶⁹ Cf. RTE-286.

¹⁷⁰ Cf. item “i” da manifestação da REQUERENTE de 12.09.2024.

¹⁷¹ Cf. item “i”, da manifestação da REQUERENTE de 12.09.2024.

ANTT nº 419, de 29 de outubro de 2024”¹⁷². Acresceu, nesse sentido, que “a Agência protocolou em 01.11.2024 o pleito em questão perante a SecexConsenso, com vistas à solução consensual dos litígios perante a corte de contas, observando o procedimento da Instrução Normativa TCU nº 91/2022”¹⁷³.

336. A REQUERIDA, por manifestações de 16.12.2024 e 03.01.2025, informou ainda que o processo nº 024.998/2024-0 de solução consensual teria sido admitido pelo Presidente do TCU e pelo respectivo Ministro Relator. Por petição conjunta de 19.03.2025, as partes ainda informaram ter realizado, em 17.03.2025, a “1ª Reunião da Comissão de Solução Consensual referente ao processo de otimização e readaptação do Contrato de Concessão Edital nº 004/2013”¹⁷⁴.

337. REQUERENTE e REQUERIDA divergem, entretanto, sobre as repercussões da relicitação – integrada ao contexto dos desdobramentos acima – nesta arbitragem.

338. Dessa forma, este capítulo da sentença arbitral será dedicado à deliberação acerca dos aludidos efeitos.

XII. 1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

339. A REQUERENTE entende que a cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO teria por efeito limitar as pretensões deduzidas nos processos e arbitragens então em curso até o último dia de eficácia do aditamento contratual, atrelando o período de apuração dos desequilíbrios contratuais alegados ao término da operação da CONCEBRA no trecho rodoviário objeto da concessão.

340. Nos termos da aludida cláusula, segundo a sua perspectiva, “as Partes concordam e declaram que os processos judiciais e arbitrais em curso na data de eficácia do presente Termo

¹⁷² Cf. item 2 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷³ Cf. item 3 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷⁴ Cf. manifestação conjunta das partes de 19.03.2025.

Aditivo somente produzirão efeitos em relação ao período compreendido até a eficácia deste”¹⁷⁵.

341. Para a REQUERENTE, na redação da disposição contratual, as partes teriam utilizado expressões diferentes para tratar de momentos distintos: “quando quiseram se referir ao início da eficácia do Termo Aditivo, quanto aos processos judiciais e arbitrais preexistentes à sua assinatura, utilizaram-se da expressão ‘na data de eficácia’ (vide cláusula 16.3). Diferentemente, ao fixarem o marco ad quem da limitação de seus efeitos (isto é, dos efeitos dos processos judiciais e arbitrais em curso), optaram pela expressão diversa ‘até a eficácia’, vale dizer, enquanto eficaz o Termo Aditivo”¹⁷⁶.

342. A REQUERENTE advoga que, além da literal, a interpretação teleológica e sistemática da cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO conduziria à mesma conclusão. Segundo a sua perspectiva, de um lado, “se bem-sucedida a relicitação, não haveria mais continuação dos efeitos dos desequilíbrios e nem novos ocorreriam após o encerramento definitivo da relação contratual ao final do Termo de Relicitação”¹⁷⁷.

343. De outro, a cláusula 18.1 do 2º TERMO ADITIVO daria conta de que a celebração do instrumento não importaria em renúncia a qualquer direito das partes, resguardando “a incolumidade da presente arbitragem e da competência ampla do Tribunal Arbitral para julgá-la em toda a sua extensão”¹⁷⁸. A única renúncia da REQUERENTE em relação a este procedimento seria aquela prevista na cláusula 13.6.1, que diria respeito exclusivamente a uma parcela específica da medida cautelar deferida pelo Tribunal Arbitral na Ordem Processual nº 03¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Cf. RTE-250 e R-140.

¹⁷⁶ Cf. item 6 da manifestação da REQUERENTE de 31.08.2023.

¹⁷⁷ Cf. item 7 da manifestação da REQUERENTE de 31.08.2023.

¹⁷⁸ Cf. item 11 da manifestação da REQUERENTE de 31.08.2023.

¹⁷⁹ Segundo a REQUERENTE, “isso inclusive fora registrado expressamente pela Requerente na petição de 23/03/2022, pela qual informou ao Tribunal Arbitral a assinatura do 2º Termo Aditivo, quando ressaltou que a renúncia e a desistência então manifestadas exclusivamente para fins de cumprimento de exigência do 2º Termo Aditivo de Relicitação referem-se tão somente a essa específica proteção outrora concedida por esse Tribunal Arbitral e que, portanto, não foram prejudicados os demais efeitos da Ordem Processual nº 03, que permanecem incólumes.” (cf. item 98 da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024).

344. Noutros termos, a REQUERENTE defende não ter abdicado dos pleitos de reequilíbrio contratual apresentados nesta arbitragem – até porque o encerramento contratual poderia não ocorrer caso não exitoso o processo de relicitação –, assentando que *“entendimento diverso implicaria admitir que a Concessionária renunciou em parte seus pleitos deduzidos em arbitragem, o que, como visto, foi rechaçado, expressamente, na cláusula 18.1 do Termo Aditivo”*¹⁸⁰⁻¹⁸¹.

345. Ao lado da interpretação jurídica, a REQUERENTE afirma que a análise econômica do 2º TERMO ADITIVO levaria à conclusão de que haveriam de ser considerados nesta arbitragem os impactos dos desequilíbrios alegados até a data final da eficácia do aditamento. É que a celebração do instrumento aditivo não teria feito cessar os efeitos dos desequilíbrios suscitados no presente procedimento, que continuariam ocorrendo – até porque *“a relicitação não propôs o equacionamento dos desequilíbrios passados e acusados nesta arbitragem”*¹⁸².

346. Para a REQUERENTE, o 2º TERMO ADITIVO teria suspenso apenas parte das obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO, estabelecendo (i) uma tarifa supostamente equivalente às obrigações nele mantidas, que, sendo insuficiente ao cumprimento das obrigações previstas no aditamento contratual, ensejou a fixação concomitante de uma outra tarifa, efetivamente cobrada nas praças; e (ii) que a diferença entre as tarifas calculada e a praticada – designada como excedente tarifário – deveria, a princípio, ser devolvida pela CONCEBRA ao final, mediante seu desconto da indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, *“corrigida pelo WACC (custo médio ponderado de capital regulatório) + IPCA, conforme cláusula 5.4”*¹⁸³.

347. A tarifa acordada naquela oportunidade, todavia, *“desconsidera[ria], em sua composição, todos os efeitos dos eventos de desequilíbrio objeto da presente arbitragem, os*

¹⁸⁰ Cf. item 17 da manifestação da REQUERENTE de 31.08.2023.

¹⁸¹ A propósito, confira-se: “[...] a cláusula 13.6.1 do aditivo evidencia que a assinatura do aditivo não implicou qualquer renúncia por parte da Requerente aos pleitos deduzidos na presente arbitragem. Pelo contrário, essa cláusula resguarda integralmente a incolumidade da presente arbitragem – à exceção das duas únicas hipóteses nela previstas –, e da competência ampla do Tribunal Arbitral para julgá-la em toda sua extensão, rechaçando assim a interpretação isolada e equivocada da cláusula 16.3 pela Requerida, que, na prática, implicaria a renúncia, pela Requerente, a 24 meses (dois anos) de desequilíbrios contratuais, o que, de fato, não ocorreu!” (cf. item 32 da manifestação da REQUERENTE de 09.08.2024).

¹⁸² Cf. item 93 da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024.

¹⁸³ Cf. item 21 da manifestação da REQUERENTE de 31.08.2023.

quais continua[riam] afetando a Requerente”¹⁸⁴, até o fim da relação contratual, que, consoante o 2º TERMO ADITIVO, estaria originalmente previsto para 21.11.2023, mas restou prorrogado por força da decisão judicial proferida na ação civil pública nº 1009673-31.2023.4.06.3802¹⁸⁵.

348. Contrapondo-se à posição da REQUERIDA, a REQUERENTE argumenta que “*os efeitos dos desequilíbrios se operam concretamente durante o período de eficácia do 2º Termo Aditivo, sobretudo porque a tarifa decorrente do Termo de Relicitação desconsidera, em sua composição, todos os efeitos dos eventos de desequilíbrio acusados na presente arbitragem. Isto é, na prática, o início da eficácia do aditivo não implicou o fim dos efeitos dos desequilíbrios, os quais continuam impactando econômica, financeira, operacional e no âmbito regulatório a atividade da Concessionária e, por isso, devem ser avaliados por esse Tribunal Arbitral em sua integralidade*”¹⁸⁶.

349. Sem prejuízo da contraposição em relação à data limite a ser utilizada como marco temporal final, a REQUERENTE:

- (i) compartilha do entendimento da REQUERIDA de que o pedido objeto do capítulo XII.2 desta sentença arbitral deveria ser limitado em razão do 2º TERMO ADITIVO, ressaltando, entretanto, “*seu entendimento de que o TA de Relicitação deve ser considerado vigente até que sobrevenha a consumação de seu marco final, obstado e prorrogado pela decisão judicial precária da ACP*”¹⁸⁷;
- (ii) converge com a REQUERIDA no sentido de que os pedidos objeto dos capítulos XII.4, XII.5, XII.7, XII.9, XII.10 e XII.13 teriam como causa eventos cujos efeitos se exauriram antes do advento do 2º TERMO ADITIVO, não sendo por este impactados;
- (iii) diverge do entendimento da REQUERIDA de que as pretensões objeto dos capítulos XII.3, XII.8, XII.11 e XII.12 desta sentença arbitral estariam fundadas

¹⁸⁴ Cf. item 27 da manifestação da REQUERENTE de 31.08.2023.

¹⁸⁵ Segundo a REQUERENTE, a REQUERIDA, em determinados momentos desta arbitragem, desconsideraria que a prorrogação da relicitação estaria fundada em decisão judicial “*precária*” (cf. item 13 da manifestação da REQUERENTE de 09.08.2024).

¹⁸⁶ Cf. item 37 da manifestação da REQUERENTE de 09.08.2024.

¹⁸⁷ Cf. item 50 da manifestação da REQUERENTE de 09.08.2024.

em eventos cujos impactos seriam anteriores ao 2º TERMO ADITIVO, argumentando que referidos impactos se protraíam no tempo, inclusive durante a vigência do aditamento contratual; e

- (iv) impugna afirmações feitas pela REQUERIDA em relação aos efeitos do 2º TERMO ADITIVO na pretensão objeto do capítulo XII.6 desta sentença arbitral, ratificando sua posição de que, mesmo que não venha a incorrer nos custos para a recuperação do pavimento, na hipótese de relicitação, *“deverá ser indenizada pela diferença do reequilíbrio a menor promovido pela Agência, bem como não poderá ser responsabilizada por eventuais danos que venham a ser reconhecidos pela ANTT relacionados às condições do pavimento”*¹⁸⁸.

350. Em outra perspectiva, a REQUERENTE assevera que, embora a REQUERIDA sustente a necessidade de limitação temporal das pretensões ao início da eficácia do 2º TERMO ADITIVO, não teria a ANTT indicado quais decotes quantitativos – i. e., em termos de valores – deveriam ser feitos em decorrência de tal limitação, de modo que teria a autarquia concordado com os valores calculados no laudo pericial produzido nesta arbitragem, tornando a matéria *“preclusa”*¹⁸⁹⁻¹⁹⁰.

351. Para a REQUERENTE, ademais, *“apenas na hipótese de concretização dos leilões relativos aos três novos trechos rodoviários (quando então o sistema rodoviário será assumido pelos futuros contratados), restará encerrado o processo de relicitação e consumada a extinção antecipada do Contrato de Concessão objeto deste procedimento arbitral”*¹⁹¹⁻¹⁹².

¹⁸⁸ Cf. item 67 da manifestação da REQUERENTE de 09.08.2024.

¹⁸⁹ Cf. item 43 da manifestação da REQUERENTE de 09.08.2024.

¹⁹⁰ A REQUERENTE entende que *“esse apontamento é importante – assim como seu reconhecimento expresso pelos árbitros é relevante para o desfecho célere desta arbitragem –, porque, como sugerido ao final do item 225 da Petição 57, a Requerida aventa a necessidade de reabertura da perícia para a realização de atividades complementares”* (cf. item 44 da manifestação da REQUERENTE de 09.08.2024).

¹⁹¹ Cf. item 40 da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024.

¹⁹² A propósito, a REQUERENTE destaca que, *“segundo previsão da Lei de Relicitação, o início da operação dos novos trechos rodoviários estará condicionado ao pagamento da indenização devida à Concessionária pelos bens reversíveis não depreciados ou amortizados, que deverá ser arcada pelos futuros parceiros privados (vencedores do certame), razão pela qual os respectivos leilões deverão ser precedidos do cálculo dessa indenização, que deverá constar dos editais”* (cf. item 43 da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024). Aduz ainda que *“o termo aditivo de relicitação que hoje tem vigência precária foi subscrito em 18/02/2022, antes da alteração da Lei nº 13.448/2017 pela Lei nº 14.368/2022, logo constitui em face desta última ato jurídico perfeito (art. 5º, XXV, da CF), blindado contra as alterações normativas que permitiram a transferência operacional sem o pagamento integral da indenização”* (cf. item 44 da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024). Daí que, para a

352. Com efeito, nos termos da decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberaba – MG, na ação civil pública nº 1009673-31.2023.4.06.3802, teria ficado determinada a continuidade da prestação do serviço pela REQUERENTE até a conclusão do procedimento de relicitação e a assunção do sistema rodoviário “*pelos futuros contratados e a finalização da transição ou até eventual repactuação*”¹⁹³.

353. Assim, prossegue a REQUERENTE, a despeito da previsão da cláusula 13.4 do 2º TERMO ADITIVO, o comando judicial que prorrogou a eficácia do instrumento teria estabelecido que “*apenas na hipótese de concretização dos leilões relativos aos três novos trechos rodoviários (quando então o sistema rodoviário será assumido pelos futuros contratados), restará encerrado o processo de relicitação e consumada a extinção antecipada do Contrato de Concessão objeto deste procedimento arbitral*”¹⁹⁴.

354. Neste caso, a REQUERENTE entende que ficaria prejudicado o pedido principal por ela deduzido nesta arbitragem de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência dos eventos aqui apresentados.

355. Afinal, “*a extinção antecipada do Contrato de Concessão afastará, por consequência lógica, qualquer discussão inerente ao seu reequilíbrio econômico-financeiro pelos efeitos futuros dos eventos que são objeto desta arbitragem, hipótese em que caberá ao Tribunal Arbitral se debruçar sobre o pedido subsidiário formulado pela Concessionária para condenação da Requerida a pagar ‘justa indenização’ pelos danos decorrentes dos desequilíbrios apurados durante o procedimento arbitral*”¹⁹⁵.

REQUERENTE, “*acaso sejam mantidos/confirmados os efeitos da decisão precária proferida na ação civil pública abordada no tópico anterior, o cálculo da indenização que constará dos editais dos leilões considerará os eventuais descontos a serem realizados pelo Poder Concedente que ainda não tenham sido obstados por ordem judicial ou arbitral. Ou seja, os novos parceiros privados arcarão com um valor de indenização inferior àquele efetivamente devido à Concessionária. Nessa hipótese, o saldo dessa conta será assumido pelo Poder Público*” (cf. item 45 da manifestação a REQUERENTE de 24.07.2024).

¹⁹³ Cf. item 8 da manifestação da REQUERENTE de 09.08.2024.

¹⁹⁴ Cf. item 11 da manifestação da REQUERENTE de 09.08.2024.

¹⁹⁵ Cf. item 42 da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024.

356. Nessa linha, argumenta a REQUERENTE que, sendo as questões apresentadas nesta arbitragem decididas por sentença antes do encerramento dos leilões, a União Federal poderia compartilhar parcial ou integralmente eventual indenização reconhecida pelo Tribunal Arbitral com o novo parceiro privado; ao passo que, sendo a sentença superveniente, aquele ente federado ficaria responsável integralmente pelo pagamento da indenização.

357. De outro lado, a revogação da decisão judicial proferida na ação civil pública nº 1009673-31.2023.4.06.3802, em virtude do provimento do agravo de instrumento nº 6000318-66.2023.4.06.0000, teria por consequência a manutenção das obrigações essenciais do CONTRATO DE CONCESSÃO, desvinculadas do 2º TERMO ADITIVO¹⁹⁶, bem como do patamar tarifário atualmente praticado, que seria o mínimo para o cumprimento das aludidas obrigações, como reconheceria a própria ANTT¹⁹⁷.

358. Teria por consequência, da mesma maneira, o restabelecimento das “*proteções concedidas pela Ordem Processual nº 03, inclusive aquela referente à eventual decretação de caducidade por parte do Poder Concedente, uma vez que, consoante a cláusula 13.6.1 do 2º Termo Aditivo, a renúncia outrora manifestada pela Concessionária quanto a essa proteção se deu especificamente para a hipótese de desqualificação do empreendimento (causa extintiva do Termo Aditivo prevista na cláusula 13.5.iii, que é diferente da extinção por decurso do prazo disposta na cláusula 13.5.ii), não tendo havido renúncia a qualquer dos demais pontos*”¹⁹⁸.

359. Nesse sentido, apresentando sua visão acerca dos possíveis cenários acerca do processo de relicitação, a REQUERENTE ainda faz as seguintes considerações em relação a seus pedidos:

¹⁹⁶ A REQUERENTE esclarece que, no agravo de instrumento e na contestação à ação civil pública, não teria se oposto à continuidade da prestação do serviço público que foi determinada pelo juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberaba – MG e à manutenção do patamar tarifário determinada por aquele mesmo magistrado. Nessa linha, ainda que revogada a decisão judicial de primeira instância para se afastar a prorrogação do 2º TERMO ADITIVO por ausência do requisito de consenso exigido na cláusula 13.3.1 do instrumento, deveriam ditas obrigações e patamar tarifário serem mantidos, “*em observância ao princípio do non reformatio in pejus*” (cf. item 53, “i”, da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024).

¹⁹⁷ Isto apenas não ocorreria na hipótese de “*a aludida decisão liminar ser revogada/reformada após a consumação exitosa do processo de relicitação (o que, de acordo com a decisão judicial vigente, pressupõe a realização dos três leilões), restará prejudicado o pedido principal de reequilíbrio contratual, mantendo o interesse na prolação de sentença de mérito em relação ao pedido subsidiário de condenação da Requerida ao pagamento de indenização correspondente a todos os efeitos diretos e indiretos decorrentes dos eventos de desequilíbrio suportados pela Requerente desde as datas de suas respectivas ocorrências até o término da relação contratual, isto é, até a data da efetiva transferência da concessão aos futuros contratados*” (cf. item 55 da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024).

¹⁹⁸ Cf. item 53, “ii”, da manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024.

- (i) a frustração do financiamento produziria efeitos contínuos, que afetariam a CONCEBRA até o presente, de modo que, *“havendo a finalização do processo relicitatório e vindo a ser reconhecido que a frustração do financiamento aprovado como responsabilidade do Poder Concedente, além condenação da Requerida ao pagamento de indenização correspondente ao desequilíbrio contratual e aos demais efeitos indicados no Laudo Pericial (exemplo, a multa estabelecida no Contrato EPC), não deverão ser imputados à Requerente eventuais danos e penalidades futuros ou já reconhecidos pela ANTT relacionados às condições do sistema viário da concessão”*¹⁹⁹;
- (ii) as alterações normativas referentes ao excesso de cargas na rodovia produziriam igualmente efeitos contínuos, acumulando-se a cada dia, de forma que, *“finalizada a relicitação e vindo a ser reconhecido que o reequilíbrio promovido pela Agência não foi suficiente, a Requerente fará jus à indenização pertinente à perda de receita decorrente do aumento dos limites de tolerância por eixo e, além disso, não deverá ser responsabilizada por eventuais danos e penalidades futuros ou já reconhecidos pela ANTT relacionados às condições do pavimento, haja vista que os impactos diretos decorrentes desse evento de desequilíbrio no pavimento já foram reconhecidos pela prova pericial”*²⁰⁰;
- (iii) a inexecução dos CONTRATOS CREMA também afetaria continuamente a CONCEBRA, de maneira que, *“finalizada a relicitação e vindo a ser reconhecido que os defeitos técnicos verificados são de responsabilidade do Poder Concedente, a Requerente não deverá ser responsabilizada por eventuais danos e penalidades que venham a ser reconhecidos pela ANTT relacionados às condições do pavimento do trecho fiscalizado”*²⁰¹;
- (iv) as vias entregues de forma inadequada pelo DNIT teriam efeitos contínuos, sendo que, *“no cenário de encerrada a relicitação, não haverá uma compensação monetária direta à CONCEBRA além daquela referente ao projeto feito, mas deverá haver isenção de sua responsabilidade no que tange*

¹⁹⁹ Cf. manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024, p. 32.

²⁰⁰ Cf. manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024, p. 33.

²⁰¹ Cf. manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024, p. 34.

às condições do sistema viário, haja vista o seu não recebimento atestado pela prova pericial – afastando, inclusive, penalidades e outros atos fiscalizatórios futuros ou promovidos pela Agência referentes a esse trecho”²⁰²; e

- (v) *quanto aos pleitos fundados nos outros eventos relatados pela REQUERENTE neste procedimento arbitral, “finalizada a relicitação e não vindo a ser promovido o reequilíbrio pretendido, a indenização devida à Requerente por todos dos efeitos diretos e indiretos dos eventos de desequilíbrio apurados neste procedimento será integralmente arcada pelo Poder Concedente no futuro”²⁰³.*

360. Em suas Alegações Finais, a REQUERENTE reitera os principais argumentos para o acolhimento de sua tese acerca do marco temporal dos efeitos desta arbitragem, nos termos do quadro reproduzido no item 426 da aludida peça jurídica. E assim conclui²⁰⁴:

“A Requerente reitera aqui o pedido outrora apresentado para que seja rejeitada a preliminar suscitada pela Requerida para limitação temporal do escopo da arbitragem ao marco inicial da eficácia do 2º Termo Aditivo, devendo ser levado em consideração como marco temporal final dos desequilíbrios a data do término efetivo da eficácia do referido instrumento (que continua prorrogada por decisão judicial).”

XII.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

361. A REQUERIDA alega que grande parte dos pedidos formulados pela REQUERENTE nesta arbitragem almeja a *“compensação por supostos desequilíbrios consolidados de forma definitiva, em momento pretérito à instauração do feito, mas também, a declaração de direitos, pelo Tribunal Arbitral, com efeitos prospectivos”²⁰⁵*, decorrentes de obrigações de trato continuado e/ou de obrigações que ainda não teriam sido cumpridas pela CONCEBRA.

362. Na sua visão, porém, a celebração do 2º TERMO ADITIVO subsequentemente à instauração da arbitragem teria por fito limitar no tempo as pretensões da REQUERENTE. Consoante defende, a cláusula 16.3 do instrumento disporia que *“as Partes concordam e*

²⁰² Cf. manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024, p. 35.

²⁰³ Cf. manifestação da REQUERENTE de 24.07.2024, p. 35-36.

²⁰⁴ Cf. item 427 das Alegações Finais da REQUERENTE.

²⁰⁵ Cf. item 23 da manifestação da REQUERENTE de 05.06.2023.

declaram que os processos judiciais e arbitrais em curso na data de eficácia do presente Termo Aditivo somente produziram efeitos em relação ao período compreendido até a eficácia deste”²⁰⁶.

363. Para a REQUERIDA a data da eficácia do 2º TERMO ADITIVO, mencionada na cláusula 16.3, corresponderia ao dia 18.03.2022, quando a REQUERENTE efetuou o protocolo da apólice do seguro garantia previsto naquele instrumento²⁰⁷.

364. Nesse sentido, a REQUERIDA argumenta que deveriam ser desconsiderados na análise do Tribunal Arbitral e dos cálculos empreendidos pela empresa perita “valores devidos em razão de eventos que não se concretizaram antes da celebração do mencionado Termo Aditivo”²⁰⁸, bem como limitada no tempo a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que venha a ser considerada devida até aquela data de 18.03.2022.

365. Como forma de contextualizar a razão da cláusula 16.3, a REQUERIDA esclarece que o 2º TERMO ADITIVO teve por objetivo viabilizar a continuidade da prestação dos serviços essenciais pela REQUERENTE até que o trecho rodoviário concedido viesse a ser relicitado a uma nova concessionária.

366. Explica também que, por força do aditamento contratual, (i) deixou de ser exigido da REQUERENTE um conjunto de obrigações de investimentos previstas no PER, segundo a cláusula segunda do 2º TERMO ADITIVO, “que se fundamenta no art. 15, II, da Lei nº 13.448, de 2017, e no art. 8º, III, do Decreto nº 9.957, de 2019”²⁰⁹; e (ii) foram decotados da tarifa inicialmente pactuada os valores correspondentes às obrigações suspensas.

²⁰⁶ Cf. RTE-250 e R-140.

²⁰⁷ Cf. RTE-253.

²⁰⁸ Cf. item 10 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

²⁰⁹ Cf. item 13 das Alegações Finais da REQUERIDA.

367. Sem embargo, prossegue a REQUERIDA, as partes teriam negociado um valor de tarifa a ser praticado durante a vigência do 2º TERMO ADITIVO, de forma a assegurar um excedente tarifário a ser descontado do pagamento futuro de eventual indenização de bens reversíveis²¹⁰.

368. Assim, teria sido “*com o intuito de garantir segurança jurídica a estas novas regras recentemente pactuadas, em caráter irrevogável e irretratável – conforme art. 14, § 2º, III, da Lei 13.448, de 2017, e art. 3º, III, do Decreto nº 9.957, de 2019, reproduzidos na cláusula 16.1 do 2º Termo Aditivo pactuado – que o mencionado TA previu a limitação dos efeitos dos processos judiciais e arbitrais em curso, no momento de sua celebração, até a data de sua eficácia, o que se deu em 18 de março de 2022*”²¹¹.

369. A REQUERIDA aduz que a cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO não teria afastado a possibilidade de serem submetidas eventuais novas controvérsias a um novo procedimento arbitral, mas expressamente teria “*afastad[o] a possibilidade de estender os efeitos de controvérsia arbitral já em curso no momento da celebração daquele TA para o período posterior à sua eficácia*”²¹², ocorrida em 18.03.2022.

370. Segundo advoga, “*a subcláusula 16.3 do 2º TA não afasta a possibilidade de novas controvérsias, tanto que expressamente prevista, nas subcláusulas 5.4.11 e 9.42 do referido Termo Aditivo, a possibilidade de ser apurado e pago posteriormente à Concessionária o valor controverso da indenização e de outros haveres e deveres*”²¹³.

371. E prossegue: “*embora as mencionadas subcláusulas sejam amplas sobre a definição deste valor controverso em decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, seguindo a redação prevista no art. 11, § 2º, do Decreto nº 9.957, de 2019, a subcláusula 19.13 daquele Termo Aditivo reafirmou ou ratificou a cláusula compromissória de*

²¹⁰ Conforme explica a REQUERIDA, “*O excedente tarifário consiste justamente no resultado obtido com a subtração da tarifa calculada (subcláusula 5.2) da tarifa de pedágio praticada (subcláusula 5.1). Ou seja: excedente = tarifa praticada – tarifa calculada*” (cf. item 63 da manifestação da REQUERIDA de 20.07.2024).

²¹¹ Cf. item 27 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

²¹² Cf. item 30 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

²¹³ Cf. item 27 das Alegações Finais da REQUERIDA.

arbitragem firmada entre as partes na subcláusula 17.31 do Contrato de Concessão Originário”²¹⁴.

372. Ainda na linguagem utilizada pela REQUERIDA, “*as ações judiciais e processos arbitrais anteriores tomaram como pressuposto a continuidade do contrato de concessão em sua vigência original, não apenas quanto ao prazo, mas mesmo quanto às obrigações e à tarifa. Sendo o Termo Aditivo de Relicitação um ajuste novo, quaisquer divergências relacionadas ao período posterior à sua edição, somente podem ser discutidas em outros processos judiciais e arbitrais*”²¹⁵.

373. A REQUERIDA entende como equivocada a tese da REQUERENTE de que a interpretação da cláusula 13.6 do 2º TERMO ADITIVO levaria à conclusão de que os efeitos desta arbitragem deveriam ser considerados até o término da eficácia do aditamento contratual. Para ela, dita interpretação atentaria contra a literalidade da disposição contratual, além de contrariar a lógica. Consoante defende²¹⁶:

“Exatamente pelas características do Termo Aditivo de Relicitação, que rompe com a lógica contratual anterior, estabelecendo novas obrigações e novas tarifas, um verdadeiro contrato de transição, as partes ajustaram entre si que os processos judiciais e arbitrais anteriores devem ter seus efeitos limitados ao início da vigência desse novo ajuste contratual. Isso porque as ações judiciais e processos arbitrais anteriores tomaram como pressuposto a continuidade do contrato de concessão em sua vigência original, não apenas quanto ao prazo, mas mesmo quanto às obrigações e a tarifa. Sendo o Termo Aditivo de Relicitação um ajuste novo, quaisquer divergências relacionadas ao período posterior à sua edição, somente podem ser discutidas em outros processos judiciais e arbitrais.

Recorremos aqui à lógica: no fim da eficácia da relicitação não há mais contrato, não faria sentido uma cláusula que limitasse os efeitos da decisão neste procedimento até a extinção do contrato, pois simplesmente não estaria, na prática, impondo limitação nenhuma. A existência ou inexistência da cláusula resultaria no mesmo. A intenção ali, claramente, era limitar os efeitos das decisões de processos anteriores até o limite da vigência do contrato original, com suas regras, antes de terem sido profundamente alteradas pelo Termo Aditivo de Relicitação.

Basta observarmos os pedidos formulados pela CONCEBRA neste procedimento, para compreendermos a lógica desse raciocínio.

Por exemplo, a concessionária alega que mudanças nas regras de financiamento afetaram o cumprimento do contrato. Para o período após a assinatura e início de vigência do Termo

²¹⁴ Cf. item 28 das Alegações Finais da REQUERIDA.

²¹⁵ Cf. item 21 das Alegações Finais da REQUERIDA.

²¹⁶ Cf. itens 48 a 51 da manifestação da REQUERIDA de 09.08.2024.

Aditivo de Relicitação tal pleito não faz mais sentido, dado que o termo aditivo constituiu uma nova relação entre obrigações e tarifa, em condições que foram aceitas pela concessionária, para o novo período. A discussão permanece válida para o período anterior à vigência do termo aditivo, mas não para o período em que suas regras passaram a regular a relação entre as partes. Para outros pleitos, como o aumento da tolerância do excesso de peso, ou as alegadas inexecuções de contrato CREMA pode-se concluir o mesmo: o Termo Aditivo de Relicitação rompeu a relação de causalidade de quaisquer efeitos desses eventos, ao instituir uma nova relação jurídica entre as partes para o período de duração do processo de relicitação, fixando novas obrigações e nova tarifa de comum acordo com a concessionária, ou seja, tendo a própria CONCEBRA concordado que as condições do termo aditivo eram satisfatórias.”

374. Sustenta a REQUERIDA também que, acaso acatada, a interpretação da REQUERENTE encerraria violação ao princípio do contraditório, pois sua defesa e a prova produzida nesta arbitragem teriam tomado como base os pedidos formulados no requerimento de arbitragem e nas Alegações Iniciais, que *“assumem unicamente o cenário de continuidade do contrato, não de encerramento antecipado, nem de profunda alteração em suas regras por meio de um Termo Aditivo de Relicitação”*²¹⁷.

375. Nesse contexto, tendo apresentado ao Tribunal Arbitral sua visão acerca dos possíveis cenários que poderiam advir para a relicitação à luz dos desdobramentos fáticos a ela relacionados, a REQUERIDA entende que, diante do 2º TERMO ADITIVO, as seguintes consequências resultariam para os pedidos formulados pela REQUERENTE, mesmo se acolhidos nesta arbitragem:

- (i) os pedidos abordados nos capítulos XII.2, XII.3²¹⁸ e XII.6²¹⁹ desta sentença arbitral visariam ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE

²¹⁷ Cf. item 53 da manifestação da REQUERIDA de 09.08.2024.

²¹⁸ No caso do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência do aumento do preço dos insumos asfálticos, a REQUERIDA ainda argumenta que, *“uma vez que o reequilíbrio em virtude da variação de preços dos insumos a partir da Pandemia de Covid-19, dentre os quais os asfálticos, já está sendo discutido administrativamente, compreende-se que, no caso específico do presente pleito, a arbitragem deve se limitar a momento ainda anterior à vigência do TA de Relicitação, qual seja, o início da emergência em saúde pública em questão, sob pena de prejuízo à competência da ANTT na apuração de eventual desequilíbrio contratual”* (cf. item 85 da manifestação da REQUERIDA de 24.07.2024).

²¹⁹ Em relação ao pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência do aumento do peso bruto por eixo, a REQUERIDA entende que, *“diante da assinatura do Termo Aditivo de Relicitação, não há mais que se falar em reequilíbrio por manutenção do pavimento, uma vez que essa manutenção não será realizada diante da devolução antecipada do trecho”* (cf. item 105 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2024). Não obstante, para a hipótese de acolhimento do pedido, a REQUERIDA argumenta não apenas a necessidade de limitação temporal à eficácia do 2º TERMO ADITIVO, como também que *“deve-se considerar que a Concessionária incorria em custos de manutenção de pavimento apenas no decurso do 7º ano e nos primeiros meses do 9º ano da concessão”* (cf. item 105 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2024).

CONCESSÃO por impactos prolongados no tempo, de modo que, com a superveniência do 2º TERMO ADITIVO, acaso julgados procedentes, deveriam ser mensurados exclusivamente os impactos ocorridos até 18.03.2022, o que teria sido calculado no curso da perícia em relação a alguns daqueles pleitos;

- (ii) os pedidos objeto dos capítulos XII.4, XII.5, XII.7, XII.8, XII.9, XII.10, XII.11 e XII.13 desta sentença arbitral teriam como causa de pedir impactos ocorridos antes da eficácia do 2º TERMO ADITIVO, pelo que a superveniência da relicitação não os atingiria; e
- (iii) o pedido apreciado no capítulo XII.12 desta sentença arbitral se fundaria em evento que não teria ensejado *“qualquer impacto à Requerente em momento anterior à data de vigência do TA de Relicitação, de forma que este perdeu integralmente seu objeto”*²²⁰.

376. Assim, para a REQUERIDA, *“independentemente do que tenha ocorrido após o início da vigência do Termo Aditivo de relicitação, e independentemente do que ainda venha a acontecer no futuro, a cláusula em questão tem validade e implica em expressa limitação dos efeitos da decisão neste processo. Mesmo em um cenário (que aqui se cogita apenas pela argumentação) de encerramento do processo de relicitação por reforma da decisão que prorrogou o 2º termo aditivo, a cláusula permanece válida, não havendo hipótese na qual os efeitos da decisão deste procedimento arbitral possam ultrapassar o início da vigência do termo aditivo, por decorrer de expresso acordo entre as partes”*²²¹.

377. Isto é, mesmo na hipótese de extinção antecipada do CONTRATO DE CONCESSÃO, a apreciação do pedido indenizatório subsidiário deduzido pela REQUERENTE haverá de ser limitada temporalmente até 18.03.2022, diante da redação da cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO, voluntariamente aceita pelas partes, sendo certo, ainda, que eventual indenização haveria de ser satisfeita pelo regime dos precatórios judiciais previsto no art. 100 da Constituição Federal, e não no bojo da relicitação²²².

²²⁰ Cf. item 156 da manifestação da REQUERIDA de 24.07.2024.

²²¹ Cf. item 33 da manifestação da REQUERIDA de 09.08.2024.

²²² De acordo com a REQUERIDA, *“a própria CONCEBRA, ao assinar o Termo Aditivo de Relicitação, se comprometeu com regra que estabelece que quaisquer haveres e deveres decorrentes de decisão arbitral serão*

378. Com efeito, todos os cenários delineados nas manifestações das partes de 24.07.2024 e 09.08.2024 diriam respeito a *“pós-fatos irrelevantes a este procedimento, haja vista que, em todos os casos, a eventual ocorrência se daria em momento posterior à indigitada data-limite”*²²³ de eficácia do 2º TERMO ADITIVO.

379. A REQUERIDA também entende que, uma vez realizada a licitação do trecho designado “Rota do Zebu” e assinado o contrato respectivo com o novo concessionário, o CONTRATO DE CONCESSÃO celebrado entre ela e a REQUERENTE será extinto²²⁴.

380. Nas suas palavras, *“o Contrato de Concessão originário e o Termo Aditivo de Relicitação são extintos, de pleno direito, a partir da celebração do novo Contrato de Concessão e assunção do trecho concedido pelo futuro contratado, mesmo que apenas relativamente a um dos trechos que compõem a concessão atual”*²²⁵.

381. Como consequência, prossegue a REQUERIDA, *“a ocorrência de nova licitação, com o encerramento do contrato atual, previsto para fevereiro de 2025, torna prejudicados os pedidos formulados na presente arbitragem, que considerem o prazo original do contrato”*²²⁶. Nesse sentido, a REQUERIDA se contrapõe à visão da REQUERENTE de que o processo de relicitação somente seria encerrado após a licitação do terceiro trecho da concessão²²⁷.

apurados e pagos posteriormente, não previamente ao encerramento do contrato”, na forma das cláusulas 9.4 e 5.4.1 do aditamento contratual (cf. item 26 da manifestação de 09.08.2024).

²²³ Cf. item 33 das Alegações Finais da REQUERIDA.

²²⁴ Para a REQUERIDA, isto não ocorreria, contudo, caso deflagrada uma das hipóteses da cláusula 13.5 do 2º TERMO ADITIVO, em que o aditamento contratual seria encerrado, mas o CONTRATO DE CONCESSÃO seria restabelecido automaticamente em seus encargos, obrigações e condições.

²²⁵ Cf. item 166 da manifestação da REQUERIDA de 24.07.2024.

²²⁶ Cf. item 19 da manifestação da REQUERIDA de 09.08.2024.

²²⁷ Conforme explica a REQUERIDA, *“o instituto da relicitação não foi concebido legalmente para permitir o fatiamento gradual do contrato de concessão, nas hipóteses em que um contrato único é fracionado em mais de um leilão. O trecho atualmente concedido à CONCEBRA será licitado em 3 diferentes trechos novos, sendo que com a assunção do primeiro trecho a concessionária deve sair de todos eles, ocorrendo a reversão integral ao Poder Concedente. Exatamente como está acontecendo com a primeira relicitação concluída pela ANTT, da VIA040, no qual uma das partes nas quais foi dividido o trecho original foi licitado e o trecho restante será assumido pelo DNIT enquanto aguarda a conclusão dos próximos leilões”* (cf. item 18 da manifestação da REQUERIDA de 09.08.2024).

382. A REQUERIDA também advoga que o fato de a REQUERENTE ter apresentado proposta de otimização e readequação do CONTRATO DE CONCESSÃO, nos termos da Portaria nº 848/2023 do Ministério dos Transportes, traria consequências para esta arbitragem. Segundo a ANTT, ao efetuar o protocolo do pedido junto ao órgão ministerial, a CONCEBRA teria apresentado, à vista dos arts. 3º, II, e 7º, II, “a” e “h”, da sobredita Portaria, *“declaração formal de renúncia ao presente procedimento arbitral, assim como renúncia a todos os alegados desequilíbrios contratuais passados que constituem objeto do presente procedimento”*²²⁸.

383. Para a REQUERIDA, a REQUERENTE deveria ter comunicado o fato ao Tribunal Arbitral, em prol da boa-fé e lealdade processuais; afinal, *“as renúncias apresentadas pela concessionária, caso o contrato seja renegociado, tornam completamente desnecessária e sem efetividade eventual sentença proferida por este tribunal, impondo um custo desnecessário a todas as partes envolvidas”*²²⁹.

384. Desse modo, a REQUERIDA assim conclui em Alegações Finais²³⁰:

“Ante todo exposto, a Requerida requer que a decisão a ser proferida neste procedimento arbitral não produza efeitos para além da data de início da eficácia do TA de Relicitação, que se deu em 18 de março de 2022, de tal forma que:

- *em pleitos relativos a obrigações de trato sucessivo, o valor de reequilíbrio eventualmente reconhecido como devido seja limitado à data do termo inicial do TA de Relicitação; e*
- *no que tange aos pleitos que não causaram custo à Requerente até a data da eficácia do TA de Relicitação, estes sejam considerados prejudicados, em virtude da cessação de sua arbitrabilidade. [...]*

Desse modo, no que concerne aos pleitos de reequilíbrio formulados pela Requerente em razão: a) dos custos em incorreria para adequar os parâmetros exigidos pelo Contrato de Concessão e pelo PER nos trechos anteriormente sob responsabilidade do DNIT; e b) dos custos adicionais a serem despendidos pela Concebra nos trechos compreendidos entre o km 108,1 e o km 246,7 da Rodovia BR-153/MG e entre o km 555,2 e o km 611,2 da Rodovia BR-153/GO, devido à suposta falta de cumprimento dos contratos CREMA firmados pelo DNIT, tem-se que, considerando o advento da celebração do TA de Relicitação e tendo em vista que a concessionária não incorreu nos referidos custos até a data de início da eficácia do aludido TA – termo ao qual a decisão arbitral encontra-se temporalmente limitada -, claramente ocorreu

²²⁸ Cf. item 59 da manifestação da REQUERIDA de 09.08.2024.

²²⁹ Cf. item 60 da manifestação da REQUERIDA de 09.08.2024.

²³⁰ Cf. itens 35, 40 e 41 das Alegações Finais da REQUERIDA.

a perda superveniente do objeto de tais pleitos, pelo que requer-se, em relação a eles, a extinção do processo arbitral sem julgamento do mérito.

Já no tocante aos pedidos de reequilíbrio formulados pela Requerente em razão de obrigações de natureza continuada, a exemplo dos reflexos da crise econômica e da alteração das condições de financiamento, bem como do aumento no preço de insumos asfálticos (CAP) e do aumento do limite de peso bruto por eixo (Lei nº 13.103/2015), pugna-se que, eventuais recomposições do equilíbrio econômico-financeiro que venham a ser consideradas devidas a este título, o que se admite apenas por hipótese, tenham seus efeitos limitados no tempo até a data do início de eficácia do TA de Relicitação, em 18/03/2022.”

XII.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

385. As partes controvertem acerca dos impactos do 2º TERMO ADITIVO sobre esta arbitragem, argumentando a REQUERIDA que a celebração do instrumento teve por consequência limitar os efeitos dos pedidos formulados nas Alegações Iniciais à data de 18.03.2022, em sentido oposto à REQUERENTE, que defende que, acaso acolhidas as pretensões submetidas neste procedimento, seus efeitos haveriam de alcançar o efetivo encerramento da concessão.

386. O Tribunal Arbitral examinou as manifestações das partes, à luz da prova produzida e particularmente do 2º TERMO ADITIVO acostado como RTE-250 e R-140, e concluiu assistir razão à REQUERIDA, no sentido de que a superveniência do aditamento contratual restringiu os efeitos das pretensões deduzidas nesta arbitragem à data de 18.03.2022.

387. Ao celebrarem o 2º TERMO ADITIVO, REQUERENTE e REQUERIDA voluntariamente acordaram que os processos judiciais e arbitrais em curso “na data de eficácia” do referido aditamento contratual apenas produziriam efeitos “em relação ao período compreendido até a eficácia deste”. É o que se extrai da cláusula 16.3 do instrumento, abaixo reproduzida²³¹:

“16.3. As Partes concordam e declaram que os processos judiciais e arbitrais em curso na data de eficácia do presente Termo Aditivo somente produzirão efeitos em relação ao período compreendido até a eficácia deste.”

388. A interpretação defendida pela REQUERENTE, de que a utilização do termo “eficácia” – em lugar de “data da eficácia” –, constante da última oração da disposição contratual *supra*,

²³¹ Cf. cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO (RTE-250; R-140).

tenha pretendido referir a todo o período de duração do 2º TERMO ADITIVO até o seu término não encontra amparo na literalidade e leitura sistemática do instrumento.

389. Basta ver que a palavra “*eficácia*” é empregada no 2º TERMO ADITIVO 14 (quatorze) vezes, sendo pelo menos 9 (nove) delas isoladamente (além da que consta na citada cláusula 16.3), não acompanhada de “*data de eficácia*”, como se colhe das cláusulas 5.2.2, 5.2.2.1, 5.4, 11.1, 12.1.5, 13.2, 13.6 e 13.6.1²³²:

“5.2.2. Sobre os valores das tarifas calculadas de que trata a subcláusula 5.2, por ocasião do reajuste anual, e previamente ao pagamento da indenização de que trata a subcláusula 9.3, poderão incidir Revisão Ordinária e Extraordinária, referentes a atos posteriores à eficácia deste Termo Aditivo.”

* * *

“5.2.2.1 Eventuais haveres e deveres decorrentes de Revisões Ordinárias e Extraordinárias cujos fatos geradores sejam anteriores à eficácia deste Termo Aditivo serão considerados em conjunto na apuração final de haveres e deveres de que trata o art. 8º, IV, do Decreto nº 9.957/2019.”

* * *

“5.4. O valor excedente de receita tarifária auferido pela Concessionária durante a vigência deste Termo Aditivo, obtido a partir da diferença entre as tarifas previstas nas subcláusulas 5.1 e 5.2, será reajustado, a partir da data de eficácia do presente Termo Aditivo até o pagamento da indenização, para incorporar a variação do IPCA e o custo médio ponderado de capital regulatório vigente ao tempo da eficácia do presente Termo Aditivo, e será descontado do valor de indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, observadas as disposições do art. 11, do Decreto nº 9.957/2019, bem como os artigos 16 e 17 da Resolução ANTT nº 5.926, de 02 de fevereiro de 2021.”

* * *

“11.1 A partir da eficácia deste Termo Aditivo, fica facultado à ANTT o acompanhamento das reuniões do Conselho de Administração da Concessionária.”

* * *

“12.1.5. A apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de fato gerador anterior à eficácia deste Termo Aditivo seguirão o rito já em curso e previsto na regulamentação da ANTT, observado o disposto na subcláusula 4.2 deste Termo Aditivo.”

* * *

²³² Cf. cláusulas 5.2.2, 5.2.2.1, 5.4, 11.1, 12.5, 13.2, 13.6 e 13.6.1 do 2º TERMO ADITIVO (RTE-250; R-140); grifou-se.

“13.2. A eficácia do Termo Aditivo fica condicionada à publicação de seu extrato no Diário Oficial da União (DOU) às expensas da ANTT, nos termos do parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

* * *

“13.6. A ocorrência das hipóteses de resolução na subcláusula 13.5 implicará:

(i) a imediata instauração do processo de caducidade contra a Concessionária;

(ii) o reestabelecimento automático dos encargos, das obrigações e das condições vigentes antes da eficácia do presente Termo Aditivo; e

(iii) a revogação ex tunc da suspensão da incidência das multas moratórias prevista na subcláusula 4.2 para obrigações vencidas e inadimplidas até a eficácia deste Termo Aditivo.”

* * *

“13.6.1. A Concessionária renuncia exclusivamente ao direito e desiste do pedido de medida cautelar que impede a instauração, o processamento e eventual declaração de caducidade na hipótese de desqualificação do EMPREENDIMENTO no âmbito do PPI, nos termos do item (i) do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03 proferida pelo Tribunal Arbitral no âmbito da Câmara de Comércio Internacional (CCI), o que será formalizado em peticionamento da Concessionária naquele processo no prazo de 5 (cinco) dias, contado da eficácia deste Termo Aditivo.”

390. Em todas as vezes que a palavra “*eficácia*” foi posta isoladamente, como na própria cláusula 16.3, o sentido claro de seu emprego diz respeito ao início de vigência do 2º TERMO ADITIVO, que, no caso, operou-se com a apresentação, em 18.03.2022²³³, pela REQUERENTE à

²³³ “CONCEBRA – CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S.A, já qualificada nos presentes autos, por seu advogado já constituído no processo em epígrafe, vem, respeitosamente, requerer, em cumprimento à cláusula 7.1 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão Edital nº 004/2013 e para fins de início de sua vigência, nos termos da cláusula 13.1, a juntada da Apólice do Seguro Garantia (Doc. 01), c omo também a ata de reunião do conselho de administração da companhia aprovando a contratação dessa garantia (Doc. 02). Nestes termos, pede deferimento. Brasília/DF, 18 de março de 2022.” (cf. RTE-253).

REQUERIDA, da apólice de seguro garantia nº 017412022000107750065020, emitida pelo BMG Seguros S.A.²³⁴, na forma das cláusulas 7.1 e 13.1 do aludido aditamento contratual²³⁵⁻²³⁶.

391. Ou seja, em nenhum momento, o termo “*eficácia*” foi isoladamente utilizado no 2º TERMO ADITIVO para referir-se a toda duração do aditamento contratual, não sendo razoável que em apenas uma única disposição – qual seja, na cláusula 16.3 – a palavra seja empregada com sentido diverso daquele de todo o resto do instrumento pactuado.

392. Note-se que o próprio Decreto Federal nº 9.957/2019, que constitui base normativa para a celebração do 2º TERMO ADITIVO, também confere à expressão “*eficácia do termo aditivo*” o sentido de início de vigência do instrumento contratual, como se extrai do seu art. 8º, XIV, a seguir transcrito e em parte grifado:

“Art. 8º São cláusulas obrigatórias do termo aditivo de que trata o art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outras consideradas pertinentes pela agência reguladora competente: [...]

XIV - a previsão de que a eficácia do termo aditivo fica condicionada à comprovação pelo contratado originário, no prazo de sessenta dias, contado da data de sua assinatura, da inexistência de regime de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência, para os fins do disposto no § 4º do art. 14 da Lei nº 13.448, de 2017; e”

393. Corroborando também o ora exposto o fato de que as partes chegaram a disciplinar no 2º TERMO ADITIVO, em linha com o art. 11, § 2º, do Decreto Federal nº 9.957/2019²³⁷, um regime

²³⁴ “Cumprimentando-o cordialmente, informamos que a CONCEBRA protocolou em 18/03/2022 a petição (SEI nº 10469462) em cumprimento à cláusula 7.1 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão Edital nº 004/2013 e para fins de início de sua vigência, nos termos da cláusula 13.1, a juntada da Apólice do Seguro Garantia (SEI nº 10469473), como também a ata de reunião do conselho de administração da companhia aprovando a contratação dessa garantia (SEI nº 10469480). Trata-se da Apólice de Seguro Garantia nº 017412022000107750065020, emitida pela BMG Seguros S.A., com vigência de 18/02/2022 a 18/20/2023. A referida apólice foi analisada pela NOTA TÉCNICA SEI nº 1269/2022/GEGEF/SUOD/DIR (SEI nº 10170387), de 21/03/2022, que concluiu que a Concessionária está regular quanto à adimplência contratual/legal.” (cf. RTE-254).

²³⁵ “7.1 A Concessionária deverá manter, em favor da ANTT, Garantia de Execução do Contrato, no valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), a preços de março de 2012, reajustado pelo mesmo índice previsto na subcláusula 5.3” (cf. RTE-250; R-140).

²³⁶ “13.1. Este Termo Aditivo entra em vigor na data de protocolo na ANTT da garantia de execução de que trata a Cláusula Sétima, a exceção da tabela tarifária de que trata o Quadro 1 da Cláusula Quinta, que entra em vigor quinze dias após a data de protocolo na ANTT da garantia de execução de que trata a Cláusula Sétima” (cf. RTE-250; R-140).

²³⁷ “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

para o pagamento de eventual “valor controverso” decorrente de decisão proferida em arbitragem então em curso, estabelecendo que este poderia ser pago após o novo contrato de parceria a ser entabulado entre o Poder Concedente e o novo parceiro privado em decorrência da relicitação (cf. cláusulas 5.4.1 e 9.4 do 2º TERMO ADITIVO)²³⁸⁻²³⁹.

394. Entretanto, muito embora tenham atribuído uma definição ao termo “valor controverso”, as partes não dispuseram que tal poderia se referir a eventos ocorridos após a entrada em vigor do 2º TERMO ADITIVO, conforme se depreende da cláusula 1.1, “vi”, do instrumento, *in verbis*:

“1.1. Na interpretação e aplicação deste Termo Aditivo, serão consideradas as seguintes definições: [...]

(vi) VALOR CONTROVERSO: valor sobre o qual Concessionária e ANTT discordam e que deverá ser pago após decisão arbitral ou advinda de outro mecanismo de resolução de controvérsia; e”

395. Consoante regra de hermenêutica, o texto da norma – no caso, negocial – constitui, ao mesmo tempo, ponto de partida e limite à interpretação jurídica²⁴⁰. De sorte que, ainda que a REQUERENTE apresente argumentos teleológicos e econômicos, não há como o Tribunal Arbitral superar o texto da disposição pactuada para estender os efeitos desta arbitragem além do início de vigência do 2º TERMO ADITIVO.

VII do § 1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017: [...] § 2º O pagamento dos valores de que trata o caput será condição para o início do novo contrato de parceria, nos termos do disposto no § 3º do art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outros valores a serem apurados e pagos posteriormente, decorrentes de decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, na forma prevista no inciso IV do caput do art. 8º.”

²³⁸ “5.4.1. Sem prejuízo do previsto nesta subcláusula 5.4, serão apurados e pagos posteriormente à Concessionária, o VALOR CONTROVERSO da indenização e de outros haveres e deveres, decorrentes de decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, em conformidade ao previsto no §2º do art. 11 do Decreto nº 9.957/2019.” (RTE-250; R-140).

²³⁹ “9.4. Eventual VALOR CONTROVERSO da indenização e demais haveres e deveres decorrentes de decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, em conformidade ao previsto no §2º do art. 11 do Decreto nº 9.957/2019, serão apurados e pagos posteriormente.” (RTE-250; R-140).

²⁴⁰ “As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados. É a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar, embora isso possa significar zonas hermenêuticas muito extensas.” (BARROSO, Luís R. Interpretação e Aplicação da Constituição, 7ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. E-book. p.134. ISBN 9788502075313. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502075313/>. Acesso em: 04 fev. 2025).

396. O Tribunal Arbitral não vislumbra, por outro lado, antinomia entre a limitação pactuada na cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO e o quanto disposto nas cláusulas 18.1 e 13.6.1, segundo as quais a celebração do instrumento não importaria renúncia a qualquer direito das partes, com exceção apenas daqueles elencados nas próprias disposições contratuais abaixo transcritas²⁴¹:

“18.1 O presente Termo Aditivo não importa reconhecimento de culpa por parte da Concessionária, e, tampouco, da procedência de questões suscitadas pela Concessionária, especialmente quanto a eventuais desequilíbrios econômico-financeiros, renovação ou, renúncia a qualquer direito das Partes, ressalvadas as seguintes renúncias previstas na Lei nº 13.448/2017 e no Decreto nº 9.957/2019, a saber:

(i) renúncia ao prazo para a correção de falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no §3º do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e

(ii) renúncia quanto à sua participação e de seus acionistas diretos ou indiretos no certame de relicitação ou no NOVO CONTRATO DE CONCESSÃO que contemple, integral ou parcialmente, o objeto do CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO, observado o disposto no art. 16 da Lei nº 13.448/2017.”

* * *

“13.6.1. A Concessionária renuncia exclusivamente ao direito e desiste do pedido de medida cautelar que impede a instauração, o processamento e eventual declaração de caducidade na hipótese de desqualificação do EMPREENDIMENTO no âmbito do PPI, nos termos do item (i) do parágrafo 204 da Ordem Processual nº 03 proferida pelo Tribunal Arbitral no âmbito da Câmara de Comércio Internacional (CCI), o que será formalizado em peticionamento da Concessionária naquele processo no prazo de 5 (cinco) dias, contado da eficácia deste Termo Aditivo.”

397. É que a cláusula 18.1 do 2º TERMO ADITIVO não expressa propriamente uma renúncia da REQUERENTE a pedidos deduzidos neste procedimento arbitral; tanto que nenhuma das pretensões deixou de ser apreciada pelo Tribunal Arbitral nos moldes formulados nas Alegações Iniciais.

398. A cláusula do 2º TERMO ADITIVO apenas evidencia que a REQUERENTE concordou com a REQUERIDA – por ato negocial bilateral – em limitar ao início da vigência do aditamento contratual os efeitos desta arbitragem, o que não se confunde com o ato unilateral de renúncia,

²⁴¹ Cf. cláusulas 18.1 e 13.6.1 do 2º TERMO ADITIVO (RTE-250; R-140).

que, de ordinário, não pode ser presumido, devendo ser interpretado de forma restritiva, à luz do art. 114 do Código Civil²⁴².

399. A limitação à data de 18.03.2022 dos efeitos do acolhimento de pretensões que tenham por objeto obrigações de trato sucessivo e/ou se refiram a desequilíbrios do CONTRATO DE CONCESSÃO cujos eventos não haviam ocorrido até então não advém de renúncia aos pedidos da REQUERENTE, mas de regra outra, voluntariamente aceita, cuja validade não foi questionada por qualquer das partes nesta arbitragem.

400. Essa disposição, a propósito, afigura-se consentânea com a lógica do instituto da relicitação e do 2º TERMO ADITIVO pactuado entre REQUERENTE e REQUERIDA. Consoante já delineado na Ordem Processual nº 03, *“por meio do instituto da relicitação, haverá a extinção do contrato de concessão, com a transferência das obrigações do antigo concessionário para o contratado vencedor do certame a ser realizado pela Administração Pública”*²⁴³.

401. Esse processo está condicionado, nos termos do art. 15 da Lei Federal nº 13.448/2017²⁴⁴ c/c os arts. 7º, I, e 8º, do Decreto Federal nº 9.957/2019²⁴⁵⁻²⁴⁶, à celebração de um aditivo contratual entre o Poder Concedente e o concessionário visando a materializar, dentre outros, a aderência deste à relicitação e à extinção do ajuste originário.

²⁴² “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

²⁴³ Cf. item 151 da Ordem Processual nº 03.

²⁴⁴ “Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: I - a aderência irrevogável e irretratável do atual contratado à relicitação do empreendimento e à posterior extinção amigável do ajuste originário, nos termos desta Lei; II - a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento; III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.”

²⁴⁵ “Art. 7º Caberá à agência reguladora competente ou ao Ministério da Infraestrutura, quando for o caso, adotar as medidas necessárias à realização da relicitação do empreendimento qualificado nos termos do disposto no Capítulo II, em especial: I - elaborar e celebrar o termo aditivo de que trata o art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017;”

²⁴⁶ “Art. 8º São cláusulas obrigatórias do termo aditivo de que trata o art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outras consideradas pertinentes pela agência reguladora competente: [...]”

402. O instrumento referido também tem por objeto a “a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento”²⁴⁷.

403. A Resolução nº 5.926/2021 da ANTT²⁴⁸⁻²⁴⁹ estabelece que devem constar do aditivo duas modalidades de tarifa: (i) uma primeira – “tarifa calculada” – na qual é contabilizado o impacto econômico-financeiro decorrente da suspensão das obrigações de investimentos acordada; e (ii) uma segunda – “tarifa praticada” –, correspondente àquela então em vigor ou a ser negociada, que efetivamente será cobrada nas praças durante a vigência do aditamento contratual²⁵⁰.

404. A distinção entre as duas modalidades de tarifa se justifica pela lógica propugnada pelas normas pertinentes ao instituto da relicitação, tendo em vista que o art. 11, III, do Decreto Federal nº 9.957/2019 e o art. 7º, § 2º, da Resolução nº 5.926/2021 da ANTT assim dispõem:

“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: [...]

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.”

* * *

“Art. 7º [...]

§ 2º Na relicitação, a receita tarifária arrecadada a maior, oriunda da diferença entre a tarifa de pedágio e a tarifa calculada, será deduzida da indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados e será corrigida pelo Índice de Preços ao

²⁴⁷ Cf. art. 15, II, da Lei Federal nº 13.338/2017.

²⁴⁸ Cf. R-153.

²⁴⁹ Eis a redação do art. 4º, III e IV, da Resolução nº 5.926/2021 da ANTT: “Art. 4º Será celebrado termo aditivo para formalizar as obrigações assumidas pela concessionária em decorrência do processo de relicitação ou de extensão de prazo, o qual conterá, ao menos, as seguintes cláusulas: [...] III – a tarifa de pedágio a ser praticada; IV – a tarifa calculada, no caso de relicitação” (cf. R-153).

²⁵⁰ A propósito, esclarece o art. 7º, caput da Resolução nº 5.926/2021 da ANTT: “Na relicitação, a tarifa de pedágio a ser praticada será a tarifa vigente ou, excepcionalmente, demonstrada a insuficiência desta para conclusão do processo de relicitação, poderá ser fixada por negociação entre as partes” (cf. R-153).

Consumidor Amplo (IPCA) e pelo custo médio ponderado de capital regulatório vigente ao tempo da celebração do termo aditivo.”

405. Nesse contexto, ao celebrarem o 2º TERMO ADITIVO, REQUERENTE e REQUERIDA novaram o CONTRATO DE CONCESSÃO²⁵¹, outorgando configuração às obrigações de parte a parte distinta daquela objeto do pacto original, “[...] assim como as responsabilidades durante o período de transição e na transferência da concessão [...]”²⁵².

406. Por um lado, a CONCEBRA e a ANTT suspenderam obrigações de investimentos então previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO e que não foram elencadas no Anexo I²⁵³ do 2º TERMO ADITIVO (cf. cláusula 4.1)²⁵⁴, assim como as correlatas penalidades (cf. cláusula 4.2)²⁵⁵.

407. Por outro lado, pactuaram os valores da tarifa de pedágio praticada, a ser efetivamente cobrada nas praças de pedágio da rodovia durante a vigência do 2º TERMO ADITIVO, bem como os valores da tarifa calculada – e respectivas formas de revisão –, dispondo ainda que a diferença entre ambas – denominada excedente tarifário – seria deduzida do valor a ser pago à REQUERENTE a título de indenização pelos bens reversíveis empregados na concessão que não foram amortizados.

408. Confira-se, nessa esteira, a redação da cláusula 5.4 do 2º TERMO ADITIVO²⁵⁶:

“5.4. O valor excedente de receita tarifária auferido pela Concessionária durante a vigência deste Termo Aditivo, obtido a partir da diferença entre as tarifas previstas nas subcláusulas 5.1

²⁵¹ “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).” (FREITAS, Rafael Vêras de. *As prorrogações e a relicitação previstas na lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo*. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 2017, n. 59, p. 184)

²⁵² Cf. cláusula 2.1 do 2º TERMO ADITIVO.

²⁵³ Na forma da cláusula 17.1, “i” do 2º TERMO ADITIVO: “Integram este Termo Aditivo os seguintes Anexos: (i) Anexo I – Programa de Exploração da Rodovia” (cf. RTE-250; R-140).

²⁵⁴ “4.1 Durante a vigência do presente Termo Aditivo, ficam suspensas as obrigações de investimentos constantes do CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO não previstas no Anexo I deste Termo Aditivo.” (RTE-250; R-140).

²⁵⁵ “4.2. Durante a vigência deste Termo Aditivo, a não execução das obrigações de investimentos constantes do CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO e não previstas no Anexo I deste Termo Aditivo não ensejará: (i) a aplicação de penalidades, sem prejuízo da validade das penalidades cujo fato gerador seja anterior à data de sua eficácia; e (ii) a incidência de multas moratórias e o cômputo do respectivo prazo.” (RTE-250; R-140).

²⁵⁶ Cf. cláusula 5.4 do 2º TERMO ADITIVO (RTE-250; R-140).

e 5.2, será reajustado, a partir da data de eficácia do presente Termo Aditivo até o pagamento da indenização, para incorporar a variação do IPCA e o custo médio ponderado de capital regulatório vigente ao tempo da eficácia do presente Termo Aditivo, e será descontado do valor de indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, observadas as disposições do art. 11, do Decreto nº 9.957/2019, bem como os artigos 16 e 17 da Resolução ANTT nº 5.926, de 02 de fevereiro de 2021.”

409. Ou seja, o 2º TERMO ADITIVO rompeu a lógica do CONTRATO DE CONCESSÃO, estabelecendo um regramento de transição próprio do processo de relicitação, incompatível com os pedidos formulados pela REQUERENTE nesta arbitragem, que tomam como base a continuidade do ajuste original, com todas as suas obrigações, prazos, tarifas e demais disposições. Aliás, até data em que proferida esta sentença arbitral um dos trechos rodoviários que originalmente estava integrado ao CONTRATO DE CONCESSÃO já foi relicitado²⁵⁷.

410. Do ponto de vista teleológico, assim, não faria sentido as partes vincularem os efeitos desta arbitragem ao efetivo encerramento da concessão, como advoga a REQUERENTE. O 2º TERMO ADITIVO foi delineado com vistas a estabelecer um regime novo de transição voltado à extinção da concessão. Dada sua função, a extinção do aditivo está em tese prevista para se dar de forma concomitante ao encerramento da concessão²⁵⁸. Desta forma, acolher a interpretação proposta pela REQUERENTE equivaleria a tornar sem efeito a cláusula 16.3 do instrumento.

411. Afinal, não haveria finalidade de as partes dedicarem uma cláusula a estabelecer uma data específica para limitar os efeitos dos processos judiciais e arbitrais em curso, se aquela data coincidiria com marco temporal que naturalmente limitaria ditas demandas, à vista da extinção do vínculo contratual.

412. Não se afigura razoável, noutro giro, imaginar que a cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO teria sido delineada exclusivamente para a hipótese de o processo de relicitação não ser exitoso

²⁵⁷ Em manifestação apresentada em 18.11.2024, a REQUERENTE informa da “conclusão, em 31.10.2024, do leilão relacionado à chamada Rota Zebu (trecho da rodovia BR-262 entre Uberaba-MG e Betim-MG)”.

²⁵⁸ É o que se extrai da cláusula 13.4 do 2º TERMO ADITIVO, a seguir transcrita: “13.4. O CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO e o presente Termo Aditivo serão extintos de pleno direito com a celebração do NOVO CONTRATO DE CONCESSÃO entre a ANTT e o FUTURO CONTRATADO, assegurado o recebimento pela Concessionária da indenização respectiva.” (cf. RTE-250; R-140).

e de serem repristinadas as obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO, consoante hipóteses previstas na cláusula 13.5 do aditamento contratual²⁵⁹.

413. Dessa forma, uma vez ocorrida a extinção do 2º TERMO ADITIVO por qualquer das hipóteses previstas na disposição *supra* mencionada, a cláusula 13.6, “i”, do instrumento²⁶⁰, em linha com o art. 20, § 1º, da Lei Federal nº 13.448/2017²⁶¹, estabelece que será instaurado processo de caducidade contra a REQUERENTE, que igualmente terá por fim a extinção da concessão.

414. Acresce-se que, como antecipado acima, as partes pactuaram no 2º TERMO ADITIVO um valor de “*tarifa praticada*”, a ser efetivamente cobrada nas praças de pedágio das rodovias, superior àquela calculada, que, por sua vez, contabiliza o impacto econômico-financeiro decorrente da suspensão das obrigações de investimentos acordada.

415. E o Tribunal Arbitral não vislumbrou, no 2º TERMO ADITIVO, qualquer previsão no sentido de que o insucesso do processo de relicitação e o retorno das obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO ensejaria o dever de a REQUERENTE devolver o excedente tarifário à REQUERIDA – o que reforça a mudança da lógica contratual.

416. A propósito, muito embora a CONCEBRA afirme que a tarifa acordada no 2º TERMO ADITIVO “*desconsidera[ria], em sua composição, todos os efeitos dos eventos de desequilíbrio objeto da presente arbitragem, os quais continua[riam] afetando a Requerente*”²⁶², até o fim da

²⁵⁹ “13.5. O presente Termo Aditivo será extinto de pleno direito, restabelecendo-se as obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO, nas seguintes hipóteses de resolução: (i) não houver manifestação de interessados na segunda sessão para recebimento de propostas no processo de relicitação do EMPREENDIMENTO, ressalvado o disposto no §2º do art. 20 da Lei nº 13.448/2017; (ii) o decurso do prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da publicação do Decreto nº 10.248/2020, na hipótese de não ter havido prorrogação nos termos da subcláusula 13.3.1; (iii) desqualificação do EMPREENDIMENTO no âmbito do PPI; e (iv) não comprovação, pela Concessionária, de inexistência de regime de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência, para os fins do disposto no §4º do art. 14 da Lei nº 13.448/ 2017, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da vigência deste Termo Aditivo.” (cf. RTE-250; R-140).

²⁶⁰ “13.6. A ocorrência das hipóteses de resolução na subcláusula 13.5 implicará: (i) a imediata instauração do processo de caducidade contra a Concessionária;” (cf. RTE-250; R-140).

²⁶¹ “Art. 20. [...] § 1º Se persistir o desinteresse de potenciais licitantes ou não for concluído o processo de relicitação no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data da qualificação referida no art. 2º desta Lei, o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado, na forma da lei.”

²⁶² Cf. item 27 da manifestação da REQUERENTE de 31.08.2023.

relação contratual – fato em relação ao qual o Tribunal Arbitral não identificou prova –, é certo que o art. 7º § 2º, da Resolução nº 5.926/2021 da ANTT, já antes citado, permitia às partes a negociação de novos valores de tarifa.

417. De sorte que, ainda que as partes não tenham contemplado os efeitos dos desequilíbrios narrados pela REQUERENTE na tarifa pactuada no 2º TERMO ADITIVO, havia essa possibilidade, não sendo o argumento da REQUERENTE por si apto a justificar a interpretação de que o efeito desta arbitragem deveria perdurar até o efetivo encerramento da concessão.

418. O Tribunal Arbitral também observou que a interpretação aqui acolhida, no sentido de que os efeitos dos processos judiciais e arbitrais então em curso deverão ater-se ao início de vigência do aditivo que materializa a aderência da concessionária à relicitação, está em harmonia com o que foi praticado em outras concessões rodoviárias.

419. Extraí-se do termo aditivo firmado entre a ANTT e a Concessionária BR 040 S.A., acostado a esta arbitragem pela REQUERENTE como RTE-245, o seguinte: “As *Partes concordam e declaram os processos judiciais e arbitrais em curso na data de celebração do presente Termo Aditivo somente produzirão efeitos em relação ao período compreendido até a celebração deste*”²⁶³.

420. Como se vê, a redação da sobredita disposição contratual se afigura muito semelhante àquela constante da cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO pactuado entre REQUERENTE e REQUERIDA, com a diferença de que, naquele caso, utilizou-se como marco limitador temporal dos processos judiciais e arbitrais em curso a “celebração” – em lugar de “eficácia” – do aditivo, como sucedeu no caso presente.

421. Não obstante, a distinção entre os termos parece justificar-se no fato de que o aditivo celebrado entre a ANTT e a Concessionária BR 040 S.A. entrou em vigor desde logo, com a publicação de seu extrato no Diário Oficial da União²⁶⁴, ao contrário do 2º TERMO ADITIVO

²⁶³ Cf. RTE-245, cláusula 15.3; grifou-se.

²⁶⁴ “13.1. Este Termo Aditivo entra em vigor na data de publicação de seu extrato no Diário Oficial da União (DOU), às expensas da ANTT, nos termos do parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.” (cf. RTE-245, cláusula 13.1).

entabulado entre REQUERENTE e REQUERIDA, cuja vigência ficou vinculada ao protocolo na ANTT da garantia prevista na cláusula 7.1 do instrumento²⁶⁵.

422. Por todos os ângulos, conclui-se que a cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO buscou limitar à data de início de vigência do aludido aditamento contratual os efeitos dos processos judiciais em curso até então, à vista dos novos contornos obrigacionais repactuados pelas partes naquele momento.

423. A disposição não impede a REQUERENTE de iniciar novas demandas por eventos outros, como sobressai das cláusulas 19.1 e 19.2 do 2º TERMO ADITIVO²⁶⁶⁻²⁶⁷ e reconhece a própria REQUERIDA²⁶⁸.

424. Aliás, depreende-se dos documentos RTE-283, RTE-284, RTE-285 e RTE-288 que, após a celebração do aditamento contratual em tela, novas controvérsias despontaram entre as partes, tendo a CONCEBRA ajuizado a ação cautelar pré-arbitral nº 1099117-58.2023.4.01.3400, perante a 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, e iniciado a arbitragem nº 28255/RLS, perante a CCI, ambas incluindo a ANTT no polo passivo.

425. Por essas razões, o Tribunal Arbitral acolhe a preliminar suscitada pela REQUERIDA em suas manifestações de 05.06.2023, 08.08.2023, 24.07.2024 e 09.08.2024 e reiterada em Alegações Finais, para o fim de reconhecer que os efeitos dos pedidos formulados pela REQUERENTE nesta arbitragem estão limitados à data de 18.03.2022, correspondente ao início da eficácia do 2º TERMO ADITIVO.

²⁶⁵ “13.1. Este Termo Aditivo entra em vigor na data de protocolo na ANTT da garantia de execução de que trata a Cláusula Sétima, a exceção da tabela tarifária de que trata o Quadro 1 da Cláusula Quinta, que entra em vigor quinze dias após a data de protocolo na ANTT da garantia de execução de que trata a Cláusula Sétima.” (cf. RTE-250, cláusula 13.1).

²⁶⁶ “19.1 As partes ratificam a cláusula compromissória de arbitragem prevista na subcláusula 37.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO, para solução das controvérsias decorrentes do presente Termo Aditivo, acrescentando que o procedimento observará o disposto no Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.” (cf. RTE-250; R-140).

²⁶⁷ “19.2 Fica eleito o foro da Seção Judiciária da Justiça Federal de Brasília/DF para dirimir questões não abrangidas pela cláusula compromissória arbitral.” (cf. RTE-250; R-140).

²⁶⁸ Segundo a REQUERIDA, “a subcláusula 16.3 do 2º TA não afasta a possibilidade de novas controvérsias, tanto que expressamente prevista, nas subcláusulas 5.4.11 e 9.42 do referido Termo Aditivo, a possibilidade de ser apurado e pago posteriormente à Concessionária o valor controverso da indenização e de outros haveres e deveres” (cf. item 27 das Alegações Finais da REQUERIDA).

XII.2. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da crise econômica e da frustração do financiamento de longo prazo

426. Uma vez resolvida a questão preliminar suscitada pela REQUERIDA, o Tribunal Arbitral passará a apreciar o pedido de reconhecimento de desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO à luz da crise econômico-financeira e da frustração de financiamento de longo prazo, que foi formulado pela REQUERENTE no item 6.4.17 da ATA DE MISSÃO, já antes transcrito, sendo objeto do ponto controvertido constante do item 7, “i”, da Ordem Processual nº 16.

427. Referido pedido foi apresentado pela REQUERENTE em suas Alegações Iniciais nos seguintes termos²⁶⁹:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]

- ii. *O reconhecimento de que a Não Contratação do Financiamento de Longo Prazo pelo BNDES até o presente momento – a conduta de suspender a celebração, em decorrência de decisão política do Poder Concedente, do referido financiamento, contrariando as Decisões de Aprovação da Diretoria do BNDES e a previsão de contratação de Financiamento de Longo Prazo em até 12 (doze) meses da data de aprovação e celebração do contrato de Empréstimo Ponte, adotada pelo Poder Concedente na elaboração do Edital de Licitação corresponde a uma quebra de condição do Contrato de Concessão para os fins do artigo 10 da Lei 8.987/1995, de modo que a não concessão do empréstimo de longo prazo junto ao BNDES ou outros Bancos Públicos, mesmo quando cumpridos os requisitos que originalmente a habilitariam para tanto, desequilibrou o Contrato de Concessão. Que, independentemente do enquadramento conceitual que se possa dar aos eventos causadores do desequilíbrio – seja como caso fortuito ou força maior, como evento no âmbito da teoria da imprevisão e da álea econômica extraordinária, ou como fato do príncipe – o efeito prático é o mesmo: que seja reconhecido o direito de a Requerente ser compensada pelos custos diretos e indiretos incorridos com a manifestação de tal fortuito. Que a Requerida se abstenha de penalizar a Requerente por eventuais*

²⁶⁹ Cf. itens 985, “ii””, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

inexecuções decorrentes desse desequilíbrio contratual, bem como seja condenada à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão. [...]

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

428. Conforme se depreende do excerto acima e se extrai do item 6.4.19 da ATA DE MISSÃO, a REQUERENTE ainda pede que, em caso de extinção antecipada do CONTRATO DE CONCESSÃO, lhe seja reconhecido o direito à indenização equivalente ao desequilíbrio em questão.

429. Ainda nos termos das Alegações Iniciais, a REQUERENTE pede “*que este Tribunal venha, em relação às sanções que tenham correlação com os desequilíbrios ora narrados, a (i) declarar a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinguir os correlatos procedimentos administrativos sancionatórios em curso; (iii) determinar que a ANTT seja condenada a ressarcir a Requerente de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; (iv) determinar que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades referentes a inexecuções contratuais que tenham como causa os Eventos de Desequilíbrio discutidos nesta arbitragem*”²⁷⁰.

430. Para apreciação do pedido, o Tribunal Arbitral resumirá previamente os argumentos que foram apresentados pelas partes de modo a subsidiar suas teses.

XII.2.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

431. A REQUERENTE relata que, em 31.01.2014, a União Federal, por intermédio da ANTT, firmou com a CONCEBRA o CONTRATO DE CONCESSÃO, com prazo de vigência de 30 (trinta) anos contados da data da assunção da operação, ocorrida em 05.03.2014²⁷¹.

432. O objetivo da avença seria 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

²⁷⁰ Cf. item 989 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁷¹ Cf. RTE-001.

em trecho das rodovias BR-060, BR-153 e BR-262, mediante remuneração pela cobrança de tarifa de pedágio e por outras fontes de receitas.

433. O CONTRATO DE CONCESSÃO então entabulado, como narra a REQUERENTE, é oriundo da 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (“PROCROFE”), tendo sido modelado em um cenário econômico positivo no país, que durou até meados de 2014, a partir de quando o Brasil teria adentrado em uma profunda crise econômica.

434. A REQUERENTE afirma que a 3ª Etapa do PROCROFE pretendia licitar grande extensão de trechos rodoviários, sendo o de maior envergadura o trecho que veio a ser assumido pela CONCEBRA: o trecho em questão possuía extensão de 1.176 km (um mil, cento e setenta e seis quilômetros) de rodovia, com obrigação de duplicação de 647 km (seiscentos e quarenta e sete quilômetros).

435. A REQUERENTE destaca que *“informações da Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), extraídas do EVTEA (RTE 2), davam notícia de que se estimava que a vencedora do leilão teria que investir R\$ 3,98 bilhões nos primeiros 5 (cinco) anos para poder cumprir a duplicação de 647 km (seiscentos e quarenta e sete quilômetros) de rodovia e todas as outras obrigações de investimento, desafio muito maior do que a média dos trechos leiloados nas 1ª e 2ª Etapas, e dos demais da 3ª Etapa”*²⁷².

436. Buscando contextualizar os objetivos primários que o Governo Federal pretendia alcançar com os contratos que seriam assinados nos anos subsequentes, a REQUERENTE lembra ter aquele lançado, em 15.08.2012, o Programa de Investimentos em Logística (“PIL”), que incluía um conjunto de projetos voltados ao desenvolvimento do sistema de transporte. No caso das rodovias, aduz a REQUERENTE que a meta do Governo Federal seria a duplicação da sua extensão ao final de quatro anos após a Licença de Instalação.

437. Afirma a REQUERENTE, nessa linha, que, *“por ocasião do lançamento do referido PIL, o então Ministro dos Transportes, Paulo Passos, foi enfático ao firmar que ‘condições de financiamento’ absolutamente favoráveis seriam garantidas pela União, por meio do Banco*

²⁷² Cf. item 13 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

*Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), como agente de desenvolvimento”*²⁷³.

438. Rememora, não obstante, que a fase I da 3ª Etapa do PROCROFE, que dizia respeito ao leilão da BR-040 e da BR-116, acabou fracassando, à vista da falta de apoio por parte dos bancos públicos e da ausência de garantia de financiamento público, que acabou afastando investidores.

439. Na sua visão, os projetos, da forma em que originalmente concebidos – com duplicações integrais concentradas nos anos iniciais da concessão, desvinculadas de demanda que justificassem tais investimentos, e com tarifas em patamares historicamente baixos –, “*não se mostravam inicialmente viáveis*”²⁷⁴.

440. Nessa esteira, prossegue a REQUERENTE, para contornar o insucesso anterior, o “*governo federal movimentou-se para afiar e dar mais arrojo ao fomento dos pretendidos projetos de ampliação do modal rodoviário*”²⁷⁵. Desse movimento teria resultado a divulgação, em 04.09.2013, da chamada Carta de Apoio dos Bancos Públicos, pelo BNDES, pela Caixa Econômica Federal (“CEF”) e pelo Banco do Brasil (“BB”), endereçada ao Diretor Geral da ANTT²⁷⁶.

441. Assevera a REQUERENTE que, por intermédio da referida carta, os bancos públicos, cumprindo com a orientação política creditícia de seu controlador – a União Federal –, “*tornaram pública promessa com o escopo de gerar confiança em potenciais investidores*”. Em sua visão, a carta dispunha “*sobre as condições de apoio aos investimentos (obras de grande extensão e valor) relacionados aos projetos dos futuros concessionários de rodovias, com condições excepcionalmente mais atrativas, que não eram apenas indisponíveis no mercado financeiro até então, mas que eram também mais favoráveis que as condições anteriormente ofertadas pelo próprio BNDES em seus financiamentos para o setor de rodovias*”²⁷⁷.

²⁷³ Cf. item 17 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁷⁴ Cf. item 471 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁷⁵ Cf. item 19 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁷⁶ Cf. RTE-003.

²⁷⁷ Cf. item 19 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

442. Com efeito, como afirma a CONCEBRA, “em comparação com as condições então propagadas pelo Governo Federal em dezembro/2012, essa carta traz melhores condições justamente para contornar o problema que levou à suspensão dos leilões da BR 040/MG/GO/DF e da BR-116, que seriam realizados em 30/01/2023”²⁷⁸.

443. A REQUERENTE assim descreve as condições da aludida carta²⁷⁹:

“Eis os termos da proposta formulada pelos bancos públicos, documento chave para se avaliar a base externa e as circunstâncias em que viriam a ser realizadas as licitações e assinados os contratos de concessão:

Participação: Até 70% do volume de investimentos obrigatórios previstos no plano de negócios do proponente à instituição financeira, observado o ICSD $\geq 1,2$ (considerando todas as dívidas).

Itens financiáveis: Aqueles já aceitos atualmente pelo BNDES, Banco do Brasil e CAIXA, podendo incluir desapropriações, a critério das instituições financeiras.

Prazos: Total: 25 anos. De carência: até 5 anos. De amortização: 20 anos

Sistema de Amortização: Originalmente SAC. Alternativamente, poderá ser admitida, observadas as características de cada projeto pelas instituições financeiras, a utilização de sistema Price de amortização, desde que sejam emitidas debêntures de Projeto ou que haja previsão nas fontes de recursos.

Taxa de Juros: TJLP + até 2% a.a. (doc.2)”

444. O financiamento, prossegue a REQUERENTE, se daria na estrutura de *project finance* – “*engenharia financeira suportada contratualmente pelo fluxo de caixa do projeto*”²⁸⁰. Na primeira etapa, os bancos financiariam os concessionários mediante um empréstimo de curto prazo, também conhecido como empréstimo-ponte, sendo que sua quitação seria feita na primeira liberação de recursos do financiamento principal, de longo prazo, cujo pagamento se daria ao longo de 20 (vinte) anos, com 5 (cinco) anos de carência e juros reduzidos.

²⁷⁸ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 34.

²⁷⁹ Cf. item 19 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁸⁰ Cf. item 21 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

445. Teria sido nesse “*ambiente circunstancial inovador e atrativo*”²⁸¹, continua a REQUERENTE, em que fora publicado em 18.03.2013 o edital de licitação²⁸² que previa a assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO em 05.03.2014.

446. Segundo a REQUERENTE, quando do lançamento da licitação em 2013, o Poder Concedente teria incluído no respectivo Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (“EVTEA”)²⁸³ previsão de contratação de financiamento de longo prazo, a juros baixos, com prazo de carência de 5 (cinco) anos e prazo para amortização de 20 (vinte) anos. Essa política de crédito teria o objetivo de viabilizar a finalidade primária da modelagem contratual então estruturada, de que as obras de vulto fossem realizadas nos primeiros 5 (cinco) anos da concessão, bem como de atrair investidores.

447. Nesse sentido, aduz que, “*ao candidatar-se à licitação e ao aceitar a assinatura do contrato de vultoso investimento e de prazo estendido de vigência – que demandaria investimentos da ordem de R\$ 7,15 bilhões ao longo de 30 anos e R\$ 3,98 bilhões logo nos 5 primeiros anos –, a Requerente baseou-se na expectativa legítima de obtenção do financiamento que sustentaria o equilíbrio do negócio, especialmente diante do apertado cronograma de investimentos previsto para a execução das obras de ampliação e melhorias na rodovia, com concentração expressiva, repita-se, nos primeiros 5 anos*”²⁸⁴.

448. A REQUERENTE narra que, tomando a Carta de Apoio dos Bancos Públicos como premissa e considerando as informações contidas no EVTEA – de onde constava que a tarifa quilométrica da rodovia deveria ser de R\$ 0,0595 km –, aquela ofertou proposta econômica no certame com deságio de 52% (cinquenta e dois por cento).

449. Para a REQUERENTE, como a tarifa de referência constante do EVTEA teria sido calculada levando em consideração a “*promessa de crédito subsidiado*”, sua iniciativa “*de ofertar o lance vencedor, com 52% de deságio, ‘padeceu’ da mesma confiança, e por isso a*

²⁸¹ Cf. item 24 das Alegações da REQUERENTE.

²⁸² Cf. RTE-004.

²⁸³ Cf. RTE-002.

²⁸⁴ Cf. item 25 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

tarifa referida na subcláusula 18.2.9 do Contrato de Concessão veio a ser de R\$ 0,02851”²⁸⁵. Tanto que “os demais concorrentes também ofereceram descontos expressivos em suas propostas, o que mostra que a leitura da CONCEBRA acerca da promessa não era isolada”²⁸⁶.

450. A REQUERENTE relata que, mesmo após vencer o certame e assinar o CONTRATO DE CONCESSÃO, essas “bases e circunstâncias externas que funcionaram como premissa da licitação e da contratação seguiram noticiadas e ratificadas nos meses que se seguiram ao pacto”²⁸⁷. Para tanto, cita:

- (i) matéria do jornal “Valor Econômico”, de 10.06.2014, que daria conta de que então Ministro dos Transportes, César Borges, teria se empenhado “em enviar uma mensagem de tranquilidade aos vencedores das licitações integrantes da 3ª Etapa PROCROFE assegurando que, caso as instituições privadas se recusassem a fazer o repasse de recursos do BNDES com as taxas prometidas (juros subsidiados TJLP + 2%), os bancos públicos tratariam de cumprir esse papel”²⁸⁸;
- (ii) declaração do então Secretário do Ministério da Fazenda, Paulo Caffarelli, em 10.06.2014, no jornal “Estado de São Paulo” no mesmo sentido; e
- (iii) entrevista da então Presidente da República, Dilma Rousseff, divulgada nos jornais “O Globo” e “Estado de São Paulo”, na qual “enalteceu o deságio induzido pela política de crédito subsidiado”²⁸⁹.

451. Isto é, entende a REQUERENTE que a promessa de financiamento público, nas condições da Carta de Apoio dos Bancos Públicos, compunha “um autêntico modelo de indução estatal do investimento privado no setor de rodovias”²⁹⁰, visando a alcançar tarifas módicas e cronogramas agressivos de investimentos, a partir de *funding* a taxas de juros subsidiadas.

²⁸⁵ Cf. item 28 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁸⁶ Cf. item 36 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁸⁷ Cf. item 29 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁸⁸ Cf. item 30 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁸⁹ Cf. item 33 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁹⁰ Cf. item 490 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

452. Afinal, como afirma a REQUERENTE, “o enfático e recorrente posicionamento do Poder Concedente e dos Bancos Públicos evidencia não só o fato de que o Poder Concedente se utilizou de seu poder de controle dos Bancos Públicos, entidades da Administração Pública federal, para implementar uma opção de política pública, mas também de que o principal beneficiário de tal modelagem era o próprio Poder Concedente”²⁹¹.

453. De acordo com a REQUERENTE, assim, após sagrar-se vencedora do certame, deu ela início aos trâmites necessários para a obtenção dos financiamentos pelos bancos públicos, tendo requerido ao BNDES, em 23.01.2014, empréstimo de longo prazo no valor total de R\$ 3.605.717.480,00 (três bilhões, seiscentos e cinco milhões, setecentos e dezessete mil, quatrocentos e oitenta reais)²⁹².

454. A REQUERENTE afirma também ter solicitado, naquela oportunidade, financiamento de curto prazo, no valor de R\$ 1.081.715.244,00 (um bilhão, oitenta e um milhões, setecentos e quinze mil, duzentos e quarenta e quatro reais).

455. Narra a REQUERENTE que “o BNDES deu prosseguimento ao pedido e, em 01/04/14, menos de três meses depois, enquadrou o empreendimento na modalidade project finance direto, para analisar a viabilidade de apoio financeiro, acenando com a possibilidade de mutuar R\$ 3.541.691.000,00 (RTE 8)”²⁹³.

456. Continuando, afirma que, “em 15/07/14, a Requerente e o BNDES celebraram o Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1, formalizando o Empréstimo Ponte, no valor de RS 1.060.242.000,00 (RTE 9), cujo pagamento deveria ocorrer no prazo de 18 meses, com vencimento estipulado em 15/01/16. A liberação destes recursos ocorreria em seis subcréditos – sendo a segunda, quarta e sexta parcelas disponibilizadas mediante a apresentação de fiança bancária, que respondesse por parte da dívida – e os aportes se destinariam à realização dos investimentos previstos no Contrato de Concessão”²⁹⁴.

²⁹¹ Cf. item 539 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁹² Cf. RTE-007.

²⁹³ Cf. item 39 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

²⁹⁴ Cf. item 40 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

457. Após a liberação da primeira tranche do financiamento²⁹⁵, não obstante, a REQUERENTE diz ter deixado de receber os recursos oriundos das segunda e terceira parcelas do empréstimo-ponte nas datas estimadas, só conseguindo acesso a eles entre março e maio de 2015, o que teria prejudicado a curva de investimento e gerado descompasso no cronograma físico-financeiro das obras a ela confiadas²⁹⁶.

458. Nesse contexto, a despeito da liberação da quarta tranche do empréstimo-ponte em julho de 2015, a REQUERENTE afirma ter sobrevivido a necessidade de repactuação das condições iniciais do financiamento-ponte, a partir da celebração de aditivos ao contrato respectivo²⁹⁷.

459. Nas palavras da REQUERENTE, “no 1º aditivo, o BNDES alterou as condições de liberação de dois subcréditos (RTE 11); no 2º aditivo (RTE 12), firmado no mês seguinte, foram cancelados três subcréditos do Empréstimo Ponte porquanto a Requerente não esperava ter que usar todos os recursos do ‘ponte’, diante da expectativa que tinha subscrever o Financiamento de Longo Prazo em janeiro de 2016. Houve, então, redução do valor total do instrumento para R\$ 800.121.000,00 e liberação da quinta e sexta tranches, respectivamente, nos montantes de R\$ 13.001.363,75 e R\$ 68.161.905,75”²⁹⁸.

460. A REQUERENTE afirma que ela e o BNDES avançavam em paralelo nas negociações do empréstimo de longo prazo, sendo que persistiu indefinição quanto à concretização do negócio ao longo de 2015, alegando o banco público a necessidade de avaliação da arrecadação dos pedágios instalados nas rodovias.

461. Segundo a REQUERENTE, a morosidade do BNDES em dar prosseguimento à operação financeira fez com que a CONCEBRA tivesse que arcar com elevados ônus associados ao

²⁹⁵ Cf. RTE-010.

²⁹⁶ Segundo a REQUERENTE, “as despesas com o desenvolvimento do empreendimento avançavam de forma descompassada com os recursos programados, obrigando a Requerente a contratar financiamentos de curtíssimo prazo com outros bancos, em condições menos favoráveis, para arcar com o progresso das obras, o que implicou aumento de seu endividamento. Aliás, o próprio Empréstimo Ponte do BNDES era distante das condições do Financiamento de Longo Prazo. Ali construía-se o berço do desequilíbrio contratual” (cf. item 42 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

²⁹⁷ Cf. RTE-011.

²⁹⁸ Cf. item 44 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

empréstimo-ponte, como a fiança bancária respectiva, cujos custos de renovação giravam em torno de três milhões de reais.

462. Prossegue a REQUERENTE relatando ter celebrado um terceiro aditivo ao contrato do empréstimo-ponte, para prorrogar seu termo final para 15.04.2016, diante do avanço nas discussões sobre a celebração do financiamento de longo prazo.

463. No relato da REQUERENTE, a Diretoria do BNDES teria chegado a aprovar o financiamento de longo prazo, no valor total R\$ 3.587.850.000,00 (três bilhões, quinhentos e oitenta e sete milhões, oitocentos e cinquenta mil reais).

464. Na decisão Dir. 078/2016/BNDES²⁹⁹, o banco público teria aprovado um aporte mais substancial do empréstimo – da ordem de R\$ 2.516.850.000,00 (dois bilhões, quinhentos e dezesseis milhões, oitocentos e cinquenta mil reais) –, na modalidade *project finance* direto, e, na Decisão Dir. 079/2016/BNDES³⁰⁰, teria autorizado a liberação de R\$ 1.071.000.000,00 (um bilhão e setenta e um milhões de reais), na modalidade indireta, via repasse de instituições públicas parceiras, como o BB, a CEF e o BNMG.

465. Em ambas as decisões, continua a REQUERENTE, “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”³⁰¹.³⁰²

466. Assevera a REQUERENTE ainda que³⁰³:

“Em abril de 2016, a Requerente e o BNDES postergaram uma vez mais o vencimento do Empréstimo Ponte, mediante a assinatura do 4º aditivo contratual, prorrogando-o para 15/06/16 (RTE 16). O oferecimento de novas cartas de fiança por BB e BDMG — que

²⁹⁹ Cf. RTE-005.

³⁰⁰ Cf. RTE-006.

³⁰¹ Cf. item 35 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³⁰² Afirmar a REQUERENTE que, “à época da aprovação do Financiamento de Longo Prazo, a BNDESPar – BNDES Participações S/A (subsidiária integral do BNDES) era sócia da acionista controladora da Requerente, no patamar de 14,8%, inclusive com assento no Conselho de Administração” (cf. item 111, “iv”, das Alegações Finais da REQUERENTE).

³⁰³ Cf. itens 53 a 55 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

obviamente não são concedidas a título gratuito —, como garantia ao Empréstimo Ponte, ainda adiou o vencimento do empréstimo de curto prazo mais uma vez, para 15/10/2016. [...]

Para por fim às incertezas, o BNDES e a Requerente definiram, entre si, em 12/09/2016 o cenário para a liberação Financiamento de Longo Prazo. Anote-se que a Caixa, no dia seguinte, veio a desistir laconicamente de participar do financiamento (RTE 17), mantida, quanto aos demais bancos, praticamente a mesma participação aprovada por suas respectivas diretorias. Posteriormente, o BNDES resolveu que assumiria a parte que caberia à Caixa no almejado empréstimo de longo prazo.

O BNDES e a Requerente ainda dilataram, uma última vez, o vencimento do Empréstimo Ponte, então para 15/12/16, por meio do 5º aditivo ao contrato (RTE 18).”

467. Na sua visão, “até aquele momento, não havia qualquer fato impeditivo à celebração do Financiamento de Longo Prazo”³⁰⁴. Até porque a REQUERENTE relata ter sido diligente durante todo o processo junto ao BNDES³⁰⁵. Assim, segundo aquela afirma, “as partes apenas ajustavam alguns poucos detalhes, em virtude da retirada da Caixa, sem qualquer repercussão para o desfecho da operação”³⁰⁶.

468. Contudo, conforme narra a REQUERENTE, a partir de outubro de 2016, sob o comando de nova diretoria, o BNDES teria passado a fazer novas exigências para prorrogar o vencimento das dívidas e celebrar o contrato de financiamento de longo prazo. Dentre as exigências feitas pelo banco público se incluíam a prestação de fiança corporativa pela Construtora Triunfo S.A e de fiança pelos controladores pessoas físicas do grupo Triunfo.

469. A REQUERENTE argumenta que, embora tais exigências não estivessem previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e nas decisões prévias da Diretoria do BNDES acerca do financiamento, a CONCEBRA e sua acionista se propuseram a ofertar novas garantias idôneas, que, todavia, foram recusadas pelo BNDES, ensejando o vencimento do empréstimo-ponte.

470. Reproduzam-se os termos empregados pela REQUERENTE para narrar o episódio³⁰⁷:

³⁰⁴ Cf. item 56 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³⁰⁵ Cf. itens 543 a 557 das Alegações Iniciais da REQUERENTE. Além da postura proativa no processo do financiamento, a REQUERENTE destaca, dentre outros, ter vertido os recursos recebidos do empréstimo-ponte para a concessão, bem como aportado capital próprio da ordem de R\$ 380.000.000,00 (trezentos e oitenta milhões), cumprindo com a obrigação prevista na cláusula 24 do CONTRATO DE CONCESSÃO.³⁰⁵

³⁰⁶ Cf. item 56 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³⁰⁷ Cf. itens 62 a 69 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

“Asfixiada financeiramente justamente por aquele de quem esperava receber o necessário e prometido suporte econômico, a concessionária passou a negociar com o BNDES a reestruturação da dívida. Sob orientação de uma nova política pública (completamente oposta à anterior), o banco, porém, revelou-se intransigente, o que agravou a situação econômico-financeira da empresa, operando-se o vencimento do Empréstimo Ponte em 15/12/16.

Nessa mesma data, a Requerente apresentou ao BNDES uma proposta alternativa de pagamento do Empréstimo Ponte, capaz também de lhe assegurar a concessão do Financiamento de Longo Prazo, mas em 22/12/16 o BNDES rejeitou a proposta e manteve o posicionamento de condicionar a assinatura do contrato de Financiamento de Longo Prazo ao oferecimento de fianças corporativas e pessoais.

Insista-se: as condições exigidas, naquele momento, não foram cogitadas no curso das negociações com o BNDES, que autorizou a concessão dos empréstimos de longo prazo sem a perspectiva de obtê-las. Na realidade, inclusive antes disso, quando o BNDES apresentou com outros bancos públicos carta de apoio ao PIL, as condições do Financiamento de Longo Prazo não incluíam as garantias agora demandadas.

A Requerente tentou convencer o BNDES, mais uma vez, a celebrar o contrato de Financiamento de Longo Prazo, mas, no dia seguinte, o banco declarou abertamente que não o faria e que executaria as garantias disponíveis à satisfação de seu crédito. Com efeito, em 02/01/17, o BNDES executou as fianças bancárias, no valor de R\$ 200.668.423,15, prestadas por BB e BDMG (RTE 19).”

471. A REQUERENTE entende que, a despeito da dinâmica dos fatos, o recuo do BNDES em relação à liberação decorreu, em verdade, *“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 causada pela forte crise política e econômica que assolou o País nos anos subsequentes à assinatura do Contrato de Concessão”*³⁰⁸.

472. A REQUERENTE afirma que, contradizendo as expectativas vigentes ao tempo do processo licitatório, teria ocorrido alteração no cenário econômico brasileiro, que resultou numa crise política e econômica de grande extensão, iniciada a partir do último trimestre de 2014, com expressiva repercussão negativa sobre o setor de concessões de rodovias.

473. Conforme aponta a REQUERENTE, após o *impeachment* da ex-Presidente da República, Dilma Rousseff, o então Presidente Michel Temer começou um processo de alteração da

³⁰⁸ Cf. item 63 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

orientação e da composição das diretorias dos bancos públicos, para que estes se ajustassem à nova política econômica e fiscal então estabelecida³⁰⁹.

474. E prossegue: *“a alteração na cúpula dos Bancos Públicos foi acompanhada por uma mudança de postura com relação ao papel dos Bancos Públicos na política econômica”,* o que resultou na *“frustração das legítimas expectativas geradas pelo Poder Concedente nas concessionárias da 3ª Etapa do PROCOFE”*³¹⁰.

475. De acordo com a REQUERENTE, *“por conta das medidas adotadas pelo Poder Concedente para o enfrentamento da crise econômica, os Bancos Públicos descumpriram as condições excepcionalmente subsidiadas de financiamento com as quais haviam se comprometido por meio da assinatura da Carta de Apoio dos Bancos Públicos”*³¹¹.

476. A REQUERENTE afirma que a mudança de orientação da política pública do Poder Concedente em relação ao crédito teria sido divulgada na mídia, podendo ser depreendida ainda da comparação entre os volumes de financiamentos aprovados pelo BNDES ao longo dos anos.

477. No caso específico em questão, o conteúdo das cartas DIR 5 09/2016 e DIR 3 04/2016, de 22.12.2016³¹² ainda evidenciaria que a não contratação do financiamento de longo prazo teria como causa a atuação do Poder Concedente em sentido contrário ao sinalizado na Carta de Apoio aos Bancos Públicos.

478. Lembra a REQUERENTE que *“a política de modicidade tarifária imposta pelo Governo Federal no âmbito das concessões de 2013 – com o propósito de beneficiar os usuários das rodovias com o pagamento de tarifas baixas – tornava o projeto da Requerente, desde o início, um investimento de baixo retorno, de modo que a única maneira de viabilizar o projeto, nos termos da proposta então formulada, era contrair o prometido financiamento com taxas mais*

³⁰⁹ Nos dizeres da REQUERENTE, *“substituíram-se gestores ligados à então Presidente afastada – e alinhados com a política pública que deu os contornos da 3ª Etapa do PROCOFE – por gestores comprometidos com a nova política econômica. Assim, ainda no final de maio e no início de junho foram substituídas as presidências e diretorias do BNDES, BB e da Caixa”* (cf. item 516 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

³¹⁰ Cf. item 517 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³¹¹ Cf. item 519 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³¹² Cf. RTE-055.

baixas e pagamento diluído ao longo de décadas, o que lhe permitiria amortizá-lo paulatinamente com a geração de fluxo de caixa”³¹³.

479. Noutros termos, 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*”³¹⁴ dos respectivos contratos, como é o caso daquele celebrado pela REQUERENTE.

480. Nessa toada, a REQUERENTE defende que a não liberação do financiamento de longo prazo pelo BNDES teria atingido todo o planejamento e a viabilidade econômico-financeira da concessão objeto desta arbitragem, tornando inviáveis as obrigações assumidas pela CONCEBRA, que teve que incorrer em custos adicionais não previstos na proposta por ela apresentada (v.g. aportes adicionais de recursos próprios, rolagem de dívidas de curto prazo, contratação de novos instrumentos de crédito e despesas com a diminuição do ritmo ou paralisação das obras).

481. Isto é, a não concessão do financiamento de longo prazo pelo BNDES, em razão de uma mudança de orientação de política pública da União Federal, decorrente da 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.

482. A REQUERENTE menciona que o Governo Federal teria reconhecido a inviabilidade de cumprimento das obrigações constantes de todos os contratos de concessão rodoviária que integram a 3ª Etapa do PROCROFE, como é o caso daquele objeto deste procedimento. Esse reconhecimento constaria da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 800, de 18.09.2017, que estabeleceu diretrizes para a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais.³¹⁵

³¹³ Cf. item 76 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³¹⁴ Cf. item 242 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³¹⁵ De se observar que, segundo a REQUERENTE, “*esse cenário calamitoso já havia sido reconhecido pelo Governo Federal na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 752, de 24/11/2016, que precedeu a edição da Lei n. 13.448/17 acerca das diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria. Já naquela época, houve o reconhecimento inequívoco, pelo próprio Poder Concedente, do desequilíbrio econômico-*

483. Menciona também que a própria ANTT teria “reconhec[ido] a inviabilidade de execução contratual quando enquadrou a Requerente na Medida Provisória nº 800/2017 (RTE 21), editada pelo Governo Federal para permitir a reprogramação de investimentos em concessões de rodovias”³¹⁶.

484. Como a aludida Medida Provisória não foi convertida em lei, perdendo sua eficácia, a REQUERENTE relata que a REQUERIDA deixou de dar seguimento à reprogramação de investimentos, mantendo as obrigações originais previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO, nas quais se inclui aquela de realizar obras de duplicação das rodovias no prazo de 5 (cinco) anos.

485. Sem prejuízo do fato, a REQUERENTE invoca como demonstrativos do reconhecimento da REQUERIDA e do Governo Federal acerca da necessidade de reprogramar as obrigações nos contratos que integram a 3ª Etapa do PROCROFE:

- (i) o fato de que a ANTT “encaminhou o Ofício Circular nº 001/2018/DR/ANTT (RTE 26) a diversas autoridades brasileiras, contendo o Memorando nº 876/2018/SUINF [...] 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 federais é agravado com a aplicação dos descontos tarifários, que têm o condão de levar a uma situação de insolvência generalizada”³¹⁷;
- (ii) apresentação realizada pela Superintendência de Infraestrutura Terrestre da ANTT na Comissão de Viação de Transportes da Câmara dos Deputados, ocasião em que órgão teria indicado que a discrepância entre o EVTEA e o tráfego real é da ordem de 20% (vinte por cento); e

financeiro no setor rodoviário, com expressa indicação da necessidade de ‘sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável’.” (cf. item 83 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

³¹⁶ Cf. item 85 das Alegações Iniciais da REQUERENTE e RTE-021 a RTE-024.

³¹⁷ Cf. item 90 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

- (iii) o fato de que o então Ministro da Infraestrutura, em entrevistas a jornais e à televisão, teria confirmado o cenário de erro na modelagem das concessões objeto da 3ª Etapa do PROCROFE.

486. É dizer, para a REQUERENTE, seria “*fato incontroverso – porque inclusive reconhecido pelo próprio Governo Federal (Poder Concedente) e pela ANTT – que a execução contratual é inviável nos termos vigentes e que a revisão contratual ampla é a única solução*”³¹⁸.

487. Como forma de corroborar sua alegação, a REQUERENTE trouxe a este procedimento arbitral parecer elaborado pelo economista Raul Velloso³¹⁹, desenvolvido especificamente para analisar o abalo extraordinário e imprevisível sofrido pelas concessões federais. Do trabalho, seria possível constatar, dentre outros:

- (i) que os contratos respectivos foram impactados com (i.a) forte queda do PIB; (i.b) redução da oferta de crédito do BNDES; (i.c) aumento do preço do asfalto; (i.d) atrasos na concessão de licenciamento ambiental; (i.e) alteração nas tolerâncias de peso para os eixos de caminhões; e (i.f) aumento da taxa de juros;
- (ii) que a crise em questão seria a mais profunda desde 1990, ano inicial da série, o que indicaria sua imprevisibilidade;
- (iii) que a mudança na expectativa de crescimento, adotada como premissa no EVTEA do projeto e na modelagem econômica da concessão confiada à CONCEBRA em relação à realidade que se vivenciou;
- (iv) que o custo financeiro subsidiado teria sido a grande premissa tomada pela CONCEBRA para oferecer deságio de 52% (cinquenta e dois por cento) no valor do pedágio em sua proposta na licitação; e
- (v) que o impacto financeiro da frustração do financiamento à REQUERENTE inviabilizaria a estrutura da concessão.

³¹⁸ Cf. item 94 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³¹⁹ Cf. RTE-020.

488. Com o mesmo propósito, acostou a REQUERENTE às suas Alegações Iniciais Nota Técnica elaborada pela consultoria GO Associados³²⁰, destacando que a CONCEBRA não dispunha de alternativa para obter financiamento similar junto ao setor privado, de modo a tornar sustentável a concessão nos padrões tarifários pretendidos pelo Poder Concedente.

489. Isto é, como registra a REQUERENTE, apenas os bancos públicos, em especial BNDES, teriam condições de ofertar condições como aquelas da carta reproduzida no RTE-003³²¹:

“Ao fazer uma oferta financeira nessas condições, claramente subsidiadas, o BNDES não estava atuando como um banco ordinário nas condições do mercado brasileiro, caracterizado por elevados spreads e escassez de Financiamento de Longo Prazo. Aqui, seu papel de banco de desenvolvimento fica realçado. Não é elemento exógeno à política pública de concessão de rodovias – ao contrário, ele é parte constitutiva da política pública. O BNDES não é um banco, por assim dizer, ‘normal’, ou convencional, mas um instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico, suprimindo a incapacidade do setor financeiro privado de prover funding. [...]

É fundamental, portanto, a compreensão da natureza e do papel insubstituível do BNDES, um dos maiores bancos de desenvolvimento do mundo, na oferta de funding para a 3ª Etapa PROCROFE. A oferta financeira que somente o BNDES poderia fazer era condição sine qua non para a viabilidade do modelo de concessão desenhado pelo Governo Federal para aquela política pública específica.

Insista-se: sem o Financiamento de Longo Prazo (funding) do BNDES, o modelo não fica de pé. E isso era absolutamente claro para todas as partes envolvidas.”

490. Diante da frustração do financiamento de longo prazo e outras vicissitudes decorrentes da relação contratual, a REQUERENTE aduz ter apresentado requerimento administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO, no âmbito de sua proposta de revisão quinquenal da avença³²². Em seu pleito, a REQUERENTE buscava a reprogramação dos investimentos e a modificação das obrigações contratuais, bem como a suspensão da revisão tarifária que seria promovida pela ANTT por ocasião da 3ª Revisão Ordinária e da 7ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio.

491. A mora da REQUERIDA em apreciar sua proposta de revisão quinquenal, assim, teria levado a REQUERENTE a iniciar este procedimento, para buscar o restabelecimento do sinalagma

³²⁰ Cf. RTE-042.

³²¹ Cf. itens 495, 497 e 498 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³²² Cf. RTE-029.

contratual, dentre outros, em razão da superveniência da crise econômico-financeira e da frustração do financiamento de longo prazo.

492. Com efeito, para a REQUERENTE, a não concessão do financiamento de longo prazo, decorrente sobretudo da crise vivenciada no país após meados de 2014, caracterizaria “evento de desequilíbrio” do CONTRATO DE CONCESSÃO, a ensejar o direito daquela à recomposição da equação contratual.

493. Argumenta que a crise econômica integraria a álea extraordinária econômica do CONTRATO DE CONCESSÃO, caracterizando-se como caso fortuito ou força maior, a atrair a aplicação da teoria da imprevisão e o disposto no art. 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993 e na cláusula 21.2.4 da avença.

494. Invocando doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (“TRF1”) e do TCU, a REQUERENTE defende que crises econômicas podem justificar direito a reequilíbrio econômico-financeiro, mormente quando representarem fatos imprevisíveis ou previsíveis de efeitos incalculáveis, que afetem profundamente a equação contratual.

495. Nessa linha, sob pretexto de não ser possível prever e/ou calcular suas dimensões, a REQUERENTE argumenta que a crise econômico-financeira vivenciada a partir de meados de 2014 poderia ser qualificada como um caso fortuito. A propósito, confira-se a explanação da REQUERENTE sobre o tema³²³:

“É notório que, após a assinatura do Contrato de Concessão e, mais precisamente, desde o final do ano de 2014, a situação macroeconômica brasileira passou por um acelerado processo de deterioração sem precedentes, que se tornou mais evidente com a perda do grau de investimento pelo País em 16 de dezembro de 2015, em função do rebaixamento da nota de sua dívida de longo prazo em moeda estrangeira pelas agências internacionais de classificação de risco Standard & Poors e Fitch, que também repercutiu na nota de crédito atribuída por essas agências às empresas brasileiras que atuam no setor de infraestrutura rodoviária. [...]

Nos meses que antecederam a licitação objeto da presente arbitragem, quando foi elaborada a Proposta Comercial da requerente, os indicadores macroeconômicos não permitiam que se previsse que ‘o período posterior à assinatura do Contrato de Concessão foi [seria] marcado

³²³ Cf. itens 503 a 512 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

por uma retração da economia brasileira cuja magnitude foi [seria] muito além de qualquer possibilidade de previsão, mesmo nos cenários hipotéticos mais pessimistas'. São diversos e graves os fatos que apontam a deterioração acelerada da situação macroeconômica brasileira a partir do último trimestre de 2014, considerando uma série histórica que tem início em 2013, são os seguintes:

- A elevação da SELIC entre o segundo trimestre de 2013 e outubro de 2016, passando de 7,25% (sete inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) para o patamar de 14,25% (quatorze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) – ou seja, um aumento de 7,0 pontos percentuais (ou um incremento de 97%); e
- A queda de 3,8% (três inteiros e oito décimos por cento) do Produto Interno Bruto (“PIB”) do Brasil em 2015 e de 3,6% em 2016. Considerando o início da recessão em 2014, o país acumulou queda de 9% – a pior já registrada pela série, que começa em 1947, segundo os critérios adotados pela Fundação Getúlio Vargas. [...]

Do mesmo modo, houve uma súbita variação da TJLP e do IPCA. A TJLP aumentou de 5% (cinco por cento) para 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento) entre dezembro de 2014 e janeiro de 2016, estando estável desde então, e o IPCA aumentou de 6,4% (seis inteiros e quatro décimos por cento) para 10,7% (dez inteiros e sete décimos por cento) – a mais alta taxa de inflação desde 2002 –, no período de dezembro de 2014 a dezembro de 2015, caindo posteriormente para 9,3% (nove inteiros e três décimos por cento) em abril de 2016. Vale lembrar que a meta de inflação da época, medida pelo IPCA, estipulada pelo Conselho Monetário Nacional era de 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento), com margem de dois pontos para mais ou para menos, e que desde 2002 a inflação não superava a margem superior da meta.

Os sintomas da crise econômica que se instalou no Brasil atingiram de forma especialmente grave as concessionárias da 3ª Etapa PROCROFE. Sabe-se que, de forma geral, esses novos projetos para investimento em infraestrutura sob a forma de concessão requeriam volumosos investimentos concentrados nos primeiros anos. Isso é verdade mesmo em trechos cujo nível de serviço não requeria a ampliação imediata da capacidade. A remuneração somente ocorreria no longo prazo, pela exploração da atividade concedida ao longo da vigência de contratos de concessão. Por esta razão, as concessionárias precisariam contar com uma estrutura de capital composta tanto por capital próprio – dos acionistas da concessionária – como por capital de terceiros. Daí porque ser o Weighted Average Cost of Capital – WACC (custo de capital médio ponderado) normalmente utilizado para se calcular a taxa mínima de atratividade de referência na avaliação da viabilidade de projetos.

Em um cenário de grande incerteza como o da crise econômica que se iniciou em 2014, com forte elevação da SELIC e inflação alta, foi inevitável o aumento do custo do capital próprio e também do custo para captação do capital de terceiros. Especialmente para as concessionárias da 3ª Etapa PROCROFE, cujos projetos ainda estavam em fase inicial, na qual ainda existiam muitas incertezas sobre a sua capacidade de geração de receitas em volume suficiente para suportar as despesas correntes do projeto, o serviço da dívida (principal e juros) e remunerar os acionistas. [...]

Nessa linha, apenas como exemplo de ato do Poder Concedente que alterou, posteriormente à licitação, o cenário e as condições presentes quando da elaboração e divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos, é possível destacar que o Poder Concedente, através do Ministério da Fazenda, jamais viabilizou a concessão de garantia para mitigação de riscos não-

gerenciáveis através do FGIE, administrado pela ABGF. Essa garantia, ou outro mecanismo contratual com função equivalente, encontra-se prevista na Carta de Apoio dos Bancos Públicos como premissa para a viabilização da limitação dos valores de Contrato de Suporte de Acionista (Equity Support Agreement – ESA) a 20% (vinte por cento) do volume total dos investimentos obrigatórios, além do volume total de capital próprio previsto.

Da análise do Relatório de Administração do FGIE relativo ao exercício de 2015 (RTE 52) resta clara a influência da crise fiscal brasileira – outro sintoma da crise econômica – e da necessidade de adoção de uma política de austeridade sobre a não operacionalização das garantias contra riscos não gerenciáveis de projeto prometidas pelo Poder Concedente. Embora, em 2015, as principais atividades desenvolvidas pela ABGF tenham se concentrado sobre ‘a reavaliação das garantias a serem concedidas ao setor de rodovias, o valor de aporte inicial e a forma de capitalização do FGIE’, tendo em vista a ‘falta de definição sobre a capitalização e as incertezas sobre efetiva concessão de garantias através do FGIE, em virtude das restrições de natureza orçamentária, em maio de 2015 a Administração da ABGF decidiu efetuar uma reestruturação administrativa com vistas à adequação dos custos, tendo reduzido mais de 30% das despesas com pessoal’ (grifou-se). Ainda segundo o Relatório, ‘[c]onsiderando que os empréstimos-ponte das 5 (cinco) rodovias integrantes do Programa de Investimento em Logística - PIL I tinham vencimentos previstos a partir do início do 4º trimestre de 2015, os bancos oficiais, segundo informações, para não comprometer o cronograma das obras, optaram por estruturar os financiamentos de longo prazo sem a participação do FGIE na cobertura dos riscos não gerenciáveis e não seguráveis’, sendo que, ‘[a]s garantias, nesses casos, seguem as regras de concessão de financiamento dos bancos oficiais’. Finaliza o Relatório atestando a ausência de qualquer perspectiva por parte do Poder Concedente quanto à operacionalização do FGIE da ABGF: ‘Diante da reavaliação das garantias a serem concedidas para o setor de rodovias e, conseqüentemente, a revisão do montante necessário para capitalização do FGIE, a ABGF, na qualidade de Administradora, aguarda orientação superior sobre o programa de concessão de garantias pelo FGIE e suas regras de funcionamento para que possa revisar os procedimentos operacionais assim como o regulamento e o certificado de garantia voltados para o setor de rodovias’.”

496. A REQUERENTE acrescenta que o TCU, “por meio do Acórdão 1593/2023/TCU, aponta que a crise de 2014-2016 se enquadra na teoria nas áleas, ‘mas não da álea ordinária ou empresarial’. Reconhece, assim, a aplicação da teoria da imprevisão no que tange aos efeitos extraordinários e imprevisíveis nos contratos de concessões licitados na segunda década do século XXI”³²⁴.

497. Isto corroboraria a argumentação da CONCEBRA de que, “dentre os riscos assumidos pela Requerente na ocasião do leilão, jamais se poderiam prever as consequências extremadas que sobrevieram da drástica e excepcional alteração do cenário macroeconômico pela crise

³²⁴ Cf. item 150 das Alegações Finais da REQUERENTE.

de 2015-2016, inimagináveis inclusive pelo próprio Poder Concedente”³²⁵, qualificando-se com o que a doutrina aponta como “imprevisão na previsão”³²⁶.

498. Adentrando na frustração do financiamento de longo prazo, a REQUERENTE defende que o evento se inseriria na álea administrativa extraordinária do CONTRATO DE CONCESSÃO, caracterizando-se como um fato do príncipe ou fato da administração, a atrair o disposto nos arts. 66 c/c 78, XVI da Lei Federal nº 8.666/1993 e nas cláusulas 21.2.3 e 21.2.21 da avença.

499. Para a REQUERENTE, “as condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos e o cronograma de contratação dos financiamentos anunciado pelo BNDES são partes indissociáveis da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão. Elas constituem verdadeiramente uma condição essencial do Contrato de Concessão”³²⁷.

500. Afinal, prossegue, “tais condições de financiamento não apenas foram amplamente anunciadas pelo Poder Concedente e pela ANTT à época da licitação e seu cumprimento assegurado por autoridades que integram o Poder Concedente, mas foram também adotadas, como premissas do EVTEA e, conseqüentemente, utilizadas para determinar a Tarifa Básica de Pedágio do Edital de Licitação”³²⁸.

501. A relação de causalidade entre a atuação do Poder Concedente e a não concessão do financiamento de longo prazo – mesmo sua prévia aprovação pela Diretoria do BNDES – é assim descrita pela REQUERENTE no caso específico³²⁹:

“Assim, pelo exposto deste histórico, vê-se que a legítima expectativa da CONCEBRA na contratação do Financiamento de Longo Prazo nos moldes previstos na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, no EVTEA e na Proposta Econômica Escrita, e ratificados nas Decisões de aprovação da Diretoria do BNDES foi quebrada por ações e omissões do Poder Concedente. Ações que alteraram a condução das políticas públicas para o setor de infraestrutura e agravaram os efeitos da crise econômica enfrentada pelo país no que concerne especificamente ao mercado de crédito para as concessionárias da 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais, e omissões quando permaneceu inerte mesmo tendo sido conclamado

³²⁵ Cf. item 163 das Alegações Finais da REQUERENTE.

³²⁶ Cf. item 163 das Alegações Finais da REQUERENTE.

³²⁷ Cf. item 562 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³²⁸ Cf. item 562 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³²⁹ Cf. itens 557 e 558 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

pela CONCEBRA a atuar para garantir, como havia prometido, as condições – indispensáveis para a viabilidade da Concessão – Edital de Licitação.

Da análise desses fatos é inegável reconhecer a relação de causalidade direta entre a atuação do Poder Concedente e a Não Contratação do Financiamento de Longo Prazo pelo BNDES. Diante do cenário de recessão e sob a nova gestão e orientação, o BNDES e a Caixa decidiram não manter as condições de financiamento e o cronograma de desembolso previstos originalmente na Carta de Apoio dos Bancos Públicos – e, como visto, considerados no EVTEA para a definição da Tarifa Básica de Pedágio do Edital de Licitação. Sua recusa decorre da mudança de comportamento por parte do Poder Concedente que, como será visto adiante, representa quebra da confiança legítima que a CONCEBRA depositava na celebração do Financiamento de Longo Prazo para a viabilidade da Concessão.”

502. A REQUERENTE argumenta, a propósito, que essa relação de causalidade teria restado comprovada nesta arbitragem, citando³³⁰:

- (i) enquanto provas documentais, o relatório técnico do BNDES que fundamenta a aprovação da Carta Pública de setembro de 2013³³¹, a exposição de motivos da Medida Provisória nº 777, a Nota Técnica Conjunta nº 001/2017-SFP/DP/SNTTA/DOUT/MPTA³³², o Ofício Circular nº 001/2018/DG/ANTT e o Memorando nº 786/2018/SUINF³³³, o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União exarado no caso específico da CONCEBRA³³⁴ e a manifestação do Ministério Público Federal³³⁵;
- (ii) o parecer elaborado pelo Sr. Luciano Coutinho³³⁶ e seus anexos 03, 04, 05 e 06, assim como as notas técnicas e pareceres exarados pela GO Associados³³⁷ e pelos Srs. Marcelo Saintive³³⁸ e Paulo Rabello³³⁹; e

³³⁰ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 61-71.

³³¹ Cf. RTE-255.

³³² Cf. RTE-257.

³³³ Cf. RTE-026.

³³⁴ Cf. RTE-043.

³³⁵ Cf. RTE-202.

³³⁶ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

³³⁷ Cf. RTE-042.

³³⁸ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

³³⁹ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

- (iii) o laudo pericial³⁴⁰, os respectivos esclarecimentos prestados pela SwOT³⁴¹, bem assim o depoimento prestado pelos representantes da empresa perita na audiência de instrução realizada neste procedimento arbitral entre os dias 11.06.2024 e 12.06.2024³⁴².

503. Nessa linha, invocando o princípio da boa-fé, a REQUERENTE argumenta que a atuação do Poder Público teria lhe gerado confiança legítima na concessão do financiamento público, nos termos da carta contida no RTE-003, para a execução do CONTRATO DE CONCESSÃO.

504. De maneira que a não concessão do financiamento de longo prazo teria, a um só tempo, violado a legítima expectativa da REQUERENTE, afrontado os deveres legais e contratuais de colaboração e resultado em fato da administração/fato do príncipe a abalar a economia do CONTRATO DE CONCESSÃO.

505. Nas palavras da REQUERENTE³⁴³⁻³⁴⁴:

“[...] o Poder Concedente atuou de modo comissivo e omissivo para violar as legítimas expectativas da CONCEBRA. Comissivamente, pois, contradizendo sua própria política pública, alterou sua orientação quanto à forma de utilização dos Bancos Públicos como provedor de funding no setor de infraestrutura e implementou medidas de austeridade que impactaram o mercado de crédito. Foi também omissivo, pois em nenhum momento agiu para garantir que tais condições fossem cumpridas, utilizando-se de seu poder de controle dos Bancos Públicos na condução das políticas públicas setoriais, tendo permanecido absolutamente passivo ao ver a situação da Concessão se deteriorar por conta da não disponibilização do Financiamento de Longo Prazo, apesar de a CONCEBRA ter diligenciado inúmeras vezes para alertar – mais que isso, para conclamar – o Poder Concedente a colaborar para que se assegurasse a viabilidade econômico-financeira da Concessão (RTE 56).”

* * *

“Portanto, o Poder Concedente violou o próprio Contrato de Concessão ao permanecer inerte diante das dificuldades tidas pela CONCEBRA para a obtenção do Financiamento de Longo Prazo junto aos Bancos Públicos, que são entidades controladas pelo Poder Concedente e

³⁴⁰ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, p. 59-60 e 63-64, resposta aos quesitos nºs 61, 62, 67 e 68 da REQUERENTE.

³⁴¹ Cf. esclarecimentos ao laudo pericial de 20.12.2023, p. 17, 18, 20, 25 e 172.

³⁴² Cf. linhas 5.567/5.569 e 6.378/6.382 da transcrição da audiência de instrução realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024, mencionadas nas Alegações Finais da REQUERENTE, p. 69-71.

³⁴³ Cf. item 583 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³⁴⁴ Cf. itens 606 e 607 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

amplamente utilizadas como instrumento de viabilização de suas políticas públicas. Mais que isso: o Poder Concedente colocou em xeque a própria viabilidade do programa de concessões, que, como demonstrado anteriormente, sabidamente dependia das condições de financiamentos ofertadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

Tratando-se de uma violação contratual por parte do Poder Concedente, indubitável tratar o caso de um evento conhecido no Direito Administrativo como fato da Administração. [...]”

506. A REQUERENTE também busca afastar o argumento de que o CONTRATO DE CONCESSÃO teria alocado o risco financeiro à CONCEBRA, nos termos de sua cláusula 26.1. Para ela, a não concessão do financiamento de longo prazo foi causada por descumprimento contratual do Poder Concedente e por fato da administração, de modo que a cláusula em questão seria inaplicável, cedendo lugar aos arts. 66 e 78, XVI, da Lei Federal nº 8.666/1993 e às cláusulas 21.2.3 e 21.2.21 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

507. Nas palavras da REQUERENTE: “*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*”³⁴⁵, 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.

508. Na mesma linha, defende que a “*alocação contratual e/ou legal dos riscos ligados à ocorrência de eventos extraordinários ao Poder Concedente sobrepõe-se a eventual alocação contratual de risco ordinário à Concessionária*”³⁴⁶.

509. Segundo afirma a REQUERENTE, embora seja desejável que o contrato defina a matriz de riscos contratuais – alocando-os a cada uma das partes –, a impossibilidade de previsão de todas as situações que podem afetar a equação econômico-financeira e suas respectivas consequências torna a avença uma “*obra sempre aberta*”³⁴⁷. Confirma-se³⁴⁸:

“[...] o Contrato de Concessão, quando aloca riscos específicos – por exemplo, variação cambial, preço de insumos, demanda e contratação de financiamento – o faz tendo em conta as circunstâncias ordinárias da contratação. Assim, dentro das flutuações ordinárias cambiais

³⁴⁵ Cf. item 218 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³⁴⁶ Cf. item 444 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³⁴⁷ Cf. item 423 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

³⁴⁸ Cf. itens 444 a 446 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

esperadas, da variação ordinária do valor de insumos e materiais, de flutuações de demanda ou de um cenário de normalidade no mercado de crédito, o risco é integralmente assumido pela Concessionária, conforme o previsto nas respectivas cláusulas contratuais.

Não obstante, a situação é diversa caso ocorra um evento imprevisível em si ou em suas consequências, elevando o risco a um nível extraordinário, anômalo à flutuação regular de mercado. Em relação ao risco de demanda, por exemplo, podem ocorrer eventos que ocasionem uma diminuição excepcional do volume de tráfego no Sistema Rodoviário, como o rompimento de uma barragem que afete a rodovia, seu bloqueio por um longo período de tempo por atos de terceiros, ou uma operação de força policial ou militar em comunidades lindeiras que gerem riscos aos usuários da rodovia. Assim, a ocorrência de caso fortuito e força maior se sobrepõe ao risco ordinário de demanda, criando o dever de reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão pelo Poder Concedente.

De outro modo, de nada valeria a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro oferecida pela legislação e pelo contrato à Concessionária. Seria inócua a alocação de risco ao Poder Concedente nesses casos se fosse a ele simplesmente possível alegar a alocação do risco ordinário à Concessionária, mesmo diante da extraordinariedade do evento.”

510. Para a REQUERENTE, a despeito da matriz de risco contratual, os eventos por ela narrados – frustração do financiamento de longo prazo, decorrente da crise econômica – caracterizaram-se na álea extraordinária administrativa e econômica do CONTRATO DE CONCESSÃO, a ensejar seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro.

511. Daí, a não concessão do financiamento de longo prazo no caso concreto, após a eclosão da crise econômica, por ter derivado de uma alteração de política adotada em nível macroeconômico, não poderia ser enquadrada dentro da álea ordinária contratual atribuída ao concessionário, na forma da subcláusula 26.1 da avença, como defende a REQUERIDA.

512. De outra parte, a REQUERENTE aduz não vingar a “*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*”³⁴⁹.

513. Segundo argumenta, a ação suscitada pela REQUERIDA teria por objeto a revisão do Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1 (empréstimo-ponte) celebrado entre a REQUERENTE e o BNDES; matéria, portanto, distinta daquela submetida nesta arbitragem – qual seja, o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.

³⁴⁹ Cf. item 215 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

514. 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 estariam abrangidas pela coisa julgada produzida naqueles autos, porquanto não abarcadas pelo dispositivo da sentença lá proferida.

515. A REQUERENTE narra, a propósito, 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 contratos³⁵⁰.

516. Para ela, também no seu caso, as obrigações contratuais teriam se tornado excessivamente onerosas em razão da crise macroeconômica que atingiu o país, das alterações nas condições ofertadas para a obtenção de financiamentos públicos, além dos demais “eventos de desequilíbrio” econômico-financeiro demonstrados nas Alegações Iniciais.

517. Não por outro motivo, narra a REQUERENTE ter protocolado requerimento de relicitação das rodovias objeto do CONTRATO DE CONCESSÃO³⁵¹, nos termos da Lei Federal nº 13.448/2017.

518. A REQUERENTE impugna, de outro lado, o documento juntado neste procedimento como R-039 – que consistiria em nota elaborada pelo BNDES com respostas a indagações da ANTT acerca da frustração do financiamento –, por entender que não se lhe pode atribuir valor probatório. De acordo com a CONCEBRA:

- (i) o documento teria sido produzido convenientemente para instruir as manifestações da REQUERIDA, significando “*geração de ‘prova’ no processo por ‘parte relacionada’*”³⁵²;
- (ii) o documento teria sido fabricado unilateralmente, muitos anos após os fatos a que faz referência;

³⁵⁰ Cf. item 198 e ss. das Alegações Iniciais da REQUERENTE; RTE-037 a RTE-041.

³⁵¹ Cf. R-034.

³⁵² Cf. item 24 da Réplica da REQUERENTE.

- (iii) os quesitos submetidos ao BNDES contiveram perguntas seletivas, formuladas de forma tendenciosa pela REQUERIDA, tendo o próprio banco público ressalvado no documento que não teve acesso às informações e alegações da REQUERENTE;
- (iv) causaria estranheza o fato de a REQUERIDA omitir o ofício que instou o BNDES a responder os quesitos por ela formulados;
- (v) o documento não gozaria de fé-pública, visto que o BNDES não integra a Administração Pública Direta;
- (vi) a União Federal – controladora do BNDES – teria sido incluída a pedido do MPF nos autos da ação civil pública nº 1001854-57.2018.4.01.3802, que tem por objeto alegações de descumprimento do cronograma de obras do CONTRATO DE CONCESSÃO, sendo que o pedido do *Parquet* teria se escorado justamente no nexos causal entre a não liberação do financiamento e a redefinição da política pública de crédito adotada pelo BNDES; e
- (vii) “*trata-se de ‘prova’ encomendada*” – pois o BNDES constitui “*longa manus da União*”³⁵³ –, que foi criada sem a observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

519. Por essa razão, argumenta a REQUERENTE que “*essa prova deve ser avaliada pelos julgadores com maior rigor e sopesada com os demais elementos probatórios presentes nos autos, sob pena de se privilegiar a Administração Pública em detrimento da parte adversária*”³⁵⁴.

520. A REQUERENTE também defende a imprevisibilidade da crise brasileira de 2015 e 2016, afirmando que sua tese não está embasada em meras especulações ou alegações genéricas. Os estudos técnicos, dentre os quais aqueles elaborados por Raul Velloso e GO Associados, não enfrentados pela REQUERIDA em sua Resposta, prossegue a REQUERENTE, teriam apresentado conclusões a subsidiar as teses da CONCEBRA.

³⁵³ Cf. item 31 da Réplica da REQUERENTE.

³⁵⁴ Cf. item 37 da Réplica da REQUERIDA.

521. A REQUERENTE aponta que os elementos probatórios produzidos neste procedimento arbitral atestariam a imprevisibilidade, extraordinariedade e magnitude da crise econômica de 2014/2016. Nesse contexto, cita³⁵⁵:

- (i) o ofício 01/2018/DG/ANTT e o Memorando 876/2018/SUINF/ANTT³⁵⁶ e a exposição de motivos da Medida Provisória nº 800/2017, “assinada por 3 Ministros de Estado”³⁵⁷;
- (ii) os pareceres e notas técnicas elaborados pela GO Associados³⁵⁸ e pelos Srs. Raul Velloso³⁵⁹, Marcelo Saintive³⁶⁰ e Paulo Rabello³⁶¹;
- (iii) o depoimento prestado pelo Sr. Marcelo Saintive na audiência de instrução realizada nesta arbitragem nos dias 11.06.2024 e 12.06.2024³⁶²; e
- (iv) o laudo pericial de 06.12.2023³⁶³ e os respectivos esclarecimentos de 20.12.2023³⁶⁴, que dariam conta, dentre outros, (iv.a) de que as variações do Produto Interno Bruto (“PIB”) registradas nos anos de 2015 e 2016 possuiriam probabilidade de ocorrência de 0,05% e 0,08%, respectivamente³⁶⁵, e (iv.b) de que a diferença entre o tráfego projetado pelo Poder Concedente no edital e nos seus anexos seria da ordem de 13% (treze por cento), se considerados os anos de 2015 e 2016, e de 17% (dezessete por cento), se considerados o período entre 2015 e 2018³⁶⁶⁻³⁶⁷.

³⁵⁵ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 86-92.

³⁵⁶ Cf. RTE-026.

³⁵⁷ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 88.

³⁵⁸ Cf. RTE-042.

³⁵⁹ Cf. RTE-020.

³⁶⁰ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

³⁶¹ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

³⁶² Cf. linha 1.477 da transcrição da audiência de instrução realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024, reproduzida nas Alegações Finais da REQUERENTE, p. 90.

³⁶³ Cf. laudo pericial de 06.02.2023, p. 27; adendo 01 ao laudo pericial, p. 15-17, resposta ao quesito nº 10 da REQUERENTE.

³⁶⁴ Cf. esclarecimentos ao laudo pericial de 20.02.2023, p. 172.

³⁶⁵ Cf. laudo pericial de 06.02.2023, p. 26-27.

³⁶⁶ Cf. esclarecimentos ao laudo pericial de 20.12.2023, p. 28.

³⁶⁷ A propósito, a REQUERENTE impugna a argumentação da REQUERIDA de que a ausência de investimentos pela CONCEBRA poderia ter prejudicado o tráfego nas rodovias. Segundo afirma: “a Requerida provocou a Equipe

522. Nessa linha, a REQUERENTE também busca demonstrar o equívoco da argumentação da REQUERIDA. Na sua visão, a REQUERIDA não apresentou a fonte dos gráficos que fundamentam sua alegação e tampouco explicou a metodologia científica empregada.

523. Afirma, ainda, que a argumentação da REQUERIDA seria contraditória, porquanto, ao examinar o reequilíbrio do CONTRATO DE CONCESSÃO em função da pandemia da Covid-19 na via administrativa, a ANTT teria descartado o PIB regional, apontando o PIB nacional “*como principal variável utilizada pelo setor para a projeção de tráfego*”³⁶⁸.

524. Já no que concerne à alegação da REQUERIDA de que a trajetória do PIB em 2014 já sinalizava para uma deterioração da economia, os assistentes técnicos da REQUERENTE apontam que “*isso apenas corrobora o que tem sido afirmado pela Requerente nos autos deste Procedimento Arbitral, tendo em vista que até o final de 2013, quando da realização do leilão, a trajetória e, principalmente, a expectativa futura, era de crescimento do PIB, mas o que se viu a partir de 2014 foi uma trajetória de queda, como bem pontuado pela Requerida*”³⁶⁹.

525. Lembram aqueles, nesse diapasão, “*que o EVTEA, em seus parágrafos 10 e 17, diz que qualquer expectativa de queda no PIB deveria estar refletida no estudo da concessão, o que não ocorreu justamente por não haver, à época, nenhuma expectativa nesse sentido*”³⁷⁰.

526. Também aponta que a REQUERIDA teria se quedado silente sobre determinados documentos que utilizam o PIB e/ou fazem referência à queda do tráfego (v.g. RTE-246 e RTE-027).

Pericial a responder sobre os impactos – frise-se, teóricos – da ausência de investimentos pela Requerente, sem, contudo, se desincumbir do seu ônus probatório quanto essa cogitada – mas incogitável – relação de causa e efeito, na medida em que não apresentou nenhum fato objetivo ou dado concreto que pudesse ser apurado pela il. Equipe Pericial” (cf. item 158 das Alegações Finais da REQUERENTE). Além disso, em caráter subsidiário, a REQUERENTE defende que os impactos da falta de investimentos na demanda de tráfego seriam mínimos, uma vez que: (i) a projeção do EVTEA de crescimento da demanda refere-se apenas ao PIB – não havendo menção objetiva de que a demanda seria impactada pela concretização de investimentos –; e (ii) não haveria outra rota e outro modal de transporte que competisse com a rodovia concedida, “*em especial no que tange aos veículos pesados/comerciais (transcrição da audiência – linhas 6041 a 6058)*” (cf. item 161 das Alegações Finais da REQUERENTE).

³⁶⁸ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 95.

³⁶⁹ Cf. item 15 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 05.06.2023.

³⁷⁰ Cf. item 15 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 05.06.2023.

527. Como forma de corroborar a metodologia utilizada no laudo pericial quanto à perda de demanda de tráfego, a REQUERENTE novamente menciona³⁷¹:

- (i) a exposição de motivos da Medida Provisória nº 800/2016, o relatório final do Grupo de Trabalho Interministerial que deu origem à referida Medida Provisória³⁷², o relatório da Medida Provisória nº 752/2016, o documento RTE-026, a Planilha LOGIT³⁷³ – referente ao estudo técnico do EVTEA encomendado pelo Poder Concedente para a modelagem do CONTRATO DE CONCESSÃO;
- (ii) os pareceres elaborados pelos Srs. Marcelo Saintive³⁷⁴ e Raul Velloso³⁷⁵;
- (iii) o laudo pericial³⁷⁶, os respectivos esclarecimentos³⁷⁷ e o depoimento prestado pelos representantes da empresa perita na audiência realizada neste procedimento arbitral³⁷⁸.

528. Contrapondo-se à tese da REQUERIDA de que crises seriam cíclicas, a REQUERENTE defende ser irreal que agentes econômicos, ao participar de licitações, devam incorporar em suas projeções futuras crises. Reitera, nesse sentido, o ineditismo e a intensidade da crise econômica invocada nesta arbitragem, defendendo tratar-se de evento extremo e imprevisível, com base nos documentos RTE-020 e RTE-042.

529. Aduz que *“a crise interna que fundamenta o pleito da Requerente, além de trazer uma depressão econômica sem precedentes nos últimos 116 anos (desde quando a série passou a ser medida), teve como característica diferente das crises anteriores o fato de que os anos imediatamente seguintes não foram de recuperação; pelo contrário, foram de crescimento*

³⁷¹ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 98-104.

³⁷² Cf. RTE-257.

³⁷³ Cf. RTE-246.

³⁷⁴ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

³⁷⁵ Cf. RTE-020.

³⁷⁶ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, p. 17-24, resposta aos quesitos nºs 11 e 13 da REQUERENTE.

³⁷⁷ Cf. esclarecimentos ao laudo pericial de 20.12.2023, p. 19-20, 51, 172 e 180-182.

³⁷⁸ Cf. linhas 6.232, 6.041/5.067 e 6.804/6.809 da transcrição da audiência de instrução realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024, reproduzida nas Alegações Finais da REQUERENTE, p. 102-104.

píffio, culminando com uma nova crise agora em 2020, causada pela Pandemia da COVID-19”³⁷⁹.

530. A REQUERENTE também objeta a menção feita pela REQUERIDA ao “*documento institucional da CCI que faz sugestão de cláusula contratual de force majeure*”³⁸⁰. Para aquela, “*a lista sugerida pela CCI é exemplificativa, e não taxativa. E mais: trata-se de uma sugestão de redação contratual para uma lista de eventos que se presumem preencher os requisitos de imprevisibilidade e irresistibilidade. Como sugestão de redação, a lista pode ser diminuída ou ampliada. É absolutamente falso que a CCI, nas assertivas palavras da Requerida, ‘exclua completamente’ crises econômicas do rol de eventos de força maior*”³⁸¹.

531. Em relação à alegação da REQUERIDA de que os tribunais arbitrais teriam resistência ao reconhecimento da excepcionalidade de crises econômicas, a REQUERENTE menciona a temporalidade do artigo que fundamenta a alegação da ANTT e destaca que este “*faz referência expressa a ‘devaluation’, ou seja, desvalorização cambial, como um evento ‘catastrófico’ equivalente a guerras, inundações e terremotos*”³⁸².

532. A REQUERENTE também argumenta que, embora suficiente a justificar seu pleito, não estaria a postular o reequilíbrio simplesmente em razão da crise ou da variação de demanda de tráfego, mas sobretudo “*pela materialização da crise no mercado de crédito de infraestrutura, que levou ao não Financiamento de Longo Prazo por parte do BNDES como reflexo da clara mudança de direcionamento político fiscal por parte do governo (fato do príncipe ou da Administração*”³⁸³.

533. Fazendo referência aos pareceres acostados como RTE-020 e R-042, assim, a REQUERENTE reitera que “*a evidência mais clara de redução de crédito para o setor de infraestrutura rodoviária ao final de 2014 é a série que mostra as aprovações de novos empréstimos pelo BNDES. O período com maior número de aprovações ocorreu nos meses que*

³⁷⁹ Cf. item 59 da Réplica da REQUERENTE.

³⁸⁰ Cf. item 62 da Réplica da REQUERENTE.

³⁸¹ Cf. item 64 da Réplica da REQUERENTE.

³⁸² Cf. item 66 da Réplica da REQUERENTE.

³⁸³ Cf. item 69 da Réplica da REQUERENTE.

*precederam a Licitação e no início do Contrato (período em que o empréstimo ponte está em vigor). A partir de final de 2014, há uma queda muito expressiva nas aprovações de novos financiamentos”*³⁸⁴⁻³⁸⁵.

534. A REQUERENTE impugna, ademais, gráfico utilizado pela REQUERIDA para sustentar a ocorrência de um aumento de receita ao longo dos primeiros 5 (cinco) anos do CONTRATO DE CONCESSÃO e a alegação de que as flutuações no volume de tráfego teriam sido normais. Conforme se depreende da explicação abaixo, a REQUERENTE defende que o gráfico parte de premissas distorcidas³⁸⁶:

“Enquanto todas as projeções do tráfego real aferem o tráfego de cada ano de concessão (medida divergente do ano comum – pois se inicia no dia 05 de março do ano e se termina no dia 04 de março do ano seguinte), as projeções do tráfego contido no EVTEA possuem como marco temporal o ano civil (1 de janeiro a 31 de dezembro do mesmo ano). Sendo assim, ao estabelecer 58.532,90 como o tráfego inicial do ano de 2015, a Agência considerou o período de 252 dias, correspondente ao interregno do dia 27/06/2015 (início da cobrança do pedágio) até o dia 04/03/2016 (fim do segundo ano de concessão). Todavia, ao cravar o tráfego projetado para o EVTEA, a Requerida apenas levou em conta o período de 188 dias correspondente a 27/06/2015 a 31/12/2015.

Ademais, todas as projeções do tráfego real consideraram o efeito dos eixos suspensos, enquanto as do tráfego projetado o desconsideraram.

Tal metodologia errática compromete o gráfico como um todo. Portanto, as premissas devem ser equalizadas para que se possa comparar a demanda projetada com a demanda real.”

535. A REQUERENTE sustenta que, se realizado o cálculo correto, observar-se-ia que a discrepância entre o tráfego real e o projetado aumenta vertiginosamente a cada ano,

³⁸⁴ Cf. R-042.

³⁸⁵ A propósito do tema, os assistentes técnicos da REQUERENTE criticam a tentativa da REQUERIDA de demonstrar que o histórico de aprovações de operações de crédito do BNDES teria se mantido em patamares superiores a 90% (noventa por cento) entre 2013 e 2018. Segundo afirmam, *“basta ver que a tabela confeccionada pela Requerida faz uma mera compilação de dados de forma linear, isto é, um comparativo entre consultas e aprovações de crédito pelo BNDES dentro do mesmo ano, como se as operações fossem, necessariamente, iniciadas e finalizadas dentro desse período anual – o que sabidamente não é, haja vista que o processo de consulta, aprovação e desembolso perdura por meses. O próprio caso da Concebra desmente as conclusões da Requerida, uma vez que sua consulta foi apresentada em 2014 e somente veio a ser aprovada em 2016. A tabela e a conclusão da Requerida é, portanto, manifestamente falaciosa e, justamente por isso, não tem o condão de rechaçar ou invalidar o resultado do laudo pericial quanto a esse tema, o qual, muito diferentemente das ilações abstratas e infundadas da ANTT, foi subsidiado pela análise sistematizada de dados oficiais extraídos pela equipe pericial dos documentos colacionados aos autos – muitos deles produzidos pelo próprio BNDES, pela União Federal e pela ANTT – e está devidamente acompanhado das explanações correspondentes que corroboram as conclusões alcançadas.”* (cf. itens 60 a 62 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 26.04.2024).

³⁸⁶ Cf. itens 76 a 78 da Réplica da REQUERENTE.

demonstrando que o dado contido no EVTEA, inspirado em projeções macroeconômicas condizentes com o período então vivido, seria muito superior ao tráfego real.

536. Ainda em relação à questão da crise e do volume de tráfego, a REQUERENTE critica comparações feitas pela REQUERIDA, apresentando em Réplica informações e esclarecimentos em relação a modelos internacionais.

537. Quanto ao financiamento propriamente dito, a REQUERENTE contesta a tese da REQUERIDA de que as condições da Carta de Apoio dos Bancos Públicos não teriam sido consideradas na composição da equação econômico-financeira do CONTRATO DE CONCESSÃO.

538. Com efeito, argumenta que a simples viabilidade do projeto, aferida com base na Taxa Interna de Retorno (“TIR”) prevista no EVTEA – de 7,2% (sete vírgula dois por cento), a mesma considerada na frustrada fase I da 3ª Etapa do PROCROFE – jamais teria levado ao sucesso do certame que resultou no CONTRATO DE CONCESSÃO. Daí porque somente com a divulgação da carta reproduzida no documento RTE-003 o projeto teria se tornado atrativo, comprovando que o financiamento compôs a equação contratual. E, em reforço à sua argumentação, trouxe a CONCEBRA a esta arbitragem parecer elaborado pelo Dr. Egon Bockmann Moreira³⁸⁷.

539. Transcrevam-se, a propósito, as seguintes considerações da REQUERENTE:

“De fato, como já havia sido confirmado na fase I da 3ª Etapa do PROCROFE, não bastava ser viável o projeto: aquela TIR não alavancada de 7,2%, embora tornasse viável o projeto, era ruim. Era preciso, também, que o projeto fosse atrativo, a despertar o interesse dos investidores. Foi por isso que a Concessão somente se tornou interessante a partir da Carta de Apoio dos Bancos Públicos. Daí a relevância da TIR alavancada, ou do acionista, que a Requerida tenta a todo tempo menosprezar, e que previa a taxa subsidiada de 18,34% sem inflação (ou 19,40 com inflação), significando um custo menor de capital de terceiros justamente em razão do subsídio que seria garantido pelo Governo.

A esse respeito foi enfático o então Ministro da Fazenda, Guido Mantega, na oportunidade do anúncio público da TIR de 7,2%, quando, ao exaltar os efeitos do financiamento, disse claramente que os parâmetros para os leilões são as taxas alavancadas: [...]

Perceba-se que o então chefe da economia brasileira e um dos formuladores do Plano de Investimento em Logística lançado pela ex-presidente Dilma Rousseff contradiz,

³⁸⁷ Cf. RTE-198.

expressamente, a argumentação trazida pela Requerida. Para a elaboração de proposta de deságio, os agentes econômicos teriam como parâmetro a taxa de retorno alavancada.

Daí também a manifesta irrelevância, para o deslinde da presente arbitragem, da Tarifa Básica de Pedágio e da TIR utilizadas para aferir a viabilidade do projeto, que, segundo alega a Requerida, não teriam considerado em seu cálculo as condições de financiamento do BNDES, como teria sido consignado na invocada Nota nº 318/2013/STN/SEAE/MF (R-38), que nenhuma influência exerce na elucidação do desequilíbrio contratual questionado pela Requerente.

Como se vê, é o retorno do acionista (maior que o do projeto), mediante a alavancagem financeira, que interessa na tomada de decisão do investidor. Não é suficiente, em nenhum lugar do mundo, que o projeto se pague. O projeto tem que ter atratividade para o investidor, que leva em consideração a taxa de retorno que represente o menor custo do capital.”

540. Noutras palavras, defende a REQUERENTE que a Carta de Apoio dos Bancos Públicos integrou a equação contratual porque foi tomada como referência pelos licitantes na elaboração das suas taxas internas de retorno, sendo irrelevante o fato de as condições de financiamento público terem ou não constado do cálculo da tarifa teto no EVTEA.

541. De qualquer forma, no caso, a REQUERENTE aduz que a prova pericial teria confirmado, dentre outros, que³⁸⁸:

- (i) os bancos públicos teriam divulgado documento público anunciando condições favoráveis de financiamento, de modo a tornar os leilões viáveis³⁸⁹;
- (ii) “as condições de financiamento na Carta de Apoio dos Bancos são muito similares às que foram indicadas como premissas no EVTEA”³⁹⁰;
- (iii) “a tarifa básica de pedágio proposta pela Concebra incorpora em sua composição as premissas de financiamento divulgadas no EVETEA. A Requerida não controverte na petição de 08/08/2023, parágrafo 42, a correlação entre as premissas de financiamento na modelagem de um Contrato de Concessão. Portanto, a viabilidade do projeto estava alicerçada nas premissas de financiamento do EVETEA que espelharam aquelas da Carta Pública de 09/2013”³⁹¹;

³⁸⁸ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 45-48.

³⁸⁹ Cf. esclarecimentos ao laudo pericial, p. 15 e 173,

³⁹⁰ Cf. adendo 1 ao laudo pericial de 06.02.2023, p. 34, resposta ao quesito nº 25 da REQUERENTE.

³⁹¹ Cf. esclarecimentos ao laudo pericial de 20.12.2023, p. 22.

- (iv) não havia na economia brasileira, à época do leilão, um sucedâneo de oferta de crédito de longo prazo com juros subsidiados feita pelos bancos públicos federais³⁹²;
- (v) no modelo de viabilidade financeira acostado como RTE-246 teriam sido observadas premissas de financiamento similares às aquelas indicadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos³⁹³; e
- (vi) “ao enquadrar o financiamento do projeto da Concebra na modalidade *project finance*, conforme definição apresentada no quesito anterior, o BNDES reconhece que o pagamento deste financiamento seria realizado pelo fluxo de caixa gerado pelo próprio projeto”³⁹⁴;

542. A REQUERENTE afirma que a própria REQUERIDA teria chegado a afirmar nesta arbitragem, “*de forma contraditória*”³⁹⁵, que a correlação entre as premissas de financiamento em um contrato de concessão e a definição da tarifa quilométrica básica não seria, na essência, controverso, conforme se poderia extrair do item 42 da manifestação apresentada pela ANTT em 08.08.2023.

543. O item 4.3 do volume 4 do EVTEA³⁹⁶ e outras provas documentais acostadas nesta arbitragem – notadamente o Relatório Técnico do BNDES que fundamenta a aprovação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos de setembro de 2013³⁹⁷, Nota Técnica 318/2013/STN/SEAE/MF³⁹⁸, o Ofício Circular nº 001/2018/DR/ANTT³⁹⁹, o Memorando nº 076/2018/SUINF⁴⁰⁰, o Relatório de Administração FIGE⁴⁰¹ e a Planilha LOGIT⁴⁰² –, ademais,

³⁹² Cf. adendo 1 ao laudo pericial de 06.02.2023, p. 26, resposta ao quesito nº 16 da REQUERENTE.

³⁹³ Cf. adendo 1 ao laudo pericial de 06.02.2023, p. 40-41, resposta ao quesito nº 33 da REQUERENTE.

³⁹⁴ Cf. adendo 1 ao laudo pericial de 06.02.2023, p. 44-45, resposta aos quesitos nºs 38 e 39 da REQUERENTE.

³⁹⁵ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 33.

³⁹⁶ Cf. RTE-002.

³⁹⁷ Cf. RTE-255.

³⁹⁸ RTE-038.

³⁹⁹ RTE-026.

⁴⁰⁰ RTE-026.

⁴⁰¹ RTE-052.

⁴⁰² RTE-245.

apontariam para a improcedência do argumento da REQUERIDA de que “a viabilidade do projeto não estaria ancorada nas premissas de financiamento”⁴⁰³⁻⁴⁰⁴.

544. Também fariam prova de que “o sucesso da licitação e a viabilidade dos projetos estavam alicerçados nessa estrutura financeira divulgada pelo Poder Concedente”⁴⁰⁵:

- (i) as declarações emanadas de autoridades públicas, dentre as quais a do então Ministro dos Transportes, César Borges, as dos então Ministros da Fazenda, Paulo Cafarelli e Guido Mantega, a do então Ministro de Infraestrutura Tarcísio de Freitas mencionadas nas Alegações Finais da REQUERENTE⁴⁰⁶;
- (ii) os pareceres e notas técnicas emitidos pela GO Associados⁴⁰⁷ e pelo Srs. Marcelo Saintive⁴⁰⁸, Adalberto Vasconcelos⁴⁰⁹, Luciano Coutinho⁴¹⁰ e Paulo Rabello⁴¹¹, conforme igualmente indicado nas Alegações Finais da REQUERENTE⁴¹²; e
- (iii) os depoimentos prestados pelos Srs. César Augusto Rabello Borges⁴¹³ e Marcelo Saintive⁴¹⁴ na audiência de instrução realizada neste procedimento arbitral.

⁴⁰³ Cf. item 106 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁴⁰⁴ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 34-36.

⁴⁰⁵ Cf. item 104 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁴⁰⁶ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 36-39.

⁴⁰⁷ Cf. RTE-042.

⁴⁰⁸ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁴⁰⁹ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁴¹⁰ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁴¹¹ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁴¹² Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 39-41.

⁴¹³ Cf. linhas 561/572, 600/607, 642/644, 666/678 e 770/780 da transcrição da audiência de instrução realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024, reproduzidas nas Alegações Finais da REQUERENTE, p. 41-43.

⁴¹⁴ Cf. linhas 1223/1232, 1249/1256, 1261/1262, 1272/1276, 1284/1286, 1290/1298, 1300/1308, 1314/1318, 1352/1329 e 1334/1338 da transcrição da audiência realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024, reproduzidas nas Alegações Finais da REQUERENTE, p. 43-45.

545. A REQUERENTE ainda sustenta que o valor presente líquido esperado para o projeto era zero, de modo que este somente se tornaria atrativo na hipótese de ser considerado o financiamento subsidiado. Para a REQUERENTE⁴¹⁵:

“Esse esclarecimento faz cair por terra as digressões da ANTT sobre o papel do EVTEA para avaliação da viabilidade da Concessão e para o cálculo da Tarifa Básica de Pedágio (não alavancada) e as alegações de que a TIR alavancada não serviria de parâmetro para se aferir o equilíbrio do Contrato de Concessão. A despeito de todo o esforço argumentativo para tentar demonstrar que o Financiamento de Longo Prazo não compôs a Tarifa Básica de Pedágio não alavancada, a Requerida em momento algum contestou que o EVTEA (RTE 2) continha previsão de contratação de Financiamento de Longo Prazo, a juros baixos, prazo de carência de 5 anos e prazo de 20 anos para amortização, exatamente como havia sido divulgado na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, conforme se extrai de seu item 4.3: [...]”

546. Isto seria corroborado pela sucessão de atos vivenciada no caso – (i) divulgação da Carta de Apoio dos Bancos Públicos; (ii) diversas declarações de autoridades do executivo à época; (iii) enquadramento do projeto por parte do BNDES após o leilão; (iv) liberação do empréstimo-ponte; e (v) a aprovação do financiamento de longo prazo, em fevereiro de 2016 –, que confirmariam tratar-se aquele financiamento público de parte indissociável da equação econômico-financeira do CONTRATO DE CONCESSÃO, integrando a base objetiva do negócio.

547. Acresce a REQUERENTE que e-mails por ela trocados com o BNDES⁴¹⁶ dariam conta de comprovar que o departamento jurídico teria chancelado a minuta do contrato, tendo um dos advogados do banco público *“solicit[ado], expressamente, uma data para assinatura do contrato de crédito”*⁴¹⁷, o que corroboraria a tese de que *“a frustração do financiamento se deu exclusivamente por uma mudança radical e inesperada de política pública, que levou o banco de fomento a passar a negar o subsídio anteriormente ofertado para atração dos investidores”*⁴¹⁸.

548. Ainda nesse contexto, a REQUERENTE faz referência ao relatório técnico que embasou a aprovação do financiamento de longo prazo, cuja versão censurada foi inicialmente apresentada

⁴¹⁵ Cf. item 116 da Réplica da REQUERENTE.

⁴¹⁶ Cf. RTE-224.

⁴¹⁷ Cf. item 73 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁴¹⁸ C. item 73 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

pela CONCEBRA em Réplica⁴¹⁹ e, posteriormente, submetida nesta arbitragem pelo BNDES em resposta ao ofício expedido em atenção ao determinado na Ordem Processual nº 18.

549. A REQUERENTE afirma ser improcedente a alegação da REQUERIDA de que, ao oferecer um deságio de 52% (cinquenta e dois por cento), aquela teria se equivocado em suas projeções. Para tanto:

- (i) com base no parecer da GO Associados, reitera que o financiamento público era essencial ao negócio;
- (ii) argumenta que *“todos os players da terceira etapa de concessões, indistintamente, apresentaram deságios no mesmo patamar, exceto a Invepar, que se posicionou ligeiramente acima de 60%”*⁴²⁰;
- (iii) registra que *“todas as concessões da terceira etapa que não obtiveram o financiamento – como é o caso da concessão da Requerente –, ou estão caminhando para devolução ou já o fizeram ou se tornaram insolventes”*, sendo que *“a única concessão que se manteve viável foi a da antiga MGO, que, diferentemente das demais, obteve sucesso no financiamento do BNDES, mesmo oferecendo deságio relevante superior a 42%”*⁴²¹;
- (iv) afirma que *“na comparação entre a variação do tráfego prevista pela ANTT com aquela projetada nos cenários vislumbrados pela Concessionária, bem como com a variação real efetivamente verificada, verifica-se que tanto as projeções da ANTT quanto as da Requerente estão aquém do tráfego real projetado no momento do EVTEA, com uma diferença percentual inferior a 13%”*⁴²²;
- (v) menciona que *“a questão percentual da diferença de tráfego traria impacto apenas no momento do payback do projeto, ou seja, não o tornaria viável ou inviável, diferentemente da figura do financiamento subsidiado”*⁴²³.

⁴¹⁹ Cf. RTE-225.

⁴²⁰ Cf. item 134 da Réplica da REQUERENTE.

⁴²¹ Cf. item 135 da Réplica da REQUERENTE.

⁴²² Cf. item 137 da Réplica da REQUERENTE.

⁴²³ Cf. item 139 da Réplica da REQUERENTE.

- (vi) informa que os dados de tráfego constaram do plano de negócios submetido ao BNDES, que, por sua vez, com base em *due diligence* realizada por empresa independente, chegou a aprovar o financiamento;
- (vii) aduz que, se a REQUERIDA realmente considerasse que o deságio proposto pela REQUERENTE era agressivo, aventureiro ou irresponsável, poderia ter desclassificado a proposta respectiva, à luz do art. 15, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995 e do art. 26, VI, da Lei Federal nº 10.233/2001; e
- (viii) a REQUERIDA teria aprovado a proposta da REQUERENTE “*após ‘elaborar relatórios técnicos’ e realizar profunda e detida análise*”⁴²⁴, conforme se poderia extrair da Ata de Julgamento dos Documentos de Qualificação da Proponente Primeira Colocada no Leilão do Edital de Concessão nº 004/2013 acostado neste procedimento como RTE-227.

550. Na visão da REQUERENTE, as provas produzidas nesta arbitragem inquinariam as teses de que a REQUERENTE teria ofertado um deságio agressivo, não teve um adequado e preciso gerenciamento de riscos e de que haveria discrepância nas expectativas de financiamento. Para tanto, faz referência aos seguintes elementos de prova⁴²⁵:

- (i) aos documentos emitidos pelo BNDES no contexto da operação do financiamento ponte e de longo prazo, acostados nesta arbitragem como RTE-008, RTE-009, RTE-015, RTE -016, RTE-018 e RTE-225;
- (ii) às atas notariais lavradas pelo cartório do 3º Registro Civil e Tabelionato de Notas da Comarca de Goiânia – GO, juntadas neste procedimento com os pareceres dos assistentes técnicos da CONCEBRA de 24.04.2023, que dariam conta de que o jurídico do BNDES chegou a aprovar o financiamento de longo prazo e a REQUERENTE chegou a assinar o contrato cuja minuta respeitaria os termos estabelecidos nas decisões DIR 078/2016 e DIR 079/2016 daquele banco público;

⁴²⁴ Cf. item 88 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁴²⁵ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 51-56.

- (iii) às matérias jornalísticas constantes dos documentos RTE-005 e RTE-006 e à declaração da então presidente do BNDES, Maria Silvia Bastos Marques, em seu livro “Vontade Inabalável”, no sentido de que, em outubro de 2016, o banco público mudou as condições de financiamento para o modal rodoviário, *“exatamente o período em que o banco de fomento, começou a exigir novas garantias à Concebra e a emperrar o Financiamento de Longo Prazo já aprovado por sua antiga diretoria”*⁴²⁶;
- (iv) aos pareceres técnicos elaborados pelos Srs. Luciano Coutinho⁴²⁷ e Adalberto Vasconcelos⁴²⁸, assim como aos depoimentos prestados pelos Srs. César Augusto Rabello Borges⁴²⁹ e Marcelo Saintive⁴³⁰ na audiência de instrução realizada neste procedimento arbitral em 11.06.2024 e 12.06.2024; e
- (v) ao laudo pericial⁴³¹ e ao depoimento prestados pelos representantes da empresa perita em audiência⁴³², de onde se poderia extrair a análise de que o deságio já havia sido examinado pelo BNDES e que este teria aprovado o financiamento, não sendo observada ressalva sobre a CONCEBRA não estar cumprindo os requisitos exigíveis para a aprovação do empréstimo, inclusive daquelas previstas na cláusula 2.2 da Decisão DIR 78/2016.

551. Segundo aduz, ao revés do que defenderia a REQUERIDA, os elementos apontariam para os fatos de que *“(i) a própria Agência e o BNDES atestaram a viabilidade do projeto – amparados, por óbvio, nas condições de financiamento outrora propagadas e oferecidas via Carta Pública de setembro/2013; e (ii) não havia divergência entre a Concessionária e o*

⁴²⁶ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 53.

⁴²⁷ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁴²⁸ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁴²⁹ Cf. linhas 809/820 da transcrição da audiência de instrução realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024, reproduzidas nas Alegações Finais da REQUERENTE, p. 54.

⁴³⁰ Cf. linhas 1.721/1.728 da transcrição da audiência de instrução realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024, reproduzidas nas Alegações Finais da REQUERENTE, p. 54.

⁴³¹ Cf. laudo pericial de 06.02.2023, p. 40-41 e respostas aos quesitos nº 54 da REQUERENTE e nºs 2.8 e 2.10 da REQUERIDA (adendo 1),

⁴³² Cf. linhas 5.198/5.201 e 6.482 da transcrição da audiência de instrução realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024, reproduzidas nas Alegações Finais da REQUERENTE, p. 56.

BNDES sobre questões técnicas, condições do financiamento e demais questões contratuais”⁴³³.

552. A REQUERENTE também refuta as alegações da REQUERIDA de que aquela não teria buscado fontes alternativas de capital para cumprir com as obrigações do CONTRATO DE CONCESSÃO.

553. Segundo alega, teria ela previsto a emissão de debêntures em diversas séries ao longo da concessão, mas estas não poderiam constituir a principal fonte de recursos, por diversas razões, dentre as quais o elevado custo de emissão, que desconfiguraria a estrutura de capital ofertada no certame pelo Governo Federal.

554. De igual maneira, afirma que, *“ainda que a Concebra tentasse outras alternativas de funding para dar continuidade a seu contrato, como aponta a ANTT, e ainda que por hipótese tais alternativas existissem disponíveis no mercado à época, o fato de o BNDES executar judicialmente a dívida do empréstimo-ponte (com vencimento integral e em única parcela) retirou da Concessionária qualquer possibilidade de obter outros financiamentos, visto que a execução resultou em negativação junto ao SISBACEN, SERASA, e etc.”*⁴³⁴.

555. Ainda sobre o tema, a REQUERENTE:

- (i) registra que outras promessas do Governo Federal, que poderiam ser utilizadas como alternativas ao financiamento de longo prazo, também não se concretizaram⁴³⁵; e
- (ii) aduz que, *“se as obras seguissem um critério técnico de realização, ou seja, fossem realizadas na medida em que o tráfego versus nível de serviço assim*

⁴³³ Cf. item 113 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁴³⁴ Cf. item 163 da Réplica da REQUERENTE.

⁴³⁵ A propósito: *“Além das condições especiais de financiamento, os bancos públicos federais – agentes de fomento da União – também garantiram por meio desta mesma Carta Pública, com claro objetivo de trazer segurança jurídica e econômica aos interessados que participariam dos futuros leilões e de assegurar a viabilidade e atratividade dos lotes a serem leiloadas, que a ABGF - Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. criaria o Fundo Garantidor de Infraestrutura (FGIE), ‘com a finalidade de garantir, direta ou indiretamente, cobertura para quaisquer riscos, inclusive não gerenciáveis, relacionados a concessões’.* Muito embora tenha sido criado em 2014, o FGIE não foi comercializado à época. Ou seja, por inércia ou desinteresse do Poder Concedente, mais uma premissa do leilão foi desmantelada.” (cf. item 166 da Réplica da REQUERENTE).

demandasse, a Concessionária sequer demandaria recursos dos bancos públicos. A própria geração de caixa do projeto seria suficiente para cobrir tais investimentos, cobrindo-se eventualmente com a emissão de debêntures de baixo valor ao longo da Concessão para as frentes já mencionadas acima. A subversão do critério técnico, concentrando as obras nos primeiros 5 anos, é que demandou inexoravelmente a participação dos bancos públicos”⁴³⁶.

556. A REQUERENTE também afirma não proceder a tese de que a frustração do financiamento de longo prazo teria decorrido de culpa da CONCEBRA. Nesse contexto:

- (i) invoca a cronologia dos fatos, destacando que o financiamento de longo prazo já havia sido aprovado pelo BNDES – estando as partes inclusive em condições de assinar o contrato respectivo –, para demonstrar que a frustração decorreu de decisão política que resultou na inversão do fluxo de desembolsos públicos, antes voltados para os projetos de infraestrutura, que passaram para a devolução de recursos à União Federal;
- (ii) reitera que as exigências supervenientes feitas pelo BNDES para a concessão do financiamento de longo prazo – referentes à prestação de fiança corporativa pela Construtora Triunfo S.A. e de fiança pelos controladores pessoas físicas do grupo Triunfo – nunca integraram a Carta de Apoio dos Bancos Públicos e tampouco a decisão de aprovação prévia do empréstimo;
- (iii) argumenta que ditas novas exigências não seriam usuais em projetos nessa natureza, de modalidade *project finance*, em que tanto a dívida quanto o patrimônio utilizado para financiar o projeto seriam liquidados a partir do fluxo de caixa do próprio projeto;
- (iv) invoca o parecer da GO Associados para buscar demonstrar (iv.a) a queda da disponibilidade de crédito do BNDES e o impacto direto nos financiamentos dos projetos do PIL, e (iv.b) que as novas condições impostas pelo BNDES para a aprovação do empréstimo alteraram o cenário prometido para a concessão, ultrapassando o nível razoável de exigência; e

⁴³⁶ Cf. item 168 da Réplica da REQUERENTE.

- (v) invoca o parecer contido no RTE-020, onde constaria a afirmação de que “a Concebra não obteve crédito subsidiado por decisão governamental, e não por não preencher os requisitos necessários”⁴³⁷.

557. Essa argumentação foi bem sintetizada pela REQUERENTE nos seguintes termos⁴³⁸:

“Como ficou comprovado na instrução probatória, houve uma antecipação de pagamento de dívidas na ordem de R\$ 100 BILHÕES de reais pela diretoria recém-empossada e reformulação das políticas operacionais do banco de fomento, o que fez com que houvesse uma comprovada e significativa queda de desembolsos por parte do BNDES.

Além disso, foi feito um diagnóstico de que a TJLP era fonte significativa de custo fiscal e de que, portanto, deveria ser substituída por uma nova taxa de remuneração. Ou seja, os empréstimos remunerados com a TJLP (taxa propagada em sede da Carta Pública dos Bancos em setembro/2013) foram considerados onerosos aos cofres públicos, razão pela qual deveriam ser modificados quanto à taxa de remuneração.

Nessa esteira, o Fundo Garantidor de Infraestrutura – propagado fundo que serviria como alicerce das garantias dos projetos da 3ª Etapa – não recebeu os aportes da União e, assim, não se tornou operacional, o que prejudicou o rol de garantias outrora propagado em sede da Carta Pública de setembro/2013 (fato incontroverso, frise-se).

Sob esse novo cenário, o BNDES, a despeito da anterior conclusão respaldada em robusta instrução técnica, decidiu inovar e exigir novas garantias à TPI. Ocorre que essas novas garantias – inclusive a mais onerosa, a fiança de pessoa física dos sócios – não se coadunam com a facilidade outrora prometida à época do leilão e com a modalidade de financiamento de Project finance.”

558. Defende, nesse contexto, não procederem as afirmações contidas no documento R-039, onde constariam as respostas do BNDES para a negativa do financiamento de longo prazo. De fato, a CONCEBRA desqualifica a declaração prestada pelo BNDES no aludido documento, apontando inconsistências⁴³⁹ e argumentando que as causas ali imputadas à REQUERENTE, além

⁴³⁷ Cf. RTE-020.

⁴³⁸ Cf. itens 117 a 120 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁴³⁹ Sobre o tema: “Por fim, voltando à recentíssima Nota do BNDES (R-39) produzida post hoc por encomenda da Requerida, é possível desde já, apesar de todos os problemas processuais já apontados, apontar contradições e inconsistências *prima facie* no documento e na sua utilização pela Requerida, quais sejam: (i) o próprio BNDES deixa consignado que, para a produção da Nota, não teve acesso às informações e alegações da Concebra, tendo se limitado a responder quesitos específicos selecionados pela ANTT; (ii) o BNDES afirma que a desistência da Caixa Econômica Federal foi um dos motivos da não contratação do empréstimo de longo prazo, desistência esta que desde as Alegações Iniciais a Requerente consignou, com tinta forte, que isso se deu por um lacônico e-mail, sem qualquer justificativa técnica, do que se poderia presumir também simples alteração de política creditícia por instituição financeira da União (todavia, a desistência foi de menor relevância, porque a parte que lhe cabia foi assumida pelos demais bancos); (iii) a afirmação do BNDES de que ‘quanto maior o deságio vencedor de uma concessão, maiores são os desafios de estruturação financeira da concessão’ é feita apenas em tese – e, a rigor,

de ilegais e desarrazoadas, seriam supervenientes e inovadoras em relação às condições previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, sob a égide das quais teria sido aprovada a liberação do financiamento pela Diretoria do BNDES. Consoante defende:

- (i) a “*divergência de expectativa acerca dos valores do financiamento*” e as “*revisões de orçamento do projeto feitas pelo Postulante [CONCEBRA]*” mencionadas pelo BNDES para a negativa do empréstimo não subsistiria, visto que “*a Concessionária jamais questionou os valores do Financiamento de Longo Prazo, bem como não apresentou nenhuma revisão de orçamento após a aprovação da Diretoria do BNDES em fevereiro de 2016*”⁴⁴⁰. A REQUERENTE entende que as partes estavam de acordo com a minuta contratual, conforme atas notariais encaminhadas à empresa perita, sendo que “*a Diretoria do Banco e sua área técnica, após profunda análise, atestaram os fundamentos, o orçamento e as projeções da Requerente, bem como a financiabilidade do projeto, concluindo, assim pela aprovação da concessão de crédito*”⁴⁴¹;
- (ii) igualmente não poderia ser acolhido o argumento do BNDES para negar o financiamento afeto à indefinição dos agentes repassadores da parcela indireta da operação – mais especificamente a CEF. Esse fato seria “*lateral, sem qualquer influência sobre o recuo do BNDES, uma vez que a Caixa era apenas a repassadora e a concessão da colaboração financeira já havia sido*

é de uma obviedade acadiana. A frase genérica do banco, na verdade, vem logo após ele afirmar não ser possível responder a um dos quesitos ‘de maneira assertiva’. (iv) em nota de rodapé (n. 4), o próprio BNDES afirma que ‘a análise do empréstimo de longo prazo foi realizada no momento em que o Brasil passava por crise econômica, levando à revisão das perspectivas de crescimento do país e, conseqüentemente, do tráfego da CONCEBRA. Segundo suas premissas para o crescimento do país e de elasticidade (crescimento do PIB vs tráfego), a equipe de análise do BNDES teve um diagnóstico menos ‘otimista’ do que os acionistas da CONCEBRA para a geração de caixa do projeto, afetando diretamente o tamanho do financiamento que poderia ser concedido’. Ora, se a Requerida sustenta que a crise econômica nunca impactou a propensão do BNDES a conceder o funding e a manter as condições originais da Carta dos Bancos Públicos, é compreensível que tenha omitido, em sua resposta às Alegações Iniciais, essa inconveniente nota de rodapé? (v) outro trecho da Nota do BNDES que parece não ter destaque na tese da Requerida é aquele em que o banco afirma, como uma consideração em tese, que ‘[o]utra solução possível para se mitigar deságios agressivos se encontra no art. 15, §3, da Lei Federal n. 8987/1995’. Ora, essa norma da Lei de Concessões determina algo extremamente grave: que ‘no julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: [...] O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação’. O que quis dizer o BNDES com essa afirmação? Insinuar que o Poder Concedente foi omissor e consagrou vencedor na licitação um projeto temerário elaborado pela Concebra? Isso terá que ser melhor explicado e demonstrado no processo pela parte que trouxe o documento.” (cf. itens 199 a 204 da Réplica da REQUERENTE).

⁴⁴⁰ Cf. item 187 da Réplica da REQUERENTE.

⁴⁴¹ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 59.

aprovada”⁴⁴². Além disso, a REQUERENTE reitera que teria acordado com o BNDES que dita instituição assumiria a parcela relativa à CEF e aos demais parceiros; e

- (iii) quanto à alegação para a negativa do empréstimo relacionada à deterioração do risco de crédito da acionista do projeto, a REQUERENTE afirma que “*a BNDESPAR era acionista da TPI – controladora da Requerente*”⁴⁴³, de modo que, desde a época da aprovação do financiamento de longo prazo, tinha conhecimento das condições financeiras da controladora. Além disso, (iii.a) “*o atraso na concessão do Financiamento de Longo prazo da Concebra, o evento correlacionado à CONCER – ambos de responsabilidade do Poder Concedente – afetaram as condições da TPI*”⁴⁴⁴; e (iii.b) “*a análise técnica que aprovou o financiamento da Concebra tinha validade até dezembro/2016*”⁴⁴⁵.
- (vi) “*a despeito da manifesta ilegalidade das novas condições que passaram a ser exigidas pelo Banco, a Requerente e a acionista TPI ainda assim se propuseram a ofertar novas garantias idôneas, abusivamente recusadas pelo Banco*”⁴⁴⁶; e
- (vii) a negativa de concessão de crédito teria sido noticiada na mídia como decorrente da mudança de orientação de política pública pelo Poder Concedente⁴⁴⁷.

559. Em resposta à argumentação da REQUERIDA de que esta não teria reconhecido os efeitos da crise econômica sobre os contratos de concessão da 3ª Etapa do PROCROFE, a REQUERENTE reitera que o aludido reconhecimento constaria de diversos documentos, dentre os quais a Medida Provisória nº 800/2017 e o memorando nº 876/2018/SUINF que seguiu anexo ao ofício contido no RTE-026. Para a REQUERENTE:

⁴⁴² Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 59.

⁴⁴³ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 60.

⁴⁴⁴ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 60.

⁴⁴⁵ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 60

⁴⁴⁶ Cf. item 188 da Réplica da REQUERENTE.

⁴⁴⁷ Em acréscimo às notícias mencionadas nas Alegações Iniciais, a REQUERENTE afirmou na Réplica que “*em seu livro ‘Vontade Inabalável’, a então Presidente do BNDES, Maria Silvia Bastos Marques, registra que, em outubro de 2016, o banco de fomento mudou por completo as novas condições de financiamento para o modal rodoviário, exatamente o período em que o banco de fomento, inovando por completo, começou a exigir novas garantias à Concebra e a emperrar o Financiamento de Longo Prazo já aprovado por sua antiga diretoria*” (cf. item 190 da Réplica da REQUERENTE).

- (i) a reprogramação dos investimentos previstos no CONTRATO DE CONCESSÃO “somente não veio a ser ultimada porque a Agência não deu seguimento ao processo durante a vigência da MP n.º 800/2017 [...], arquivando-o em razão da perda de sua eficácia a partir de sua não conversão em lei pelo Congresso Nacional (RTE 25)”⁴⁴⁸;
- (ii) o memorando contido no documento RTE-026 reconheceria ato de confissão da REQUERIDA, conforme inclusive verificado pelo juízo da 3ª Vara Federal do Distrito Federal em ação da concessionária ViaBahia⁴⁴⁹;
- (iii) o documento teria sido enviado por ofício assinado pelo Diretor Geral Substituto da ANTT a onze autoridades públicas e organizações da sociedade civil, decorrendo a qualificação como apócrifo de má-fé da REQUERIDA;
- (iv) a apresentação na audiência pública realizada em 14.08.2018 pelo Diretor Geral da ANTT estaria alinhada ao conteúdo do memorando técnico contido no RTE-026;
- (v) as notas taquigráficas da aludida audiência pública antes mencionada⁴⁵⁰ dariam conta de corroborar “o reconhecimento por parte da ANTT do nexo de causalidade entre a crise econômica, os problemas de financiamento e de demanda e a inviabilidade das concessões da 3ª. Etapa”⁴⁵¹ do PROCROFE. Referidas notas, em conjunto com os demais elementos trazidos ao procedimento, ainda evidenciariam “que a própria ANTT sustentou perante parlamentares, TCU, Ministério Público Federal e Ministério dos Transportes a pertinência de se fazer com urgência o que a Requerente pede na presente arbitragem: um reequilíbrio contatual que evite o caos”⁴⁵²;
- (vi) seria irrelevante “para o convencimento sobre o contexto da licitação e a política pública que ela pretendia operacionalizar, se o documento Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões não foi

⁴⁴⁸ Cf. item 214 da Réplica da REQUERENTE.

⁴⁴⁹ Cf. RTE-041.

⁴⁵⁰ Cf. RTE-199.

⁴⁵¹ Cf. item 229 da Réplica da REQUERENTE.

⁴⁵² Cf. item 230 da Réplica da REQUERENTE.

formalmente aprovado pelo órgão colegiado da Diretoria da ANTT no âmbito de um processo administrativo formal e numerado”⁴⁵³;

- (vii) as notas taquigráficas da audiência pública de 14.08.2018 evidenciariam um contraste com um discurso da ANTT nesta arbitragem, já que, lá, representantes da REQUERIDA teriam expressado receio de prosseguir com o reequilíbrio dos contratos de concessão em razão de possíveis discordâncias de órgãos de controle externo quanto à decisão regulatória; e
- (viii) haveria diversas outras manifestações do Poder Concedente no sentido do reconhecimento da desestabilização da equação econômico-administrativa dos contratos de concessão rodoviários⁴⁵⁴.

560. A REQUERENTE aduz, também, que não está a criticar a modelagem do CONTRATO DE CONCESSÃO e que “os riscos ordinariamente alocados na responsabilidade da Concessionária – como a flutuação do volume de tráfego, o aumento de preços dos insumos e o risco pela obtenção dos financiamentos ordinários – foram previamente precificados e levados em consideração em sua proposta ofertada na licitação”⁴⁵⁵.

561. Argumenta, porém, que o que estaria em discussão seria a extraordinariedade dos eventos por ela elencados, apta a atrair excepcionalmente a cláusula contratual que aloca o risco ao Poder Concedente. Confira-se, no particular, o seguinte trecho da Réplica, que bem espelha a tese da REQUERENTE⁴⁵⁶:

“Ora, diferentemente dos riscos previsíveis, que são baseados em uma série histórica de eventos, os riscos extraordinários, como os aqui invocados, são impossíveis de serem previstos e muito menos precificados em uma proposta de tarifa de concessões rodoviárias. Ainda que todo e qualquer risco pudesse ser dimensionado, como tenta induzir a Agência, as ofertas dos competidores seriam absurdamente distintas, já que dependeriam da imaginação na construção de cenários subjetivos, além do grau de pessimismo aplicado por cada player. [...]

⁴⁵³ Cf. item 231 da Réplica da REQUERENTE.

⁴⁵⁴ Na Réplica, em acréscimo aos pronunciamentos já antes mencionados, a REQUERENTE mencionou “declaração prestada pelo Superintendente de Infraestrutura Rodoviária da ANTT, Fábio Luiz Lima De Freitas, em 14/08/2018 na Comissão de Viação e Transportes da Câmara Federal, convergente com as evidências já ressaltadas sobre os impactos decorrentes da mudança nas condições de financiamento” (cf. item 241 da Réplica da REQUERENTE).

⁴⁵⁵ Cf. item 247 da Réplica da REQUERENTE.

⁴⁵⁶ Cf. itens 249 a 259 da Réplica da REQUERENTE.

Justamente por essa razão extrai-se, por óbvio, que os itens precificados pela Concessionária se restringiram exclusivamente aos riscos previsíveis, com alguma margem de segurança.

Ao argumentar que a Concessionária teria conhecimento de sua inteira responsabilidade pelos riscos do negócio, conforme consignado nas cláusulas 21.3 e 21.4 do Contrato de Concessão, a Agência olvida-se da excludente prevista na cláusula 21.1, que dita: [...]

Como já amplamente explicitado nas Alegações Iniciais, a excepcionalidade dos eventos relatados pela Requerente – notadamente aquele relativo às alterações implementadas na política de crédito subsidiado dos bancos públicos, que é evento autônomo em relação à crise econômica, embora decorrente desta –, não pode ser resolvida à luz da 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.

Conforme já se disse em exórdio, essa simplória interpretação literal, absolutamente rasa e estanque, desconsidera todas as consequências imprevisíveis e de alta proporção que graves crises econômicas ou alterações drásticas em políticas governamentais poderiam despejar nos componentes de custo de contrato tipicamente relacional e incompleto, como de fato ocorreu no caso presente.

Destacou-se também nas Alegações Iniciais – mas é necessário repetir – que, diferentemente dos financiamentos ordinários alocados sob o risco da Concessionária, a concessão do Financiamento de Longo Prazo não era dependente apenas das condições de mercado, estando vinculada a uma política creditícia adotada em nível macroeconômico. Nas palavras do economista Raul Velloso, transcritas no item 217 daquela manifestação, trata-se de variável de decisão política, e não de mercado. [...]

Reitera-se, portanto, a inequívoca conclusão de que a frustração do Financiamento de Longo Prazo, decorrente de comportamento do próprio Governo Federal, isto é, do próprio Poder Concedente (a União), não pode ser rasamente enquadrada como risco alocado à Concessionária. Diversamente, a inesperada e desproporcional ruptura da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão deve ser reconhecida como risco imputável ao Poder Concedente e enquadrada na regra própria expressa na subcláusula 21.2.21. [...]

Não obstante a Requerida insista em invocar as cláusulas referentes aos riscos ordinários imputados à Concessionária, não há como negar, no caso específico em exame, que a drástica alteração na política de crédito determinada pela União (enquanto Governo Federal) caracteriza típica hipótese de fato do príncipe ou, pelo menos, que o recuo do BNDES em relação à liberação do específico financiamento, por determinação de seu acionista majoritário (a União), consubstancia fato da Administração.”

562. A REQUERENTE ainda assevera que seu pleito teria sido corroborado em “petição de aditamento apresentada pelo Ministério Público Federal nos autos da ação civil pública n. 1001854-57.2018.4.01.3802, movida em face da Concessionária e da ANTT perante a 4ª Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, que tem por objeto

alegações de descumprimento do cronograma de obras do Contrato de Concessão objeto desta arbitragem”⁴⁵⁷.

563. Com efeito, prossegue, “*o pleito ali deduzido pelo Parquet Federal para inclusão da União no polo passivo daquela demanda ratifica o nexo causal daquele fato com a redefinição da política pública de crédito adotada pelo BNDES, com identificação da possibilidade de sua responsabilização pelos problemas decorrentes da inexecução contratual*”⁴⁵⁸.

564. Segundo defende, “*ao trazer essa informação aos autos deste procedimento arbitral, a Requerente jamais pretendeu confundir esse Tribunal*”⁴⁵⁹, mas apenas corroborar que diversas autoridades públicas, dentre as quais o MPF, teriam se convencido da tese da responsabilidade da União Federal pelo não fornecimento do financiamento de longo prazo.

565. A REQUERENTE se posiciona no sentido de ser adequado o procedimento administrativo de revisão quinquenal de que se valeu para buscar junto à REQUERIDA o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.

566. Sobre a sentença arbitral proferida no procedimento CCI nº 23433/GSS/PFF, trazida pela REQUERIDA, a REQUERENTE suscita distinção, porque aquele pronunciamento não se amoldaria ao presente caso, tendo sido proferido em arbitragem iniciada pela Galvão contra a ANTT, cujos “*objetos de discussão e fundamentos jurídicos são completamente diferentes*”⁴⁶⁰.

567. Segundo a REQUERENTE, o principal fundamento jurídico utilizado naquela sentença arbitral para julgar improcedente a pretensão ali apreciada residiria no reconhecimento de que a Galvão teria sido a responsável pela não obtenção do financiamento voltado à concessão a ela então confiada, marcada por fatos como: (i) “*o envolvimento de integrantes do grupo econômico da concessionária Galvão BR-153 na Lava Jato, ainda no final de 2014*”⁴⁶¹; (ii) “o

⁴⁵⁷ Cf. item 245 da Réplica da REQUERENTE.

⁴⁵⁸ Cf. item 245 da Réplica da REQUERENTE.

⁴⁵⁹ Cf. item 130 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁴⁶⁰ Cf. item 14 da manifestação da REQUERENTE de 26.10.2020.

⁴⁶¹ Cf. item 101, “1”, da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

pedido de recuperação judicial das empresas do grupo Galvão em março de 2013”⁴⁶²; e (iii) “a queda do rating do Grupo Galvão”⁴⁶³.

568. Esses fatos seriam estranhos ao presente caso, a evidenciar a distinção. Até porque, prossegue a REQUERENTE, diferentemente da situação da Galvão, aquela teria logrado contratar o empréstimo-ponte, como também chegou a obter a aprovação pelo BNDES do financiamento de longo prazo.

569. Afirma também a REQUERENTE que a sentença arbitral contida no documento R-106 teria afastado a alegação da Galvão sobre a extraordinariedade da crise “*sob o fundamento de que ‘a economia brasileira entrou em recessão técnica no primeiro semestre de 2014, quando apresentou Produto Interno Bruto (PIB) negativo nos dois primeiros trimestres’*”⁴⁶⁴.

570. Como aduz a REQUERENTE, a licitação que resultou no CONTRATO DE CONCESSÃO foi realizada em 04.12.2013 – i.e., em período temporal anterior –, de modo que evidências invocadas naquela sentença arbitral não seriam aplicáveis à hipótese.

571. A REQUERENTE também argumenta ser impertinente a sentença arbitral proferida no procedimento arbitral CCI nº 23932/2018/GSS/PFF, em que contenderam a ANTT e outra concessionária de rodovias – a Via-040 – sobre questões como a crise econômica e a frustração do financiamento. No seu entender, aquela sentença teria decidido a controvérsia apenas com base na “*literalidade das cláusulas do respectivo contrato de concessão*”⁴⁶⁵, de forma distinta do que sucedeu no caso presente, em que foi deferida a realização de uma perícia.

572. Para a CONCEBRA, a existência daquela sentença, assim como outras arbitragens com matérias semelhantes àsquelas aqui discutidas, demonstraria a existência de “*um problema sistêmico do setor de rodovias decorrente de uma política pública do Poder Concedente que afetou não somente a Requerente, ou a Galvão, mas toda a 3ª Etapa do PROCOFE*”⁴⁶⁶.

⁴⁶² Cf. item 101, “2”, da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁴⁶³ Cf. item 101, “3”, da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁴⁶⁴ Cf. item 105 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁴⁶⁵ Cf. item 4 da manifestação da REQUERENTE de 08.08.2023.

⁴⁶⁶ Cf. item 98 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

573. O impacto do não desembolso do financiamento de longo prazo do BNDES para a consecução do CONTRATO DE CONCESSÃO, inclusive, poderia ser em parte constatado no parecer independente elaborado pela Ernst & Young acostado nesta arbitragem como RTE-226⁴⁶⁷, como afirma a REQUERENTE⁴⁶⁸.

574. Na visão da REQUERENTE, o próprio relatório de irregularidade acostado pela ANTT como documento R-125⁴⁶⁹, da mesma maneira, também demonstraria que a dificuldade no “*devido cumprimento de todas as obrigações contratuais (não só a de investimento de aumento de capacidade*”⁴⁷⁰) decorreria da frustração do financiamento.

575. Além dos referidos elementos, a REQUERENTE indica como prova dos impactos por ela sofridos com a não concessão do financiamento de longo prazo, em suas Alegações Finais⁴⁷¹:

- (i) o Ofício Circular nº 001/2018/DG/ANTT e o Memorando nº 876/2018/SUINF⁴⁷², apresentação realizada pela ANTT perante o Congresso Nacional⁴⁷³, a Nota Técnica SEI nº 1628/2019/GEREF/SUINF/DIR⁴⁷⁴, a exposição de motivos da Medida Provisória nº 752/2016, que precedeu a edição

⁴⁶⁷ A REQUERENTE entende que, na Nota Técnica SEI nº 3882/2020/GT-ARBITRAGEM/GEENG/SUOD/DIR (cf. RTE-228), a REQUERIDA teria “lanç[ado] mão de uma metodologia muito semelhante àquela utilizada no PARECER ELABORADO PELA Ernts Young – ET, o que atesta a seriedade desse último” (cf. item 126 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021).

⁴⁶⁸ Conforme aduz a REQUERENTE: “O aludido estudo, elaborado por respeitabilíssima empresa de consultoria responsável por auxiliar inúmeros projetos e programas de infraestrutura de grande escala, possui importância ímpar para a presente lide, pois mensura, por meio de um parecer independente e baseado em uma robusta metodologia de cálculo, parte dos impactos do não desembolso do financiamento de longo prazo do BNDES para a Concessão referente ao Edital N° 004/2013. O parecer independente analisa (i) ‘Impacto Base - impacto relativo ao não desembolso do financiamento de longo prazo no projeto e frustração do retorno esperado gerada por esse evento’; (ii) ‘Impacto Direto - montante calculado pela análise dos custos de refinanciamento e renegociação do empréstimo ponte, que não pôde ser amortizado nas condições previamente acordadas pela ausência dos recursos do financiamento de longo prazo’; (iii) ‘Impacto Indireto - passivos de diversas naturezas e com origem atrelada à ausência do financiamento’; e (iv) ‘efeito do não cumprimento do cronograma de investimentos do projeto, devido à falta de recursos’, o que ‘gera um efeito positivo para a Concessionária’” (cf. itens 78 e 79 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021).

⁴⁶⁹ Segundo a REQUERENTE, todos os eventos registrados no mencionado documento já teriam sido devidamente corrigidos, conforme RTE-228.

⁴⁷⁰ Cf. item 109 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁴⁷¹ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 73-81.

⁴⁷² Cf. RTE-026.

⁴⁷³ Cf. RTE-027.

⁴⁷⁴ Cf. RTE-195.

da Lei nº 13.448/2017, o voto do Relator da Medida Provisória nº 752/2016 na Câmara dos Deputados, a exposição de motivos da Medida Provisória nº 800/2017, o Memorando nº 28/2018/GEROR/SUINF⁴⁷⁵, a deliberação da Diretoria da ANTT em sua 752ª Reunião⁴⁷⁶, o contrato de reescalonamento da dívida decorrente do empréstimo-ponte junto ao BNDES⁴⁷⁷, a notificação extrajudicial da Construtora Triunfo S/A em face da CONCEBRA sobre a rescisão do contrato firmado entre ambas⁴⁷⁸ e notas técnicas sobre revisões contratuais promovidas pela REQUERIDA⁴⁷⁹;

- (ii) os pareceres elaborados pelos Srs. Marcelo Saintive⁴⁸⁰ e Adalberto Vasconcelos⁴⁸¹; e
- (iii) o laudo pericial⁴⁸² e respectivos esclarecimentos⁴⁸³, bem como o depoimento prestado pelos representantes da *expert* em audiência, onde o perito teria não apenas demonstrado o impacto da frustração do financiamento de longo prazo na concessão, bem como calculado o valor respectivo dentro dos marcos defendidos pelas partes e consignados na Ordem Processual nº 31. Segundo aponta o trecho transcrito pela REQUERENTE⁴⁸⁴, “*este perito calculou dois marcos temporais (A) 18/03/2022 e (B) 22/11/2023 para cada um dos cenários já apresentados no Laudo. Com isso, temos o montante de R\$ 456.717.981,37 para o Cenário 1, Marco temporal (A) e o montante de R\$ 402.124.597,83 para o cenário 1, Marco temporal (B). Para o Cenário 2 Marco temporal (A) temos o montante de R\$ 441.231.025,57 e para o Cenário 2 Marco temporal (B) temos o montante de R\$ 386.637.642,04. Para os custos acessórios, a SWOT apresentou os valores não identificados conforme solicitado, permanecendo a necessidade de o Tribunal*

⁴⁷⁵ Cf. RTE-021.

⁴⁷⁶ Cf. RTE-022.

⁴⁷⁷ Cf. RTE-027, RTE-259 e RTE-260.

⁴⁷⁸ Cf. RTE-263.

⁴⁷⁹ Cf. RTE-030, RTE-072, RTE-110, RTE-148, RTE-210 e RTE-240.

⁴⁸⁰ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁴⁸¹ Cf. documento juntado como anexo à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁴⁸² Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, p. 64-66 e 71-75, resposta aos quesitos nºs 73, 74 e 76 a 80 da REQUERENTE.

⁴⁸³ Cf. esclarecimentos ao laudo pericial de 20.12.2023, p. 03, 23, 58, 91 e 172.

⁴⁸⁴ Cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 80.

*Arbitral deferir sobre a validade de cada um, tendo a SWOT verificado a documentação disponibilizada”*⁴⁸⁵.

576. Isto é, argumenta a REQUERENTE que a frustração do financiamento de longo prazo, que antes havia sido aprovado, impediu-a de cumprir obrigações do CONTRATO DE CONCESSÃO e afetou a capacidade operacional e econômica da CONCEBRA de fazer frente às demandas do trecho rodoviário, o que teria levado a degradação do ativo, danos e penalidades e a prejuízos quando da aplicação dos mecanismos contratuais, em especial o Fator D.

577. A propósito, do tema, a equipe de assistentes técnicos da REQUERENTE disponibilizou ao “Tribunal Arbitral, assim como aos il. Peritos, material onde demonstra o impacto sofrido pela aplicação do Fator D, pela degradação do ativo e pelas multas sofridas em decorrência da impossibilidade de realização dos investimentos necessários na rodovia, cuja soma ultrapassa os R\$ 900 milhões, como bem demonstrado no anexo XXI deste parecer técnico”⁴⁸⁶.

578. Com base nisso, a REQUERENTE afirma que “além dos valores apurados como efeito direto e isolado desse evento de desequilíbrio, a responsabilidade do Poder Concedente também deve ser reconhecida quanto aos efeitos nefastos na redução da vida útil do pavimento, no aumento no custo da prestação do serviço concessionado e na deterioração mais acelerada dos investimentos realizados”⁴⁸⁷.

579. Nessa linha de raciocínio, a CONCEBRA defende que, além da condenação da Requerida à recomposição do equilíbrio contratual na correspondente proporção da frustração do financiamento de longo aprovado em fevereiro de 2016, deverá ser rechaçada a imputação, à Requerente: (i) de eventuais ou já reconhecidos danos e penalidades relacionados às condições do sistema, sejam eles futuros ou já reconhecidos pela Requerida; e (ii) de responsabilidade quanto ao não atingimento de parâmetros de desempenho – apurados em sede de revisões contratuais – e que, por consequência, implicaram na aplicação de mecanismos contratuais”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Cf. esclarecimentos ao laudo pericial de 20.12.2023, p. 3.

⁴⁸⁶ Cf. item 64 do parecer técnico dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁴⁸⁷ Cf. item 131 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁴⁸⁸ Cf. item 134 das Alegações Finais da REQUERENTE.

580. Por essa razão, invocando a cláusula 21.2.21 do CONTRATO DE CONCESSÃO e fazendo referência à Ordem Processual nº 03 – onde teria sido vislumbrada verossimilhança na alegação de onerosidade excessiva pelo Tribunal Arbitral –, a REQUERENTE assim conclui em Alegações Finais⁴⁸⁹⁻⁴⁹⁰:

“Isso posto, requer-se:

- a. *caso seja mantida a relação contratual até a prolação da sentença, seja julgado procedente o pleito de reequilíbrio contratual causado em decorrência da frustração do Financiamento de Longo Prazo, com a consequente condenação da Requerida à recomposição do correspondente equilíbrio contratual– considerando todos os seus efeitos até a data de prolação de sentença -, ainda que parcial, com base no montante apurado pela Equipe Pericial, determinando-se à Requerida, por consequência, que se abstenha imputar à Requerente quaisquer danos e penalidades, passados ou futuros, decorrentes e relacionados a esse evento de desequilíbrio;*
- b. *caso já esteja encerrada a relação contratual por ocasião da prolação da sentença, seja julgado procedente o pedido subsidiário de natureza indenizatória, com a consequente condenação da Requerida ao pagamento de indenização correspondente ao desequilíbrio causado em decorrência da frustração do Financiamento de Longo Prazo – considerando todos os seus efeitos até a data de prolação de sentença -, ainda que parcial, com base no montante apurado pela Equipe Pericial, determinando-se à Requerida que se abstenha imputar à Requerente quaisquer danos e penalidades, passados ou futuros, decorrentes e relacionados a esse evento de desequilíbrio.”*

XII.2.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

581. A REQUERIDA se contrapõe ao pedido formulado pela REQUERENTE, argumentando que “*nem todo evento que traga algum custo adicional para o Concessionário causa desequilíbrio econômico-financeiro do contrato*”⁴⁹¹.

582. Após explanar sua visão acerca do papel da ANTT no contexto de um Estado Regulador, a REQUERIDA esclarece que o procedimento licitatório que resultou no CONTRATO DE CONCESSÃO foi empreendido entre 2013 e o início do ano de 2014, conforme edital nº 004/2013⁴⁹², que trouxe um modelo comum para todas as concessões para a 3ª Etapa do

⁴⁸⁹ Cf. item 142 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁴⁹⁰ Cf. item 169 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁴⁹¹ Cf. item 3 das Resposta da REQUERIDA.

⁴⁹² Cf. R-052.

PROCROFE, no qual o critério eleito para a definição do vencedor do certame é o do menor valor da Tarifa Básica de Pedágio.

583. A REQUERIDA afirma que, embora lastreado no EVTEA, o edital traria previsão de que tais estudos utilizados para fins de precificação e avaliação da viabilidade da concessão teriam caráter meramente referencial e informativo, não vinculando o Poder Concedente (cf. itens 2.4.1, 11.1 e 11.2 do edital)⁴⁹³⁻⁴⁹⁴. Caberia aos licitantes, nesse sentido, conduzir seus próprios estudos e obter, por sua conta e risco, as informações que entendessem necessárias para o cumprimento das obrigações contratuais.

584. Aduz a REQUERIDA, ademais, que, tendo a 3ª Etapa do PROCROFE abolido a necessidade de apresentação de plano de negócios, competiria aos licitantes, assessorados por instituição financeira, assegurar-se quanto à viabilidade e exequibilidade do seu plano de negócios (cf. item 9.4 do edital).

585. A REQUERIDA afirma haver uma racionalidade nessa previsão editalícia, associada à assimetria de informações entre o Poder Concedente e os concorrentes que pretendem sujeitar-se ao certame, que faz com que cada um avalie o negócio de modo diferente e também ofereça lances distintos.

586. Nas palavras da REQUERIDA, *“o EVTEA traz em seu bojo uma série de projeções baseadas em dados e expectativas que, embora dotados de racionalidade, não deixam de constituir-se em modelos abstratos que podem ou não se materializar na prática. Trata-se,*

⁴⁹³ Cf. também itens 2.2, 2.3, 2.5 e 2.6, reproduzidos nas Alegações Finais da REQUERIDA, p. 16.

⁴⁹⁴ A propósito, *“A complexidade dos contratos de concessão de infraestrutura exige, de fato, um maior planejamento nas etapas anteriores à publicação do edital do certame licitatório. Para a definição da tarifa máxima ou da outorga mínima a ser aceita – a depender do critério de julgamento escolhido – o Poder Público realiza uma série de estudos com o intuito de avaliar a viabilidade na concessão de determinada infraestrutura à iniciativa privada. Estes estudos são fornecidos aos participantes do certame, para fins de elaboração de seus orçamentos e apresentação das propostas, conforme art. 18, IV, e art. 21 da Lei nº 8.987, de 1995. Embora referidos Estudos sejam submetidos a diferentes esferas públicas e dependam inclusive de aprovação do Tribunal de Contas da União (TCU) – tal qual previsto na Instrução Normativa TCU nº 27/1998, e nas que lhe sucederam –, fato é que as informações neles contidas não vinculam a apresentação de orçamentos ou propostas pelos proponentes participantes do certame. [...] As regras previstas no edital – que faz lei entre as partes – previu de forma bem expressa e objetiva que as informações, estudos, pesquisas, entre outros, relacionados ao Sistema Rodoviário e à sua exploração foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação da Concessão. NÃO apresentam caráter vinculativo ou qualquer efeito do ponto de vista da responsabilidade do Poder Concedente perante as Proponentes e perante a futura Concessionária. Cabe, pois, tão-somente às próprias Proponentes a responsabilidade pela análise direta das condições do Sistema Rodoviário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão.”* (cf. itens 57, 58 e 61 das Alegações Finais da REQUERENTE).

repita-se, de simulações, projeções, abstrações, não de mera descrição da realidade, muito menos promessa ou garantia de qualquer cenário”⁴⁹⁵.

587. A REQUERIDA assim explica a composição da tarifa de referência que é lançada no edital de licitação⁴⁹⁶:

“Grosso modo, o EVTEA traz as projeções de gastos com investimentos (CAPEX), com manutenção e serviços (OPEX), acrescido de despesas com tributos, para cada ano da concessão. Como o valor do dinheiro no tempo varia, esse fluxo de caixa é trazido a valor presente. Para tanto, os estudos se valem de uma taxa de desconto fornecida pela metodologia denominada Custo Médio Ponderado de Capital (WACC - Wheighted Average Cost of Capital).

Pois bem, as despesas projetadas, acrescidas dos tributos e descontado pelo WACC formam o chamado fluxo de caixa não alavancado, que é a primeira parte da equação utilizada no EVTEA para fornecer a tarifa que torna o projeto viável economicamente.

O outro lado da equação traz mais uma projeção, desta vez, a projeção do volume de tráfego a ser multiplicada pela tarifa-teto ou tarifa básica de pedágio – TBP que o EVTEA pretende revelar. Em síntese, os custos (despesas + tributos) multiplicados por uma taxa de desconto (WACC) devem ser cobertos pela projeção de tráfego multiplicado pela tarifa-teto (TBP). Ou, no sentido inverso da equação, a TBP multiplicada pela projeção de tráfego deve ser suficiente para custear as despesas do futuro concessionário e remunerar seu capital (taxa de desconto – WACC) para que o projeto seja considerado viável.

Importante esclarecer que essa equação nos traz uma tarifa que, segundo as projeções do Poder Concedente, deixa o projeto viável, a saber, que permite ao Concessionário fazer face às obrigações contratuais e ainda remunerar o capital investido.”

588. Nesse sentido, argumenta a REQUERIDA que o fato de o projeto ser viável não significa que seja atrativo quando comparado a outros investimentos, dado que o potencial licitante pode vislumbrar a possibilidade de empregar seu capital em atividade outra que lhe proporcione uma rentabilidade maior com risco semelhante ou inferior.

589. De igual maneira, afirma a REQUERIDA que *“projeto viável também não significa que a taxa de desconto (WACC) equivale ao lucro efetivo e garantido do Concessionário. Este pode ter custos mais baixos do que o projetado, inclusive custo de capital mais baixo, ou ter a expectativa de um volume de tráfego superior ao projetado etc.”*⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Cf. item 24 da Resposta da REQUERIDA.

⁴⁹⁶ Cf. itens 26 a 29 da Resposta da REQUERIDA.

⁴⁹⁷ Cf. item 31 da Resposta da REQUERIDA.

590. Na sequência, a REQUERIDA faz referência à Nota nº 318/2013/STN/SEAE/MF⁴⁹⁸ para esclarecer as variáveis que compunham a taxa de desconto (WACC) calculada pelo Poder Concedente no caso em questão. Busca demonstrar, com isso, que as condições de financiamento do BNDES não teriam sido levadas em consideração para o cálculo da taxa de desconto utilizada para aferir a viabilidade do projeto.

591. A REQUERIDA afirma, ainda, que sequer seria possível considerar dita premissa no cálculo da taxa de desconto, visto que o risco pelo financiamento teria sido alocado contratualmente à concessionária e o BNDES não garantiria financiamento pela simples celebração de um contrato de concessão com o Poder Público, conforme afirmado por aquela instituição financeira no documento reproduzido no R-039.

592. Para a REQUERIDA⁴⁹⁹:

“[...] a premissa tomada pelo EVTEA para a viabilidade do projeto, que não se confunde com sua atratividade, mediante a fixação da tarifa-teto de referência, leva em consideração o fluxo de caixa não alavancado. O financiamento do BNDES não é tomado como premissa necessária à viabilidade do projeto, embora o custo projetado de capital seja levado em consideração, mediante aplicação de metodologia do WACC, a qual NÃO traz embutida como premissa as condições de financiamento ofertadas pelos Bancos Públicos à época. Essa TIR de projeto ou taxa de desconto é levada em consideração nas revisões tarifárias durante toda a execução do contrato sempre que algum evento relativo ao fluxo de caixa original tem potencial de causar algum desequilíbrio econômico-financeiro no contrato.

Já o chamado fluxo de caixa alavancado ou fluxo de caixa do acionista, o qual contempla os financiamentos, não serve como parâmetro para o contrato de concessão. Não é utilizado para fins de reequilíbrio contratual ou para qualquer outra finalidade, senão para servir ao próprio Concessionário, único capaz de avaliar sua própria remuneração em conformidade com seus custos operacionais não controlados pelo regulador.”

593. Assentada tal premissa, a REQUERIDA narra que compareceram 5 (cinco) interessados à licitação que resultou no CONTRATO DE CONCESSÃO, tendo se sagrado vencedora a Triunfo Participações e Investimentos S.A. com proposta de deságio de 52% (cinquenta e dois por cento) sobre a tarifa teto que foi a leilão.

⁴⁹⁸ Cf. R-038.

⁴⁹⁹ Cf. itens 35 e 36 da Resposta da REQUERIDA.

594. Os demais participantes, Investimentos e Participações em Infraestrutura S.A. – Invepar, Consórcio Via Capital, Consórcio Rodovias Federais 2013 e Companhia de Participações em concessões, teriam oferecido deságios de, respectivamente, 42,13% (quarenta e dois vírgula treze por cento), 41,19% (quarenta e um vírgula dezenove por cento), 37,99% (trinta e sete vírgula noventa e nove por cento) e 21,41% (vinte e um vírgula quarenta e um por cento).

595. A REQUERIDA assevera que quanto maior o desconto ofertado pelo licitante, maior a disposição de renunciar a uma receita futura em seu fluxo de caixa e, por conseguinte, maior o risco assumido quanto à obtenção de recursos para cumprir as obrigações contratuais.

596. A título de comparação, a REQUERIDA invoca a Nota Técnica SEI nº 241/2020/NAM/DG/DIR⁵⁰⁰ e afirma que, “*caso houvesse prevalecido o lance ofertado pela 2ª colocada no certame, esta auferiria, no período de 2015 a 2019, receitas superiores às da Requerente em aproximadamente R\$ 708.460.000,00 (setecentos e oito milhões e quatrocentos e sessenta mil reais). Se vencedora fosse a 5ª colocada, para o mesmo período, a receita seria superior em R\$ 2.040.000.000,00 (dois bilhões e quarenta milhões de reais)*”⁵⁰¹.

597. Nessa esteira, afirma a REQUERIDA que as dificuldades relatadas pela REQUERENTE para a consecução das obrigações do CONTRATO DE CONCESSÃO não estariam vinculadas às premissas de financiamento para a licitação, mas às suas próprias projeções que teriam se revelado descasadas da realidade e resultaram em lance agressivo no leilão. Como forma de corroborar sua alegação, a REQUERIDA indica que essa conclusão também teria sido alcançada pelo TCU e pelo BNDES, conforme documentos reproduzidos em R-041 e R-039.

598. A despeito dessas afirmações, a REQUERIDA descreve o objeto do CONTRATO DE CONCESSÃO e a sua matriz de riscos. Esclarece, nessa toada, que, nos termos do CONTRATO DE CONCESSÃO, competiria à REQUERENTE atuar em 4 (quatro) frentes que não apenas se relacionam à mera conservação e manutenção das rodovias, envolvendo sua melhoria, a partir da realização de obras de ampliação de sua capacidade:

⁵⁰⁰ Cf. R-036.

⁵⁰¹ Cf. item 41 da Resposta da REQUERIDA.

- (i) Frente de Recuperação e Manutenção, que englobaria as fases de recuperação e manutenção da rodovia;
- (ii) Frente de Ampliação de Capacidade de Manutenção de Nível de Serviço, que compreenderia as chamadas obras de ampliação de capacidade e melhorias (item 3.2.1 do PER), as obras em trechos urbanos (item 3.2.2 do PER) e as obras de manutenção de nível e serviço (item 3.2.3 do PER);
- (iii) Frente de Conservação que envolveria as operações preventivas, rotineiras e de emergência com o objetivo de preservar as características técnicas e físico-operacionais do Sistema Rodoviário e das instalações da concessionária; e
- (iv) Frente de Serviços Operacionais, que consistiria na implantação e operacionalização das infraestruturas e serviços referentes à operação da rodovia.

599. Citando que o prazo de concessão é de 30 (trinta) anos e que o art. 2º, II, da Lei Federal nº 8.987/1995 estipula que nas concessões de serviços públicos o concessionário deve explorar a atividade delegada por sua conta e risco, a REQUERIDA afirma que o modelo licitado estabeleceu uma matriz de risco, com vistas a mitigar as incertezas e permitir critérios racionais para a precificação do negócio.

600. Com efeito, a REQUERIDA aduz que “o conhecimento prévio da matriz de risco contratual permite ao particular construir sua proposta de preço no processo de licitação prévio à delegação do serviço que, por sua vez, fixa a tarifa a ser cobrada dos usuários, como expressamente previsto no artigo 9º da Lei nº 8.987/1995”⁵⁰². Esse racional, aliás, estaria reproduzido nas cláusulas 21.3 e 21.4 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

601. Nesse sentido, prossegue a REQUERIDA, como a tarifa cobrada pelo concessionário já consideraria todas as categorias de risco previamente alocadas à sua responsabilidade, deveria ser evitado, a todo custo, modificar a responsabilidade pelo risco concretizado após a celebração do contrato, sob pena de fraude às condições da licitação que precederam a outorga da concessão.

⁵⁰² Cf. item 64 da Resposta da REQUERIDA.

602. Na mesma linha, aduz a REQUERIDA que, ainda que admitida a aplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos de concessão, como defendido pelo REQUERENTE, o critério para o reconhecimento da extraordinariedade do evento supostamente danoso ao interesse do concessionário deveria ser bastante rigoroso.

603. A REQUERIDA explica que o CONTRATO DE CONCESSÃO assegura a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, mediante o reajuste anual – que se dá pela incorporação da variação do IPCA, nos termos da cláusula 18.3.3 – e duas modalidades de revisão – a ordinária e a extraordinária.

604. Na primeira, a revisão buscaria contemplar a aplicação dos Fatores Q, C, D e X previstos no CONTRATO DE CONCESSÃO, na forma de sua cláusula 18.4. A revisão extraordinária, por sua vez, teria por objetivo contemplar o reequilíbrio decorrente de eventos alocados na cláusula 21.2 como risco do Poder Concedente, conforme cláusula 18.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

605. A revisão quinquenal, de que se valeu a REQUERENTE para administrativamente buscar a recomposição do sinalagma contratual, não estaria sequer prevista no CONTRATO DE CONCESSÃO. Como argumenta a REQUERIDA, ela estaria disposta na Resolução nº 675/2004⁵⁰³ e não visaria a promover o reequilíbrio econômico-financeiro da avença, mas sim adaptar o Sistema Rodoviário às necessidades dos usuários.

606. Seja como for, a REQUERIDA alega que não há que se falar em direito da REQUERENTE ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência da crise econômica e da frustração do financiamento de longo prazo.

607. Na sua visão, *“o grande impacto causado no fluxo de caixa da concessão não se deve à crise, e sim à decisão que caberia exclusivamente à própria Requerente, ao formular seu lance no leilão”*⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Cf. R-024.

⁵⁰⁴ Cf. item 109 da Resposta da REQUERIDA.

608. Com efeito, dada a modelagem contratual, seria natural que os primeiros anos de concessão exigiram um volume de investimentos superior às receitas obtidas com o projeto e, nos últimos anos, a relação se inverteria, com receitas superando as despesas. Assim, seria importante que a REQUERENTE, ciente desse maior esforço financeiro inicial, considerasse no seu gerenciamento de riscos a necessidade de injeção de capital, seja próprio ou de terceiros, nos primeiros anos da concessão, até que atinja maior maturação do projeto. Na visão da REQUERIDA, todavia, a REQUERENTE teria depositado todas as suas esperanças na obtenção de capital de terceiros, sequer cogitando da possibilidade de outros cenários, o que revelaria uma falha no gerenciamento de riscos.

609. Na argumentação da REQUERIDA, o volume de tráfego constitui risco alocado no CONTRATO DE CONCESSÃO à REQUERENTE, nos termos da cláusula 21.1.1. Assim, mesmo em caso de flutuação de demanda – e, por conseguinte, das receitas da concessão – o risco deveria ser absorvido pela REQUERENTE.⁵⁰⁵

610. Não bastasse, de acordo com a REQUERIDA, “a existência de crises econômicas periódicas não pode ser encarada como circunstância extraordinária”⁵⁰⁶. As crises econômicas seriam eventos cíclicos, que poderiam ocorrer no curso do CONTRATO DE CONCESSÃO, em especial considerando sua perspectiva de longo prazo de execução.

611. Em reforço ao seu argumento, a REQUERIDA menciona a cláusula de força maior criada e sugerida pela CCI. Segundo a ANTT, dita cláusula “não apenas não contempla a hipótese de crises econômicas como ainda exclui completamente essa situação, na definição que adota de força maior”⁵⁰⁷.

612. A REQUERIDA também cita que “questões relacionadas a crises econômicas já foram levadas à arbitragem anteriormente, sendo a postura dos tribunais arbitrais de forte resistência

⁵⁰⁵ Em reforço, a REQUERIDA informa que “No âmbito do Acórdão nº 2644/2019 (R-53), o TCU avaliou contrato da mesma 3ª Etapa de Concessões e, portanto, com mesma alocação de riscos, além de ter sido celebrado praticamente na mesma época. O pronunciamento do Tribunal foi no sentido de reforçar que os riscos referentes ao tráfego/redução de receitas, ao aumento do valor dos insumos e ao financiamento são claramente alocados à Concessionária” (cf. item 89 da Resposta da REQUERIDA).

⁵⁰⁶ Cf. item 110 da Resposta da REQUERIDA.

⁵⁰⁷ Cf. item 117 da Resposta da REQUERIDA.

no reconhecimento da excepcionalidade dos impactos desses eventos para fins de justificar o descumprimento contratual”⁵⁰⁸.

613. De maneira que, ainda que fosse possível flexibilizar a matriz de riscos do contrato, a REQUERIDA defende não ser possível acolher o argumento da REQUERENTE.

614. A REQUERIDA aduz que o documento reproduzido em R-036 daria conta de indicar que as flutuações observadas nos primeiros 5 (cinco) anos da concessão ocorreram de forma normal, tendo a REQUERENTE observado um aumento substancial de receitas ao longo dos primeiros anos – o segundo maior dentre todas as concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE.

615. Para a REQUERIDA, *“se esse aumento de receitas foi superior ou inferior ao projetado, trata-se de dado irrelevante, na medida em que coube a cada licitante fazer suas próprias projeções e se responsabilizar por elas”*⁵⁰⁹. E, ainda que se adentrasse nas projeções, a REQUERIDA aduz que a variação do tráfego equivalente – e, por conseguinte, das receitas – não teria sido expressivo. Confira-se⁵¹⁰:

“Tomando como base as projeções do EVTEA e calculado o tráfego de veículos equivalentes acumulado, para os primeiros 04 (quatro) anos, observa-se um volume inferior em apenas (-) 7,04% (sete inteiros e quatro centésimos por cento) em relação ao projetado, o que em um contrato de 30 anos não representa uma oscilação significativa e pode ser, inclusive, revertida ao longo dos demais anos da concessão. Vejamos: [...]

Considerando ano a ano essa diferença entre tráfego projetado pelo EVTEA e tráfego real, observa-se que não houve variação expressiva. Aliás, o único ano no qual a flutuação foi de fato expressiva foi para cima, no ano 2, ou seja, o tráfego superou e muito o esperado. Nem por isso houve reequilíbrio da tarifa para baixo. Nesse sentido, confira-se o Gráfico 4 abaixo, no qual se observa que, quando a variação foi negativa, o máximo atingido foi de (-) 16,04% (dezesseis inteiros e quatro centésimos por cento), e, quando foi positiva, foi superior em (+) 33,13% (trinta e três inteiros e treze centésimos por cento): [...]

Aqui cabe um esclarecimento adicional. A Requerente apresenta nas Alegações Iniciais uma suposta redução de (-) 20% do tráfego. Para fins de análise do impacto nas receitas da concessão, esse número não está correto, uma vez que desconsidera o reequilíbrio que vem sendo concedido pela agência em razão do advento da Lei nº 13.103/2015. Essa lei trouxe a

⁵⁰⁸ Cf. item 119 da Resposta da REQUERIDA.

⁵⁰⁹ Cf. item 127 da Resposta da REQUERIDA.

⁵¹⁰ Cf. itens 128 a 132 da Resposta da REQUERIDA.

isenção de tarifa de pedágio por eixos suspensos, que foi integralmente reequilibrada pela ANTT e acaba por anular parte dessa redução de tráfego.

Observa-se, portanto, não ter havido expressiva flutuação de tráfego equivalente/receita para baixo.

Ressalte-se que, mesmo em países que adotam modelagem contratual com compartilhamento do risco de demanda, mediante a garantia de um mínimo de receitas – o que não é o caso do contrato em análise, que aloca o risco totalmente à Concessionária – considera-se ordinária e, portanto, sem direito ao reequilíbrio, oscilação negativa da receita (ou do tráfego equivalente, no caso dos autos) de até 40% (quarenta por cento), no caso dos Estados Unidos da América, mais especificamente no Texas e Virgínia, e de até 25% (vinte e cinco por cento), no caso da Coreia do Sul (dados extraídos do Doc. R-56). Se tomada como parâmetro a modelagem sul coreana, somente o ano 2 seria reequilibrado e, mesmo assim, em favor do usuário. Se utilizadas as modelagens adotadas nos estados do Texas e da Virgínia, não haveria direito a qualquer reequilíbrio.”

616. Isto é, a REQUERIDA entende que os impactos da crise econômica nas receitas da concessão se qualificariam como normais e deveriam ser absorvidos pela REQUERENTE, à luz da matriz de riscos prevista no CONTRATO DE CONCESSÃO.

617. Quanto ao financiamento propriamente dito, a REQUERIDA invoca as cláusulas 26 e 26.3 do CONTRATO DE CONCESSÃO para defender que o Poder Concedente não assumiu qualquer responsabilidade pela obtenção de empréstimo, cabendo ao licitante o gerenciamento que contemplasse essa alocação de risco contratual.

618. Nessa ordem de ideias, chamando atenção para o fato de que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito”⁵¹¹, à luz do art. 2º, § 3º, da Lei Federal nº 9.307/1996, a REQUERIDA aduz que a prova pericial produzida neste procedimento teria se limitado a responder questões técnicas que lhe foram colocadas sobre a pretensão da REQUERENTE, não adentrando no exame de questões jurídicas, cuja competência seria reservada ao Tribunal Arbitral.

619. Afirma a REQUERIDA, também, que os bancos públicos seriam pessoas jurídicas distintas da União Federal, que estariam desvinculadas à política pública estabelecida pelo Poder

⁵¹¹ Cf. item 50 das Alegações Finais da REQUERENTE.

Concedente e regulada pela ANTT, de modo que “*não cabe à Requerente discutir com a Requerida a legitimidade da relação jurídica estabelecida com o BNDES*”⁵¹².

620. Isto seria corroborado pelos próprios e-mails trocados entre a REQUERENTE e o BNDES, acostados como RTE-224. Com efeito, ditas mensagens dariam conta de que a relação da CONCEBRA com o banco público “*era autônoma em relação ao contrato de concessão celebrado e que [a REQUERENTE] estava ciente de que assumia na integralidade e pessoalmente os riscos de créditos inerentes a qualquer projeto*”⁵¹³.

621. Para a ANTT, o BNDES jamais teria garantido financiamento pela simples celebração do CONTRATO DE CONCESSÃO, sendo que a REQUERENTE não teria direito subjetivo ao aludido empréstimo, conforme, inclusive, reconhecido pelo juízo da 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro nos autos da ação autuada sob o nº 0012434-56.2017.4.02.5101⁵¹⁴.

622. A REQUERIDA narra que a REQUERENTE e a TPI – Triunfo Participações e Investimentos S.A. ajuizaram a ação judicial antes mencionada contra a ANTT e o BNDES deduzindo pretensão que “*englobava tanto a rediscussão do contrato de financiamento quanto o reequilíbrio do próprio Contrato de Concessão, a partir da busca de autorização para não cumprimento de cláusulas de investimento*”⁵¹⁵.

623. Conforme relata, o juízo da 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro teria indeferido o pedido de tutela antecipada, fundamentando sua decisão, dentre outros, na justificativa do BNDES de que a impossibilidade do financiamento teria decorrido de responsabilidade das então demandantes. A decisão teria sido mantida, em juízo de reconsideração, mesmo após a interposição de recurso, tendo o Tribunal Regional Federal da 2ª Região também indeferido o pedido de antecipação de tutela recursal.

⁵¹² Cf. item 53 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵¹³ Cf. item 23 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

⁵¹⁴ Cf. R-012.

⁵¹⁵ Cf. item 144 da Resposta da REQUERIDA.

624. A REQUERIDA também chama atenção para a defesa apresentada pelo BNDES naqueles autos, o que faz nos seguintes termos⁵¹⁶:

“O BNDES também desqualificou as premissas apontadas pela CONCEBRA como motivadoras de uma revisão contratual, destacando:

- que a CONCEBRA não havia apresentado até dia 18 maio de 2015 as Cartas de Fiança exigidas na Cláusula Décima Terceira⁵, inciso IV do Contrato nº 14.2.0495.1, o que impediria a disponibilização do crédito, nos termos de sua Cláusula Segunda;*
- que a suposta lentidão do BNDES na aprovação do mútuo de longo prazo decorreria da necessidade de se ter esmero e cautela ainda maiores na avaliação das projeções financeiras, sendo necessário mensurar a arrecadação do projeto – ‘medida indispensável ante o excesso de otimismo detectado nas premissas originalmente apresentadas pelas Autoras’ (grifamos);*
- que a carta dos bancos públicos, de 04/09/2013 (fl. 110 daqueles autos), cuidaria das características da linha de crédito para o programa, ressaltando a inexistência de aprovação automática do crédito;*
- que o procedimento de análise das operações de crédito seguiria rigorosa sistemática para aprovação e contratação, não se sujeitando, pois, a qualquer tipo de pressão política;*
- que seria imprópria a alegada aplicação de capital próprio e de terceiros pela Concebra no projeto;*
- que a saída da Caixa Econômica Federal da estruturação do projeto, em 13/09/2016, teria sido um divisor de águas, uma vez que toda a análise de risco que sustentou as condições aprovadas em 23/02/2016 consideraram a participação da Caixa, abrindo-se a necessidade de discussão de novas garantias em face da alteração dos riscos;*
- que a CONCEBRA teria omitido que a Decisão de Dir. BNDES nº 78 (fl. 446 daqueles autos) teria imposto condições e que, na Carta nº 82/2016, enviada como seu anexo, teria sido fixado o prazo de 60 (sessenta) dias para a contratação, prazo este que não foi cumprido pelas então Autoras, porque as condições prévias não estavam implementadas, dentre elas, a presença do banco repassador Caixa;*
- que mesmo diante do vencimento da dívida contraída pela CONGER, as negociações teriam continuado ‘até a TPI desistir de apresentar as garantias adicionais necessárias em relação a mudança do cenário’ (grifamos), mesmo tendo previamente concordado com esta condição;*
- que as negociações iniciaram com um conjunto de garantias adicionais que foram mingando, ‘tanto qualitativa quanto quantitativamente, por ex: sem compromisso de data para aporte de valores, prazos incertos, para que houvesse acordo com o BNDES, mas que deixaram patente que a Interviente e a Beneficiária tinham plena ciência de que a dívida do Contrato nº 14.2.0495.1 estava vencida e que, por ser*

⁵¹⁶ Cf. item 106 das Alegações Finais da REQUERENTE. Sobre o tema, mencionem-se também os itens 59 a 84 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

exigível, deveriam tomar alguma atitude no sentido de buscar a remediação da situação’ (grifamos);

- *que a deterioração do risco de crédito da TPI seria consequência das decisões de extrema alavancagem tomadas pelo Grupo TPI, juntando sobre o ponto uma reportagem de 26/07/2016 sobre o rating da TPI pela Agência de Classificação de Risco Fitch (RDA-141.2, p. 137-147);*
- *que em dezembro de 2016, ‘o empréstimo-ponte estava para vencer e a única alternativa possível seria a sua prorrogação mediante o compartilhamento de garantias de projeto ou a oferta de garantias adicionais, opções recusadas pela CONCEBRA anteriormente’ (grifamos);*
- *que ‘os bancos repassadores também não concordaram em compartilhar as garantias de projeto somente para prorrogar o empréstimo-ponte’, sendo que constava ‘na carta PIL constava que as garantias seriam de acordo com as Políticas Operacionais (POs) vigentes no BNDES’.”*

625. A ação teria sido julgada improcedente, tendo o juízo incumbente da demanda rejeitado *“tanto a tese de uma alteração imprevisível da política de crédito do Banco Público, quanto a tese da existência de fatos imprevisíveis aptos a ensejar a revisão seja do contrato de financiamento, seja do Contrato de Concessão. Inclusive, houve expressa menção à subcláusula 26.3 do Contrato de Concessão, que trata da alocação dos riscos de financiamento”*⁵¹⁷.

626. Contra a referida sentença, a REQUERIDA indica que a REQUERENTE e a TPI – Triunfo Participações e Investimentos S.A. inicialmente interpuseram recurso de apelação, mas, antes do seu julgamento, manifestaram desistência da pretensão recursal, pelo que a sentença de primeira instância *“transitou livremente em julgado”*⁵¹⁸.

627. Na ótica da REQUERIDA, assim, a pretensão deduzida pela REQUERENTE nesta arbitragem, relacionada à frustração do financiamento de longo prazo, já teria sido julgada improcedente na ação judicial nº 0012434-56.2017.4.02.5101, encontrando óbice na coisa julgada ali produzida.

⁵¹⁷ Cf. item 145 da Resposta da REQUERIDA.

⁵¹⁸ Cf. item 72 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

628. Argumenta a REQUERIDA também que, mesmo que se afaste a alegação de coisa julgada, a REQUERENTE estaria impossibilitada de rediscutir a questão nesta arbitragem, à luz do art. 505 do Código de Processo Civil (“CPC”).

629. Ainda que assim não fosse, suscitando “*ilegitimidade desta Agência em rediscutir os motivos que levaram à não celebração de um contrato cuja contratante não faz parte da presente relação processual, por se tratar de matéria que extrapola as competências regulatórias e fiscalizatórias da Agência, previstas na Lei nº 10.233, de 2011*”⁵¹⁹, a REQUERIDA argumenta que o objeto deste procedimento arbitral deve se ater “*à consideração do reflexo da não obtenção do financiamento no equilíbrio-econômico-financeiro do contrato de concessão, sem implicar o revolvimento das causas da não obtenção do financiamento de longo prazo*”⁵²⁰.

630. Em reforço a esses argumentos, a REQUERIDA também aduz que o próprio BNDES teria oferecido à concessionária as mesmas condições de financiamento previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos, devendo a frustração do empréstimo exclusivamente a fatos imputáveis à própria CONCEBRA, seus sócios e empresas do mesmo grupo, conforme constaria do documento acostado como R-039.

631. Nos dizeres da REQUERIDA, o BNDES teria esclarecido que “*os impactos da crise na obtenção do financiamento foram nulos. A verdadeira causa da deterioração das condições da concessão deve ser imputada aos atos praticados pela própria Requerente em suas decisões de gestão, notadamente pela sua inoperância gerencial*”⁵²¹.

632. Por esse motivo, a REQUERIDA defende que o estudo acostado pela REQUERENTE no documento RTE-226, elaborado pela Ernst & Young, “*não tem nenhuma relevância diante da manifestação do próprio BNDES sobre os motivos para a não obtenção das condições de financiamento requerido pela Concessionária, que deixou claro que a não obtenção de financiamento nos termos requeridos fora de responsabilidade exclusiva da Concebra,*

⁵¹⁹ Cf. item 119 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵²⁰ Cf. item 119 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵²¹ Cf. item 156 da Resposta da REQUERIDA.

*especialmente diante de sua baixa credibilidade junto às instituições financeiras decorrentes da deterioração do risco de crédito da TPI*⁵²².

633. Ainda sobre o estudo objeto do documento RTE-226, a REQUERIDA afirma que (i) suas conclusões, na prática, resultariam na transferência do risco de crédito de responsabilidade exclusiva da REQUERENTE à ANTT; (ii) se baseia em informações fornecidas exclusivamente por colaboradores da CONCEBRA; e (iii) contém “*ressalva que não expressa qualquer forma de garantia sobre assuntos contábeis, demonstrações financeiras, quaisquer informações financeiras ou outras, ou sobre controles internos*”⁵²³.

634. A propósito, também no contexto do empréstimo de longo prazo, a REQUERIDA impugna o relatório do BNDES de aprovação do financiamento, juntado pela REQUERENTE como RTE-225 e trazido pelo próprio banco público a esta arbitragem, sob o argumento de que o documento se encontra tarjado, prejudicando o contraditório (art. 21, § 2º, da Lei Federal nº 9.307/1996).

635. Segundo alega, “*os pontos censurados tratam justamente dos aspectos que, no entendimento da Requerida, culminaram na não obtenção do financiamento nos termos postulados pela CONCEBRA junto ao BNDES e de sua exclusiva responsabilidade – tais como deterioração do risco de crédito da TPI, sua estratégia e gestão, inoperância gerencial e credibilidade junto às instituições financeiras, entre outros*”⁵²⁴.

636. Argumenta que, mesmo após o BNDES apresentar nova versão do aludido Relatório de Análise nº 01/2016 nesta arbitragem, retirando sigilo sobre determinadas partes, em grande medida o documento permaneceria “*inacessível*”⁵²⁵, com tarjas, revelando-se “*inútil*”⁵²⁶. Assim, para a REQUERIDA, persistiria não ser possível dali se depreender conhecimento dos fatores considerados pelo BNDES para a não formalização posterior da operação de crédito⁵²⁷.

⁵²² Cf. item 34 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

⁵²³ Cf. item 35 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

⁵²⁴ Cf. item 29 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

⁵²⁵ Cf. item 10 da manifestação da REQUERIDA de 31.08.2021.

⁵²⁶ Cf. item 42 da manifestação da REQUERIDA de 31.08.2021.

⁵²⁷ Como afirma a REQUERIDA, “*É curial salientar, nesse ponto, que as análises do grupo econômico da Requerente e de seu risco de crédito estão inteiramente tarjadas. Não é possível avaliar, portanto, os elementos*

637. Sem prejuízo, a REQUERIDA destaca alguns trechos do Relatório de Análise nº 01/2016 submetido pelo BNDES nesta arbitragem, particularmente:

- (i) o item 3 da página 9, onde haveria *“importante alerta no que se refere ao tema das Partes Relacionadas”*;
- (ii) item 4.2, de onde constaria a previsão de que a REQUERENTE emitiria debêntures, o que não teria ocorrido até então;
- (iii) o trecho que sintetiza os riscos da operação⁵²⁸.

638. Segundo a tese da REQUERIDA, embora o documento possa demonstrar que o BNDES se manifestou pela concessão do financiamento de R\$ 3.500.000.000,00 (três bilhões e quinhentos milhões reais), a decisão pela não formalização da concessão do empréstimo *“decorreu de fatores posteriores ao documento, provavelmente relacionados a descumprimento de convênios relacionados às condições da operação, inclusive a materialização de eventos identificados como riscos de crédito da Requerente e das empresas do mesmo grupo econômico”*⁵²⁹.

639. Com efeito, em uma análise global – que deveria se sobrepôr à análise compartmentada do documento –, a REQUERIDA argumenta que, na prática, a REQUERENTE teria experimentado problemas de performance e de operação, descumprindo o CONTRATO DE CONCESSÃO, assim como incorrido em violações que repercutiram na relação com o BNDES, *“quebrando potencialmente a confiabilidade que deve ser resguardada pela instituição bancária”*⁵³⁰.

identificados pelo BNDES nessa análise, as premissas então consideradas para a aprovação do financiamento, e, mais importante, as condições por ele impostas à Requerente em relação a tais riscos. É inequívoco que o disposto em tais trechos do documento podem, ao contrário do que leva a crer a Requerente, corroborar a argumentação da ANTT nesse processo, segundo a qual o financiamento não foi aprovado por motivos provocados única e exclusivamente pela Requerente (e suas partes relacionadas)” (cf. itens 15 e 16 da manifestação da REQUERIDA de 31.08.2021).

⁵²⁸ Eis o trecho transcrito pela REQUERIDA: *“Possibilidade do resultado financeiro do projeto ficar aquém do esperado pela TPI, em função das premissas de tráfego mais otimistas e frustração do PIB. As liberações futuras dependem da comprovação do desempenho do projeto, trazendo incerteza sobre as fontes de recursos. Consequentemente, o financiamento e a geração operacional de caixa para as obras do projeto eventualmente menores irão pressionar o caixa da TPI para honrar o cronograma de investimento”* (cf. transcrição feita no item 22 da manifestação da REQUERIDA de 31.08.2021).

⁵²⁹ Cf. item 26 da manifestação da REQUERIDA de 31.08.2021.

⁵³⁰ Cf. item 28 da manifestação da REQUERIDA de 31.08.2021.

640. Isto seria corroborado pela Nota ATS/DECRO nº 031/2020⁵³¹, onde o BNDES “arrolou algumas das razões consideradas na avaliação bancária, de responsabilidade exclusiva da Requerente, senão vejamos: (i) a divergência da expectativa da CONCEBRA acerca dos valores do financiamento; (ii) as revisões de orçamento do projeto feitas pela Postulante; (iii) indefinição dos agentes repassadores da parcela indireta da operação, e mais especificamente a desistência da CEF em participar do sindicato de bancos; (iv) rápida deterioração do risco de crédito da acionista do projeto, TPO, afetando a avaliação da garantia que seria prestada pela empresa; e (v) inadimplemento financeiro de outra companhia do Grupo Econômico TPI perante o BNDES”⁵³².

641. E, para a REQUERIDA, “ilações sobre retração nos recursos repassados pelo Tesouro Nacional ao BNDES e alterações na composição do órgão diretivo daquele banco não são suficientes para afastar os motivos invocados pelo referido Banco para a negativa de crédito”⁵³³⁻⁵³⁴.

642. Ainda no que diz ao tema, a REQUERIDA se manifesta sobre documentos juntados pela REQUERENTE no curso da produção da prova pericial. Aduz, dentre outros, que:

- (i) o documento RTE-255 apenas faria referência a uma apresentação feita pelo então Ministro da Fazenda durante um *road show* prévio aos leilões da 3ª Etapa do PROCROFE, que, no entanto, não está colacionada na íntegra e tampouco possui caráter decisório ou vinculativo. Ainda segundo a ANTT, “já restou demonstrado nos autos judiciais nº 001243456.2017.4.02.5101 (RDA-141) que

⁵³¹ Cf. R-039.

⁵³² Cf. item 29 da manifestação da REQUERIDA de 31.08.2021.

⁵³³ Cf. item 126 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵³⁴ Como afirmado pela REQUERIDA, “não há comprovação de que ocorreram mudanças na política pública de financiamento, pelo contrário, as operações de crédito do BNDES para o setor de infraestrutura mantiveram-se em patamares superiores a 90% entre 2013 e 2018” (cf. item 108 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024). Para ela, “exemplos concretos, como o financiamento concedido à concessionária MGO Rodovias, são utilizados para demonstrar que o BNDES continuou a financiar o setor durante o período em questão” (cf. manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024, p. 22-23).

a suposta expectativa da Requerente quanto ao teor deste documento ou de documentos produzidos à época não se faz legítima”⁵³⁵;

- (ii) o parecer elaborado pelo Sr. Marcelo Saintive e as memórias de cálculo contidas no documento RTE-256 “*apenas demonstra numericamente a correlação entre as premissas de financiamento na modelagem de um contrato de concessão e a definição da tarifa quilométrica básica, o que, na essência, não é controverso*”⁵³⁶;
- (iii) o documento RTE-257 diria respeito a documento elaborado no contexto da Medida Provisória nº 800/2017, que, contudo, não foi aprovada no Congresso Nacional, de maneira que o documento deveria “*ser desconsiderado pelo Tribunal Arbitral*”⁵³⁷;
- (iv) o documento RTE-258 teria sido juntado pela REQUERENTE como forma de quantificar financeiramente a diferença entre o tráfego real e projetado nas rodovias. Embora afirme não possuir divergência quanto à metodologia, a REQUERIDA argumenta que “*eventual diferença dos valores apresentados pelas Partes se relaciona com a divergência de dados de tráfego real, conforme explicitado em suas manifestações anteriores, a exemplo dos §§ 29 e seguintes da sua manifestação de 24 de abril de 2023, e dos quesitos 1 a 7 apresentados nessa mesma manifestação*”⁵³⁸;
- (v) os documentos RTE-259 e RTE-260 seriam “*inidôneos para a demonstração da suposta expectativa legítima da Requerente de obtenção do financiamento de longo prazo junto ao BNDES*”⁵³⁹, ao passo que o documento RTE-262 não possuiria correlação com o empréstimo de longo prazo;
- (vi) o RTE-263 diria respeito à notificação da Construtora Triunfo S/A para constituir em mora a CONCEBRA de débito que aquela entende devido no montante de R\$ 209.280.206,74 (duzentos e nove milhões, duzentos e oitenta

⁵³⁵ Cf. item 129 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

⁵³⁶ Cf. item 42 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

⁵³⁷ Cf. item 46 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

⁵³⁸ Cf. item 52 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

⁵³⁹ Cf. item 57 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

mil, duzentos e seis reais e setenta e quatro centavos), em razão de multa rescisória do contrato de EPC entre elas celebrado. A REQUERIDA afirma que, por ocasião do laudo de 06.02.2023, a *expert* teria desconsiderado o valor ali representado no cálculo do impacto decorrente da frustração do financiamento. Além disso, diz que a notificação possui data posterior à limitação dos efeitos desta arbitragem prevista no 2º TERMO ADITIVO;

- (vii) o documento RTE-264 seria parecer contratado pela REQUERENTE para se “compreender como se procede, numa concessão de serviço público, para corrigir/atualizar o valor que será objeto da recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão”⁵⁴⁰. Em relação ao documento, além de suscitar a preliminar de limitação temporal apreciada no capítulo XII.1 desta sentença arbitral, a REQUERIDA diz que “a metodologia apresentada no parecer usar como fundamento a Resolução nº 5.850, de 16 de julho de 2019, que, de fato, é a forma de se reequilibrar um contrato de concessão, em um processo administrativo regular”⁵⁴¹. Afirma, entretanto, que, se “sobrevier eventual sentença arbitral condenando a Requerida em obrigação de pagar (que no caso seria a indenização pleiteada para a situação de não estar mais o contrato de concessão vigente), a forma de correção adotada deverá ser a mesma aplicável para a Fazenda Pública em processos judiciais, seguindo o art. 3º da Emenda Constitucional nº 113, de 08 de dezembro de 2021”⁵⁴²;
- (viii) o documento RTE-265 seria a Resolução nº 5.850/2019 da ANTT e o documento RTE-266 veicularia impugnação de quesitos da REQUERENTE;
- (ix) o documento RTE-267 seriam comprovantes de custos incorridos pela REQUERENTE com as compensações ambientais decorrentes do processo de licenciamento ambiental, que não possuiriam relação com o financiamento de longo prazo; e
- (x) o parecer acostado como RTE-268, com a quantificação do impacto decorrente da degradação do ativo, diz respeito a penalidades e aplicações de mecanismos

⁵⁴⁰ Cf. item 76 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

⁵⁴¹ Cf. item 81 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

⁵⁴² Cf. item 86 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

de reajustes contratuais, o qual *“foge ao escopo da perícia e deve ser considerado pelo Tribunal Arbitral”*⁵⁴³.

643. A REQUERIDA assevera que, diante da matriz de riscos do CONTRATO DE CONCESSÃO – que aloca o financiamento ao concessionário –, a REQUERENTE deveria ter considerado a possibilidade de recorrer a outras formas de financiamento – v.g. debêntures, financiamento privado ou mesmo aporte de capital próprio –⁵⁴⁴, mas que aquela teria se fiado exclusivamente no financiamento público.

644. E, prossegue, *“mesmo não estando amparado pela matriz de riscos contratual, mesmo sem ter direito subjetivo à contratação e mesmo sem ter feito um gerenciamento de riscos adequado que contemplasse outras fontes de recursos ou recursos próprios, a Requerente teve sim acesso a linhas de crédito do BNDES, nas condições ofertadas pela Carta de Apoio dos Bancos Públicos e não teve a competência necessária para a contratação de, no mínimo, R\$ 2.500.000.000,00 (dois bilhões e quinhentos milhões de reais), oferecidos pelo BNDES”*⁵⁴⁵.

645. De outra parte, a REQUERIDA busca refutar o argumento de que teria havido reconhecimento de que o Governo Federal teria considerado a crise econômica como evento extraordinário, por ocasião da Medida Provisória nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017, e da Medida Provisória nº 800/2017.

646. Na sua visão, não faria sentido sustentar a necessidade de edição de uma Medida Provisória para reconhecimento de um desequilíbrio contratual. Para a REQUERIDA⁵⁴⁶:

⁵⁴³ Cf. item 107 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

⁵⁴⁴ A propósito, durante a prova pericial, a REQUERIDA afirmou que *“não foram encontrados registros na contabilidade da Requerente que indicassem o uso de debêntures como meio de financiamento. A dificuldade em emitir debêntures é atribuída à má classificação de risco da companhia e de seus controladores, similar às razões que levaram o BNDES a negar financiamento. Além disso, a companhia não adotou estratégias de gestão de riscos para lidar com a possibilidade de não obter financiamento do BNDES, nem procurou ativamente outras fontes de financiamento, como debêntures ou aportes de capital. A alegação de que o mercado de capitais não poderia compensar a falta de financiamento do BNDES é contestada, indicando que a demanda reprimida por debêntures poderia absorver ofertas adicionais. Exemplos de concessões rodoviárias que captaram recursos via debêntures demonstram que o empréstimo de longo prazo não é a única opção para financiar obrigações contratuais.”* (cf. manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024, p. 24).

⁵⁴⁵ Cf. item 164 da Resposta da REQUERIDA.

⁵⁴⁶ Cf. itens 169 a 176 da Resposta da REQUERIDA.

“No caso da MP 752/2016, apenas foram previstos novos institutos como a relicitação, a qual inclusive, beneficiou a Concessionária, que apresentou voluntariamente pleito destinado à entrega da concessão.

Já a MP 800/2017, além de sequer ter sido convertida em lei, apenas conferiria ao regulador uma nova prerrogativa, relativa à possibilidade de reprogramação de investimentos de obrigações vincendas, justamente porque a Agência carecia de fundamento legal para fazê-lo, a partir da percepção objetiva dos graves descumprimentos contratuais que indicavam a incapacidade de algumas concessionárias executarem o acordado.

Beira ao absurdo justificar o direito em Exposição de Motivos de atos normativos cuja finalidade limita-se a ‘justificar e fundamentar, de forma clara e objetiva a edição do ato normativo’ (cf. art. 27 do Decreto n.º 9.191, de 2017, anteriormente disciplinado no art. 38 do Decreto n.º 4.176, de 2002), não se prestando, portanto a reconhecer direitos.

Atos normativos possuem como característica a generalidade e a abstração, não se prestando a dispor de normas individuais e concretas para regular cada caso específico. Por decorrência, a justificativa para edição desses atos gerais e abstratos materializada na Exposição de Motivos não pode ser invocada como reconhecimento expresso de um suposto direito da Requerente ao reequilíbrio.

Outro aspecto importante que não deve ser esquecido refere-se ao fato de que a assinatura da Exposição de Motivos é ato de competência do Ministro de Estado proponente, sendo totalmente incabível apontar eventual reconhecimento pela Requerida de direito ao reequilíbrio por ato praticado pela administração pública direta.

Além desses aspectos meramente formais, a MP n.º 752/2016, convertida na Lei n.º 13.448/2017 e regulamentada pelo Decreto n.º 9.957/2019, não garantiu qualquer direito aos parceiros privados como decorrência do cenário econômico.

Da mesma forma, a MP 800/2017, que sequer foi convertida em lei, também não garantiu qualquer direito à Concessionária. Referido ato normativo trazia mera expectativa de que a ANTT e a Concessionária eventualmente entrassem em acordo para a reprogramação de investimentos, acordo esse que acabou não sendo atingido.

Portanto, nenhum reconhecimento de direito a reequilíbrio decorreu dos referidos atos normativos.”

647. Quanto ao documento acostado no RTE-026, por sua vez, a REQUERIDA aduz que ali constaria apenas a afirmação genérica de ter havido crise com possíveis impactos no volume de tráfego, não se podendo depreender do documento especificamente se e quanto de redução teria havido no volume de tráfego nas rodovias BR-060, BR-153 e BR-262.

648. Ainda sobre o documento, a REQUERIDA aduz que:

- (i) tratar-se-ia de documento apócrifo, não assinado por técnicos da ANTT e/ou submetido à deliberação da sua diretoria colegiada, sendo que manifestações de

alguns agentes públicos não podem se sobrepor ao dispositivo contratual imperativo, segundo o qual o risco de tráfego é da concessionária;

- (ii) mesmo que a REQUERIDA houvesse ali reconhecido os efeitos da crise, nenhuma evidência de reconhecimento de desequilíbrio teria sido trazida ao procedimento arbitral;
- (iii) a análise de pleitos de desequilíbrio obedeceria a um rito específico (cf. Resolução nº 675/2004⁵⁴⁷);
- (iv) não seria plausível que a ANTT tivesse reconhecido publicamente o desequilíbrio, comunicando o MPF, o TCU e a Câmara dos Deputados para, simultaneamente, negar administrativamente o reequilíbrio; e
- (v) outro tribunal arbitral teria avaliado o mesmo documento, concluindo tratar-se de documento que não revela reconhecimento de direito ao reequilíbrio.

649. Noutro giro, a REQUERIDA defende a legalidade da prova correspondente à declaração prestada pelo BNDES no documento R-039. Argumenta que “*apenas solicitou esclarecimentos ao banco público, o que foi feito por meio da Nota BNDES AST/DECRO nº 031/2020 (R-39), da mesma forma que tais esclarecimentos poderiam ter sido solicitados pela Requerente ou mesmo por este Tribunal Arbitral*”⁵⁴⁸.

650. Aduz também que o BNDES teria personalidade jurídica distinta do Poder Concedente e da REQUERIDA, mantendo sua autonomia inclusive ao órgão a que se vincula, nos termos do art. 89 da Lei Federal nº 13.303/2016. A distinção entre as personalidades jurídicas do banco público e da ANTT teria sido inclusive reconhecida no procedimento arbitral CCI nº 23433/GSS/PFF, conforme decisão de 19.09.2020⁵⁴⁹.

651. Na mesma linha, a REQUERIDA defende que a REQUERENTE teria tentado confundir os árbitros ao afirmar que o MPF requereu o ingresso da União Federal na ação civil pública nº

⁵⁴⁷ Cf. R-024.

⁵⁴⁸ Cf. item 15 da Tréplica da REQUERIDA.

⁵⁴⁹ Cf. R-106.

1001854-57.2018.4.01.3802, “por um pretense nexos causal entre a não liberação do financiamento e a redefinição da política pública de crédito adotada pelo BNDES”⁵⁵⁰.

652. Esclarece que “o MPF foi induzido a erro pela Requerente que, ao peticionar em 16/06/2020 (R-108), no juízo estatal, sob o pretexto de fato superveniente, arguiu a suposta necessidade da União integrar o polo passivo da lide, tanto sob o aspecto da resolução consensual (vez que a Concessionária ingressou com pedido de relicitação nos termos da Lei nº 13.448/2017) quanto sob o aspecto da sua responsabilização diante do não fornecimento do empréstimo de longo prazo do BNDES por mudança de política de crédito”⁵⁵¹.

653. Ou seja, segundo argumenta, a União Federal e o BNDES, ambos com personalidades jurídicas próprias, não teriam sido acionados pela REQUERENTE para eventual discussão sobre a responsabilidade pelo não fornecimento do empréstimo de longo prazo.

654. A REQUERIDA também reitera sua visão de que:

- (i) o volume de tráfego nas rodovias seria risco atribuído à REQUERENTE, nos termos da cláusula 21.1.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO;
- (ii) o grande impacto no fluxo de caixa da concessão não se deveria à crise ou a ausência de parte do financiamento pelos bancos públicos, mas ao equívoco de suas próprias estimativas e à decisão da REQUERENTE ao formular seu lance no leilão, com “oferta de deságio de 52% (cinquenta e dois por cento) sobre a tarifa teto (não alavancada, diga-se)”⁵⁵²; e
- (iii) a existência de crises econômicas periódicas não pode ser enquadrada como circunstância extraordinária.

655. A propósito, a REQUERENTE aduz que os tribunais arbitrais constituídos nas arbitragens CCI nº 23433/GSS/PFF⁵⁵³ e 23932/GSS/PFF⁵⁵⁴ teriam julgado improcedentes pedidos de

⁵⁵⁰ Cf. item 23 da Tréplica da REQUERIDA.

⁵⁵¹ Cf. item 24 da Tréplica da REQUERIDA.

⁵⁵² Cf. item 53 da Tréplica da REQUERIDA.

⁵⁵³ Cf. R-106.

⁵⁵⁴ Cf. R-142.

reequilíbrio econômico-financeiro de contratos relacionados a alegações relativas à crise econômica e à não obtenção de financiamento junto ao BNDES, dentre outros, pelos seguintes fundamentos:

- (i) *“a Requerente, de forma livre e consensual, assumiu integralmente a responsabilidade pela variação no volume de tráfego na concessão, conforme matriz de risco contratual”*⁵⁵⁵;
- (ii) *“a crise econômica e seu impacto sobre o volume de tráfego não constituem fatos imprevisíveis e extraordinários capazes de dar azo à revisão do Contrato de Concessão ou à responsabilização da Requerida”*⁵⁵⁶;
- (iii) *“não havia no Contrato de Concessão promessa ou garantia em favor da Requerente acerca das condições de financiamento”*⁵⁵⁷;
- (iv) *“a Requerente assumiu, em caráter exclusivo, a responsabilidade pela obtenção do financiamento necessário à Concessão”*⁵⁵⁸; e
- (v) *“ainda que houvesse promessa ou garantia das condições de financiamento, a sua efetiva concessão sujeitava-se à prévia análise de risco feita pelas instituições financiadoras”*⁵⁵⁹.

656. Além disso, para a REQUERIDA, os impactos da crise no CONTRATO DE CONCESSÃO teriam sido *“mínimos sob a ótica econômico-financeira”*⁵⁶⁰. Entende ela que, *“no Sistema Rodoviário em questão não houve crise, e sim crescimento econômico”*⁵⁶¹, visto que, *“dentre as Concessionárias que integram a 3ª Etapa do PROCROFE, as receitas da Requerente está entre as que mais subiram”*⁵⁶².

⁵⁵⁵ Cf. item 74, ponto 1, das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁵⁶ Cf. item 74, ponto 2, das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁵⁷ Cf. item 74, ponto 3, das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁵⁸ Cf. item 74, ponto 4, das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁵⁹ Cf. item 74, ponto 5, das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁶⁰ Cf. item 41 da Tréplica da REQUERIDA.

⁵⁶¹ Cf. item 50 da Tréplica da REQUERIDA.

⁵⁶² Cf. item 48 da Tréplica da REQUERIDA.

657. Isto é, na sua visão, embora a crise econômica e política entre os anos de 2014 e 2016 seja “incontroversa”⁵⁶³, há divergência quanto às “consequências desta crise no contrato de concessão da Requerente, e especificamente ao comparativo de curva de tráfego apresentado pela empresa perita, à projeção do EVTEA (que nos termos do item 2.4.1 do Edital não vinculava as proponentes daquele certame) e ao tráfego efetivamente vivenciado”⁵⁶⁴.

658. Com efeito, aduz que a expectativa de PIB ou projeção de tráfego apresentada no EVTEA “não foi sequer considerada na proposta comercial da Requerente, tendo esta preparado estudos próprios, tal qual determinava o item 2.4.1 do Edital”⁵⁶⁵.

659. E complementa: “os indicadores econômicos disponíveis em 2014 já sinalizavam para um aumento da deterioração das contas públicas, de aumento do endividamento das famílias, de um cenário de inflação e juros futuros mais elevados, redução de investimentos e arrefecimento do mercado de trabalho. Portanto, não havia nenhum elemento que levasse a crer que a trajetória de redução do PIB seria alterada nos anos subsequente”⁵⁶⁶.

660. Além disso, a REQUERIDA impugna as conclusões alcançadas no laudo pericial no tocante ao cálculo da variação entre o tráfego real e o projetado, especialmente pelos seguintes pontos:

- (i) a análise pericial teria sido realizada com base no PIB nacional, quando o correto seria valer-se do PIB das microrregiões⁵⁶⁷, à luz do EVTEA, visto que “os dados da economia nacional não refletem necessariamente as realidades regionais,

⁵⁶³ Cf. item 131 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁶⁴ Cf. item 131 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁶⁵ Cf. item 134 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁶⁶ Cf. item 16 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

⁵⁶⁷ A REQUERIDA afirma não deveria ser acolhida a posição da perita relacionada à ausência de dados para analisar o PIB por microrregiões. Afirma que “a ANTT já realizou estudos utilizando dados do PIB dos estados atendidos pela Concebra (DF, GO e MG), conforme demonstrado na Manifestação Sobre o Laudo Técnico Pericial, de 24.04.2023 (p. 7-8).” (cf. tem 50 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024).

como, por exemplo, áreas cuja economia tem forte influência da exportação de commodities”^{568,569}

- (ii) a correlação entre o PIB e a variação de tráfego empreendida pela *expert* seria passível de críticas, pois “*as variações do PIB não explicam a variação na demanda de tráfego observada pela Concebra, sugerindo que, com base nos dados apresentados, a crise de 2015 e 2016, apesar de significativa, não foi o único fator a influenciar a demanda abaixo do esperado*”⁵⁷⁰. A partir de um exercício por ela realizado, a REQUERIDA afirma ter calculado que “*a variação do PIB só explica 19% (dezenove por cento) da trajetória de demanda de tráfego ao longo dos anos de 2016 a 2018*”⁵⁷¹;
- (iii) o exame pericial haveria de utilizar como base de dados os veículos equivalentes para promover a comparação das curvas de tráfego, e não a quantidade de veículos pagantes, sob pena de não contemplar “*os reequilíbrios realizados em decorrência da Lei dos Caminhoneiros que isentou o pedágio para eixos suspensos*”⁵⁷². Com efeito, a REQUERIDA afirma que “*já ajustou a diferença na curva de tráfego que decorreria da Lei nº n.º 13.103, de 2015, e este ajuste deve ser contemplado no comparativo entre o tráfego real e o tráfego projetado, não procedendo a diferença acumulada entre o tráfego real e o tráfego projetada apresentada pela Empresa Perita durante o período de 2015 a 2018, que seria de 17% (Esclarecimentos ao Laudo, p. 51)*”⁵⁷³⁻⁵⁷⁴. E conclui no sentido de que, “*enquanto a comparação apresentada pela empresa perita nos traz uma diferença acumulada de (-) 16,4%, a mesma o reequilíbrio administrativo em*

⁵⁶⁸ Cf. item 143 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁶⁹ Cf. Alegações Finais da REQUERIDA, p. 41-46. Sobre o ponto, mencionem-se também os itens 18 a 23 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

⁵⁷⁰ Cf. item 63 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

⁵⁷¹ Cf. item 79 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

⁵⁷² Cf. item 146 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁷³ Cf. item 156 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁷⁴ Segundo a REQUERIDA, a REQUERENTE teria apontado que nem todos os processos de revisão administrativa teriam sido concluídos, de modo que, sem informações adicionais, a perita não poderia determinar qual foi o impacto financeiro efetivamente reconhecido. Não obstante, a REQUERIDA invoca o 2º TERMO ADITIVO, que fixou novo valor de tarifa, e assevera que “*todos os processos, listados abaixo, calcularam e aprovaram os devidos reequilíbrios econômico-financeiros no contrato da Requerente*” (cf. item 171 das Alegações Finais da REQUERIDA).

razão da isenção de eixos suspensos no traz uma diferença acumulada de somente (-) 7,04%”⁵⁷⁵⁻⁵⁷⁶; e⁵⁷⁷

- (iv) *“interferência de outros fatores na concretização do tráfego inicialmente projetado”⁵⁷⁸, mencionando a REQUERIDA, dentre outros que a empresa perita teria reconhecido que “a ausência de duplicação e de manutenção de nível de serviço da rodovia nos parâmetros previstos no PER afetou a expectativa de tráfego (linhas 5887, 5888, e 5936)”^{579,580}*
- (v) *apresenta críticas ao cálculo realizado pela expert do impacto pela frustração do financiamento, mencionando, por exemplo, que “os cálculos feitos com base no Fluxo de Caixa da Concessionária não parecem refletir adequadamente todas as variáveis relevantes, nem conseguem isolar o impacto específico da falta de financiamento de outros fatores externos”⁵⁸¹.*

661. Em relação aos dados apresentados em sua Resposta e criticados pela REQUERENTE na Réplica, a REQUERIDA afirma o seguinte⁵⁸²:

“No que diz respeito à questão trazida sobre a receita da lei dos caminhoneiros, não procede a alegação da Requerente no parágrafo §77, tendo em vista que a única diferença entre os cálculos realizados pela ANTT e pela Concebra foi a localização da receita (já reequilibrada provisoriamente) da perda dos eixos suspensos, pois os dados do EVTEA continham esse

⁵⁷⁵ Cf. item 168 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁷⁶ A REQUERIDA ainda afirma que, *“mesmo se desconsiderado o ajuste necessário na comparação das curvas de tráfego, em razão do deferimento administrativo do pleito de recomposição de equilíbrio pela isenção de eixos suspensos, ainda assim necessário seria considerar que o suposto percentual acumulado de (-)17% entre o tráfego estimado no EVTEA e o tráfego real em nada fundamenta o pleito da Requerente: • Primeiro, porque suposta alteração na curva de tráfego não afastaria os motivos apontados pelo BNDES para a não obtenção do empréstimo de longo prazo; • Segundo, porque projeções feitas no EVTEA não vinculavam a proposta comercial apresentada pela Requerente; e Terceiro, porque o risco de demanda e o risco de não obtenção de financiamento foi alocado à Requerente na matriz de riscos do contrato de concessão objeto deste procedimento arbitral”* (cf. item 174 das Alegações Finais da REQUERIDA). Também indica que no procedimento arbitral CCI nº 23932/2018/GSS/PFFF, o Tribunal Arbitral ali constituído teria considerado a crise econômica como álea não extraordinária, mesmo diante de uma variação de tráfego *“de 13,63%, muito similar, portanto, à alegada pela Requerente no presente procedimento arbitral”* (cf. item 175 das Alegações Finais da REQUERIDA).

⁵⁷⁷ Cf. Alegações Finais, p. 46-55.

⁵⁷⁸ Cf. item 136 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁷⁹ Cf. item 180 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁸⁰ Cf. Alegações Finais da REQUERIDA, p. 56-60. Sobre o tema, mencionem-se também os itens 26 a 28 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

⁵⁸¹ Cf. item 117 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

⁵⁸² Cf. itens 43 a 45 da Tréplica da REQUERIDA.

tráfego (anterior a lei) e a projeção real está contabilizada com a perda. Assim, enquanto a ANTT extraiu o volume de tráfego (cujá receita já foi devidamente reequilibrada provisoriamente) dos dados do EVTEA permitindo visualizar o mais próximo do impacto da crise econômica no tráfego, a CONCEBRA o adicionou no tráfego real. O que permite exatamente a mesma comparação.

Outra questão fundamental a ser considerada por este Tribunal é que, nos anos da alegada crise econômica, a Requerida traz na réplica que os percentuais anuais e acumulados foram ainda menores que nos anos posteriores, descaracterizando o impacto da crise na concessão em 2015 e 2016: [...]

Nesse mesmo período entre 2014 a 2015, conforme apontado na Manifestação da Requerida sobre a Ordem Processual n.º 4, a SeinfraRodoviaAviação do Tribunal de Contas da União identificou indícios de irregularidades relacionados a utilização de recursos da contrato com o BNDES para doações eleitorais, transferência à Concessionária de Viracopos, dentre outros (R-41 e R-43).”

662. Argumenta a REQUERIDA, demais disso, não proceder a alegação de que o contexto econômico de um país influencia no percentual que define uma extraordinariedade, contrapondo-se à posição externada pela REQUERENTE em Réplica.

663. Em Tréplica, a REQUERIDA repete que o TCU teria alcançado entendimento acerca da agressividade da proposta apresentada pela REQUERENTE na licitação⁵⁸³ e que o BNDES teria esclarecido as dificuldades de estruturação econômica do projeto quando o então licitante apresenta lance agressivo no leilão⁵⁸⁴.

664. Afirma, no mesmo contexto, estar equivocada a ideia de que a REQUERIDA deveria ter desclassificado a REQUERENTE por ter ofertado deságio de 52% (cinquenta e dois por cento) no leilão, “*porque lance agressivo é completamente diferente de lance inexecutável*”⁵⁸⁵.

665. A REQUERIDA registra que competiria à REQUERENTE apresentar carta de instituição financeira atestando a viabilidade e exequibilidade da proposta – já que àquela não era submetido plano de negócios –, o que teria sido cumprido no caso. Assim, “*se por hipótese a proposta apresentada pela Requerente no Leilão era inexecutável, o erro ou fraude foi da*

⁵⁸³ Cf. R-041.

⁵⁸⁴ Cf. R-039.

⁵⁸⁵ Cf. item 59 da Tréplica da REQUERIDA.

instituição financeira que analisou a proposta ou da própria Requerente”⁵⁸⁶. Para a ANTT, também não seria relevante a ata acostada pela CONCEBRA como documento RTE-227, devendo o documento ser “*desconsiderado*”⁵⁸⁷.

666. Ainda quanto ao financiamento, a REQUERIDA ratifica a posição de que;

- (i) o risco de obtenção de empréstimos era da REQUERENTE, nos termos da cláusula 26.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO;
- (ii) os estudos prévios promovidos pelo Poder Concedente não teriam considerado, para fins de aferir a viabilidade do projeto, os financiamentos nos moldes da Carta de Apoio dos Bancos Públicos, sendo certo que, ainda que assim não fosse, o edital da licitação teria deixado claro que tais estudos prévios não teriam caráter vinculativo ou efeito do ponto de vista de responsabilidade do Poder Concedente perante as concessionárias⁵⁸⁸;
- (iii) a decisão proferida no procedimento arbitral CCI nº 23433/GSS/PFF teria “*acolh[ido] os argumentos da União e da ANTT no que se refere a não exclusividade de financiamento com o BNDES para a execução do contrato de concessão*”⁵⁸⁹.

667. Sobre a Carta de Apoio aos Bancos Públicos especificamente, ressaltando que o documento não integraria a matriz de riscos do CONTRATO DE CONCESSÃO, a REQUERIDA afirma

⁵⁸⁶ Cf. item 61 da Tréplica da REQUERIDA.

⁵⁸⁷ Cf. item 37 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

⁵⁸⁸ A propósito, quanto ao argumento da REQUERENTE de que a Carta dos Bancos Públicos e as condições de financiamento teriam fundamentado a elaboração do EVTEA – e, por conseguinte, a proposta da CONCEBRA no leilão –, a REQUERIDA afirma o seguinte: “*Questão é: novamente em termos jurídicos ou termos de arbitragem de direito, é o contrato que vincula as partes, ou, no caso de contratação pública, é o instrumento convocatório que vincula as partes. Quaisquer informações ou estudos produzidos na etapa de planejamento da concessão NÃO tinha caráter vinculativo, conforme se extrai do item 2.4.1 do Edital (RDA-037) acima transcrito. Estender o alcance ou a eficácia jurídica de atos ou manifestações produzidas no momento de planejamento da concessão afronta toda a sistemática de produção de atos administrativos, enquanto processo que culmina para um fim específico. Por conseguinte, viola os pressupostos básicos de avaliação do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, tal qual regulação promovida pela Lei nº 9.784, de 1999.*” (cf. itens 67 e 68 das Alegações Finais da REQUERIDA).

⁵⁸⁹ Cf. item 64 da Tréplica da REQUERIDA.

que o seu próprio conteúdo “já afasta algumas expectativas compreendidas como certas pela Requerente”⁵⁹⁰. Em sua perspectiva⁵⁹¹:

“Quanto à estrutura de garantias, a Carta de Apoio previu a possibilidade de seu compartilhamento com debenturistas, conforme condições a serem estabelecidas de acordo com cada projeto, e também uma composição variável conforme a fase do projeto, dividindo-se em pré-operacional e operacional. Embora a garantia emitida pelo FGIE/ABGF fosse prevista, também foram facultados ‘outros mecanismos contratuais com funções equivalentes, para a mitigação de riscos não-gerenciáveis, não afastando o comprometimento limitado dos acionistas que proporcione liquidez ao projeto’ (grifamos).

Foi prevista, adicionalmente, a análise de projetos detalhados dos investimentos a serem financiados, com confiabilidade dos valores orçados; avaliação de risco de crédito dos acionistas e da experiência das empresas contratadas para execução das obras, a confiabilidade das receitas projetadas, e a proporção de capital dos acionistas na composição das fontes de financiamento. Destacou-se a possibilidade de alteração da composição das garantias, de acordo com a fase do projeto.

Na fase pré-operacional, foi prevista uma composição de garantias, mas também foi informada a possibilidade de alteração em razão da geração de caixa do projeto. E quanto à fase operacional, previu uma estrutura de garantias a ser estipulada, ‘após a conclusão técnica e financeira do projeto, além das garantias constantes no item ‘Estrutura Básica de Garantias’, cumprimento de covenants operacionais e financeiros, dentre eles o ICSD’ (grifamos).”

668. Ainda no particular, a REQUERIDA destaca a ressalva constante da Carta de Apoio dos Bancos Públicos, no sentido de que “o enquadramento das operações e o estabelecimento das condições definitivas do financiamento dependerão da análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz da Política de Crédito e Operacionais das instituições financeiras”⁵⁹².

669. A REQUERIDA também chama atenção para trecho do depoimento prestado pelo Sr. Marcelo Saintive na audiência de instrução deste procedimento arbitral, “no sentido de que o enquadramento do projeto como Project finance não afasta a política de garantia aplicada por cada banco”⁵⁹³.

⁵⁹⁰ Cf. item 82 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁹¹ Cf. itens 84 a 86 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁹² Cf. trecho reproduzido no item 86 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁹³ Cf. item 87 das Alegações Finais da REQUERIDA.

670. A REQUERIDA afirma que, embora a empresa perita tenha afirmado “*não ter condições de ‘apresentar conclusão acerca das razões técnicas que levaram ao BNDES a negar o financiamento’*”⁵⁹⁴, a leitura da ação judicial nº 0012434-56.2017.4.02.5101 deixaria claro que os fatores invocados pelo banco público no documento RDA-039 teriam sim sido comprovados. Confira-se⁵⁹⁵:

“Da leitura da Ação Judicial nº 0012434-56.2017.4.02.5101 (RDA-141), resta claro que os fatores apontados pelo BNDES à União, na Nota BNDES AST-DECRO nº 031-2020 (RDA-039), foram sim comprovados em outros documentos submetidos ao crivo judicial naqueles autos, como:

- *Carta DIR 5 nº 09/2016 e DIR 3 nº 04/2016 (RDA-141.2, p. 126-129), no qual o BNDES apontou a alteração significativa da estrutura de financiamento após a aprovação pelas Decisões da Diretoria do BNDES nº 78/2016 e nº 79/2016, bem como a inadimplência da Concebra, o que ensejou a execução antecipada das garantias;*
- *certidão extraída pela Serasa Experian (RDA-141.2, p. 148/158), que dá conta, dentre outros, da existência de mais de 200 protestos inscritos em face da Requerente à época;*
- *Notícias sobre o rebaixamento do rating da Concebra pela Fitch Ratings (RDA-141.2, p. 137-147) em virtude do aumento da exposição da Triunfo ao risco de refinanciamento e a deterioração da flexibilidade financeira da empresa;*
- *Mensagem eletrônica oriunda da Requerente na qual se negou a prestar as novas garantias solicitadas pelo BNDES (RDA-141.2, p. 166/168);*
- *Manifestação do BNDES sobre a inadimplência da CONCER (sociedade empresária do grupo, também controlada pela TPI), que contribuiu para a não concessão do empréstimo de longo prazo (RDA-141.2, p. 56).”*

671. E, no tocante ao cálculo realizado pela empresa perita do impacto pela não concessão do financiamento de longo prazo, a REQUERIDA registra que sua adoção depende da apreciação de matéria jurídica prévia, ao mesmo tempo em que aponta algumas questões específicas sobre a metodologia empregada, elencadas nas manifestações datadas de 05.06.2023 e 11.08.2023. Ainda em relação ao ponto, afirma:

- (i) *“que a comprovação de dano ou de situação de desequilíbrio não pode ser presumida”*⁵⁹⁶; e

⁵⁹⁴ Cf. item 93 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁹⁵ Cf. item 88 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁹⁶ Cf. item 195, ponto 1, das Alegações Finais da REQUERIDA.

- (ii) “que deve ser observada a data de vigência do termo aditivo de relicitação, como limitado de qualquer eventual recomposição de equilíbrio econômico-financeira [sic]”⁵⁹⁷.

672. A REQUERIDA também ratifica sua posição de que a Medida Provisória nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei Federal nº 13.448/2017 não veicularia reconhecimento de desequilíbrio contratual. Na visão da ANTT, “a legislação então vigente e o próprio contrato já ofereciam mecanismos suficientes a que se procedesse ao respectivo reequilíbrio. Buscou-se evitar, por uma opção política, a caducidade da concessão, a qual pressupõe descumprimento contratual grave pelo Concessionário. Assim, o que a referida medida provisória reconhece indiretamente é justamente a ocorrência de graves descumprimentos contratuais que ensejariam a instauração de procedimentos aptos a desaguar na aplicação da caducidade”⁵⁹⁸.

673. Quanto ao memorando anexo ao RTE-026, a REQUERIDA reitera “decisão de outro Tribunal Arbitral que avaliou o mesmo documento e teve entendimento semelhante àquele já defendido pela ANTT nesses autos, ou seja, trata-se de documento que não revela reconhecimento de direito ao reequilíbrio”⁵⁹⁹.

674. Nas Alegações Finais, a REQUERIDA chama atenção para o fato de que, a despeito do debate em torno da crise econômico-financeira, a REQUERENTE não teria formulado em suas Alegações Iniciais e na Réplica “nenhum pleito específico de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em razão da frustração da expectativa de demanda provocada pela crise econômica e política ocorrida entre os anos de 2014 e 2016”⁶⁰⁰.

675. Segundo argumenta a REQUERIDA, o que pretende a REQUERENTE “é estabelecer um nexo de causalidade entre a não obtenção do financiamento de longo prazo e a ocorrência da referida crise econômica e política, enquadrando-se a ocorrência da última na teoria da

⁵⁹⁷ Cf. item 195, ponto 2, das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁵⁹⁸ Cf. item 37 da Tréplica da REQUERIDA.

⁵⁹⁹ Cf. item 38 da Tréplica da REQUERIDA; R-054.

⁶⁰⁰ Cf. item 123 das Alegações Finais da REQUERIDA.

*imprevisão, e, por consequência, atraindo a aplicabilidade ao caso da subcláusula 21.2.21 do contrato de concessão, e afastando a incidência direta e límpida da sua subcláusula 26.1”*⁶⁰¹.

676. A REQUERIDA arremata, assim, reiterando sua visão sobre “*a necessidade de considerar os reais motivos de não obtenção do financiamento de longo prazo e também sobre a necessidade de melhor correlacionar os investimentos inexecutados com a desídia da Requerente em cumprir os compromissos assumidos no bojo do contrato de concessão, seja em razão do deságio agressivo de 52 apresentado em sua proposta comercial, seja por não aportar capital próprio suficiente, seja em razão do não oferecimento das garantias exigidas pelo BNDES, seja em razão das supostas irregularidades na utilização dos valores advindos do empréstimo ponte*”⁶⁰².

XII.2.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

677. As partes controvertem nesta arbitragem a respeito dos impactos da frustração do financiamento de longo prazo e da crise econômica dos anos de 2015 e 2016, alegando a REQUERENTE que referidos eventos, em conjunto, teriam rompido o equilíbrio das obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO.

678. Na visão da REQUERENTE, tais eventos integrariam a álea econômica e administrativa extraordinária, o que afastaria a matriz de risco estabelecida no CONTRATO DE CONCESSÃO, atraindo as cláusulas 21.2.4, 21.2.3 e 21.2.21 do ajuste, os arts. 65, II, “d”, 66 e 78, XVI, da Lei Federal nº 8.666/1993 e as teorias da imprevisão e do fato do príncipe/fato da administração.

679. A REQUERIDA, por sua vez, opõe-se à REQUERENTE, defendendo a necessidade de aplicação das cláusulas 22.1 e 26.3 do CONTRATO DE CONCESSÃO, que alocam à CONCEBRA o risco quanto à variação no volume de tráfego nas rodovias concessionadas e à obtenção do financiamento necessário ao cumprimento das obrigações contratuais.

680. O contencioso em torno da matéria manifestou-se de forma intensa nesta arbitragem, tendo as partes adentrado em pormenores das respectivas teses jurídicas, bem como dos fatos

⁶⁰¹ Cf. item 124 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁶⁰² Cf. item 197 das Alegações Finais da REQUERIDA.

que circunscrevem a controvérsia, tendo sido franqueada a produção de vasta prova documental, oral e pericial.

681. O Tribunal Arbitral examinou as manifestações das partes neste procedimento e deliberou por, primeiramente, delimitar os contornos do pedido formulado pela REQUERENTE para então apreciar, à luz das provas produzidas, se a crise política e econômica de 2015 e 2016 e a frustração do financiamento de longo prazo poderiam ser qualificadas conjuntamente como evento apto a justificar o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.

682. Conforme se depreende do arts. 23(1), “f”, e 23(4), do REGULAMENTO, compete às partes indicarem na Ata de Missão o resumo de seus pedidos, não sendo dado, após referido momento, a formulação de novas demandas, a menos que haja autorização pelos árbitros constituídos no procedimento⁶⁰³. Confira-se⁶⁰⁴:

“1 Tão logo receba os autos da Secretaria, o tribunal arbitral elaborará, fundamentado em documentos ou na presença das partes e à luz das suas mais recentes alegações, documento que defina a sua missão. Esse documento deverá conter os seguintes elementos: [...]

c) resumo das demandas das partes e dos seus pedidos, incluídos os valores de qualquer demanda que esteja quantificada e, se possível, uma estimativa do valor monetário das demais demandas;”

* * *

“4 Após a assinatura da Ata de Missão ou a sua aprovação pela Corte, nenhuma das partes poderá formular novas demandas fora dos limites da Ata de Missão, a não ser que seja autorizada a fazê-lo pelo tribunal arbitral, o qual deverá considerar a natureza de tais novas demandas, o estado atual da arbitragem e quaisquer outras circunstâncias relevantes.”

683. Nessa esteira, nota-se que a REQUERENTE indicou na ATA DE MISSÃO que formularia pretensão contra a REQUERIDA de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO com base em dois eventos autônomos: (i) a crise econômica e a consequente variação da demanda de tráfego nas rodovias; e (ii) a frustração do financiamento público necessário para a consecução do programa contratual.

⁶⁰³ Isto é o que também consta do item 6.2 da ATA DE MISSÃO: “6.2. Na forma do art. 23 (4) do REGULAMENTO CCI, nenhuma das PARTES poderá formular novas demandas fora dos limites desta Ata de Missão, após sua assinatura ou aprovação, a não ser que seja autorizada para tanto pelo Tribunal Arbitral, o qual levará em consideração a natureza de tais demandas, o estágio da arbitragem e outras circunstâncias relevantes.”

⁶⁰⁴ Cf. arts. 23(1), “f”, e 23(4), do REGULAMENTO.

684. É o que se infere dos subitens “I” e “II” do item 6.4.17 da ATA DE MISSÃO, a seguir transcrito⁶⁰⁵:

“A ora requerente busca, com este procedimento arbitral, recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que não foi solucionado a tempo e modo pela requerida.

Mira-se aqui a aludida recomposição com base nos seguintes eventos (já devidamente narrados) e seis respectivos efeitos:

I – A frustração de confiança legítima no enorme crescimento do País tomado como premissa maior pelo poder concedente, no edital, e pelos licitantes, em suas propostas, à época do leilão. A gravíssima crise econômica que sobreveio nos primeiros anos da execução do contrato (justamente naqueles em que estavam concentradas pesadas obrigações de investimento) fez com que fossem contrariadas todas as projeções de volume de tráfego subjacentes ao certame e à celebração do contrato de concessão;

II – Os diversos comportamentos governamentais – contraditórios com outros adotados na época das formulações das propostas para o leilão – que implicaram frustração da legítima confiança da requerente relação às condições em que seriam aportados recursos públicos – principalmente, via bancos públicos – e recursos privados nos investimentos obrigatórios. Essas contradições ensejam responsabilidade pré-contratual da Requerente, uma vez que violam os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, bem como à boa-fé objetiva e à proteção à confiança legítima;”

685. Ao delimitar suas pretensões e respectivas causas de pedir por ocasião de suas Alegações Iniciais, contudo, a REQUERENTE outorgou configuração distinta ao pedido antes formulado. A crise econômica – com a correspondente flutuação negativa do volume de tráfego nas rodovias – não foi empregada pela REQUERENTE como fundamento para um pedido autônomo, mas como justificativa para a mudança da política levada a efeito pelo Governo Federal nos bancos públicos e, ao final, para a frustração do financiamento de longo prazo que ela esperava obter.

686. De fato, as causas de pedir apresentadas pela REQUERENTE para as pretensões de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO encontram-se detalhadas no capítulo 5 das Alegações Iniciais, sendo que as considerações sobre a crise econômica e a frustração do financiamento de longo prazo foram reunidas no título I do subcapítulo 5.1 da

⁶⁰⁵ Cf. itens 6.4.16 e 6.4.17 da ATA DE MISSÃO.

referida peça jurídica, intitulado “*alteração das condições de financiamento (em decorrência da crise econômica – caso fortuito ou força maior ou como fato da administração)*”.⁶⁰⁶

687. Depreende-se que a argumentação da REQUERENTE é no sentido de que a crise econômica teria levado a uma redução do volume de tráfego nas rodovias e à promoção de um ajuste fiscal pelo Governo Federal, ensejando, ao final, em uma mudança na política de concessão de financiamento pelos bancos públicos ao setor de infraestrutura e, por conseguinte, na frustração da possibilidade da REQUERENTE de captar junto ao BNDES os recursos necessários ao cumprimento das obrigações contratuais.

688. O pedido, assim, foi delimitado nas Alegações Iniciais nos seguintes termos⁶⁰⁷:

“O reconhecimento de que a Não Contratação do Financiamento de Longo Prazo pelo BNDES até o presente momento – a conduta de suspender a celebração, em decorrência de decisão política do Poder Concedente, do referido financiamento, contrariando as Decisões de Aprovação da Diretoria do BNDES e a previsão de contratação de Financiamento de Longo Prazo em até 12 (doze) meses da data de aprovação e celebração do contrato de Empréstimo Ponte, adotada pelo Poder Concedente na elaboração do Edital de Licitação corresponde a uma quebra de condição do Contrato de Concessão para os fins do artigo 10 da Lei 8.987/1995, de modo que a não concessão do empréstimo de longo prazo junto ao BNDES ou outros Bancos Públicos, mesmo quando cumpridos os requisitos que originalmente a habilitariam para tanto, desequilibrou o Contrato de Concessão. Que, independentemente do enquadramento conceitual que se possa dar aos eventos causadores do desequilíbrio – seja como caso fortuito ou força maior, como evento no âmbito da teoria da imprevisão e da álea econômica extraordinária, ou como fato do príncipe – o efeito prático é o mesmo: que seja reconhecido o direito de a Requerente ser compensada pelos custos diretos e indiretos incorridos com a manifestação de tal fortuito. Que a Requerida se abstenha de penalizar a Requerente por eventuais inexecuções decorrentes desse desequilíbrio contratual, bem como seja condenada à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão.”

⁶⁰⁶ Naquele mesmo título, a REQUERENTE protestou pela posterior juntada “*da descrição detalhada da metodologia e dos cálculos mais adequados para o presente pleito*”, tendo indicado antecipadamente, não obstante, que: “*A metodologia deverá mensurar e compensar os desequilíbrios produzidos pela Não Contratação do Financiamento de Longo Prazo, que impôs à CONCEBRA custos econômicos – ligados às extensões do Empréstimo Ponte (taxas, renegociação, estruturação e comissionamento das fianças bancárias em garantia), custos diretos e indiretos ligados a construção civil (incluindo a desmobilização de pessoal, equipamentos, custos indiretos mínimos, dentre outros), à utilização de empréstimos intercompany, na forma de mútuos, à contratação de assessoria jurídica, à realização de due dilligence e à utilização de garantia corporativa de acionistas da CONCEBRA.*” (cf. item 633 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

⁶⁰⁷ Cf. item 985, “ii”, das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

689. Na Réplica, por sua vez, a REQUERENTE reiterou os termos dos pedidos formulados nas Alegações Iniciais⁶⁰⁸ e ainda esclareceu o seguinte⁶⁰⁹:

“Embora seja evento suficiente a justificar o pleito da Requerente, é fundamental esclarecer que a Concessionária não alega reequilíbrio pura e simplesmente em razão da crise, como pretende confundir a Requerida, muito menos em relação à variação de demanda, como será melhor visto abaixo. Seu pedido se justifica sobretudo, pela manifestação, pela materialização da crise no mercado de crédito de infraestrutura, que levou ao não Financiamento de Longo prazo por parte do BNDES como reflexo da clara mudança de direcionamento político fiscal por parte do governo (fato do príncipe ou da Administração, essa sim decorrente da crise interna, como será abordado mais adiante.”

690. Ou seja, da forma em que delimitadas na fase postulatória desta arbitragem, a crise econômica e a variação do volume de tráfego nas rodovias concedidas constituíram elemento integrante do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência da frustração do financiamento divulgado na Carta de Apoio dos Bancos Públicos acostada a este procedimento como documento RTE-003.

⁶⁰⁸ “Diante do exposto, reiterando-se todos os termos das Alegações Iniciais, ratifica-se o acolhimento do pleito de reequilíbrio contratual nos exatos termos postulados pela Requerente.” (cf. item 518 da Réplica da REQUERENTE).

⁶⁰⁹ Cf. item 69 da Réplica da REQUERENTE.

691. Foi nesse contexto, inclusive, que o Tribunal Arbitral franqueou que esses eventos fossem submetidos ao escrutínio da prova pericial⁶¹⁰⁻⁶¹¹, em cujo laudo respectivo, com a complementação que lhe seguiu, a crise econômica e a variação do volume de tráfego nas rodovias concedidas foram abordadas no mesmo capítulo da frustração do financiamento de longo prazo.

⁶¹⁰ Em seu requerimento de especificação de provas, a REQUERENTE assim delimitou o objeto de prova pericial pretendida em relação ao pedido apreciado neste capítulo da sentença – referido naquela manifestação como “*Alteração das condições de financiamento (em decorrência da crise econômica – caso fortuito ou força maior ou como fato da Administração): a não concessão do financiamento de longo prazo (funding) pelos bancos públicos, especialmente BNDES*” –: “*Deverá o perito atestar a ocorrência de evento irresistível, imprevisível e extraordinário consubstanciado na crise econômica sofrida pelo Brasil, materializada pelas mudanças no mercado de crédito para o setor de infraestrutura, a partir do fim de 2014; e confirmar que tal circunstância imprevisível e extraordinária levou à alteração da política de financiamento dos bancos públicos promovida pela União Federal (Poder Concedente), em especial o BNDES, impactando a concessão do financiamento de longo prazo à Requerente, a despeito da aprovação da Diretoria do BNDES em 23/02/2016 (Diretoria do BNDES - Dir. 078/2016-BNDES - RTE 5 - e Dir. 079/2016-BNDES - RTE 6) que atestou o cumprimento dos requisitos objetivos usualmente exigidos pelo banco para a obtenção de tal financiamento. Deverá atestar, ainda, que a obtenção do financiamento era premissa essencial ao Contrato de Concessão e necessária à sua viabilidade. Também deverá atestar os custos adicionais incorridos ou a serem incorridos pela Concessionária em virtude da não obtenção do financiamento de longo prazo nas condições originalmente planejadas, incluindo mas não se limitando a todos os custos com prorrogação e manutenção de empréstimos-ponte, todos os aportes adicionais de recursos que os acionistas do concessionário tiveram ou terão que fazer em virtude disso, o custo de todas as garantias adicionais a financiamentos que não seriam necessárias se tivesse sido concedido o empréstimo de longo prazo, todos os custos diretos e indiretos decorrentes do descumprimento de obrigações de investimento ou operacionais da concessionária (incluindo mas não se limitando aos impactos da aplicação de fator D e multas) que não puderam ser cumpridas em virtude da falta de financiamento. Enfim, o perito deverá (i) atestar que as condições de financiamento divulgadas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos eram extremamente subsidiadas, incomparáveis a qualquer outra condição de financiamento de mercado (seja com bancos privados ou por meio de emissão de debêntures incentivadas); (ii) atestar que tais condições de financiamento representavam premissas fundamentais da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, consideradas na definição da tarifa-teto que foi a leilão; (iii) atestar a ocorrência de evento extraordinário, imprevisível e irresistível com a materialização da crise iniciada ao fim de 2014 no mercado de crédito de infraestrutura, caracterizada pela inversão do fluxo de recursos entre o Tesouro Nacional e os Bancos Públicos, em especial o BNDES como medida de combate à crise, o que levou à alteração da política de financiamento setorial para rodovias; (iv) determinar todos os custos gerados para a Concessionária e seus acionistas em decorrência da não disponibilização do financiamento nas condições originalmente prometida na Carta dos Bancos Públicos; e (v) aferir os lucros cessantes em decorrência da não concessão do financiamento de longo prazo outrora aprovado.” (cf. manifestação da REQUERENTE de 26.10.2020, p. 5-7).*

⁶¹¹ No curso da audiência de instrução desta arbitragem, o patrono da REQUERENTE afirmou o seguinte: “*Dr. Maurício Portugal Ribeiro [Adv. Repte.]: Bom dia senhor Presidente, senhora Árbitra, senhor coárbitro. O pleito da Requerente se baseia na ideia de que aconteceram eventos imprevisíveis e de impactos extraordinários e relativos à crise e ao financiamento. A crise impacta a demanda, que por sua vez impacta o financiamento e há, além disso um evento extraordinário, que é o fato do BNDES retraindo um financiamento que já havia sido aprovado. Portanto, para afastar a questão sobre a aplicabilidade da matriz de risco, que se refere a riscos ordinários e não a riscos extraordinários. Mas o que eu queria... por que esse esclarecimento preliminar? Porque eu queria perguntar aos peritos qual foi a probabilidade de ocorrência da crise que eles calcularam com a metodologia, que eu achei muito interessante, que é tentar colocar um observador na época da licitação, qual a probabilidade de ocorrência de uma crise dessa dimensão que os senhores calcularam, e se possível também nos esclarecer qual é a probabilidade de ocorrência dessa crise que ANTT calculou? Porque ANTT emitiu uma nota técnica, eu posso especificar qual é a nota técnica se isso for necessário, é a que está no RTE-257--”.* (cf. linhas 5178/5194 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024).

692. De fato, muito embora tenha deferido quesitos relacionados à crise econômica e à flutuação do volume de tráfego⁶¹², o Tribunal Arbitral assim o fez de modo a permitir à REQUERENTE fazer prova do seu nexo de causalidade com a mudança de política de financiamento pelos bancos públicos que teria sido conduzida pela União Federal⁶¹³.

693. Não por outra razão o quadro resumo elaborado pela empresa perita em seu trabalho demonstra que os eventos em questão foram examinados na perspectiva de um pedido único⁶¹⁴:

Quadro 1 – Resumo das Análises dos Esclarecimentos			
Pedido	Capítulo	Perícia	Resumo das Análises dos Esclarecimentos
Reflexo da Crise Econômica e Alteração das Condições de Financiamento	3.1	Econômico-Contábil	Após análise dos questionamentos levantados pelas partes, este perito revisou as conclusões do Laudo Pericial. Conforme solicitado pelo Tribunal Arbitral, este perito calculou dois marcos temporais (A) 18/03/2022 e (B) 22/11/2023 para cada um dos cenários já apresentados no Laudo. Com isso, temos o montante de R\$ 456.717.981,37 para o Cenário 1, Marco temporal (A) e o montante de R\$ 402.124.597,83 para o cenário 1, Marco temporal (B). Para o Cenário 2 Marco temporal (A) temos o montante de R\$ 441.231.025,57 e para o Cenário 2 Marco temporal (B) temos o montante de R\$ 386.637.642,04. Para os custos acessórios, a SWOT apresentou os valores não identificados conforme solicitado, permanecendo a necessidade de o Tribunal Arbitral deferir sobre a validade de cada um, tendo a SWOT verificado a documentação disponibilizada.

694. Nessa linha, o Tribunal Arbitral examinou as alegações das partes e provas produzidas nesta arbitragem para constatar se a frustração do financiamento de longo prazo teria relação com a crise econômica invocada pela REQUERENTE, bem como se tal evento poderia justificar um direito de reequilíbrio do CONTRATO DE CONCESSÃO.

695. No entendimento do Tribunal Arbitral, o exame do pedido perpassa, em primeira ordem, pelas disposições previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO. O ajuste dispõe ser a REQUERENTE a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da concessão, bem como não lhe ser dado invocar qualquer disposição dos contratos de empréstimo ou atraso no desembolso de recursos para eximir-se das obrigações assumidas perante a REQUERIDA.

⁶¹² Cf. Ordem Processual nº 21; tabela 1 anexa; quesitos nºs 04, 05, 06, 07, 10, 11, 12, 13, 14 e 15 da REQUERENTE.

⁶¹³ Como destacado no item 7, “i”, da Ordem Processual nº 16, uma das questões fáticas controvertidas entre as partes compreenderia “a determinação da crise econômica e da mudança de política pública de financiamento para a não concessão do financiamento de longo prazo (funding) pelos bancos públicos, especialmente pelo BNDES, e os impactos da crise sobre o cumprimento do Contrato de Concessão”.

⁶¹⁴ Cf. esclarecimentos ao laudo pericial de 20.12.2023, p. 3.

696. Transcreva-se, pela sua importância, o teor das cláusulas 26.1 e 26.3 do CONTRATO DE CONCESSÃO:

“21.6. A Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato.”

* * *

“26.3 A Concessionária não poderá invocar qualquer disposição, cláusula ou condição dos contratos de financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para eximir-se, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no Contrato.”

697. Em linha com as disposições acima, o anexo 10 do edital de licitação originário do CONTRATO DE CONCESSÃO já destacava que a REQUERENTE, enquanto vencedora do certame, haveria de *“declara[r], sob as penas da legislação aplicável, que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e obtenção de recursos de terceiros necessários à consecução do objeto da Concessão”*⁶¹⁵.

698. Nestes termos, a REQUERENTE assumiu a obrigação de obter financiamento para fazer frente aos investimentos e obras que dela seriam exigidos no CONTRATO DE CONCESSÃO, independentemente do custo de captação de recursos por ela considerado em sua proposta e/ou de eventual dificuldade em cumprir esse mister caso não lograsse êxito em contratar o empréstimo com bancos públicos, que possuem a aptidão de oferecer condições subsidiadas.

699. A alocação contratual à REQUERENTE da obrigação de obter os financiamentos necessários à consecução das obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO, a propósito, parece ao Tribunal Arbitral consentânea com a lógica de que os riscos normalmente são

⁶¹⁵ Cf. RTE-004.

atribuídos à parte como maior capacidade técnica e econômica de os enfrentar⁶¹⁶⁻⁶¹⁷. Para além disso, a previsão contratual está alinhada com o artigo 31, VIII da Lei Federal nº 8.987/95, que prevê que incumbe à concessionária “*captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço*”.

700. Ao aplicar o mencionado artigo 31, VIII da Lei Federal nº 8.987/95 e o artigo 2º, II da mesma Lei, bem como considerando previsão contratual expressa⁶¹⁸, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já afastou pedido de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão, supostamente devido em razão da queda do *rating* soberano e, consequentemente, do *rating* da autora como emissora de infraestrutura o que dificultou as suas possibilidades de obtenção de financiamento⁶¹⁹:

“Processual Civil. Nulidade de sentença. Cerceamento de prova. Inocorrência. Preliminar afastada. Ação ordinária. Contrato de concessão de rodovias. Queda do rating soberano e, consequentemente, do rating da autora como emissora de infraestrutura. Revisão contratual. Descabimento. Situação sob vigência da Lei Federal 8.987/95. Risco da atividade atribuído à concessionária, a quem incumbe captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários (artigos 2º, II e 31, VIII, ambos da LF 8.987/95). Condições contratuais atendidas, mantido o equilíbrio econômico-financeiro (art. 10). Improcedência da ação que se mantém. Critério para verba honorária. Fixação por apreciação equitativa. Recurso provido em parte.”

⁶¹⁶ Essa lógica, aliás, consta das próprias Alegações Iniciais da REQUERENTE, como se extrai da seguinte passagem: “Nos casos de concessões, a doutrina especializada destaca a importância de se considerar como parte da equação econômico-financeira do contrato a alocação de riscos nele prevista. Por riscos, entendem-se eventos futuros e incertos que impactam nas prestações das partes, tornando a execução contratual mais ou menos onerosa. O princípio basilar da alocação de riscos é conferir o risco à parte contratual que tenha mais capacidade para controlá-lo (seja evitando sua ocorrência ou mitigando o seu impacto).” (cf. item 422 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

⁶¹⁷ “Os módulos convencionais de concessão são estruturados de forma tal a atribuir ao concessionário o dever de buscar financiamento para desempenhar a atividade pública que lhe foi outorgada, mesmo nas situações em que o concedente remunera ordinariamente o concessionário. É o que se extrai não apenas da estruturação prática desses contratos, mas das leis gerais que os regulamentam. [...]”. (SOLIANO, Vitor. Novos investimentos ou nova licitação? Os condicionamentos da expansão de projetos de infraestrutura pública. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 24. ano 7. p. 27-63. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2023. DOI: <https://doi.org/10.48143/rdai.24.soliano>. p. 7.)

⁶¹⁸ Cumpre destacar trecho do voto do Relator: “Por outra, para prestação adequada do serviço, é incumbência atribuída à concessionária a captação, aplicação e gerência dos recursos financeiros necessários (art. 31, VIII, LF 8.987/95), além de considerar-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro sempre que forem atendidas as condições de contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro (art. 10). [...] Demais disso, não se descure ser a concessionária, ora apelante, a **única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento dos serviços abrangidos pela CONCESSÃO**, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, todas as obrigações, como está na cláusula 15 do contrato.” (TJSP, Apelação Cível nº 1065799-47.2019.8.26.0053, Rel. Des. Borelli Thomaz, 13ª Câmara de Direito Público, j. em 23.09.2020; grifou-se)

⁶¹⁹ TJSP, Apelação Cível nº 1065799-47.2019.8.26.0053, Rel. Des. Borelli Thomaz, 13ª Câmara de Direito Público, j. em 23.09.2020.

701. A despeito disto, a REQUERENTE entende que as condições de financiamento subsidiado previstas na Carta de Apoio dos Bancos Públicos teriam integrado a base objetiva do CONTRATO DE CONCESSÃO, não apenas à vista de seu conteúdo e de ter sido considerada na modelagem licitada, mas também do ambiente em que o documento fora divulgado e das diversas manifestações de autoridades públicas.

702. Entende a REQUERENTE também que teria cumprido todas as exigências para o empréstimo, obtendo a aprovação do financiamento de longo prazo com o BNDES, e que a operação não teria sido concretizada em razão da mudança de política pública levada a efeito pelo Governo Federal. Segundo alega, após a aprovação, o BNDES teria passado a exigir garantias não condizentes com a natureza de *project finance* da operação e em dissonância com a Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

703. O Tribunal Arbitral verificou que, apesar do constante em documentos apresentados pela REQUERIDA⁶²⁰, foram produzidos neste procedimento elementos indicativos de que a Carta de Apoio dos Bancos Públicos foi divulgada como forma de fomentar a participação de licitantes na 3ª Etapa do PROCROFE.⁶²¹

704. O próprio conteúdo da Carta de Apoio dos Bancos Públicos é inaugurado com a seguinte redação: “*tendo em vista as licitações anunciadas para a concessão de rodovias federais integrantes do Programa de Investimentos em Logística (PIL), o BNDES, a Caixa e o Banco*

⁶²⁰ V.g. Nota Técnica Informativa SEI nº 241/2020/NAM/DG/DIR (cf. R-036).

⁶²¹ No ponto, eis o que consta de parecer elaborado por Egon Bockmann Moreira, por solicitação da REQUERENTE: “A ‘Carta de Apoio dos Bancos Públicos’ é típica manifestação oficial de empresas estatais controladas pela UNIÃO, que exterioriza publicamente o compromisso oficial de atender a determinados requisitos objetivos para a futura concessão de financiamentos de específicos projetos concessionários de interesse do próprio controlador de tais instituições financeiras. Financiamentos esses que não seriam empréstimos ordinários, mas sim mútuos com condições distintas daquelas passíveis de obtenção no mercado financeiro nacional. Tais características se distinguem pela menor onerosidade ao futuro tomador de tais empréstimos, em vista do interesse público de que houvesse propostas vantajosas aos projetos de concessão de serviço públicos levados a licitação. O que ficou expressamente estampado no EVTEA, tal como acolhido pelo edital de licitação. O escopo de tal “Carta de Apoio dos Bancos Públicos” é o de induzir comportamentos por parte dos agentes econômicos privados, fazendo com que participassem da licitação e nela formulassem propostas que atendessem à política pública definida pela UNIÃO. [...] Em termos jurídicos, portanto, a ‘Carta de Apoio dos Bancos Públicos’ é a promessa de fomento que tornou factível a contratação. Situação advinda também – reitere-se – do fracasso da etapa anterior do dito Programa de Concessões Rodoviárias Federais – PROCROFE, que não foi exitosa em angariar interessados, eis que os investidores não se sentiram estimulados a fazer ofertas (os leilões restaram vazios).” (cf. RTE-198, p. 09)

*do Brasil vem a público informar as condições de apoio aos investimentos relacionados aos projetos dos futuros concessionários*⁶²².

705. Além da prova documental⁶²³, de declarações de agentes públicos do Governo Federal⁶²⁴, de pareceres técnicos trazidos pela REQUERENTE a esta arbitragem⁶²⁵ e de depoimentos colhidos na audiência de instrução⁶²⁶, a prova pericial também foi elucidativa, apontando que *“a viabilidade do projeto estava alicerçada nas premissas de financiamento do EVTEA que espelharam aquelas da Carta Pública de 09/2013”*⁶²⁷.

706. De fato, extrai-se da resposta da perita ao quesito nº 25 da REQUERENTE o seguinte⁶²⁸:

“25. Queira o i. Perito confirmar se as condições de financiamento da Carta de Apoio dos Bancos Públicos são idênticas àquelas indicadas como premissas de financiamento no EVTEA (RTE 2 – Lote5 – Volume4_TomoI_20131015 - disponível também em http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/2439/Estudos_Atualizados.html).

Resposta: As condições de financiamento na Carta de Apoio aos Bancos são muito similares às que foram indicadas como premissas no EVTEA, porém existe uma diferença.

No item de participação a carta determina que será até 70% enquanto o EVTEA diz que é de 70%.”

707. O BNDES no documento aqui juntado como R-039 igualmente esclarece que, *“com a divulgação da Carta, esperava-se diminuir assimetrias de informação e trazer previsibilidade das condições de financiamento que seriam oferecidas aos vencedores dos leilões”*⁶²⁹.

⁶²² Cf. RTE-003.

⁶²³ A título de exemplo: RTE-003, RTE-255, RTE-245, RTE-257⁶²³, R-038, RTE-026⁶²³ e RTE-052.

⁶²⁴ V.g. declarações mencionadas pela REQUERENTE do então Ministro dos Transportes, César Borges, do então Secretário Executivo do Ministério da Fazenda, Paulo Caffarelli, do então Ministro da Fazenda, Guido Mantega, do então Ministro de Infraestrutura Tarcísio Freitas (cf. Alegações Finais da REQUERENTE, p. 36-39).

⁶²⁵ V.g. pareceres elaborados pelos Srs. Marcelo Saintive, Adalberto Vasconcelos, Luciano Coutinho e Paulo Rabello, acostadas como anexos à manifestação do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁶²⁶ V.g. depoimentos prestados pelos Srs. César Augusto Rabello Borges e Marcelo Saintive durante a audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

⁶²⁷ Cf. esclarecimentos ao laudo pericial de 20.12.2023, p. 22. No mesmo sentido, pode-se citar, dentre outras, as afirmações da perita de que *“as condições de financiamento na Carta de Apoio dos Bancos Públicos são muito similares às que foram indicadas como premissas no EVTEA”* e de que *“foram observadas no Modelo de Viabilidade Financeira (RTE-246), as seguintes premissas de financiamento, similares àquelas indicadas na Carta Pública dos Bancos endereçada ao Diretor Geral da ANTT”* (cf.

⁶²⁸ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 25 da REQUERENTE, p. 34.

⁶²⁹ Cf. R-039, p. 02.

708. Entretanto, na visão do Tribunal Arbitral, o conteúdo da Carta de Apoio dos Bancos Públicos encerra mero incentivo à REQUERENTE, outorgando-lhe, quando muito, mera expectativa quanto ao financiamento, mas não um direito subjetivo. Nos termos de sua cláusula 26.1 – acima reproduzida –, o CONTRATO DE CONCESSÃO atribui expressamente à concessionária a exclusiva responsabilidade pela obtenção do empréstimo, não podendo a aludida promessa exógena se sobrepor ao pactuado.

709. Pedro Moniz Lopes⁶³⁰ leciona que a interpretação a se extrair de uma promessa na confiança do contratante há de se realizar à luz do seu conteúdo vis a vis o clausulado no contrato a que se refere:

“O facto de uma promessa compreender propriedades de incerteza, nomeadamente determinar uma análise casuística a realizar em sede de execução contratual, - independentemente do que essa expressão possa significar em matéria de interpretação contratual – é, naturalmente, uma depreciação da solidez da confiança necessária para fundar legítimas expectativas. A interpretação, à luz da razoabilidade da confiança, a retirar do contraente privado de uma promessa que compreenda uma análise casuística, a realizar em sede de execução contratual, é precisamente de que o conteúdo dessa proposta será sujeita a um escrutínio casuístico por referência ao que consta do contrato a celebrar. Assim, se o conteúdo da promessa conflitar com o disposto no contrato – nomeadamente porque respeita a matéria já coberta pelo clausulado contratual do mesmo – não valerá a promessa. Não parece, neste cenário, que um contraente privado possa confiar num empreendimento ou promessa relativo a matéria de âmbito contratual ‘fora do âmbito do contrato’ e fora do procedimento concorrencial que o antecedeu.”

710. Até porque, no caso específico em exame, a despeito da indicação de que as condições de financiamento prevista na Carta de Apoio dos Bancos Públicos teriam sido consideradas no EVTEA, o item 2.4.1 do edital da concessão indica que os dados divulgados pela REQUERIDA por ocasião da licitação não possuíam carácter vinculativo e não poderiam ser tomados para fins de responsabilização do Poder Concedente perante a concessionária. Pela importância, transcreve-se a cláusula⁶³¹:

⁶³⁰ LOPEZ, Pedro Moniz. *Contratos administrativos e boa-fé em especial, da relevância das condutas prévias e concomitantes à execução para a interpretação dos contratos administrativos*. Lisboa: AAFDL Editora Lisboa, 2019. p. 70.

⁶³¹ Cf. RTE-004.

“2.4.1 As informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados, relacionados ao Sistema Rodoviário e à sua exploração, disponibilizados pela ANTT, foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação da Concessão, não apresentando, perante as potenciais Proponentes, qualquer caráter vinculativo ou qualquer efeito do ponto de vista da responsabilidade do Poder Concedente perante as Proponentes ou perante a futura Concessionária.”

711. Nessa linha, no juízo do Tribunal Arbitral, a despeito de se propor a incentivar a participação do mercado privado na licitação da 3ª Etapa do PROCROFE e da respeitosa posição externada no parecer acostado como RTE-198⁶³², o conteúdo da Carta de Apoio dos Bancos Públicos – e tampouco seu cotejo com os dados do EVTEA – não pode servir de base a uma pretensão da REQUERENTE contra a REQUERIDA voltada ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.

712. A propósito, a conclusão aqui alcançada pelo Tribunal Arbitral está em linha com o entendimento de outro tribunal arbitral que examinou contrato de concessão da 3ª Etapa do PROCROFE, conforme se colhe de sentença arbitral parcial acostada pela REQUERIDA neste procedimento como documento R-142⁶³³:

“Ademais, o Tribunal Arbitral entende, ao contrário do quanto afirmado pela Requerente, que não houve qualquer promessa efetiva do Poder Público, muito menos da ANTT, em relação às condições de financiamento a serem oferecidas à Requerente que fossem capaz de nela gerar expectativa legítima.

Em primeiro lugar, as instituições financeiras não figuram como parte do Contrato de Concessão. Portanto, eventuais declarações emitidas por tais instituições constituem fatos de terceiros estranhos ao Contrato de Concessão, não se podendo qualificá-las como direito ou obrigação, emanado da Concessão, de caráter vinculante relativamente às Partes, inclusive para os fins da presente disputa arbitral.

⁶³² No mencionado parecer jurídico, elaborado especificamente para o caso em exame, Egon Bockmann Moreira assim responde a quesito formulado pela REQUERENTE: “b) é verossimilhante, diante da modelagem dos contratos de concessão da 3ª etapa do PROCROFE – Programa de Concessões de Rodovias Federais, a tese de que eventos sob o controle do Poder Concedente ou não controláveis pelas partes tornaram excessivamente onerosas o cumprimento das obrigações da concessionária em decorrência da não liberação do financiamento de longo prazo, da restrição de acesso a linhas de crédito públicas em idênticas condições e da crise econômica nacional que abalou o País durante os cinco primeiros anos de vigência contratual, nos quais estavam concentrados os grandes investimentos da concessão? Sim, é intensamente verossimilhante. A divisão legal e contratual de riscos, unida à realidade dos fatos, comprovam que não deve ser atribuída à CONSULENTE a responsabilidade pelos eventos danosos experimentados pelo contrato. Ainda assim, tais atos e fatos advindos do PODER CONCEDENTE (restrição a linhas de crédito, crise político-econômica, etc.) implicaram onerosidade excessiva, imprevisível e de consequências imprevisíveis ao contrato de concessão.” (cf. RTE-168, p. 30).

⁶³³ Cf. R-142, itens 169-172.

Pelo contrário: a cláusula 26.1 do Contrato de Concessão, como já indicado acima, foi clara ao impor à requerente – e a ela exclusivamente – a responsabilidade pela obtenção dos financiamentos necessários, sem qualquer ressalva.

Houvesse qualquer garantia ou promessa de financiamento na forma defendida pela Requerente, caberia a ela fazer constar do Contrato de Concessão tal disposição. Porém, o Contrato é silente a respeito de garantia ou promessa de financiamento na forma defendida pela Requerente. Ao reverso, o mesmo Contrato é expresso em destacar que a Requerente assumiu em caráter exclusivo a responsabilidade pelo financiamento do projeto.”

713. Corrobora esse entendimento o fato de que, muito embora tenha divulgado condições diferenciadas de crédito previamente à licitação da 3ª Etapa do PROCROFE, a Carta de Apoio dos Bancos Públicos ressalvou que “o enquadramento das operações e o estabelecimento das condições definitivas dependerão da análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz das Políticas de Crédito e Operacionais das instituições financeiras”⁶³⁴.

714. Ou seja, o próprio documento em que a REQUERENTE alega ter se fiado reservava aos bancos públicos a prerrogativa de examinar a concessão e as condições definitivas do financiamento à luz das suas políticas de crédito, bem como do enquadramento econômico-financeiro do empreendimento e dos acionistas, o que demonstra a ausência de direito subjetivo da REQUERENTE ao empréstimo.

715. De outro lado, não é possível associar a frustração do financiamento no caso, direta e exclusivamente, à crise econômica, à redução do volume de tráfego nas rodovias e/ou à mudança de política pública levada a efeito em âmbito federal, como argumenta a REQUERENTE, ao invocar a álea extraordinária e administrativa.

716. O Tribunal Arbitral reconhece a existência de elementos nos autos apontando para a inversão de fluxo de recursos entre o Tesouro Nacional e o BNDES no período dos fatos discutidos nesta arbitragem, o que poderia indicar que aquele banco público teria menor disponibilidade para conceder financiamentos a terceiros, inclusive no setor de infraestrutura.

⁶³⁴ Cf. RTE-003.

717. Além da prova documental⁶³⁵, dos pareceres apresentados pela REQUERENTE⁶³⁶, de depoimento prestado na audiência arbitral⁶³⁷, a perícia indicou que houve retração dos desembolsos totais do BNDES naquele período⁶³⁸⁻⁶³⁹:

“60. Ante as respostas dos quesitos anteriores, queira então o i. Perito confirmar que, de 2008 a 2015, o BNDES captou recursos junto ao Tesouro Nacional, ao passo que, a partir de 2016, o fluxo de recursos se inverteu, com o BNDES efetuando devoluções de pesados recursos ao Tesouro Nacional.

Resposta: Conforme demonstrado pelo gráfico abaixo, elaborado com base na evolução do saldo de recursos captados pelo BNDES, junto ao Tesouro Nacional, observa-se que o saldo passou a reduzir a partir do ano de 2016, indicando a devolução dos recursos anteriormente levantados. [...]”

* * *

“61. Tendo em vista a evolução do desembolso do BNDES divulgada no site do banco de fomento (disponível em <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticadesempenho/desembolsos/desembolsos-nos-anos-anteriores/desembolsos-2016>), queira o i. Perito confirmar se houve retração nominal de 35% nos desembolsos totais do Banco em 2016 quando se compara com o montante desembolsado no ano de 2015.

Resposta: Conforme tabela levantada com os valores disponibilizados no site supracitado, observa-se que houve uma retração nominal de 35% dos desembolsos totais do Banco em 2016 se comparado com os desembolsos em 2015. [...]”

* * *

“62. Tendo em vista a evolução do desembolso do BNDES divulgada no site do banco de fomento (disponível em <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticadesempenho/desembolsos/desembolsos-nos-anos-anteriores/desembolsos-2016>), queira o i. Perito confirmar se as aprovações tiveram queda nominal maior do que a queda registrada quanto ao número de consultas realizadas.

Resposta: Informações disponibilizadas no site supracitado indicam que as aprovações tiveram queda nominal maior do que a queda registrada quanto ao número de consultas realizadas. [...]”

* * *

⁶³⁵ V.g. RTE-043, RTE-202 e RTE-257.

⁶³⁶ V.g., Srs. Marcelo Saintive, Paulo Rabello e Luciano Coutinho – com os correlatos anexos –, da Nota Técnica da GO Associados (cf. RTE-042)

⁶³⁷ Cf. depoimento do Sr. Marcelo Saintive na audiência arbitral de 11.06.2024 e 12.06.2024.

⁶³⁸ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 60, 61 e 62 da REQUERENTE, p. 58-59.

⁶³⁹ Cf. esclarecimentos periciais de 20.12.2023, p. 177-179.

“63. Queira o il. Perito confirmar se é correto afirmar que há correlação entre a alteração da política fiscal promovida pela União Federal (Poder Concedente), a partir de 2016, e ‘a inversão dos fluxos de capital que, até então, fluíam do Tesouro Nacional para o BNDES [...] e passaram a fluir no sentido oposto, do BNDES para o Tesouro’.

Esclarecimentos SWOT. Após melhor análise, a SWOT entende que se faz necessária a devida complementação da resposta apresentada ao quesito 63, passando a constar o seguinte texto:

Com a intenção de reestabelecer o equilíbrio à delicada situação fiscal da União que se iniciou em 2010, foi introduzido no ano de 2016, por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016, o Novo Regime Fiscal (NRF), popularmente conhecido como ‘Teto de Gastos’ que determinava o nível máximo do gasto público a cada ano.

Atrelada à análise da EC nº 95/2016 e do ‘Teto de Gastos’, há que se considerar o constante no Ofício-Circular nº 001/2017 (RTE 26) e na Nota Técnica Conjunta nº 001/2017 (RTE 257), bem como no gráfico oficial do BNDES apresentado no Parecer da RC Consultores, colacionado pela Requerente em seu ‘Parecer Técnico Parcialmente Divergente - Anexo XIX - Impugnação às Respostas aos Quesitos’: [...]

Pela análise do gráfico acima observa-se que, a partir do momento que o Tesouro Nacional começou a exigir a liquidação antecipada dos recursos de longo prazo aportados pelo BNDES, principalmente no ano de 2016, houve uma queda abrupta nos desembolsos do referido Banco.

Também, foi a partir do ano de 2016, conforme Figura 99, que passou ocorrer a inversão de fluxo de capital do Tesouro Nacional para o BNDES. [...]

Ou seja, se faz correto concluir que há uma correlação entre a alteração da política fiscal promovida pela União Federal, a partir do ano de 2016, e ‘a inversão dos fluxos de capital que, até então, fluíam do Tesouro Nacional para o BNDES [...] e passaram a fluir no sentido oposto, do BNDES para o Tesouro’.”

718. A prova produzida neste procedimento também atesta os fatos de que, no caso específico, após a celebração do CONTRATO DE CONCESSÃO, o BNDES:

- (i) enquadrou o projeto da REQUERENTE para análise de viabilidade do apoio financeiro, na modalidade *project finance* em 01.04.2014⁶⁴⁰;
- (ii) concedeu o empréstimo-ponte à CONCEBRA em 15.07.2014⁶⁴¹, prorrogando posteriormente seu vencimento à vista das negociações em torno do financiamento de longo prazo⁶⁴²; e

⁶⁴⁰ Cf. RTE-008.

⁶⁴¹ Cf. RTE-009.

⁶⁴² Cf. RTE-011, RTE-012, RTE-015, RTE-016 e RTE-018.

- (iii) aprovou o empréstimo de longo prazo em 23.02.2016, nos moldes da Carta de Apoio dos Bancos Públicos, por meio das Decisões de Diretorias nºs 78/2016 e 79/2016, aqui acostadas como documentos RTE-005 e RTE-006.

719. Contudo, a instrução realizada nesta arbitragem igualmente aponta que, a despeito da prévia aprovação por sua Diretoria, o BNDES ao final não concedeu o financiamento de longo prazo por fatores endógenos à REQUERENTE e seu grupo, como se colhe do seguinte excerto da Nota AST DECRO nº 31/2020, subscrita por 7 (sete) funcionários do banco público, em resposta à consulta formulada pela ANTT após o início desta arbitragem⁶⁴³:

“[...] Resumidamente, é possível citar os seguintes motivos para a não contratação do empréstimo de longo prazo, a despeito de sua aprovação pelo BNDES:

- (i) a divergência da expectativa da CONCEBRA acerca dos valores do financiamento;*
- (ii) as revisões de orçamento do projeto feitas pela Postulante;*
- (iii) indefinição dos agentes repassadores da parcela indireta da operação, e mais especificamente a desistência da CEF em participar do sindicato dos bancos;*
- (iv) rápida deterioração do risco de crédito da acionista do projeto, TPI, afetando a avaliação da garantia que seria prestada pela empresa; e*
- (v) inadimplemento financeiro de outra companhia do Grupo Econômico TPI perante o BNDES.*

Como resultado na contratação de empréstimo de longo prazo, a empresa ficou inadimplente perante o BNDES após o vencimento do empréstimo ponte em 15.12.2016, levando ao acionamento das garantias pelo BNDES. ”

720. Embora a REQUERENTE impugne a utilização da aludida Nota AST DECRO nº 31/2020 nesta arbitragem enquanto prova, depreende-se que o seu conteúdo está alinhado a outros documentos que foram trazidos ao conhecimento do Tribunal Arbitral e são contemporâneos aos fatos em debate.

721. Missiva endereçada pelo BNDES à REQUERENTE e sua controladora em 22.12.2016, aqui acostada como documento RTE-19.2⁶⁴⁴, aponta que, após a aprovação pela diretoria do banco público, sucederam alguns fatos que alteraram a estrutura da operação que vinha sendo negociada.

⁶⁴³ Cf. R-039.

⁶⁴⁴ O documento também foi acostado no RTE-055.

722. Dentre tais fatos, o documento cita: (i) a desistência da CEF de participar do financiamento⁶⁴⁵; (ii) a deterioração do *rating* da Triunfo Participações e Investimentos S.A.; (iii) a negativa de outros bancos em compartilhar as garantias de projeto para nova prorrogação do empréstimo-ponte após 15.12.2016; e (iv) a inadimplência de outra concessionária do grupo da REQUERENTE, a Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora – Rio S.A. (“CONCER”), junto ao BNDES. Confira-se⁶⁴⁶:

“Para fins de esclarecimento, gostaríamos de pontuar algumas informações importantes sobre a negociação do empréstimo de longo prazo:

- (i) o empréstimo-ponte é uma modalidade de financiamento que objetiva proporcionar tempo para análise e estruturação do financiamento de longo prazo do projeto. Assim, a conversão do empréstimo-ponte para longo prazo apenas ocorre quando o projeto se mostra suficientemente equilibrado e estruturado, o que leva em consideração o desempenho operacional do projeto, a capacidade de seu acionista controlador de prestar garantias durante a fase pré-operacional, a robustez da estrutura de garantias ao longo de todo o período do financiamento, a estrutura de repasse da dívida, dentre outros aspectos;*
- (ii) no que tange à CONCEBRA, cabe ressaltar alguns aspectos de desequilíbrio intrínsecos ao projeto e ao grupo Triunfo:*
 - a. após a aprovação do financiamento de longo prazo ao projeto através das Decisões Dir nº 78/2016 e 79/2016, de 23.02.2016, houve desistência da Caixa Econômica Federal S.A. em participar do contrato de financiamento como um dos bancos repassadores;*
 - b. deterioração do rating da TPI, responsável pela prestação de garantia fidejussória até o completion do financiamento aprovado;*
 - c. negativa dos demais bancos em compartilhar as garantias de projeto para nova prorrogação do empréstimo-ponte após 15/12/2016;*
 - d. inadimplência da Concer – Companhia de Concessão Rodoviária de Juiz de Fora – Rio S.A. (‘CONCER’), concessionária do grupo TPI, junto ao BNDES.”*

723. Segundo consta do documento RTE-19.2, diante dos aludidos fatos, a REQUERENTE e o BNDES prorrogaram o vencimento do empréstimo-ponte então concedido e passaram a negociar algumas novas condições para o prosseguimento da operação de longo prazo⁶⁴⁷, tendo

⁶⁴⁵ A manifestação da desistência da CEF, a propósito, pode ser encontrada no RTE-017.

⁶⁴⁶ Cf. RTE-19.2.

⁶⁴⁷ Os documentos acostados no RTE-057 demonstram continuidade das tratativas entre a REQUERENTE e o BNDES após a saída da CEF da operação.

inicialmente havido consenso entre ambos de que para tanto seria prestada fiança corporativa pela Construtora Triunfo e fiança pelos controladores pessoas físicas do grupo.⁶⁴⁸⁻⁶⁴⁹

724. Os elementos trazidos nesta arbitragem indicam, entretanto, que a REQUERENTE e seu grupo subsequentemente passaram a defender que a prestação de fiança corporativa pela Construtora Triunfo e de fiança pelos controladores pessoas físicas do grupo seria incompatível com a natureza *project finance* do projeto⁶⁵⁰. Assim, embora tenham chegado a formular

⁶⁴⁸ “Os fatos apresentados alteraram significativamente a estrutura de financiamento aprovada pelas Decisões da Diretoria do BNDES nos 78/2016 e 79/2016, impossibilitando a manutenção da concessão de financiamento de longo prazo nos termos definidos à época da aprovação. Não obstante a impossibilidade de contratação do empréstimo de longo prazo, cumpre mencionar as quatro prorrogações de prazo do empréstimo ponte que foram realizadas após o vencimento do prazo original do contrato com o intuito de prover tempo de negociação para que a TPI e a CONCEBRA pudessem se estruturar melhor. Entretanto, tendo em vista a proximidade do término do prazo do empréstimo-ponte da CONCEBRA e também da CON CER (com vencimento em 15/11/2016), em 20/10/2016, foi realizada uma reunião entre diretores do BNDES e representantes da TPI, com o intuito de apresentar um conjunto de condições mínimas requeridas pelo BNDES para viabilizar uma solução para as dívidas da CON CER e da CONCEBRA, dentre as quais destacam-se: • prestação de fiança corporativa pela Construtora Triunfo (às operações de financiamento à CON CER e à CONCEBRA); • prestação de fiança pelos controladores pessoas físicas do grupo Triunfo (às operações de financiamento à CON CER e à CONCEBRA; e • hipoteca do terreno localizado no Porto de Santos (CON CER). Por e-mail enviado em 26.10.2016, o grupo Triunfo manifestou concordância com as condições apresentadas pelo BNDES. O BNDES trabalhou em uma proposta de prorrogação do empréstimo-ponte da CON CER com base na negociação realizada.” (cf. RTE-19.2).

⁶⁴⁹ Em sua contestação apresentada na ação judicial nº 0012434-56.2017.4.02.5101, o BNDES afirmou o seguinte: “[...] antes de culminar no impedimento de contratar com a CONCEBRA, por conta da CON CER, deve ser frisado que houve negociações a respeito de prestação de garantias adicionais para o pleiteado empréstimo de longo prazo da CONCEBRA, condição com a qual a TPI concordou. Na mesma ocasião, o BNDES deixou claro que o financiamento de longo prazo a ser concedido, seria, no primeiro momento, apenas para os investimentos até 2017, no valor de R\$ 1,2 bi (Anexos 05 e 06)”. Como elemento de prova, o BNDES acostou na ação judicial, dentre outros, e-mail enviado por representante do grupo da REQUERENTE que consta desta arbitragem no R-141.2, p. 120-123.

⁶⁵⁰ No ponto, confira-se o seguinte trecho de carta enviada pela CONCEBRA e pela Triunfo Participações e Investimentos S.A. ao BNDES em 26.12.2016: “Nos últimos dias 15 e 22 do corrente, as Signatárias, na qualidade de BENEFICIÁRIA e INTERVENIENTE no financiamento objeto do Contrato em referência, formularam, em boa-fé, proposta para o equacionamento da dívida derivada do contrato. Por meio da carta em referência, Vs. Sas. rejeitaram a proposta, fundamentando a objeção nos pontos seguintes: • ‘O valor de amortização mensal proposta não produz efeito significativo na redução da exposição do BNDES. • As garantias negociadas anteriormente ao vencimento do empréstimo-ponte, quando a operação estava em seu curso normal no que diz respeito ao adimplemento financeiro, envolviam fiança da Construtora Triunfo e fiança dos Acionistas pessoas físicas da THP. Não obstante, nenhuma garantia adicional foi ofertada ao BNDES na proposta da TPI.’ Com respeito, as Signatárias pedem licença para consignar que, tratando-se de um *project finance*, isto é de um financiamento vinculado ao projeto, não há como não houve, qualquer compromisso referente à prestação de garantias por parte de terceiros ao financiamento. Da mesma forma, os valores de amortização propostos são congruentes com a capacidade de geração de caixa do PROJETO. [...] Fiquem, pois, cientes e devidamente notificados que: • As Signatárias consideram a dívida inexigível nas condições estabelecidas na referida Cláusula 6ª; • Por identidade de razões, dada sua natureza causal, as garantias associadas são igualmente inexigíveis. Sem prejuízo destas considerações, as Signatárias reafirmam sua disposição de buscarem uma solução negociada para o equacionamento da dívida, de acordo com as condições e capacidade de pagamento do PROJETO.” (cf. R-141.2, p. 134-136).

proposta alternativa, esta teria sido recusada e a operação afeta ao financiamento de longo prazo acabou não concluída, procedendo o BNDES à execução das garantias do empréstimo-ponte.⁶⁵¹

725. Daí se constata que, no caso vertente, o BNDES efetivamente ofereceu à REQUERENTE o financiamento de longo prazo, nos moldes da Carta de Apoio dos Bancos Públicos⁶⁵², tendo a operação restado frustrada em razão de eventos associados à própria CONCEBRA e seu grupo empresarial, não guardando relação direta, imediata e exclusiva com a crise econômica, como, aliás, foi afirmado pelo próprio banco público no documento RTE-019.2⁶⁵³:

“a crise econômica é um aspecto exógeno que de fato gerou impacto negativo nas receitas da CONCEBRA. Contudo, não é justificativa exclusiva para situação atual da concessionária, visto que os itens citados no tópico anterior são os fatores que efetivamente levaram à impossibilidade de migração para o financiamento de longo prazo”

726. E, a despeito da argumentação da REQUERENTE quanto à prévia aprovação pela diretoria do BNDES do financiamento do longo prazo e ao fato de que se encontrava apta para a

⁶⁵¹ “Não obstante, em 11/11/2016, o BNDES foi surpreendido por e-mail da TPI comunicando a negativa quanto à concessão das garantias já negociadas na reunião realizada em 20/10/16 e confirmadas pela TPI no e-mail enviado ao BNDES em 26/10/16. Em virtude da negativa da TPI e consequente inviabilização do aditivo contratual nos termos aprovados pela Diretoria do BNDES, o empréstimo-ponte da CONCOR venceu em 15/11/2016. A CONCOR e a TPI não realizaram pagamento da parcela única e, em decorrência, encontram-se inadimplentes com o BNDES desde então. Diante dessa situação de inadimplência, ficou impossibilitada a viabilização de aprovação de financiamento de longo prazo para a CONCEBRA anteriormente ao vencimento do empréstimo-ponte, em 15/12/2016. Alternativamente, uma nova prorrogação do empréstimo-ponte, dada a deterioração creditícia evidente, se justificaria apenas em caso de prestação de garantias adicionais por parte do grupo TPI e/ou de redução da exposição do BNDES ao projeto, conforme informado à CONCEBRA e à TPI após o inadimplemento da CONCOR e reforçado aos representantes da TPI em reunião realizada no BNDES em 18/12/2016. Em 15/12/2016, a TPI e a CONCEBRA enviaram carta ao BNDES, porém a proposta apresentada não contemplou a prestação de garantias adicionais e nem ofereceu alternativa concreta de redução da exposição do BNDES. Além de não atenderem às condições mínimas requeridas pelo BNDES, as alternativas apresentadas no item 9 da referida carta referem-se a vendas de ativos não concluídas ou a possibilidades de aportes sem valor definido, nem mesmo um plano de ação detalhando a origem e destinação dos recursos. Aliás, vale destacar que o BNDES tem notícia da conclusão do crédito de médio prazo junto ao Farallon Capital Management LLC (emissão de debêntures), que, segundo a TPI, tem como principal garantia uma opção de compra das ações da Portonave. Cumpre mencionar que, apesar de reiteradas solicitações, a escritura da emissão não foi apresentada ao BNDES. Da mesma forma, não foram explicitados os detalhes da referida operação, em especial à destinação dada aos recursos captados. Tendo em vista o vencimento do prazo da parcela de amortização da dívida em 15/12/2016 e o fato de a CONCEBRA e a TPI não terem realizado o pagamento da parcela única de amortização da dívida, a CONCEBRA se encontra inadimplente com o BNDES, da mesma forma que já se encontravam a CONCOR e a TPI. Neste caso, resta ao BNDES cumprir a cláusula 7ª do contrato 14.2.0495.1, executando as garantias disponíveis para a satisfação de seu crédito.” (cf. RTE-19.2).

⁶⁵² Em resposta à consulta formulada pela REQUERIDA, o BNDES informa que “as condições, respectivamente dos empréstimos ponte e de longo prazo analisados e aprovados pelo BNDES, seguiram os ditames previstos na Carta de Apoio” (cf. R-039, p. 06).

⁶⁵³ Cf. RTE-19.2, p. 2.

assinatura do contrato de mútuo respectivo⁶⁵⁴, depreendem-se dos documentos acostados como RTE-015 e RTE-016 terem sido estabelecidas naquela oportunidade determinadas condicionantes pelo banco público para o prosseguimento e conclusão da operação.

727. Dentre elas, podem ser encontradas algumas que justamente vieram a ser contrapostas pelos fatos indicados pelo BNDES para a frustração do financiamento, como a participação da CEF dentre os “*agentes financeiros*”⁶⁵⁵ e a “*inexistência de inadimplemento de qualquer natureza, perante o Sistema BNDES por parte da BENEFICIÁRIA ou de empresa integrante do Grupo Econômico a que pertença, ou de qualquer fato que venha a alterar a situação econômico-financeira das referidas empresas e que, a critério do BNDES, possa afetar a segurança do crédito a ser concedido ou a realização do projeto*”⁶⁵⁶.

728. Nessa linha, os elementos produzidos nesta arbitragem indicam ao Tribunal Arbitral que a frustração do financiamento de longo prazo se deu por decorrência da negociação havida entre o BNDES e a REQUERENTE – particularmente pela decisão desta empresa de não apresentar as garantias adicionais solicitadas pelo banco –, não havendo como se pretender imputar à REQUERIDA as consequências correlatas para revisar obrigações assumidas no CONTRATO DE CONCESSÃO.

729. Ao lado da constatação acima, não sensibilizou o Tribunal Arbitral o argumento da REQUERENTE de que a solicitação pelo BNDES de garantias adicionais – v. g., fiança corporativa pela Construtora Triunfo e fiança pelos controladores pessoas físicas do grupo – poderia ensejar responsabilização da REQUERIDA.

730. Em primeiro lugar, porque, nos termos das cláusulas 26.1 e 26.3 do CONTRATO DE CONCESSÃO, a responsabilidade pela obtenção do financiamento era exclusiva da REQUERENTE, não podendo esta invocar “*qualquer disposição, cláusula ou condição dos contratos de financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para eximir-se, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no Contrato*”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Cf. RTE-224 e atas notariais acostadas em anexo ao parecer do assistente técnico da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁶⁵⁵ Cf. RTE-006, p. 5.

⁶⁵⁶ Cf. RTE-005, p. 4.

⁶⁵⁷ Cf. RTE-001.

731. Em segundo, porque a exigência superveniente das aludidas garantias está inserida na relação entre a REQUERENTE e o BNDES, da qual a REQUERIDA, enquanto pessoa jurídica distinta, não participou.

732. E, em terceiro, porque, na leitura do Tribunal Arbitral, a Carta de Apoio dos Bancos Públicos não vedou ao BNDES solicitar fiança corporativa à Construtora Triunfo e fiança aos controladores pessoas físicas do grupo, tendo uma destas modalidades de garantia sido inclusive previstas para a fase pré-operacional da concessão.⁶⁵⁸

733. Em que pese constasse do documento RTE-003 a indicação de que na fase operacional da concessão o financiamento seria composto por outras modalidades de garantia⁶⁵⁹, a carta ressalva que o estabelecimento das condições definitivas do empréstimo dependeria da análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz das políticas de crédito e operacionais das instituições financeiras. É o que se constata da leitura dos seguintes trechos do documento RTE-003:

“Estrutura Básica de Garantias: determinada em função da análise técnico-econômica do empreendimento e dos acionistas, bem como da avaliação jurídica dos instrumentos, podendo envolver, durante todo o prazo do financiamento, as seguintes garantias:

- *Penhor das ações da SPE;*
- *Outorga do direito de assumir o controle da beneficiária (step in rights);*
- *Cessão fiduciária dos direitos emergentes do contrato de concessão;*
- *Cessão fiduciária de direitos creditórios e recebíveis, com constituição de conta centralizadora; e*

⁶⁵⁸ No ponto, chama atenção o fato de que o próprio BNDES, na ação judicial nº 0012434-56.2017.4.02.5101, que lhe foi movida pela CONCEBRA e sua controladora, afirmou o seguinte: “Às fls. 945 as Autoras alegam que o BNDES teria imposto as Autoras ‘novas condições’ inclusive ‘garantias adicionais que não estavam previstas na carta de apoio, e tampouco nas decisões de diretoria que haviam aprovado a o financiamento em primeiro lugar’. Não é verdade. A referida carta de apoio Programa de Investimento em Logística do Governo Federal – PIL (fls. 110) dispõe que: ‘O enquadramento das operações e o estabelecimento das condições definitivas do financiamento dependerão da análise econômico financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz da política de crédito e operacionais das instituições financeiras.’ Portanto, a própria carta deixava muito claro que os projetos passariam por análise econômico-financeira [sic] das instituições financeiras à luz de suas Políticas Operacionais, o que levou à necessidade de mais garantias. Quanto as decisões de diretoria, como já fora exaustivamente explicado, as decisões de diretoria aprovaram o projeto em um cenário completamente diferente do momento relatado nesse parágrafo.” (Cf. RDA-141.2, p. 407-408).

⁶⁵⁹ Penhor de ações da SPE, outorga do direito de assumir o controle da beneficiária (step in rights), cessão fiduciária dos direitos emergentes do contrato de concessão, cessão fiduciária de direitos creditórios e recebíveis, com constituição de conta centralizadora e constituição de conta de reserva (3 vezes o serviço mensal da dívida).

- *Constituição de conta reserva (3 vezes o serviço mensal da dívida).*

As garantias do financiamento poderão ser compartilhadas com debenturistas, em condições a serem estabelecidas de acordo com cada projeto.

Adicionalmente, a composição do pacote de garantias será variável, de acordo com a fase do projeto:

1) Estrutura de Garantias na Fase Pré-Operacional, período anterior à conclusão técnica e financeira do projeto, além das garantias constantes no item 'Estrutura Básica de Garantias', composição das seguintes garantias:

- ***Fiança corporativa dos controladores ou fiança bancária;***
- *Contrato de Suporte de Acionistas (ESA);*
- *Seguro-garantia para cobertura dos riscos alocados ao concessionário.*

As instituições financeiras, em esforço conjunto com os empreendedores de cada projeto, estruturarão uma composição adequada de garantias para o financiamento, que objetive uma alocação de riscos equilibrada. Tal estruturação considerará, inclusive, a limitação dos valores de ESA a 20% do volume total dos investimentos obrigatórios, além do volume total de capital próprio previsto. A estruturação do financiamento com limitação de recursos aos acionistas deverá incluir os itens listados abaixo, de modo a assegurar a conclusão técnica e financeira do empreendimento e mitigar os riscos inerentes a essa Fase:

- *Contratos de construção, fornecimento e serviços que transfiram os riscos de sobrecustos para o contratado, preferencialmente na modalidade 'EPC turn key lump sum';*
- *Garantia emitida pelo FGIE/ABGF, ou por outros mecanismos contratuais com funções equivalentes, para a mitigação de riscos não-gerenciáveis, não afastando o comprometimento limitado dos acionistas que proporcione liquidez ao projeto;*
- *Pacote de seguros em que os direitos à indenização sejam cedidos em favor dos financiadores, incluindo seguro-garantia em termos que ofereçam liquidez necessária para reparação tempestiva do dano; e*
- *Contrato de Suporte de Acionistas para o capital próprio (ESA Capital).*

Adicionalmente, também serão avaliados pelas instituições financeiras:

- *Existência de projetos detalhados dos investimentos a serem financiados, com confiabilidade dos valores orçados;*
- *Avaliação de risco de crédito dos acionistas e da experiência das empresas contratadas para execução das obras;*
- *Confiabilidade das receitas projetadas, de preferência embasadas em avaliações independentes; e*
- *Proporção de capital dos acionistas na composição das fontes de financiamento, buscando-se um nível de alavancagem adequado com margem para eventual endividamento adicional em caso de contingências.*

A composição das garantias na fase pré-operacional poderá, ainda, ser alterada em razão da geração de caixa do projeto.

2) *Estrutura de Garantias na Fase Operacional, após a conclusão técnica e financeira do projeto, além das garantias constantes no item 'Estrutura Básica de Garantias', cumprimento de covenants operacionais e financeiros, dentre eles o ICSD. [...]*

O enquadramento das operações e o estabelecimento das condições definitivas do financiamento dependerão da análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz das Políticas de Crédito e Operacionais das instituições financeiras.” (grifou-se)

734. E, a despeito da afirmação da perita na resposta aos quesitos n^{os} 38 e 39 da REQUERENTE⁶⁶⁰⁻⁶⁶¹, em tese, a política de garantias se afigura uma definição interna da instituição financeira. Tratando-se de uma política própria da instituição financeira, descabe ao Tribunal Arbitral a avaliar a adequação ou não da decisão do BNDES de exigir fianças da REQUERENTE e seus controladores.

735. Não infirma o entendimento aqui alcançado, por outro lado, o documento acostado pela REQUERENTE como RTE-255. Conquanto dele pareçam constar avaliações internas do BNDES apontando para a elaboração da Carta de Apoio dos Bancos Públicos – com mudanças na estrutura do empréstimo antes divulgado ao público entre as fases da 3^a Etapa do PROCROFE –, não se extrai dali informação no sentido de que seria vedado à instituição financeira solicitar garantias adicionais aos postulantes do financiamento, como sucedeu com a REQUERENTE.

736. O documento descreve que a ANTT teria suspenso o leilão da fase 1 da 3^a Etapa do PROCROFE para revisar o modelo econômico utilizado e que, subsequentemente, o então Ministro da Fazenda teria realizado apresentação para empresários nas cidades de São Paulo, Nova Iorque e Londres, adiantando “*alterações na modelagem das concessões de rodovias*”⁶⁶².

⁶⁶⁰ “38. Tendo em vista a página BNDES Project Finance (<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/bndesproject-finance>), queira o i. Perito confirmar se é correto afirmar que tal modalidade de financiamento é suportada ‘contratualmente pelo fluxo de caixa do mesmo e tendo como garantias seus ativos e recebíveis’. Resposta: Conforme definição apresentada na página BNDES Project Finance, esta modalidade de financiamento é ‘suportado contratualmente pelo fluxo de caixa do mesmo e tendo como garantias seus ativos e recebíveis.’ [...]” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito n^o 38 da REQUERENTE, p. 44-45).

⁶⁶¹ “39. Ante a resposta ao quesito anterior, queira então o i. Perito confirmar que, ao enquadrar o financiamento do projeto da Concebra na modalidade project finance, o BNDES reconheceu que seriam as receitas provenientes da concessão a principal fonte de pagamento do valor financiado. Resposta: Ao enquadrar o financiamento do projeto da Concebra na modalidade project finance, conforme definição apresentada no quesito anterior, o BNDES reconhece que o pagamento deste financiamento seria realizado pelo fluxo de caixa gerado pelo próprio projeto.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito n^o 38 da REQUERENTE, p. 45).

⁶⁶² Cf. RTE-255.

Segundo o ali constante, além da mudança da TIR do projeto, o então Ministro teria acenado ao mercado, dentre outros, com as seguintes condições⁶⁶³:

Diante disso, a ANTT suspendeu o leilão, por prazo indeterminado para revisar o modelo econômico-financeiro utilizado. Em 05/02/2013, o Ministro da Fazenda Guido Mantega adiantou as alterações na modelagem das concessões das rodovias, conforme quadro a seguir, retirado de sua apresentação para empresários de São Paulo² nesse dia:

Modelagem econômico-financeira das concessões das rodovias

	CONDIÇÃO ANTERIOR	NOVA CONDIÇÃO
Prazo da concessão	25 anos	10 anos
Estimativa de expansão média anual da demanda	5,0%	4,0%
Estrutura de garantias	Fiança bancária/corporativa / Project finance	Project finance (maior facilidade de garantias)
Prazo de carência	Até 3 anos	5 anos
Prazo total do financiamento	Até 20 anos	25 anos
Taxa de Juros	TJLP + 1,5%	TJLP + até 1,5% (dependendo do rating do tomador)
Empréstimos-ponte	Mantidas as condições (ineditas) de custo do empréstimo ponte iguais ao empréstimo de longo prazo	
Outras condições do financiamento	Patrimônio Líquido $\geq$ 1,3 do total financiado	Patrimônio Líquido $\geq$ 1,0 do total financiado
	Ativos Totais $\geq$ 2,8 do total financiado	Ativos Totais $\geq$ 2,0 do total financiado

² O ministro da Fazenda fez apresentações a empresários em São Paulo, Nova York e Londres sobre o cenário macroeconômico e as oportunidades de investimento no Brasil. As datas do circuito de palestras foram 5 de fevereiro, em São Paulo, 26 de fevereiro, em Nova York, e 1^o de março, em Londres.

737. Não obstante a mudança na “*estrutura de garantias*”⁶⁶⁴ divulgada pelo Ministro naquela apresentação, o documento revela que a proposta efetivamente ali encaminhada pela área técnica do BNDES à alçada decisória do banco não faz referência à vedação de garantias como fiança bancária e corporativa dos acionistas das empresas postulantes do empréstimo⁶⁶⁵:

4. PROPOSTA

Considerando:

- (i) que as alterações propostas por essa IP fazem parte de um esforço conjunto do Governo em tornar bem sucedido o leilão das concessões das rodovias da 3ª etapa do Programa de Investimentos em Logística do Governo Federal;
- (ii) que os ajustes nessas rodovias impactarão favoravelmente na atratividade tanto para ambas rodovias da fase 1, bem como para as demais rodovias da fase 3;
- (iii) a unicidade das condições entre os agentes financeiros que poderão apoiar os projetos;

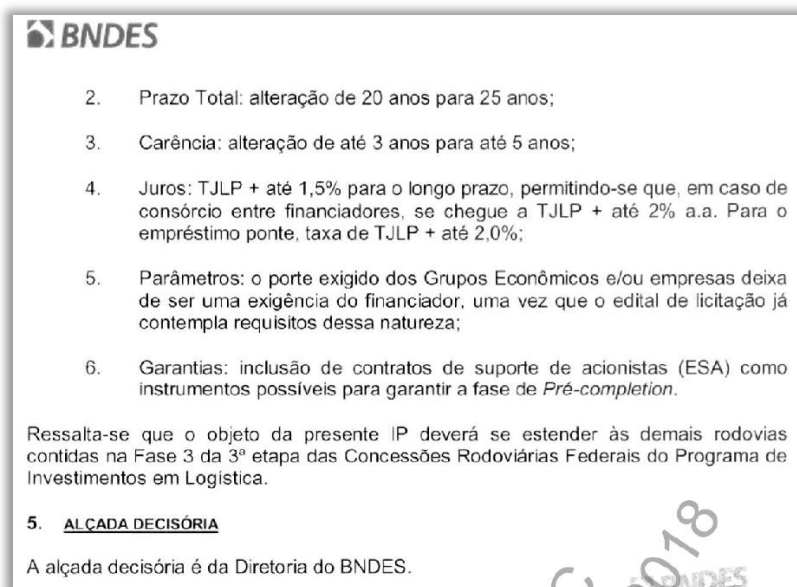
propõe-se aprovar as seguintes alterações nas condições de financiamento apresentadas, refletidas no Anexo à minuta de Decisão de Diretoria, em que consta a minuta da carta a ser veiculada a público:

1. Participação: alteração de até 80% para até 70% do volume de investimentos obrigatórios previstos no plano de negócios do proponente à instituição financeira, mantendo-se a relação do ICSD $\geq$ 1,2 (considerando todas as dívidas);

⁶⁶³ Cf. RTE-255.

⁶⁶⁴ Cf. RTE-255.

⁶⁶⁵ Cf. RTE-255.



738. E, como visto acima, o produto efetivo da deliberação dos bancos públicos – qual seja, aquele constante da carta trazida a este procedimento como documento RTE-003 – também não traz vedação a essas modalidades de garantia, ressalvando, ao revés, que “*o estabelecimento das condições definitivas dependerão da análise econômico-financeira do empreendimento e dos acionistas, à luz das Políticas de Crédito e Operacionais das instituições financeiras.*”⁶⁶⁶.

739. O fato de o BNDES ter enquadrado o projeto da REQUERENTE como *project finance* e de sua diretoria posteriormente ter aprovado a operação de longo prazo, por sua vez, igualmente não altera a conclusão do Tribunal Arbitral.

740. Se a aprovação do financiamento pela diretoria do BNDES se impôs sob condicionantes – como visto acima, nos termos dos documentos RTE-015 e RTE-016 –, o prévio enquadramento do projeto na modalidade *project finance* se deu apenas “*para análise da viabilidade do apoio financeiro do BNDES*”⁶⁶⁷, que, porém, “*não assegura qualquer resultado em relação ao pedido de financiamento*”⁶⁶⁸, conforme se extrai da carta 230/2014-BNDES CEC, dirigida pela instituição financeira à controladora da REQUERENTE.

⁶⁶⁶ Cf. RTE-003.

⁶⁶⁷ Cf. RTE-008.

⁶⁶⁸ Cf. RTE-008.

741. O Tribunal Arbitral igualmente não vislumbra como associar, de forma direta e exclusiva, a exigência das garantias adicionais à REQUERENTE ao ajuste fiscal promovido pelo Governo Federal em 2015, que teria levado a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A (“ABGF”), administradora do Fundo Garantidor de Infraestrutura (“FGIE”), a adotar determinadas medidas, dentre as quais “*tratativas desenvolvidas com representantes da União, Bancos Oficiais e Organismos Multilaterais para reavaliação das garantias a serem concedidas pelo FGIE ao setor de rodovias*”⁶⁶⁹.

742. Conforme apontado pela empresa perita nesta arbitragem, em que pese a Carta de Apoio dos Bancos Públicos tenha previsto a possibilidade de garantia pelo FGIE para riscos não gerenciáveis relacionados aos financiamentos que seriam concedidos às concessionárias de rodovias, ela “*abre a possibilidade de outros mecanismos contratuais com funções equivalentes e não afasta o comprometimento dos acionistas na liquidez do projeto*”⁶⁷⁰.

743. E, ainda que o anexo ao memorando contido no documento RTE-026 – reproduzido nos esclarecimentos periciais de 20.12.2023⁶⁷¹ – possa indicar informação no sentido de que a recessão dos anos de 2015 e 2016 levou a uma redução das projeções de tráfego das concessões e, conseqüentemente, aos bancos públicos se protegerem, adotando requisitos mais rigorosos para a liberação de tranches de financiamento,⁶⁷² não há prova, no caso concreto, de que a exigência de garantias adicionais da REQUERENTE pelo BNDES decorra exclusivamente daquela recessão, de modo que não restou caracterizado nexo de causalidade sobre essa circunstância.

⁶⁶⁹ Cf. RTE-052.

⁶⁷⁰ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 26 da REQUERENTE, p. 35.

⁶⁷¹ Cf. esclarecimentos periciais de 20.12.2023, p. 19-20.

⁶⁷² “Com a recessão dos anos de 2015-2016, houve uma redução das projeções de tráfego concebidas nos estudos de viabilidade que pautaram os processos licitatórios realizados. A constatação da mudança de patamar de tráfego foi registrada, inclusive, após a liberação dos empréstimos-ponte, atingindo as condições dos financiamentos de longo prazo. Dada a incerteza instaurada, os bancos públicos buscaram proteger-se com alterações nas suas políticas operacionais, de forma a tornar mais rigorosos os requisitos para a liberação as tranches de financiamento. A partir de 2015, passou-se a adotar as seguintes condições, diante dos casos concretos das concessões da 3ª etapa: • Alavancagem média próxima de 50%; ○ Parcialmente contingenciados, os quais somente seriam liberados no ano seguinte, caso os tráfegos apresentados nas projeções das concessionárias se confirmassem; • Índice de Cobertura do Serviço da Dívida maior ou igual a 1,3; e • Garantias somente por meio de fiança bancária.” (cf. RTE-026).

744. Não se pode desconsiderar que, conforme consta dos documentos R-011, R-012 e R-141, as particularidades da operação financeira em tela foram submetidas ao crivo do Poder Judiciário, no bojo da ação nº 0012434-56.2017.4.02.5101, movida pela REQUERENTE e sua controladora contra o BNDES e a ANTT⁶⁷³. Na referida demanda, buscaram aquelas suspender o empréstimo-ponte, então em vigor, até que o BNDES viesse a conceder o financiamento de longo prazo, as partes renegociassem o financiamento ou que fosse reequilibrada a relação jurídica. Confira-se⁶⁷⁴:

“Por todo o exposto, concedida a tutela provisória de urgência, nos termos do art. 300 do CPC, as autoras confiam na procedência desta demanda, com a suspensão do vencimento da dívida materializada pelo Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1 e todos os seus consectários (v.g., penalidades, vencimento cruzado de outros contratos, inscrição em cadastros de restrição de crédito), até que (i) o BNDES conceda à Concebra o financiamento de longo prazo, e efetue o desembolso da primeira parcela do mesmo; (ii) as partes renegociem os termos do financiamento e cheguem a bom termo, com a formalização deste consenso; ou (iii) na impossibilidade de ambos, ocorra o trânsito em julgado da sentença que determine o reequilíbrio contratual da relação jurídica travada entre as partes.

Em ordem de cumulação simples, as autoras requerem também a confirmação por sentença da tutela provisória de urgência consistente na suspensão da obrigatoriedade de entrega do Planejamento Anual de Concessão Ano 2017/2018 (ano 2), assim como das respectivas obrigações de investimentos constantes da Frente de Ampliação e Melhorias e de quaisquer penalidades provocadas pela inércia, até que (i) o BNDES conceda à Concebra o financiamento de longo prazo, e efetue o desembolso da primeira parcela do mesmo; (ii) as partes renegociem os termos do financiamento e cheguem a bom termo, com a formalização deste consenso; ou (iii) na impossibilidade de ambos, ocorra o trânsito em julgado da sentença que determine o reequilíbrio contratual da relação jurídica travada entre as partes.

As autoras também creem que V.Exa. julgará procedente esta ação para reequilibrar financeiramente o Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1, condenando o BNDES a suportar a extensão de seu prazo de pagamento para 25 anos, com aplicação de carência de 5 anos, e a incidência de TJLP, vigente à época da licitação, acrescida de 2% ao ano.”

745. No curso da referida ação judicial, a CONCEBRA e sua controladora buscaram infirmar os fatos elencados pelo BNDES na carta constante do documento RTE-19.2 para a não concessão do mútuo.⁶⁷⁵ Alegaram que “nenhum dos fundamentos alegados pelo BNDES, exceto

⁶⁷³ Cf. R-011.

⁶⁷⁴ Cf. itens 127 a 129 da petição inicial do processo nº 0012434-56.2017.4.02.5101 – R-011.

⁶⁷⁵ Cf. itens 67 a 73 da petição inicial do processo nº 0012434-56.2017.4.02.5101 – R-011.

a crise econômico-financeira pela qual o Brasil atravessa[va], poderia influenciar ou resultar na sua desistência em celebrar o contrato de financiamento de longo prazo”⁶⁷⁶.

746. O BNDES, de sua parte, defendeu as razões pelas quais exigiu novas garantias da REQUERENTE⁶⁷⁷, tendo acostado aos autos da ação judicial, dentre outros:

- (i) cartas enviadas à CONCEBRA relatando mudança das circunstâncias em relação ao momento da aprovação do financiamento de longo prazo pela diretoria do banco público, bem como a inadimplência da CONCOR⁶⁷⁸;
- (ii) certidão emitida pela Serasa Experian indicando a existência de protestos contra a REQUERENTE⁶⁷⁹; e
- (iii) notícias sobre o rebaixamento do *rating* da CONCEBRA por agência de classificação de risco (*Fitch Ratings*) em virtude do crescimento da exposição de sua controladora ao risco de refinanciamento e a deterioração da flexibilidade financeira da empresa⁶⁸⁰.

747. E, de posse dos argumentos e elementos produzidos pelos ali litigantes, o Juízo da 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, por sentença já transitada em julgado⁶⁸¹, rejeitou os pedidos formulados naquela ação judicial, acolhendo as razões submetidas pelo banco público para a não concessão do financiamento e reconhecendo que a frustração da operação estaria desassociada da crise econômica de 2015 e 2016.⁶⁸²

748. Confirmam-se, no particular, os seguintes trechos do pronunciamento do magistrado estatal⁶⁸³:

⁶⁷⁶ Cf. item 66 da petição inicial do processo nº 0012434-56.2017.4.02 – R-011.

⁶⁷⁷ Cf. R-141.2, p. 47-158.

⁶⁷⁸ Cf. R-121.2, p. 126-129.

⁶⁷⁹ Cf. R-141.2, p. 148-158.

⁶⁸⁰ Cf. R-142.2, p. 137-147.

⁶⁸¹ Colhe-se do R-014 e do R-141.2 que, embora tenham interposto apelação contra a sentença judicial, a CONCEBRA e sua controladora desistiram do recurso, tendo ocorrido o trânsito em julgado.

⁶⁸² Cf. R-012.

⁶⁸³ Cf. R-012.

“Ademais, a fim de reforçar os fundamentos da improcedência dos pedidos feitos na exordial, transcreve-se trecho do teor da Carta DIR 5 nº 09/2016 e DIR 3 nº 04/2016 (fls. 759/762) enviada pelo réu BNDES à parte autora, tendo como referência o contrato de financiamento mediante abertura de crédito nº 14.2.0495.1:

(...)

(ii) no que tange à CONCEBRA, cabe ressaltar alguns aspectos de desequilíbrio intrínsecos ao projeto e ao grupo Triunfo:

a. após a aprovação do financiamento de longo prazo ao projeto através das Decisões [sic] Dir nº 78/2016 e 79/2016, de 23/02/2016, houve desistência da Caixa Econômica Federal S.A. em participar do contrato de financimaneto [sic] como um dos bancos repassadores;

b. deterioração do rating da TPI, responsável pela prestação de garantia fidejussória até o completion do financiamento aprovado;

c. negativa dos demais bancos em compartilhar as garantias de projeto para nova prorrogação do empréstimo-ponte após 15/12/2016;

d. inadimplência da Concer – Companhia de Concessão Rodoviária de Juiz de fora – Rio S.A. (“CONCER”), concessionária do grupo TPI, junto ao BNDES;

(iii) a crise econômica é um aspecto exógeno que de fato gerou impacto negativo nas receitas da CONCEBRA. Contudo, não é justificativa exclusiva para situação atual da concessionária, visto que os itens citados no tópico anterior são os fatores que efetivamente levaram à impossibilidade de migração para o financiamento de longo prazo. [...]”

* * *

“Tendo isso em conta e inexistindo qualquer elemento que altere a conclusão assentada na decisão de fls. 802/805, mantenho-a por seus próprios fundamentos, utilizando-a, em complemento à fundamentação acima, como razão de decidir da presente sentença:

(...) Conforme se pode depreender do relato exposto na petição inicial, os Autores tencionam a suspensão da exigibilidade de créditos (de natureza não tributária) de titularidade do BNDES, decorrentes de contrato de financiamento. Basicamente, sustentam que estariam numa posição jurídica que lhes asseguraria o exercício da faculdade de exigir do BNDES a celebração de contrato de financiamento a longo prazo.

Em linhas gerais, os Postulantes pretendem a celebração de um novo contrato com o BNDES com vistas ao adimplemento de outros contratos de financiamento celebrados com cláusulas menos favoráveis; e atribuem ao próprio BNDES a causa pela necessidade de celebração desses financiamentos com outros bancos.

Com efeito, frisam que, em 15/07/14, a CONCEBRA e o BNDES celebraram o Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 14.2.0495.1, formalizando o empréstimo-ponte, no valor de R\$ 1.060.242.000,00. A liberação destes recursos ocorreria em seis subcréditos — sendo a segunda, quarta e sexta parcelas disponibilizadas mediante a apresentação de fiança bancária, que respondesse por

parte da dívida — e os aportes se destinariam a realização dos investimentos previstos em contrato de concessão.

O pagamento do empréstimo deveria ocorrer no prazo de 18 meses, mais precisamente em 15.01.16. Ressaltam que, todavia, após primeira parte do financiamento, no valor de R\$ 300.000.000,00, não foram liberadas as outras duas parcelas nas datas inicialmente ajustadas, que totalizaram R\$ 260.000.000,00. Esse atraso, segundo as Autoras, lhes prejudicou, gerando descompasso no cronograma físico-financeiro das obras (relativas à concessão), o que lhe impôs a

contratação de outro financiamento de curtíssimo prazo com outros bancos, em condições menos favoráveis, para fazer frente ao progresso regular das obras, fato que lhe causou endividamento.

Sublinha, ainda, que, “Ainda em maio de 2015, a CONCEBRA recebeu comunicado informando que a CEF não participaria do financiamento de curto prazo. Assim, a despeito da liberação da quarta tranche do empréstimo-ponte em julho daquele ano, sobreveio a necessidade de repactuação das condições iniciais do empréstimo, mediante a celebração do 1º aditivo ao contrato, em 11.09.2015”.

Enfim, sustentam que a morosidade do BNDES em dar prosseguimento à operação financeira causava toda a sorte de malogros a CONCEBRA, que seguia arcando com os juros mais elevados do empréstimo-ponte e dos empréstimos de curtíssimo prazo, e permanecia desprovida dos aportes de capital de terceiros substanciais para os investimentos necessários ao projeto, que seriam efetuados via empréstimo de longo prazo.

Nada obstante, em uma primeira aproximação do caso, não me parece clara a ocorrência dos requisitos previstos em lei para autorizar a revisão judicial do contrato, nos termos do arts. 317 e 478 do Código Civil, porque não está colocada de forma evidente qualquer situação de ocorrência de fatos imprevisíveis a implicar desproporção manifesta no negócio jurídico.

Também não restou demonstrada a apontada conexão entre o contrato de financiamento firmado com o BNDES e o contrato de concessão de exploração de rodovias federais.

Denota-se, da análise dos documentos, que o BNDES realizou sucessivas prorrogações do prazo do pagamento da primeira parcela da amortização (fls. 437; 541; 556) e, no documento de fl. 574, a própria parte autora informou que a impossibilidade de pagamento ocorreu, inclusive, por “agravamento acentuado da recessão econômica, de duração e intensidade imprevisíveis, com impacto no tráfego projetado no Plano de Negócios da Concebra”, o que não se pode atribuir ao BNDES.

Tem-se, ainda, que o BNDES justificou a impossibilidade de realização de novas operações por pendências de responsabilidade da própria parte autora (fl. 579):

a crise econômica é um aspecto exógeno que de fato gerou impacto negativo nas receitas da CONCEBRA. Contudo, não é justificativa exclusiva para a situação atual da concessionária, visto que os itens citados no tópico anterior [desistência do negócio pela CEF; deterioração do rating da TPI; negativa dos demais bancos; inadimplência da Concer] são os fatores que efetivamente levaram à impossibilidade de migração para o financiamento de longo prazo.

Posteriormente, ainda, a própria parte autora não atendeu a obrigações pactuadas para propósitos de renegociação da dívida (fl. 580):

por meio de e-mail enviado em 26/10/2016, o grupo Triunfo manifestou concordância com as condições apresentadas pelo BNDES. O BNDES trabalhou em uma proposta de prorrogação do empréstimo-ponte da CON CER com base na negociação realizada. Não obstante, em 11/11/16, o BNDES foi surpreendido por email da TPI comunicando a negativa quanto à concessão das garantias já negociadas na reunião realizada em 20/10/16 e confirmadas pela TPI no email enviado ao BNDES em 26/10/16. Em virtude da negativa da TPI e consequente inviabilização da assinatura do aditivo contratual nos termos aprovados pela Diretoria do BNDES, o empréstimo-ponte da CON CER venceu em 15/11/2016. A CON CER e a TPI não realizaram pagamento da parcela única e, em decorrência, encontram-se inadimplentes com o BNDES desde então. Diante dessa situação de inadimplência, ficou impossibilitada a viabilização de aprovação de financiamento de longo prazo para a CONCEBRA anteriormente ao vencimento do empréstimo-ponte, em 15/12/2016.

Portanto, não se pode, de plano, responsabilizar o BNDES pelos problemas apontados pela parte autora. (...) (grifou-se)”

749. Embora aquela sentença judicial não imponha coisa julgada à formulação do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO deduzido nesta arbitragem, pela ausência da chamada tríplice identidade – como reconhecido na Ordem Processual nº 03⁶⁸⁴ –, é certo que os fundamentos elencados pelo magistrado estatal hão de ser considerados pelo Tribunal Arbitral.

750. Até porque, dada a condição de litisconsorte passivo do BNDES na demanda judicial, houve ali oportunidade de exercício do contraditório pleno em torno das razões pelas quais o banco público afinal não concedeu o financiamento, não sendo esta arbitragem propriamente o foro adequado para o revolvimento da matéria.

751. Com efeito, dado que o BNDES não figura aqui como parte, o Tribunal Arbitral não vislumbra a possibilidade de superar as razões apontadas pelo banco público para, em um primeiro momento, exigir garantias adicionais da REQUERENTE e de sua controladora e, posteriormente, não conceder o financiamento de longo prazo.

⁶⁸⁴ Cf. itens 136 e 137 da Ordem Processual nº 03.

752. A limitação ainda decorre da circunstância de que, dentre as razões para a não concessão do empréstimo, o BNDES indica a desistência da CEF de prosseguir na operação e o inadimplemento da CONGER, que igualmente não são partes desta arbitragem e, assim, não podem se manifestar nesta sede.

753. Acresce o fato de que a REQUERIDA – enquanto pessoa jurídica distinta – não participou da relação mantida entre a REQUERENTE, sua controladora e empresas coligadas, o BNDES e a CEF. Dessa forma, não tendo participado da relação jurídica afeta ao financiamento, não pode aqui se defender dos fatos indicados sem prejuízo ao contraditório.

754. É certo que o Tribunal Arbitral permitiu que a prova pericial apreciasse determinadas questões associadas ao financiamento de longo prazo, ante a circunstância de que a REQUERENTE busca correlacionar sua frustração, diretamente, à mudança da política levada a efeito no âmbito federal para a concessão de empréstimos e, indiretamente, à crise econômica de meados da última década.

755. O fez, assim, enquanto técnica de gestão processual e como forma de assegurar o contraditório, permitindo à REQUERENTE valer-se do trabalho técnico que já seria realizado de qualquer maneira, para a prova de pontos inerentes a sua causa de pedir associada à frustração do financiamento público⁶⁸⁵.

756. Contudo, o deferimento da prova pericial nesta arbitragem não encerrou pré-julgamento ou inclinação do Tribunal Arbitral à tese da REQUERENTE ou mesmo subtraiu sua competência para o exame da matriz de risco contratual. É o que consta das Ordens Processuais n^{os} 16 e 18⁶⁸⁶:

⁶⁸⁵ Sobre o tema, o Tribunal Arbitral recorda o assentado na Ordem Processual n^o 18: “A prova pericial multidisciplinar deferida na Ordem Processual n^o 16 já haverá de ser produzida, independentemente, para a apuração de fatos atinentes a outras pretensões deduzidas pela REQUERENTE nesta arbitragem. Nesta ordem de ideias, o aproveitamento desse meio de prova para o esclarecimento dos fatos objeto dos itens ‘i’ e ‘ii’ do parágrafo 7 daquele pronunciamento se afigura técnica de gestão processual voltada à eficiência do procedimento. Deveras, tal medida permitirá não apenas (i) a compreensão mais precisa do enquadramento das questões ali identificadas e sua relação com a alegada quebra de sinalagma contratual; mas também (ii) a apuração/quantificação, desde logo, dos danos alegados, evitando o dispêndio de tempo e recursos com nova perícia em eventual liquidação de sentença, na hipótese de a REQUERENTE, ao final, vir a ter acolhidas as pretensões formuladas nos itens ‘ii’ e ‘iii’ do parágrafo 985 das Alegações Iniciais” (cf. itens 42 e 43 da Ordem Processual n^o 18).

⁶⁸⁶ Cf. item 16 da Ordem Processual n^o 16 e itens 37 a 39 da Ordem Processual n^o 18.

“O Tribunal Arbitral esclarece que o deferimento da prova pericial e a delimitação do seu escopo, nos termos dos itens acima, não devem ser compreendidos como pré-julgamento ou adesão do Tribunal Arbitral às teses desenvolvidas por qualquer das partes na presente arbitragem, que serão, na sua integralidade, examinadas por ocasião da prolação de sentença arbitral parcial ou final, no momento apropriado.”

* * *

“Como se sabe, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa – consagrados no art. 21, § 2º, da Lei nº 9.307/1996 –, às partes deve ser assegurado o direito de influenciar na tomada da decisão judicial não apenas por meio de manifestações nos autos, mas também por todos os meios de prova que possam auxiliar o árbitro na compreensão da controvérsia.

Nesse passo, diante de requerimento expresso e específico formulado na manifestação de 26.10.2020 quanto à produção de prova pericial, o Tribunal Arbitral entende por conferir à REQUERENTE a oportunidade de se valer desse meio de prova, cujos custos – frise-se – serão por ela antecipados. A oportunidade de produção de prova, contudo, não subtrairá do Tribunal a competência para dirimir exclusiva ou precipuamente as questões jurídicas correlatas aos fatos com base em regras previstas no Contrato de Concessão.”

757. Além disso, a empresa perita consignou corretamente que *“questões referentes ao enquadramento contratual do não financiamento à Matriz de Risco do Contrato de Concessão são jurídicas e deverão ser avaliadas pelo Tribunal Arbitral”*⁶⁸⁷.

758. Nessa linha de raciocínio, o Tribunal Arbitral não vislumbra como qualificar a frustração do financiamento como fato do príncipe ou fato da administração, de modo que afasta a aplicação das cláusulas 21.2.3 e 21.2.21 do CONTRATO DE CONCESSÃO, invocadas pela REQUERENTE e abaixo transcritas:

“21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...]

21.2.3 descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares, incluindo, mas não se limitando, ao descumprimento de prazos aplicáveis ao Poder Concedente previstos neste Contrato e/ou na legislação vigente, e a disponibilização de acesso ao Sistema Rodoviário prevista na cláusula 10.1.5; [...]

21.2.21 fato do príncipe ou fato da administração que provoque impacto econômico-financeiro no Contrato;”

⁶⁸⁷ Cf. item 58 do laudo pericial de 06.02.2023.

759. Como se sabe, o fato do príncipe⁶⁸⁸ encerra a prática pela Administração Pública de um ato estatal genérico, válido, lícito, perfeito e de caráter imprevisível, com efeitos onerosos em um contrato a ele alheio, gerando um direito do particular contratante à indenização ou à recomposição do sinalagma contratual.

760. Já o fato da administração se verifica quando da ocorrência de uma ação comissiva ou omissiva da Administração Pública, enquanto parte contratual, que impede, impacta ou retarda a execução do contrato, conferindo ao contratado o direito ao seu reequilíbrio. Trata-se, na essência, de inadimplemento, seja por violação a cláusulas contratuais ou a comandos legais, seja por inobservância aos deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva⁶⁸⁹.

761. Ocorre que, na hipótese, não se verifica ato do Poder Concedente e/ou da REQUERIDA, lícito ou ilícito, que tenha impedido a REQUERENTE de obter o financiamento de longo prazo. O BNDES indicou que a frustração do empréstimo decorreu de situações ligadas à própria CONCEBRA e ao seu grupo empresarial, tendo isto, ademais, sido reconhecido pelo Poder Judiciário, por sentença transitada em julgado, conforme se depreende do documento acostado a esta arbitragem como R-012.

⁶⁸⁸ Sobre o tema: “*Álea Administrativa do Fato do Príncipe: Determinação geral e imprevisível, jurídica ou material, do próprio ente contratante, que pode levar ao reequilíbrio, que pode levar ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. É sempre geral, atingindo o contrato apenas reflexamente. Deve afetar o contrato substancialmente. Meras variações de preço constituem álea ordinária e fazem parte do próprio negócio.*” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 345). Mencione-se também: “*Fato do príncipe – Fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo.*” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. atual. São Paulo: RT, p.216-217). Confira-se ainda a posição externada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n.º 45/1999, em que se discutiu, dentre outros temas, a configuração como fato do príncipe da criação do - Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e Direito de Natureza Financeira – IPMF, posteriormente intitulado Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e Direito de Natureza Financeira – CPMF: “*Vê-se, pois, que três são os requisitos necessários à aplicação do fato do príncipe: a) o nexa direto de causalidade entre o encargo criado e os bens vendidos/serviços prestados; b) a imprevisibilidade do ônus; e c) a materialidade do ônus imposto ao particular contratante*”.

⁶⁸⁹ Em suas Alegações Iniciais a REQUERENTE afirma que “[...] para a caracterização do fato da Administração é necessário que o próprio ente contratante pratique um ato ou mesmo se omita sobre uma providência material que lhe cabia, afetando direta e especificamente a economia do contrato. Neste sentido, a divergência entre os administrativistas a respeito da conceituação de fato da Administração residiria mais na sua equivalência – ou melhor, sua redução – ou não à figura do inadimplemento contratual por parte da Administração Pública. Por um lado, para certos autores, o fato da Administração é mais abrangente que mero inadimplemento, abarcando qualquer evento, por parte do Estado contratante, que impacte negativamente o contrato. Para outros, é ‘qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico’. Há, porém, autores que consideram fato da Administração como um sinônimo de inadimplemento contratual da Administração Pública.” (cf. itens 455 e 456 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

762. Do mesmo modo, tendo o CONTRATO DE CONCESSÃO reservado à REQUERENTE o risco quanto à captação de financiamento para a consecução do programa contratual, não há como se imputar à REQUERIDA ou ao Poder Concedente um dever de substituir aquela na sua tarefa ou de contornar eventuais vicissitudes experimentadas na relação com instituições financeiras potencialmente provedoras dos recursos.

763. Também por essas razões o Tribunal Arbitral não considera aplicáveis à hipótese os arts. 66 e 78, XVI, da Lei Federal nº 8.666/1993⁶⁹⁰⁻⁶⁹¹, eis que não vislumbra descumprimento da REQUERIDA ao pacto.

764. Se o risco quanto à obtenção do empréstimo foi assumido pela REQUERENTE no CONTRATO DE CONCESSÃO e os motivos invocados pelo BNDES para a ocorrência do evento estão relacionados à CONCEBRA e ao seu grupo empresarial, as consequências correlatas não podem ser atribuídas à REQUERIDA.

765. Nesse sentido, à vista da fundamentação acima, o Tribunal Arbitral delibera pelo julgamento de improcedência do pedido de reequilíbrio do CONTRATO DE CONCESSÃO decorrente da frustração do financiamento de longo prazo.

766. Em que pese os fundamentos acima sejam suficientes, o Tribunal Arbitral considera adequado complementar as razões de decidir aqui apresentadas, nos termos dos itens que seguem abaixo.

767. A despeito do prévio enquadramento de seu pedido no curso do procedimento, em especial nas Alegações Iniciais, a REQUERENTE indicou, em suas Alegações Finais – portanto, em momento inadequado –, a existência de uma pretensão autônoma de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em razão da crise econômica, desassociada do evento ao qual antes se relacionava – qual seja o financiamento de longo prazo.

⁶⁹⁰ “Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.”

⁶⁹¹ “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;”

768. É o que se verifica do capítulo “4.2” daquela peça jurídica e particularmente de seu item 169, abaixo reproduzido⁶⁹²:

“Isso posto, requer-se que:

a. caso seja mantida a relação contratual até a prolação da sentença, seja julgado procedente o pleito de reequilíbrio contratual causado pela crise econômica, com a consequente condenação da Requerida à recomposição do equilíbrio contratual na correspondente proporção – considerando todos os seus efeitos até a data de prolação de sentença –, ainda que parcial, com base no montante apurado pela Equipe Pericial);

b. caso já esteja encerrada a relação contratual por ocasião da prolação da sentença, seja julgado procedente o pedido subsidiário de natureza indenizatória, com a consequente condenação da Requerida ao pagamento de indenização correspondente ao desequilíbrio causado pela crise econômica – considerando todos os seus efeitos até a data de prolação de sentença –, ainda que parcial, com base no montante apurado pela Equipe Pericial.”

769. A alteração do enquadramento da pretensão da REQUERENTE em Alegações Finais, a rigor, não permite ao Tribunal Arbitral conhecer de um pedido autônomo de reequilíbrio do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência da crise econômica, de forma desvinculada da frustração do financiamento de longo prazo.

770. Conquanto haja debate na doutrina acerca da aplicabilidade à arbitragem do Código de Processo Civil – e, por conseguinte, do regime de estabilização da demanda ali estabelecido –, decorre do postulado do contraditório, previsto no art. 21, § 2º, da Lei Federal nº 9.307/1996⁶⁹³ e no art. 5º, LV, da Constituição Federal⁶⁹⁴, que a sentença arbitral há de se limitar aos termos do pedido formulado pela parte, a respeito do qual a contraparte teve a oportunidade de se manifestar.

771. E, no caso, como já visto, embora o tenha indicado na ATA DE MISSÃO, a REQUERENTE não formulou nas Alegações Iniciais, tampouco na Réplica, pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO exclusivamente associado à crise econômica ou à variação do volume de tráfego.

⁶⁹² Cf. item 169 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁶⁹³ “Art. 21. [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

⁶⁹⁴ “Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

772. Ao longo da arbitragem, a crise econômica e a variação do volume de tráfego constituíram elementos integrantes da causa de pedir de outra pretensão da REQUERENTE – qual seja, aquela voltada ao reequilíbrio do CONTATO DE CONCESSÃO em função da frustração do financiamento público –, tendo o contraditório sido estabelecido nestes termos, como, aliás, destacado pela REQUERIDA em suas Alegações Finais⁶⁹⁵:

“A Requerente sustenta que a crise econômica e política vivenciada no Brasil entre os anos de 2014 e 2016 teria motivado a alteração da decisão técnica da diretoria do BNDES quanto às tratativas do financiamento de longo prazo.

Embora não haja um pleito específico de revisão do contrato para recompor o seu equilíbrio econômico-financeiro em razão de supostos danos causados pela crise política e econômica, a Requerente busca demonstrar o seu impacto concreto no contrato de concessão, sobretudo a sua relação com a não concessão do financiamento de longo prazo.

Depreende-se da leitura dos pleitos apresentados pela Requerente em suas Alegações Iniciais (p. 360 e 361) e reiterados em sua Réplica, que não foi direcionado ao Tribunal Arbitral nenhum pleito específico de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em razão da frustração de expectativa de demanda provocada pela crise econômica e política ocorrida entre os anos de 2014 e 2016.

O que pretende, frise-se, é estabelecer um nexo de causalidade entre a não obtenção do financiamento de longo prazo e a ocorrência da referida crise econômica e política, enquadrando-se a ocorrência desta última na teoria da imprevisão, e, por consequência, atraindo a aplicabilidade ao caso da subcláusula 21.2.21 do contrato de concessão, e afastando a incidência direta e límpida da sua subcláusula 26.1.”

773. Entretanto, ainda que se pudesse vir a conhecer de um pedido autônomo da REQUERENTE de recomposição da equação do CONTRATO DE CONCESSÃO associado exclusivamente à crise econômica e à variação no volume de tráfego das rodovias – o que já foi afastado acima –, a maioria do Tribunal Arbitral⁶⁹⁶ se inclinaria igualmente no sentido da sua improcedência.

774. Rememore-se que a alegação da REQUERENTE é de que a crise econômica deflagrada no país nos anos de 2015 e 2016 impactou a consecução das obrigações do CONTRATO DE CONCESSÃO, ao alterar o volume de tráfego das rodovias e exigir do Poder Concedente um ajuste fiscal que teria levado a uma mudança na política de concessão de financiamento pelos bancos públicos.

⁶⁹⁵ Cf. itens 121 a 124 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁶⁹⁶ Em relação ao ponto, o coárbitro Flavio Amaral Garcia apresenta declaração de voto que segue anexa a esta sentença arbitral.

775. No ponto específico, a REQUERENTE alega que a crise econômica encerraria um evento extraordinário e imprevisível, qualificando-se como fortuito, que teria abalado a equação econômico-financeira do CONTRATO DE CONCESSÃO.

776. A REQUERIDA, a seu turno, defende que crises econômicas não caracterizariam eventos fortuitos ou passíveis de enquadramento na teoria da imprevisão e invoca a matriz de riscos do CONTRATO DE CONCESSÃO, que teria alocado à REQUERENTE o risco quanto à flutuação do volume de tráfego nas rodovias. Alega também que o impacto da crise na concessão objeto desta arbitragem não poderia ser qualificado como anormal.

777. A maioria do Tribunal Arbitral entende que, também aqui, o exame da alegação da REQUERENTE perpassa pela matriz de riscos acordada entre as partes quando da celebração do CONTRATO DE CONCESSÃO, em especial porque a cláusula 21.1.1 do ajuste atribui exclusivamente à CONCEBRA o risco quanto ao volume de tráfego nas rodovias em descompasso com as projeções realizadas por ela própria e/ou pelo Poder Concedente. Confira-se⁶⁹⁷:

“21.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos.

21.1.1 volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente, com exceção do disposto na subcláusula 22.5 e na aplicação do Fator C.”

778. Convém observar, porque relevante, que, ao firmar o CONTRATO DE CONCESSÃO, a REQUERENTE declarou expressamente seu conhecimento acerca do risco por ela assumido, bem como que o levou em consideração por ocasião da formulação de sua proposta, concordando que não faria jus a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de tal risco se materializar. É o que se constata da leitura das cláusulas 21.3 e 21.4 do instrumento:

“21.3. A Concessionária declara:

- (i) ter pleno conhecimento da natureza e da extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e*
- (ii) ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta.”*

⁶⁹⁷ Cf. RTE-001; cláusula 21.1.1.

* * *

“21.4. A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar.”

779. Nessa esteira, a REQUERENTE somente poderia postular a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO se o evento subjacente se qualificasse dentre as hipóteses elencadas na cláusula 21.2 do ajuste⁶⁹⁸ – que refletem os riscos que foram atribuídos ao Poder Concedente –, sendo essa a razão pela qual a CONCEBRA busca inserir a crise na álea econômica extraordinária, qualificando-a como fortuito/força maior e invocando a teoria da imprevisão.

780. Sucede que, nos termos do art. 393, parágrafo único, do Código Civil⁶⁹⁹, o caso fortuito e a força maior caracterizam-se quando da ocorrência de fatos necessários, externos à vontade das partes, com efeitos não passíveis de se evitar, sendo que não há maior distinção entre as mencionadas figuras jurídicas⁷⁰⁰.

781. No caso, a dificuldade narrada como decorrente da crise econômica – a variação do volume de tráfego nas rodovias – qualifica-se como risco ligado à atividade empresarial da REQUERENTE. Tanto que lhe foi alocado na matriz contratual, na forma da cláusula 21.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO, o que impede a qualificação como fortuito/força maior e afasta, por conseguinte, sua subsunção ao suporte fático descrito na cláusula 21.2.4 do pacto, *in verbis*:

⁶⁹⁸ A propósito, transcreva-se a cláusula 22.1.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO: “A Concessionária somente poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses previstas na subcláusula 21.2 acima.” (cf. RTE-001).

⁶⁹⁹ “Art. 393. [...] Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

⁷⁰⁰ “À raiz dessa divergência prosperou a distinção entre caso fortuito e força maior. O primeiro se caracteriza pela imprevisibilidade do acontecimento e o segundo por sua irresistibilidade. Força maior seria: ‘vis cui resisti non potest.’ Caso fortuito, ‘cui praevideri non potest’. Outros critérios distintivos foram sugeridos, mas todo o esforço da doutrina para bifurcar o acaso resultou numa confusão, que hoje se procura evitar, ou mesmo contornar, eliminando-a pura e simplesmente, atenta à circunstância de que é igual o efeito atribuído pela lei. Inútil, com efeito, sob o ponto de vista prático, a distinção. A atribuição de responsabilidade ao devedor em situações excepcionais, nos quais o evento se produz, de certo modo não justifica o desdobramento do acaso em duas figuras”. (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. p.141. ISBN 9788530986025. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530986025/>. Acesso em: 20 fev. 2025).

“21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente. [...]”

21.2.4 caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência.”

782. O *caput* do art. 393 do Código Civil estabelece que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior”, mas ressalva que isto se dá apenas “se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. E, a partir da leitura da cláusula 21.1.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO, denota-se que a REQUERENTE expressamente se responsabilizou pela variação do volume de tráfego em desacordo com as projeções iniciais.

783. A maioria do Tribunal Arbitral vislumbra, por outro lado, dificuldade em aqui aplicar a chamada teoria da imprevisão para mitigar a aplicação da matriz de riscos contratualmente acordada entre as partes.

784. Para a aplicação dessa teoria, cujo respaldo legal encontra-se nos arts. 317 e 478 do Código Civil⁷⁰¹⁻⁷⁰² e 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993 (então em vigor quando da celebração do CONTRATO DE CONCESSÃO)⁷⁰³, há a necessidade da confluência de um evento imprevisível e extraordinário – ou previsível de consequências incalculáveis –, que onere excessivamente uma parte. Sobre o tema, a jurisprudência do STJ é clara⁷⁰⁴:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. TEORIA DA IMPREVISÃO. ART. 478 DO CÓDIGO CIVIL. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AFASTAMENTO DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

⁷⁰¹ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

⁷⁰² “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

⁷⁰³ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II – por acordo das partes: [...] d) para reestabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

⁷⁰⁴ STJ, AgInt no AgInt no REsp n. 1.993.767/CE, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 4/9/2023, DJe de 8/9/2023

1. A aplicação da teoria da imprevisão apenas é possível com o preenchimento de certos requisitos. São eles: i) deve haver contrato de execução continuada ou diferida; ii) existência de acontecimentos supervenientes, isto é, posteriores à celebração do contrato, não importando a razão pela qual aconteceu a distância entre a celebração e a execução, seja por diferimento da prestação, seja pela natureza duradoura do contrato; iii) os acontecimentos supervenientes devem ser extraordinários e imprevisíveis. Leitura e interpretação do art. 478 do Código Civil.
2. A jurisprudência desta Corte é pacífica em que a Teoria da Imprevisão como justificativa para a revisão judicial de contratos somente será aplicada quando ficar demonstrada a ocorrência, após o início da vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que diga respeito à contratação considerada e que onere excessivamente uma das partes contratantes. Precedentes.
3. O pressuposto é que o evento imprevisível e extraordinário deve dizer respeito à contratação considerada e não em relação a outras negociações com terceiros, como teria sido a situação presente.
4. ‘O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação’ (Enunciado n. 366 do CJP).
5. O simples fato de haver interesse público envolvido ou a relação negocial ter afetado não apenas a esfera privada dos agravantes, mas a região mencionada, não modifica a questão de que a relação negocial com terceiros envolve risco intrínseco ao negócio efetuado, não sendo suficiente para embasar sua tese de que haveria imprevisão pelos investimentos ou planejamentos excessivos.
6. A doutrina e a jurisprudência também vêm inserindo outro pressuposto para aplicação da teoria da imprevisão: é preciso que exista enriquecimento, isto é, prejuízo inesperado e injusto por um dos contratantes. O que tampouco teria sido preenchido no caso em questão
7. Agravo interno a que se nega provimento.”

785. Na hipótese, foram produzidos elementos de prova no sentido de que a crise de meados da última década, nos moldes em que deflagrada, seria de baixa probabilidade de ocorrência. O laudo produzido pela empresa perita dá conta de que a probabilidade de ocorrência de uma variação do Produto Interno Bruto (“PIB”) nacional como aquela dos anos de 2015 e 2016 seria

da ordem de 0,05% e 0,08%⁷⁰⁵.⁷⁰⁶ Os pareceres acostados como RTE-020⁷⁰⁷ e RTE-042⁷⁰⁸, e outros documentos produzidos nesta arbitragem (v.g. RTE-026)⁷⁰⁹, a seu turno, refletem conclusão semelhante⁷¹⁰.

⁷⁰⁵ Confira-se, no particular, o seguinte trecho do laudo pericial: “Conforme as observações realizadas sobre a variação do PIB, anuais ou trimestrais, a crise de 2014/2016 registrou a redução no PIB brasileiro de 3,5% e 3,3%, respectivamente, em 2015 e 2016, e uma extensão de 10 quedas trimestrais, do 1º trimestre de 2015 até o 2º trimestre de 2017, provocando uma lenta recuperação do PIB, que ocorreu somente no 3º trimestre de 2017, quando houve o registro de crescimento do PIB, de 0,1%, e, que resultou em um aumento de 1%, no PIB do ano 2017. Importante destacar que essas informações são históricas, posteriores aos acontecimentos econômicos, e que quando a Concessionária elaborou seu projeto o fez com base em projeções para os anos seguintes, sendo importante verificarmos o cenário que a Concessionária apresentava à época para elaboração do projeto. Com isso, a SWOT consultou a estimativa de crescimento do PIB da Pesquisa Focus, em 29/11/2013, para o ano de 2014, que foi de 2,11% conforme tabela abaixo. [...] Já em 31/01/2014, a estimativa de crescimento do PIB da Pesquisa Focus para os anos de 2014 e 2015 foi de 1,91% e 2,20%, respectivamente, conforme tabela abaixo. [...] Assim pode-se observar que, segundo a Pesquisa Focus, a projeção do PIB para 2014 e 2015 era de crescimento e não de queda conforme ocorreu. Visto isso, considerando-se que: I. A variação negativa do PIB anual foi considerada como crise econômica; II. A série histórica de variação do PIB no período de 1994 a 2013; e III. A distribuição de frequência dos valores da variação do PIB é similar a distribuição normal. E analisando as medidas estatísticas, média desvio-padrão, calculadas sobre esta série histórica, pode-se inferir que as variações do PIB registradas nos anos de 2015 e 2016, possuem probabilidade de ocorrência de 0,05% e 0,08%, respectivamente. De forma prática, observa-se que as variações demonstram resultados abaixo de 99,87% dos valores esperados, abaixo de 3 (três) desvios-padrão, demonstrando que os valores -3,55% e -3,31% seriam de remota probabilidade (pouco provável) de ocorrência considerando os valores de amostra.” (cf. itens 41 a 48 do laudo pericial de 06.02.2023). No mesmo sentido, confira-se a afirmação do representante da perita em audiência: “Sr. Alfredo Sarlo Neto [Perito]: [...] Com base nessa série histórica, de 94 a 2013, em que você tem uma média índice padrão, eu posso, através de um intervalo de confiança, medida estatística, definir a probabilidade de ocorrência deste PIB. De acordo com esse cálculo, foi calculada a probabilidade de 0.05% para o PIB de 2015 e 0.08% para o PIB 2016. O que significa isso, esse número? Uma probabilidade remota de ocorrência.” (cf. linhas 2381/2391 da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024).

⁷⁰⁶ A empresa perita ainda afirma que “[...] os indicadores disponíveis à época da publicação do EVTEA e assinatura do contrato indicavam uma trajetória de queda do PIB, mas não na magnitude daquela efetivamente registrada em 2015 e 2016.” (cf. item 116 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023, p. 54).

⁷⁰⁷ A partir de um exercício realizado em seu parecer, o professor Raul Velloso apresenta a seguinte conclusão: “Quando utilizamos a amostra total (de 1900 a 2013), a probabilidade de ocorrer uma queda do PIB de 7,0% durante um biênio é de 0,32%, o que significa um evento a cada 312 anos! Se considerarmos o período pós-Real, ou seja, 1995-2013, a probabilidade cai para 0%. Ou seja, nas economias artificiais geradas, onde a taxa média de crescimento e o desvio padrão eram os mesmos do período pós-real, ao longo de 10 mil anos, em nenhum biênio a queda do PIB atingiria 7%. Torna-se claro, portanto, que a crise econômica que atingiu a economia brasileira nos últimos dois anos não pode ser considerada uma mera fase negativa de um ciclo, o que ocorreu, de fato, foi algo totalmente fora de qualquer parâmetro até então imaginável. [...]” (cf. RTE-020, p. 18-19).

⁷⁰⁸ Cf. RTE-042, p. 26-33. O parecer chega a afirmar que “a desaceleração da econômica brasileira entre 2014 e 2016 foi de tal magnitude que pode ser comparada a crises ocorridas em países como Rússia e Ucrânia, que nesse mesmo período passaram por sanções econômicas e por grave guerra civil, respectivamente (Quadro 8)” (cf. RTE-042, p. 21).

⁷⁰⁹ No documento intitulado “Diagnóstico e alternativas frente à queda de desempenho das concessões rodoviárias federais”, que seguiu anexo ao Memorando nº 876/2016/SUINF, consta o seguinte: O Brasil enfrentou uma das piores crises econômicas de sua história no período 2015-2016, ao registrar dois anos seguidos de quedas severas no seu Produto Interno Bruto (PIB) real. Tal situação é somente comparável à vivida nos anos 1930-1931, único momento da história em que o mesmo fenômeno de quedas sucessivas foi experimentado. Os números da recente recessão são expressivos, com quedas de 3,8% e 3,6% (acumulando 7,2% em dois anos). Agrava essa situação, o fato da lenta retomada que vem sendo verificada no momento atual da economia brasileira, tendo sido registrada leve expansão de 0,98% em 2017 e previsão de 1,47% para 2018. [...] Considerando a série histórica de crescimento do PIB real de 1994 a 2013, o ano em que foram arrematadas as concessões da terceira fase da 3ª

786. A prova pericial produzida nesta arbitragem igualmente buscou mensurar o impacto da crise econômica no CONTRATO DE CONCESSÃO, apontando ter sucedido uma diferença acumulada entre o tráfego projetado no EVTEA e o tráfego real da ordem de 13% (treze por cento), se considerados os anos de 2015 e 2016, e da ordem de 17% (dezessete por cento), se considerados os anos de 2015 a 2018⁷¹¹.

787. Especificando por ano, a perícia aponta que, em 2015, “o tráfego real atingiu aproximadamente 91% do tráfego projetado”⁷¹² e, nos anos de 2016, 2017 e 2018, 83% (oitenta e três por cento), 82% (oitenta e dois por cento) e 77% (setenta e sete por cento), respectivamente.⁷¹³

Etapa de concessões rodoviárias, verifica-se que as taxas de crescimento dos anos de 2015 e 2016 estão fora de 99,73% dos casos esperados, considerando a distância superior a três desvios-padrão em uma distribuição de probabilidades semelhante à normal. O mesmo fenômeno pode ser verificado se considerado o período de 1994 a 2007, ano em que ocorreram os leilões da 2ª etapa de concessões federais. Essas inferências estatísticas apontam para uma forte imprevisibilidade da recessão econômica vivida entre 2015 e 2016. Quando se toma por base a série histórica desde a estabilização da economia brasileira decorrente do Plano Real, evidencia-se a impossibilidade de se prever quedas nesse patamar daqueles que assumiram concessões de rodovias federais nesse período. Mesmo nos cenários mais pessimistas que poderiam balizar as propostas econômicas ofertadas nos leilões das rodovias, é pouco provável que se considere hipóteses com menos de 0,27% de probabilidade de ocorrência. [...] (Cf. RTE-026).

⁷¹⁰ Cite-se, a título de exemplo, parecer subscrito pelo Sr. Marcelo Saintive, acostado pela REQUERENTE, de onde se extrai que constatação “por meio de diversos indicadores e variáveis macroeconômicas que a crise econômica do período de 2014 a 2016 foi a mais drástica da história econômica do país” (cf. p. 25).

⁷¹¹ “Verificando a diferença entre o tráfego real e o tráfego projetado pelo Poder Concedente no Edital e seus anexos para os anos de 2015 e 2016, anos que ocorreram a queda do PIB, foi possível verificar uma diferença de 13% entre eles. Para o período entre 2015 e 2018 foi verificada uma diferença de 17%. [...] Esta análise completa e a metodologia de cálculo constam na resposta aos quesitos 13 e 14 da Requerente (SW-12).” (cf. itens 54 e 55 do laudo pericial de 06.02.2023). Referida conclusão foi ratificada por ocasião dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023, ocasião em que a empresa perita ainda mensurou o impacto monetário nos seguintes termos: “Em relação a quantificação da diferença do fluxo de tráfego projetado para o fluxo de tráfego real, foi enviado a este Perito o RTE-258 e seu detalhamento no SW-56 que utiliza como base os cálculos elaborados pela SWOT para resposta do quesito 13 ao Laudo Pericial. A SWOT conferiu a metodologia utilizada para cálculo do impacto e conclui que ela está em linha para a quantificação desse item, sendo a única divergência a TIR concessão, resultando no montante de R\$ 144.494.706,90, na data-base de 05/2012” (cf. item 110 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023). No mesmo sentido, afirmou o representante da empresa perita em audiência: “Sr. Alfredo Sarlo Neto [Perito]: [...] variação entre o real e o projetado, conforme apresentado o gráfico, foi verificado que foi abaixo, o tráfego real observado, a partir de 2015 a 2018, ele foi menor do que o projetado. Aqui tem alguns valores demonstrados em percentual que, de 2015 a 2016, a diferença é de 13%, e de 2015 a 2018 foi de 17%. São essas diferenças aqui. Então, essas foram as principais conclusões, achados sobre a evolução do PIB.” (cf. linhas 2412/2418 da transcrição da audiência arbitral de 11.06.2024 e 12.06.2024).

⁷¹² Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 13 da REQUERENTE, p. 23.

⁷¹³ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 13 da REQUERENTE, p. 19-24.

788. Em que pese a REQUERENTE convirja com a conclusão pericial, a REQUERIDA a impugna, particularmente no que toca ao comparativo de curva de tráfego⁷¹⁴. Defende, dentre outros, que a empresa perita deveria ter feito suas análises (i) considerando os PIBs das microrregiões por onde passam as rodovias; e (ii) ajustando a curva de tráfego para contemplar reequilíbrios econômicos já promovidos em âmbito administrativo.

789. Na visão da maioria do Tribunal Arbitral, a despeito da probabilidade remota ou não de ocorrência da crise e da controvérsia sobre os seus efetivos impactos na concessão, os números apresentados no laudo pericial acerca da variação de tráfego nas rodovias não podem ser qualificados como uma diferença desproporcional ao risco que foi assumido pela REQUERENTE na cláusula 21.1.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

790. Depreende-se do documento acostado no R-142 que, no caso de outra concessão da 3ª Etapa do PROCROFE, a concessionária respectiva iniciou arbitragem contra a ANTT com fundamento na crise econômica de 2015 e 2016 e na variação do volume de tráfego. E, de forma semelhante à conclusão aqui alcançada, o painel de árbitros ali constituído “*não vislumbrou a alegada natureza excepcional das consequências da crise econômica sobre a Concessão, mesmo quando considerado o impacto de 13,63% pela Requerente em sua arrecadação*”⁷¹⁵.

791. É que a relação jurídica estabelecida entre as partes, nos moldes originais, volta-se a uma concessão de rodovias federais com prazo de 30 (trinta) anos⁷¹⁶, que ainda seriam prorrogáveis por outros 30 (trinta) anos em determinadas situações específicas, a critério do Poder Concedente⁷¹⁷.

⁷¹⁴ Em audiência, o assistente técnico da REQUERIDA afirmou que a diferença é “*superdimensionada*” pela perita e que, na sua visão, o cálculo correto apontaria para uma variação “*em torno de 7% contra os 17% apurados pela perícia*” (cf. linhas 7374/4387 da audiência arbitral de 11.06.2024 e 12.06.2024), o que foi ratificado no item 168 das Alegações Finais da ANTT.

⁷¹⁵ Cf. R-142; item 135.

⁷¹⁶ A propósito, confira-se a redação da cláusula 3.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO: “*3.1 O prazo da Concessão é de 30 (trinta) anos contados a partir da Data da Assunção.*” (cf. RTE-001).

⁷¹⁷ Transcreva-se, nesse sentido, o teor da cláusula 3.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO: “*3.2 O presente contrato poderá ser prorrogado, a exclusivo critério do Poder Concedente, por até 30 (trinta) anos, nas seguintes hipóteses: (i) por imposição do interesse público, devidamente justificado; (ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada; (iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração.*” (cf. RTE-001).

792. A maioria do Tribunal Arbitral considera que uma variação de tráfego em um biênio específico da ordem de 13% (treze por cento) – ou de 17% (dezessete por cento) em um lapso limitado de 4 (quatro) anos – não se afigura desarrazoada e/ou excepcional *vis a vis* o longo prazo do CONTRATO DE CONCESSÃO, a ponto de autorizar o afastamento das regras consensualmente pactuadas entre REQUERENTE e REQUERIDA.

793. Ao longo de 30 (trinta) anos, seria de se esperar a ocorrência de flutuações no volume de tráfego das rodovias – e até eventuais descompassos em relação às projeções inicialmente realizadas –, considerando o caráter cíclico das crises econômicas, não se podendo desconsiderar, à luz do extenso prazo da relação jurídica, a possibilidade da amortização e/ou mitigação dos correlatos impactos no curso do tempo.

794. A maioria do Tribunal Arbitral não desconsidera que os contratos de concessão em geral, por suas características próprias, afiguram-se suscetíveis a mutabilidades ao longo do tempo e de que, em tese, seria possível conceber que certos riscos, a despeito de sua alocação original, tenham consequências extremadas por circunstâncias imprevisíveis, a ponto de abalar a economia original pactuada entre os contraentes.

795. Segundo essa posição, a incompletude e a complexidade do pacto, aliadas ao prazo geralmente extenso da relação jurídica, abrem a possibilidade de que certos riscos, apesar de previsíveis, tenham sua materialização em uma magnitude imprevisível e extremada, a justificar a aplicação da teoria da imprevisão em detrimento da matriz de riscos contratada.

796. Não obstante, até mesmo para admitir-se a aplicação da teoria da imprevisão em razão da ocorrência de eventos e consequências extremados, se faz necessário investigar se a materialização do risco previsível – *v. g.*, a mudança no cenário econômico – efetivamente provocou um abalo profundo, imprevisível e agudo na estrutura dos custos do contratado. E, com isso, desequilibrou desproporcionalmente a economia do contrato.

797. Essa comprovação, porém, não ocorreu no caso em exame.

798. De se observar, nesse contexto, que manifestações de autoridades públicas no sentido de que contratos da 3ª Etapa do PROCOFE teriam sido impactados pela crise econômica de

meados da última década⁷¹⁸ – algumas das quais antes tomadas como premissas no juízo de verossimilhança empreendido na Ordem Processual nº 03 – não podem se sobrepor aos elementos colhidos na fase instrutória desta arbitragem, que se relacionam especificamente à concessão confiada à REQUERENTE, tampouco à cognição exauriente aqui alcançada.

799. De igual forma, o enquadramento da concessão administrada pela REQUERENTE na Medida Provisória nº 800/2017⁷¹⁹ não pode ocupar o espaço da matriz de risco contratual, a ponto de alterar o decidido nesta sentença arbitral. Além de não ter sido convertida em lei⁷²⁰⁻⁷²¹, a referida Medida Provisória disciplinava uma possível reprogramação de investimentos de forma consensual⁷²², em que o imperativo das normas legais e negociais cede espaço à vontade das partes, de forma distinta da que sucede em uma solução adjudicada.

800. O mesmo se dá com a edição da Medida Provisória nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei Federal nº 13.448/2017, que inaugura no ordenamento o instituto da relicitação. Conforme se depreende do art. 13 da mencionada Lei, a relicitação encerra forma de extinção, *“por meio de acordo entre as partes”*, de contratos públicos *“cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”*.

⁷¹⁸ V.g. RTE-026, RTE-027, RTE-199 e matérias jornalísticas mencionadas nas manifestações da REQUERENTE.

⁷¹⁹ Cf. RTE-021, RTE-022, RTE-023 e RTE-024.

⁷²⁰ A não conversão da Medida Provisória em Lei resultou no arquivamento do processo administrativo pelo qual a REQUERIDA havia antes qualificado a REQUERENTE para os fins da reprogramação de investimentos ali prevista. (cf. RTE-025).

⁷²¹ Segundo consta do RTE-023, ao aprovar a proposição da REQUERENTE para a celebração do aditivo contratual necessário à reprogramação dos investimentos, nos termos da Medida Provisória nº 800/2017, a Diretoria da ANTT fez constar o seguinte: *“Considerando que a MP nº 800/2017 ainda tramita no Congresso Nacional, passível, portanto, de alterações em seu texto original ou mesmo de não ser aprovada naquela Casa Legislativa Federal, é importante ter claro que com a conversão da referida MP em Lei, o objeto do referido Termo Aditivo manterá sua plena eficácia. Caso a Medida Provisória não seja convertida em Lei, o Termo Aditivo Perderá seu objeto. Não obstante tal questão não tenha sido abordada pela área técnica e pela PF/ANTT, é relevante que no termo aditivo conte dispositivo que condicione a manutenção de seu objeto à conversão da MP 800/2017 em Lei.”* (cf. RTE-023, p. 02).

⁷²² O art. 1º da Medida Provisória nº 800/2017 dispunha que *“A Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT poderá realizar, de comum acordo com as concessionárias, a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais cujos contratos prevejam concentração de investimentos em seu período inicial, uma única vez, observadas as diretrizes estabelecidas nesta Medida Provisória e na regulamentação específica do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, que definirá os termos e as condições para: [...]”* (grifou-se).

801. A formulação de requerimento dessa natureza pela REQUERENTE à REQUERIDA, embora indique que os termos originais do CONTRATO DE CONCESSÃO não foram atendidos, não se sobrepõe à prova pericial produzida nesta arbitragem acerca da variação de volume de tráfego, tampouco influi na aplicação das regras do CONTRATO DE CONCESSÃO acerca da matriz de riscos contratados.

802. Exsurge ainda a relevante circunstância de que as informações quanto ao volume de veículos que transitariam nas rodovias constantes do EVTEA, a partir da qual a diferença foi calculada pela empresa perita, possuem caráter meramente estimativo, na forma do já citado item 2.4.1 do edital da concessão – abaixo reproduzido em conjunto com outras disposições pertinentes –, e de que a REQUERENTE empreendeu seus próprios estudos acerca das projeções de tráfego^{723,724}:

“2.2. A ANTT não se responsabilizará pelo Edital, suas planilhas e formulários e demais informações, estudos e projetos disponíveis sobre o Sistema Rodoviário, obtidos ou conhecidos de forma ou em local diverso do especificado neste Edital.

2.3 A obtenção do Edital não será condição para participação no Leilão, sendo imprescindível para tanto o conhecimento e aceitação, pela Proponente, de todos os seus termos e condições.

2.4 As Proponentes são responsáveis pela análise direta das condições do Sistema Rodoviário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão.

2.4.1. As informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados, relacionados ao Sistema Rodoviário e à sua exploração, disponibilizados pela ANTT, foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação da Concessão, não apresentando, perante as potenciais Proponentes, qualquer caráter vinculativo ou qualquer efeito do ponto de vista da responsabilidade do Poder Concedente perante as Proponentes ou perante a futura Concessionária.

2.5 Os interessados são responsáveis pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis ao Leilão e à Concessão, bem como pela análise direta das condições do Sistema Rodoviário e de todos os dados e informações sobre a exploração da Concessão.

⁷²³ A propósito, transcreva-se a cláusula 11.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO: “11.2 A Concessionária não seria de qualquer maneira liberada de suas obrigações contratuais, tampouco terá direito a ser indenizada pelo Poder Concedente, em razão de qualquer informação incorreta ou insuficiente, seja obtida por meio da ANTT, da União ou qualquer outra fonte, reconhecendo que era sua a incumbência de fazer seus próprios levantamentos para verificar a adequação e a precisão de qualquer informação que lhe foi fornecida.” (cf. RTE-001).

⁷²⁴ Cf. RTE-004; itens 2.2, 2.3, 2.4, 2.4.1, 2.5, 2.6 e 2.7.

2.6 As Proponentes arcarão com seus respectivos custos e despesas que incorrerem para a realização de estudos, investigações, levantamentos, projetos e investimentos, relacionados ao Leilão ou ao processo de contratação.

2.7 A documentação fornecida pela ANTT exclusivamente às Proponentes não poderá ser reproduzida, divulgada e utilizada, de forma total ou parcial, para quaisquer outros fins que não os expressos no Edital.”

803. À luz das disposições editalícias acima, a maioria do Tribunal Arbitral considera que não se poderia atribuir à REQUERIDA a integralidade do impacto da diferença de volume de tráfego, visto que a REQUERENTE pode ter realizado projeções distintas, inclusive com o efeito de reduzir a variação apurada na prova pericial.

804. Além disso, consta do laudo pericial que outras questões não relacionadas à variação do PIB podem ter influenciado a queda do tráfego nas rodovias, como se colhe das respostas da *expert* ao quesito nº 6.1⁷²⁵ e ao quesito complementar nº 7⁷²⁶ da REQUERIDA.

805. A maioria do Tribunal Arbitral entende, assim, que, no caso em exame, a crise econômica, com o consequente impacto no volume de automóveis que trafegam na rodovia, não pode ser enquadrada como caso fortuito ou na teoria da imprevisão, devendo aqui ser privilegiada a aplicação da matriz de riscos contratada entre as partes, nos termos da cláusula 21.1.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO, em lugar da cláusula 21.2.4 e do art. 65, II, “d” da Lei Federal nº 8.666/1993 suscitados pela REQUERENTE.

⁷²⁵ “1.6. Queira o Sr. Perito verificar se é possível afirmar, categoricamente, que o percentual acumulado de queda do tráfego real com relação ao plano de negócios decorreu exclusivamente da crise econômica, considerando que a perda da isenção dos eixos suspensos já foi reequilibrada. Resposta: Não. Pode-se afirmar que a queda do tráfego real com relação ao plano de negócios teve influência significativa da crise econômica. Entretanto, deve-se observar, conforme apresentado no documento EVTEA (Volume 2 – Estudo de Tráfego – Tomo Único – página 99), que a estimativa do PIB é relevante, porém, não é a única variável considerada na estimativa do tráfego. [...] Apesar de estar correlacionada com o PIB, existem outras variáveis que também influenciam na variação do tráfego, tais como: investimentos realizados na concessão e concorrência de outras rotas/vias.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.03.2023, resposta ao quesito nº 6.1 da REQUERIDA, p. 227).

⁷²⁶ “7. É possível afirmar que a queda de tráfego que ocorreu entre 2015 e 2016 foi somente decorrente da crise econômica? Seria possível isolar os efeitos da crise de outras variáveis previstas no Manual de Estudo de Tráfego do DNIT, como por exemplo, o uso de outros modais de transporte? Resposta: Entende este Perito que: (i) Sim, é possível que outros fatores, inclusive aqueles previstos no Manual de Tráfego do DNIT podem afetar a variação do tráfego, além da crise econômica. (ii) Entretanto, esta afirmação deve ser vista à luz das seguintes considerações: a. Não estariam estes fatores, também, correlacionados com a variação do PIB, ou, com outra variável considerada na modelagem da concessão, e b. Seriam elas possíveis de serem observadas e segregadas para que pudessem ser efetivamente correlacionadas com a queda do tráfego.” (cf. esclarecimentos periciais de 20.12.2023, p. 183).

806. Em outra quadra, nos termos da fundamentação acima, o Tribunal Arbitral também não vislumbra que o outro impacto da crise econômica narrado pela REQUERENTE – a mudança da política de financiamento pelos bancos públicos – enseje direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.

807. A REQUERENTE assumiu perante a REQUERIDA o risco quanto à captação de recursos para a execução das obrigações contratuais, sendo certo ainda que, independentemente da mudança política suscitada, a frustração do financiamento público decorreu de motivos inerentes à própria concessionária e ao seu grupo empresarial.

808. Por essas razões, o Tribunal Arbitral julga improcedente o pedido formulado pela REQUERENTE no item 985, “ii”, das Alegações Iniciais. Por consequência, julga também improcedentes os pedidos formulados no item 989 das Alegações Iniciais exclusivamente no que guardem conexão com o evento examinado neste capítulo da sentença arbitral.

XII.3. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DO AUMENTO DO PREÇO DOS INSUMOS ASFÁLTICOS

809. Neste capítulo, o Tribunal Arbitral examinará o pedido de reconhecimento de desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO à luz do aumento do preço dos insumos asfálticos, que foi deduzido pela REQUERENTE no item 6.4.17, “V”, da ATA DE MISSÃO, sendo objeto do ponto controvertido constante do item 7, “ii”, da Ordem Processual nº 16.

810. O pedido foi apresentado pela REQUERENTE em suas Alegações Iniciais com os seguintes moldes⁷²⁷:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]”

⁷²⁷ Cf. itens 985, “iii”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

- iii. *O reconhecimento de que, a partir do fim de 2014, houve a alteração da forma de estabelecimento dos preços dos insumos asfálticos pela Petrobrás, entidade da administração indireta federal detentora do monopólio setorial, o que causou um aumento imprevisível e extraordinário no preço dos insumos asfálticos mesmo no momento em que ocorreram períodos de baixas históricas nos preços do barril de petróleo, principal insumo do CAP e demais insumos asfálticos. Que a Requerida seja condenada à compensação do desequilíbrio econômico-financeiro ao Contrato de Concessão e que seja obrigada a anualmente apurar o eventual desequilíbrio futuro gerado pela variação em dado ano do preço do CAP, cujo reequilíbrio deverá ser realizado anualmente no âmbito das Revisões Ordinárias do Contrato de Concessão;”*

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

811. Conforme se vê acima e consta do item 6.4.19 da ATA DE MISSÃO, aqui também a REQUERENTE ainda pede que, em caso de extinção antecipada do CONTRATO DE CONCESSÃO, lhe seja reconhecido o direito à indenização equivalente ao desequilíbrio em questão.

812. Da mesma forma, integra o pedido da REQUERENTE, nos termos do item 989 das Alegações Iniciais, que, vindo a reconhecer o desequilíbrio contratual decorrente do aumento do CAP, o Tribunal Arbitral (i) declare a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinga os correlatos processos administrativos sancionatórios; (iii) condene a REQUERIDA a ressarcir a CONCEBRA de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; e (iv) determine que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades que guardem conexão com o que é apreciado neste capítulo da sentença.

813. De modo a organizar esta sentença arbitral em relação ao tópico, o Tribunal Arbitral, antes de declinar os fundamentos de sua decisão, apresentará o resumo dos argumentos das partes.

XII.3.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

814. A REQUERENTE relaciona o pleito “aos impactos causados pela variação (extraordinária) do preço de insumos asfálticos na concessão, decorrentes (i) de sucessivos aumentos do preço dos insumos asfálticos em patamares imprevisíveis e extraordinários, desde

o primeiro ano da Concessão, (ii) que corresponderam a uma alteração da política de formação de preços de tais insumos pela Petrobras, fornecedora monopolista no setor, (iii) mesmo em um momento de baixas históricas do preço do petróleo, principal insumo na fabricação do cimento asfáltico de petróleo ('CAP')”⁷²⁸.

815. Com efeito, narra a REQUERENTE que o CONTRATO DE CONCESSÃO teria previsto um volume expressivo de obras de pavimentação, que demandaria a utilização de um grande quantitativo de insumos para sua execução, em especial insumos como o cimento asfáltico de petróleo (“CAP”).

816. Segundo a REQUERENTE, apesar de seu uso intensificado no início da execução contratual, com a realização das obras de ampliação da capacidade das rodovias, o CAP representaria insumo relevante durante todo o prazo da concessão, haja vista a necessidade de se cumprir os demais investimentos afetos à manutenção dos parâmetros de desempenho.

817. Explica a REQUERENTE que o preço do CAP estaria diretamente relacionado ao preço do petróleo, de modo que seria razoável esperar que o primeiro acompanhasse o segundo. Continua sua explanação, porém, afirmando que no Brasil haveria um monopólio setorial do refino do petróleo detido pela Petrobras – sociedade de economia mista controlada pela União Federal –, circunstância pela qual “os fornecedores de tais insumos ao consumidor final (a CONCEBRA) atuam como meros distribuidores da mistura asfálticas”⁷²⁹.

818. Assim, prossegue: “eventual aumento dos preços dos insumos do asfalto pela Petrobras leva necessariamente todos os distribuidores a, em pouco tempo, ajustarem também os seus preços, repassando eventuais aumentos aos consumidores finais”⁷³⁰.

819. Alega a REQUERENTE, nesse contexto, que, apesar da subida do preço do barril de petróleo bruto no mercado, a Petrobras, durante 2009 a 2014, na condição de monopolista, teria represado o preço dos insumos asfálticos, como instrumento de política pública do Governo

⁷²⁸ Cf. item 625 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁷²⁹ Cf. item 627 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁷³⁰ Cf. item 267 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

Federal. Os preços teriam permanecido estáveis, acumulados perto de zero, ao passo que o IPCA teria crescido 37,9% (trinta e sete vírgula nove por cento).

820. A REQUERENTE relata, sem embargo, que, após decorrido um ano da assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO, em 24.11.2014, a Petrobras teria reformulado sua política de fixação de preços, promovendo reajustes que elevaram, de forma extraordinária e imprevisível, o valor dos insumos asfálticos derivados do petróleo.

821. Naquela data, afirma a REQUERENTE, a Petrobras teria divulgado um reajuste médio de 12% (doze por cento) no preço dos insumos asfálticos, incluindo o CAP e o asfalto diluído. Referido reajuste teria sido seguido de outros⁷³¹, em curto espaço de tempo, totalizando um aumento acumulado de 35% (trinta e cinco por cento) indicado nas Alegações Iniciais.

822. A REQUERENTE aduz que a alteração da formulação de preços da Petrobras ficaria evidente pelo fato de que, ao passo que aquela sociedade de economia mista procedia aos constantes reajustes de preços em âmbito nacional, o valor do barril de petróleo bruto, principal insumo para a produção de asfalto, registrava baixas históricas.

823. Para a REQUERENTE, *“isso deixa claro que não se trata de alteração extraordinária apenas do preço em si – seu aumento em patamares alarmantes. O que houve, na verdade, foi ao longo do tempo também a alteração da forma como a Petrobras (entidade da Administração indireta federal, nunca é demais lembrar) estabelece o preço dos insumos betuminosos para o mercado de distribuição”*⁷³².

824. Noutros termos, *“o descompasso com os preços praticados em âmbito internacional e a alteração repentina da sistemática de fixação de preços, decorrentes da política do Governo Federal, demonstram a extraordinariedade da alteração da forma de determinação dos preços”*⁷³³, conforme dados e gráficos apresentados nas Alegações Iniciais.

⁷³¹ Cf. RTE-058.

⁷³² Cf. item 632 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁷³³ Cf. item 633 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

825. A REQUERENTE entende que seria possível qualificar como fato do príncipe a alteração da forma de estabelecimento de preços pela Petrobras, entidade controlada pelo Poder Concedente. Entende também que, mesmo se não levada em consideração a natureza de entidade vinculada à administração federal da Petrobras, seria preciso reconhecer a extraordinariedade e imprevisibilidade dos aumentos em questão.

826. Menciona a REQUERENTE que o TCU teria reconhecido, no Acórdão nº 1.604/2015, a imprevisibilidade da ocorrência dos atos da Petrobras que importaram em majoração do preço dos insumos asfálticos. O órgão de controle, segundo a REQUERENTE, teria entendido que tal evento caracterizaria uma álea econômica extraordinária, diante do imprevisível e substancial aumento de custos, na forma do art. 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993, gerando desequilíbrio econômico-financeiro.

827. Também informa a REQUERENTE que tal entendimento teria sido compartilhado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (“DNIT”) ao editar as Instruções de Serviço DG nºs 02/2015, 04/2015 e 15/2016⁷³⁴.

828. Prosseguindo, a REQUERENTE acresce que *“partir de janeiro de 2018, adveio uma nova política de preços praticada pela Petrobras, cujas diretrizes impunham o vínculo da base de cálculo dos produtos asfálticos às oscilações cambiais e na volatilidade do preço internacional do barril de petróleo, resultando numa nova Instrução de Serviço do DNIT, a Instrução de Serviço/DG nº 01/2019 (RTE 060)”*⁷³⁵.

829. Aduz a REQUERENTE, nessa linha, que o DNIT teria publicado em 16.05.2019 a Instrução de Serviço DG nº 15/2019, que alterara a Instrução de Serviço DG nº 10/2019, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos sob sua responsabilidade⁷³⁶.

⁷³⁴ Cf. RTE-059.

⁷³⁵ Cf. item 638 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁷³⁶ C. RTE-061.

830. A Procuradoria Federal junto à ANTT, narra a REQUERENTE, teria inicialmente emitido o Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU⁷³⁷ em 09.06.2016, por meio do qual teria chegado a reconhecer a necessidade de se promover o reequilíbrio econômico-financeiro em razão da variação de custos decorrente do aumento do valor dos insumos betuminosos pela Petrobras, principalmente nos casos de contratos de concessão que se encontrassem em suas fases iniciais.

831. No entanto, a REQUERENTE afirma que dito Parecer não fora aprovado, tendo sido substituído pelo Parecer nº 1.365/2016/2015/PF-ANTT/PGF/AGU⁷³⁸, que afastou a aplicação das teorias do fato do príncipe ou da imprevisão, concluindo que o risco respectivo teria sido assumido pelo licitante. Ou seja, fora *“invocada a distribuição de riscos ordinários do Contrato de Concessão, que aloca à CONCEBRA os riscos sobre os custos de obras, custos de execução dos serviços e variação inflacionária em um ambiente de normalidade”*⁷³⁹.

832. A REQUERENTE defende que o raciocínio da ANTT não estaria correto. Segundo ela, *“embora as regras contratuais aloquem à CONCEBRA os riscos relativos à variação ordinária dos custos das obras e seus insumos (subcláusula 21.1 do Contrato de Concessão), a ocorrência de caso fortuito ou força maior materializa evento cujo risco é direcionado ao Poder Concedente, conforme disciplinado pela subcláusula 21.2.4”*⁷⁴⁰.

833. A tese da REQUERENTE está bem expressada nos seguintes excertos de suas Alegações Iniciais⁷⁴¹:

“Não se ignora, aqui, que a lógica de uma concessão é distinta dos contratos de obra e prestação de serviços disciplinados pela Lei 8.666/1993. Como efeito, na sistemática dos contratos de concessão, em geral, a distribuição de riscos entre as partes é feita pelo próprio Contrato de Concessão, que disciplina quais riscos devem ser suportadas por cada parte. Contudo, como exaustivamente demonstrado nas seções acima, a ocorrência de um evento no âmbito da álea econômica extraordinária, caracterizado como caso fortuito ou força maior, não depende do regime de contratação administrativa. E a previsão de sua alocação ao Poder Concedente na subcláusula 21.2.4 corrobora esta sistemática, estabelecendo no caso específico

⁷³⁷ Cf. RTE-062.

⁷³⁸ Cf. RTE-063.

⁷³⁹ Cf. item 640 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁷⁴⁰ Cf. item 641 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁷⁴¹ Cf. itens 642 e 643 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

da Concessão que tais riscos não são da CONCEBRA, mas do Poder Concedente. Ainda que a Requerida pretendesse se desvencilhar da responsabilidade pela ocorrência de tais eventos alegando (indevidamente) que as previsões do art. 65, II, d) da Lei nº 8.666/93 não seriam aplicáveis, seu argumento encontra óbice intransponível na alocação de riscos promovida pela subcláusula 21.2.4 do Contrato de Concessão.

Dessa forma, a ocorrência de caso fortuito ou força maior pelo imprevisível e excepcional aumento dos preços dos insumos asfálticos é evento integrante da álea econômica extraordinária, suplantando a alocação usual dos riscos em circunstâncias ordinárias. Eventual entendimento contrário simplesmente aniquilaria toda a efetividade da alocação de riscos extraordinários feita pelo próprio Contrato de Concessão em sua subcláusula 21.2.4. Afinal, de que adiantaria a existência de uma disposição contratual específica disciplinando a consequência da ocorrência de caso fortuito e força maior se, quando se materializam tais fatos, são aplicadas as mesmas regras utilizadas nas situações de normalidade do mercado? Como não se pode admitir que o Contrato de Concessão tenha letras mortas, é imperioso reconhecer a prevalência da alocação extraordinária de riscos afetos à álea extraordinária em tais casos, como o presente.”

834. A REQUERENTE relata ter formulado administrativamente pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, por ocasião da 1ª Revisão Ordinária e da 3ª Revisão Extraordinária da tarifa objeto da concessão⁷⁴². Não obstante o encaminhamento da questão à Procuradoria da ANTT e algumas sinalizações iniciais positivas, contudo, a REQUERIDA teria terminado por rejeitar o pleito⁷⁴³.

835. Em virtude disso, a REQUERENTE narra ter submetido novamente a discussão à análise da REQUERIDA, apresentando contra-argumentos à decisão prévia, no âmbito da 2ª Revisão Ordinária e da 5ª Revisão Extraordinária⁷⁴⁴. A REQUERENTE destaca, porém, ter recebido em resposta a Nota Técnica nº 15/2017/GEINV/SUINF⁷⁴⁵, manifestando-se pelo indeferimento do pleito pela ANTT, de modo que aquela revisão tarifária foi aprovada sem que fosse implementado o reequilíbrio postulado⁷⁴⁶.

⁷⁴² Cf. RTE-064, RTE-065 e RTE-066.

⁷⁴³ Cf. RTE-068 e RTE-069.

⁷⁴⁴ Cf. RTE-070.

⁷⁴⁵ Cf. RTE-071.

⁷⁴⁶ Cf. RTE-072, RTE-073 e RTE-074.

836. A REQUERENTE ainda afirma ter reapresentado o pleito na 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária⁷⁴⁷, tendo a REQUERIDA mantido sua negativa⁷⁴⁸, sob os mesmos fundamentos declinados anteriormente.

837. Explana a REQUERENTE que o aumento dos custos dos tais insumos asfálticos teria trazido grande impacto no custo das obras rodoviárias, correspondente a um incremento de 14% (quatorze por cento) do CAPEX da concessão. E, considerando que o CAP teria tido um aumento de aproximadamente 80% (oitenta por cento) acima do IPCA nos anos que antecederam as Alegações Iniciais, sendo 25% (vinte e cinco por cento) aproximadamente apenas em 2018⁷⁴⁹, estariam claros para a REQUERENTE os impactos correspondentes na concessão.

838. Dessa forma, a REQUERENTE diz: *“considerando tanto (i) a expressiva relevância dos insumos asfálticos tendo em vista o perfil de investimentos da Concessão quanto (ii) a forma com que os preços de tais insumos eram determinados, à época da Contratação, é preciso reconhecer que tais insumos fazem parte das condições objetivas do Contrato de Concessão para os fins do art. 10 da Lei 8.987/1995, cujo não atendimento importa o desequilíbrio econômico-financeiro contratual”*⁷⁵⁰.

839. E, assim, não tendo obtido êxito na esfera administrativa, a REQUERENTE busca do Tribunal Arbitral o reconhecimento do seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pelo aumento extraordinário do custo dos insumos asfálticos.

840. A REQUERENTE destaca que a REQUERIDA não impugna nesta arbitragem o fato de que a Petrobras alterou substancialmente sua política de fixação de preços, promovendo reajustes que elevaram o valor do preço dos insumos asfálticos derivados do petróleo.

841. Em contraponto à matriz de riscos suscitada pela REQUERIDA, a REQUERENTE insiste que era impossível prever a magnitude do aumento do preço dos insumos asfálticos – uma

⁷⁴⁷ Cf. RTE-075.

⁷⁴⁸ Cf. RTE-046.

⁷⁴⁹ Cf. RTE-076.

⁷⁵⁰ Cf. item 651 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

majoração de cerca de 35% (trinta e cinco por cento) justamente no início da concessão, em que se deveria duplicar e efetuar toda a recuperação do pavimento do trecho concedido.

842. Nas palavras da REQUERENTE, seria “*absurdo supor que licitantes poderiam prever quando o Governo Federal iria mudar sua política de determinação de preços, ou que pudessem estimar seus impactos*”⁷⁵¹.

843. A REQUERENTE entende que a alteração do preço dos insumos asfálticos não seria previsível às licitantes à luz da alteração do preço dos combustíveis, dado que ambos os insumos seriam derivados de petróleo. Em sua perspectiva, “*a correlação entre os insumos asfálticos e combustíveis, que tenta fazer crer a Requerida, após a mudança da política de preços da Petrobras, claramente não existiu*”⁷⁵², conforme dados gráficos por ela apresentados em 20.04.2021.

844. Ainda de acordo com a REQUERENTE, as notícias apresentadas na Resposta da REQUERIDA confirmariam que “*os preços de derivados de petróleo eram represados pela Petrobras e a estatal teve a oportunidade de alterar sua política de preços para os insumos betuminosos quando deixou de represar os preços de combustíveis, ao fim de 2013. Se naquela oportunidade foi mantido o represamento do preço dos insumos asfálticos, os licitantes tinham motivo ainda maior para crer que esse represamento continuaria a vigorar*”⁷⁵³.

845. Noutros termos, para a REQUERENTE, “*a decisão de represar ou não o preço dos combustíveis, que são bastante relevantes para o controle da inflação, é absolutamente independente da decisão de represar ou não os preços dos insumos asfálticos, que não possuem a mesma significância em relação à composição do IPCA*”⁷⁵⁴.

846. E prossegue: ainda que os licitantes tivessem tentado prever um aumento dos insumos asfálticos na forma sugerida pela REQUERIDA, tal aumento seria próximo ao dos combustíveis, que ainda destoaria significativamente do aumento efetivamente ocorrido no preço do CAP.

⁷⁵¹ Cf. item 286 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁷⁵² Cf. item 113 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁷⁵³ Cf. item 287 da Réplica da REQUERIDA.

⁷⁵⁴ Cf. item 137 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

847. Nesse contexto, também se manifestando sobre a diferença entre os regimes do contrato de concessão e do contrato de empreitada invocada pela REQUERIDA, a REQUERENTE argumenta que:

- (i) em nenhum momento teria afirmado que o CONTRATO DE CONCESSÃO e sua matriz de riscos seriam idênticos àqueles relativos a contratos de prestação de serviços da Lei Federal nº 8.666/1993;
- (ii) sua tese seria a de que, de acordo com a própria matriz de riscos do CONTRATO DE CONCESSÃO, seria do Poder Concedente o risco por aumento repentino e extraordinário do preço dos insumos asfálticos, por ocasião de mudança de preços pelo Governo Federal;
- (iii) *“o recurso ao reconhecimento pelo TCU dessa característica dos eventos narrados é apenas mais um para que fiquem claros os atributos de imprevisibilidade e extraordinariedade dos fatos”*⁷⁵⁵.
- (iv) ainda que não se considerassem aplicáveis as previsões do art. 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993 ao caso, dada sua imprevisibilidade, o evento haveria de se enquadrar como fortuito, força maior ou fato do príncipe, a atrair as cláusulas 21.1, 21.2.4 e 21.2.21 do CONTRATO DE CONCESSÃO; e
- (v) a alocação de riscos quanto à variação de insumos, prevista no CONTRATO DE CONCESSÃO, aplicar-se-ia apenas a variações ordinárias, passíveis de previsão pelo licitante – alterações extraordinárias de preços, por sua vez, não teriam sido precificadas pela REQUERENTE.

848. A REQUERENTE também critica a afirmação da REQUERIDA de que não teria baixado a tarifa do pedágio quando o preço do CAP sofreu variação positiva. Segundo aquela, a ANTT teria pinçado reduções de pouca magnitude em períodos curtos para tentar mascarar o grande aumento do insumo no período e induzir o Tribunal Arbitral a erro.

⁷⁵⁵ Cf. item 142 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

849. Sobre a comparação feita pela REQUERIDA do CONTRATO DE CONCESSÃO com outra avença, oriunda da 1ª Etapa do PROCROFE, celebrada com a Ecosul, a REQUERENTE diz que:

- (i) as cláusulas do CONTRATO DE CONCESSÃO, objeto de comparação, disporiam sobre a distribuição de riscos ordinários da concessão, que alocam à concessionária riscos sobre custos de obra, execução de serviços e variação inflacionária em um ambiente de normalidade, ao passo que os eventos aqui discutidos envolveriam evento extraordinário, que atrai as cláusulas 21.1 c/c 21.2.4 e 21.2.21.
- (ii) a interpretação de cada contrato deve ser realizada em sua singularidade, “*pela análise de cada contrato em si, não sendo próprio o uso de comparações indevidas*”⁷⁵⁶;
- (iii) a comparação não faria sentido, pois a ANTT sequer existia à época em que a cláusula do contrato da Ecosul fora elaborada⁷⁵⁷.

850. A REQUERENTE entende também que não pode ser aplicado analogicamente o disposto no art. 14 do Decreto Federal nº 7.983/2013 para impor o desconto de 52% (cinquenta e dois por cento), correspondente ao deságio oferecido na licitação, no cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro pretendido. Na sua visão, o Decreto seria inaplicável nos termos de seu art. 1º, indo de encontro as normas da própria ANTT, “*em especial a Resolução nº 3.651/2011, aplicável ao Contrato de Concessão*”⁷⁵⁸.

851. A REQUERENTE afirma que a prova pericial produzida nesta arbitragem “*comprovou o caráter imprevisível do aumento dos preços dos insumos asfálticos ocorrido a partir de novembro de 2014, bem como a dimensão extraordinária desse aumento*”⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ Cf. item 304 da Réplica da REQUERIDA.

⁷⁵⁷ Segundo a REQUERENTE, a cláusula foi “*introduzida no contrato por meio de aditivo datado de 07 de junho de 2000,48 sendo que a agência somente viria a ser criada um ano após, pela Lei 10.233 de 05 de junho de 2001*” (cf. item 305 da Réplica da REQUERENTE).

⁷⁵⁸ Cf. item 145 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁷⁵⁹ Cf. item 182 das Alegações Finais da REQUERENTE.

852. Quanto à imprevisibilidade, explica a REQUERENTE que, valendo-se de “*técnica usual no campo da estatística*”⁷⁶⁰, a empresa perita teria aplicado medidas estatísticas (média e desvio padrão) sobre as séries de preços dos insumos apurados no período de novembro de 2008 a novembro de 2013. Com base nisso, a *expert* teria concluído “*que os preços dos insumos asfálticos registrados após dezembro de 2014 eram improváveis, com probabilidade de ocorrência significativamente baixa, inferior a 1,0%*”⁷⁶¹.

853. Em relação à extraordinariedade do aumento dos preços dos insumos, a REQUERENTE chama atenção para a resposta da *expert* ao seu quesito nº 89, onde teriam sido apresentadas evidências da “*existência, a partir de novembro de 2014, de variações significativamente superiores dos preços dos insumos asfálticos em comparação com o IPCA (índice previsto no Contrato de Concessão para o reajuste das tarifas)*”⁷⁶².

854. Diante dessas conclusões, prossegue a REQUERENTE, a perita teria procedido ao cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro correspondente, a partir das quantidades mensais adquiridas pela concessionária dos principais insumos asfálticos utilizados entre o período de dezembro de 2014 a junho de 2022 extraídas das notas fiscais apresentadas.

855. Segundo a REQUERENTE, para tanto, a *expert* teria primeiro delineado dois cenários, a saber⁷⁶³:

“No cenário 1B, foram considerados os preços dos insumos asfálticos informados pela ANP⁴³ para cada período (Cenário 1B - Quantidade apuradas pelas Notas Fiscais + Preço ANP). No cenário 2B, consideraram-se os preços dos insumos asfálticos informados pela ANP em novembro de 2014 (início do aumento extraordinário e imprevisível dos preços), efetuando-se o reajuste desses preços pelo IPCA para cada período seguinte (Cenário 2B – Quantidades apuradas pelas Notas Fiscais + Reajuste IPCA). Como se pode notar, os cenários 1B e 2B representam, respectivamente, os preços oficiais dos insumos asfálticos adquiridos pela Concessionária no período de dezembro de 2014 até junho de 2022 (cenário 1B), e os preços esperados desses insumos caso sua variação tivesse sido ordinária (cenário 2B).”

⁷⁶⁰ Cf. item 184 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁷⁶¹ Cf. item 185 das Alegações Finais da REQUERENTE. Os assistentes técnicos da REQUERENTE aduzem que nos esclarecimentos periciais a *expert* teria restringido a análise da série histórica, não obstante, “*mantendo a conclusão acerca da imprevisibilidade de ocorrência*” (cf. item 74 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 26.04.2024).

⁷⁶² Cf. item 188 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁷⁶³ Cf. item 191 das Alegações Finais da REQUERENTE.

856. Nessa linha, continua a REQUERENTE, a *expert* teria calculado o desequilíbrio pela diferença entre os preços resultantes desses dois cenários, alcançando um valor de R\$ 26.477.014,51 (vinte e seis milhões, quatrocentos e setenta e sete mil, quatorze reais e cinquenta e um centavos), que, deflacionado para a data-base de maio de 2012⁷⁶⁴, corresponde a R\$ 17.943.552,43 (dezessete milhões, novecentos e quarenta e três mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e quarenta e três centavos).

857. A REQUERENTE aduz que, além dos valores calculados na perícia produzida neste procedimento arbitral, dever-se-ia considerar os impactos por ela sofridos com a variação do preço do CAP no período posterior a junho de 2022. Em sua visão, “o reequilíbrio deverá abranger todos os efeitos do aumento extraordinário e imprevisível dos preços dos insumos asfálticos, incluindo aqueles que continuarão a impactar a Concessionária no restante do prazo pelo qual for mantida na operação e manutenção do serviço”⁷⁶⁵⁻⁷⁶⁶.

858. Noutro giro, a REQUERENTE se contrapõe à tese da REQUERIDA de que o deferimento do direito ao reequilíbrio dependeria da demonstração de que as obras e serviços realizados com os insumos asfálticos adquiridos pela CONCEBRA teriam cumprido os parâmetros de desempenho contratuais.

859. Conforme argumenta, “os insumos asfálticos são materiais necessários à realização das obras e serviços a cargo da Concessionária”⁷⁶⁷ e o cálculo da perita teria sido realizado com

⁷⁶⁴ O pedido de deflação dos valores para a base maio de 2012 foi realizado pelos assistentes técnicos da REQUERENTE (cf. item 27 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023).

⁷⁶⁵ Cf. item 193 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁷⁶⁶ A propósito, também assim se manifestaram os assistentes técnicos da REQUERENTE: “[...] na eventualidade de ser frustrada a relicitação e, com isso, a Concessionária permanecer responsável pela prestação dos serviços, é preciso considerar que os efeitos do evento de desequilíbrio continuarão a impactar a Concessionária no restante do prazo da Concessão, tendo em vista que será mantida a operação e manutenção do serviço. Ressalva-se, portanto, que a ausência de apuração, por ocasião da presente prova pericial, desses efeitos futuros nesse momento não implica, de forma alguma, desistência ou renúncia ao direito de reequilíbrio contratual, também, pelos impactos econômico-financeiros que se projetem após o marco de 19/11/2023 (vigência final do termo aditivo de relicitação, que poderá vir a ser prorrogado caso a transferência da Concessão não ocorra até essa data), inclusive confirmado pela própria equipe pericial, na resposta ao quesito nº 108, ofertado pela Requerente” (cf. item 30 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023).

⁷⁶⁷ Cf. item 195 das Alegações Finais da REQUERENTE.

base nas notas fiscais apresentadas, que “*evidenciam a compra efetiva dos referidos materiais, visando ao cumprimento dessas obrigações*”⁷⁶⁸.⁷⁶⁹

860. E complementa: “*a avaliação do grau de cumprimento das obrigações do Contrato de Concessão é, certamente, matéria que foge ao escopo do pleito em discussão (ela pode causar consequências outras, como a incidência do Fator D, em nada sendo relevante para a avaliação do direito ao reequilíbrio pelo aumento imprevisível e extraordinário do preço dos insumos asfálticos)*”⁷⁷⁰.

861. Da mesma maneira, a REQUERENTE busca refutar a alegação da REQUERIDA de que a tarifa já incorporaria a variação do preço dos insumos asfálticos por ocasião do reajuste contratual. Segundo a CONCEBRA⁷⁷¹:

“Está-se diante, no presente caso, de aumentos extraordinários dos custos dos insumos asfálticos, que em muito superaram as variações de preços medidas pelo IPCA, conforme comprovado pela Equipe Pericial. Além disso, o cálculo do desequilíbrio realizado pela Equipe Pericial descontou a variação do IPCA, de modo que o montante de R\$ 17.943.552,43 (data-base maio/12) se refere tão somente à variação extraordinária e imprevisível dos preços acima da variação do IPCA (conforme esclarecido pelos peritos, por exemplo, no Quadro 1 – Resumo das Análises dos Esclarecimentos, contido nos Esclarecimentos aos Contralaudos).”

862. Afirmam os assistentes técnicos da REQUERENTE também que “*um dos argumentos da Requerida no decorrer do procedimento arbitral versa sobre a alteração do tipo de pavimento utilizado nas rodovias e, quanto a isso, foi reconhecido [na perícia] que ‘eventual alteração na utilização de pavimento asfáltico para pavimento rígido poderia acarretar impacto temporal (visto que já havia vários serviços concluídos e outros em andamento) e financeiro uma vez que as soluções possuem diferentes custos de implementação’ (resposta ao quesito 99)*”⁷⁷².

⁷⁶⁸ Cf. item 195 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁷⁶⁹ A propósito, os assistentes técnicos da REQUERENTE informam que “*a equipe pericial já se debruçou sobre o assunto, esclarecendo que as referidas notas foram aplicadas na Concessão em questão*” (cf. item 77 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 26.04.2024).

⁷⁷⁰ Cf. item 195 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁷⁷¹ Cf. item 196 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁷⁷² Cf. item 19 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023.

863. Os assistentes técnicos também chamam atenção para o item 169 do laudo pericial, onde a perícia teria afastado o argumento da REQUERIDA “quanto às possíveis variações negativas, em relação ao IPCA, em outros insumos largamente utilizados no decorrer da concessão, a exemplo do Cimento e Aço”⁷⁷³.

864. Igualmente aduzem aqueles que, embora a REQUERIDA tenha no curso da instrução apresentado questionamentos relacionados à metodologia empregada na perícia, o trabalho técnico da perita teria sido claro quanto ao procedimento adotado para o cálculo. Ademais, afirmam os assistentes técnicos, a ANTT não teria logrado demonstrar a razão pela qual os cálculos por ela propostos “seriam mais adequados do ponto de vista técnico para a mensuração dos preços dos insumos asfálticos”⁷⁷⁴.

865. Os assistentes técnicos da REQUERENTE também se contrapõem à tese da REQUERIDA referente a aplicação do deságio tarifário após a apuração do valor do desequilíbrio. Afirmam que “a aplicação do deságio em reequilíbrios econômico-financeiros destoa das normativas e resoluções da Requerida que tratam do tema”⁷⁷⁵, dentre os quais o Decreto Federal nº 7.893/2013, a Portaria ANTT nº 28/2019, as Resoluções ANTT nºs 3.651/2011 e 4.339/2014 e o Ofício Circular SEI nº 2.175/2021/CPROJ/GEENG/SUROD/DIR-ANTT.

866. Assim, invocando novamente as cláusulas 21.2.4 e 21.2.21 do CONTRATO DE CONCESSÃO e o art. 65, II, ‘d’, da Lei Federal nº 8.666/1993, a REQUERENTE conclui em Alegações Finais⁷⁷⁶:

“Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo que haja:

- (i) o reconhecimento do direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro no valor já liquidado pela Equipe Pericial, de R\$ 17.943.552,43 (dezessete milhões novecentos e quarenta e três mil quinhentos e cinquenta e dois reais e quarenta e três centavos) (data-base maio/2012), apurado pela Equipe Pericial com base nas notas fiscais que comprovam a aquisição dos insumos asfálticos até junho de 2022;

⁷⁷³ Cf. item 20 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁷⁷⁴ Cf. item 9 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE datado de 01.06.2023.

⁷⁷⁵ Cf. item 76 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 26.04.2024.

⁷⁷⁶ Cf. item 203 das Alegações Finais da REQUERENTE.

- (ii) *a condenação da Requerida à realização do reequilíbrio econômico-financeiro no valor referido no item (i) acima, ou, caso extinta a concessão, a condenação da Requerida a indenizar a Concessionária no referido valor referido no item (i);*
- (iii) *o reconhecimento do direito ao reequilíbrio pelo aumento extraordinário e imprevisível dos preços dos insumos asfálticos ocorrido nos períodos a partir de julho de 2022, até a extinção do Contrato de Concessão, e a condenação da ANTT a realizar o respectivo reequilíbrio periodicamente, mediante a mesma metodologia definida pela Equipe Pericial.”*

XII.3.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

867. A REQUERIDA se contrapõe ao pedido da REQUERENTE de reconhecimento do direito à recomposição da equação econômico-financeira do CONTRATO DE CONCESSÃO em razão do aumento do preço dos insumos asfálticos.

868. Segundo defende a REQUERIDA, o contrato seria claro em atribuir à concessionária o risco de variação de preços superior ao índice de inflação eleito para o reajuste tarifário, na forma das cláusulas 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19, tratando-se tal de opção regulatória conscientemente tomada antes do procedimento licitatório e válida para todos os contratos da 3ª Etapa do PROCROFE.

869. Esclarece que, em outras ocasiões, como “no contrato da ECOSUL (R-57), que integra a 1ª Etapa de Concessões, a opção foi outra”⁷⁷⁷, de modo que “a Procuradoria Federal junto à ANTT, quando provocada sobre o pleito de reequilíbrio da ECOSUL, manifestou-se favoravelmente, conforme se depreende do PARECER n. 01751/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-58)”⁷⁷⁸.

870. Isto é, entende a REQUERIDA que a REQUERENTE estaria a “comparar sua situação, que, como visto, detém a peculiaridade de um contrato que lhe aloca expressamente os riscos pela flutuação dos preços de insumos, com contratos de alocação de riscos legalmente fixados, tais quais os contratos de empreitada regidos precipuamente pela Lei nº 8.666/93”⁷⁷⁹.

⁷⁷⁷ Cf. item 186 da Resposta da REQUERIDA.

⁷⁷⁸ Cf. item 187 da Resposta da REQUERIDA.

⁷⁷⁹ Cf. item 188 da Resposta da REQUERIDA.

871. Invocando doutrina, a REQUERIDA aduz que os contratos de concessão de serviço público possuem peculiaridades e objetivos que os distinguiriam dos contratos de prestação de serviço regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993. Para ela, os contratos de concessão envolvem projetos de longo prazo, estando sujeitos a variações, que poderiam beneficiar ou prejudicar o concessionário ao longo do tempo. Daí porque *“o licitante que pretende se tornar concessionário deve formular sua proposta levando em considerações os riscos que irá assumir”*⁷⁸⁰

872. Assentada nessa premissa, a REQUERIDA afirma ser natural que em um contrato de 30 (trinta) anos haja flutuações no preço do CAP e *“da mesma forma que não houve reequilíbrio no caso de aumento, a ANTT jamais baixou a tarifa quando o preço do CAP atingiu suas mínimas históricas”*⁷⁸¹.

873. A REQUERIDA também busca objetar a alegação da REQUERENTE de que o aumento no preço dos insumos asfálticos seria algo imprevisível e, por conseguinte, alheio aos riscos ordinários do contrato. Com base na Nota Informativa SEI nº 246/2020/NAM/FG/DIR⁷⁸², a ANTT afirma que, ao tempo do certame que originou o CONTRATO DE CONCESSÃO, a insustentabilidade da política de preços que vinha sendo adotada pela Petrobras poderia ser depreendida da mídia, sendo que as equipes especializadas dos então licitantes poderiam ter previsto flutuações de preços em curto espaço de tempo.

874. Também com apoio na referida Nota Técnica, a REQUERIDA argumenta que (i) as oscilações de preços dos insumos asfálticos podem ocorrer para cima ou para baixo; e (ii) outros insumos relevantes à concessão observaram variação de preços inferior ao índice oficial de inflação. Confira-se⁷⁸³:

“Em primeiro lugar, é natural que haja oscilação de preços, não somente para cima, mas também para baixo. Se comparado, por exemplo, a variação entre o 1º trimestre de 2016 e o 1º trimestre de 2017, houve variação negativa do preço do CAP em (-)1,63% (um inteiro e sessenta

⁷⁸⁰ Cf. item 191 da Resposta da REQUERIDA.

⁷⁸¹ Cf. item 192 da Resposta da REQUERIDA.

⁷⁸² Cf. R-059.

⁷⁸³ Cf. itens 195 a 197 da Resposta da REQUERIDA.

e três décimos por cento). Desde o 1º trimestre de 2019, observou-se também uma queda, desta vez, da ordem de (-) 8,39% (menos oito inteiros e trinta e nove décimos por cento). Assim, é natural que, ao longo de 30 (trinta) anos de contrato, aumentos sejam posteriormente compensados com reduções e vice-versa.

Em segundo lugar, ao mesmo tempo em que os insumos asfálticos observaram um aumento superior ao índice inflacionário, outros insumos observaram uma variação de preços inferior ao índice de inflação oficial. Para o período de janeiro de 2014 a janeiro de 2020, enquanto o IPCA acumulado foi de 38,97% (trinta e oito inteiros e noventa e sete centésimos por cento), o aço observou crescimento de apenas 18,94% (dezoito inteiros e noventa e quatro centésimos por cento) e o cimento de apenas 4,39% (quatro inteiros e trinta e nove centésimos por cento). Vejamos (informações extraídas do R-59): [...]

Ressalte-se que esses outros dois insumos, no caso concreto, também são extremamente relevantes. Isso porque a Requerente, nesses primeiros anos de concessão, teve baixo índice de execução das duplicações, obra que exigiria maior quantidade de insumos asfálticos, enquanto executou todas as 11 (onze) praças de pedágio e 24 (vinte e um) postos de atendimento, obras que demandam grande quantidade de aço e cimento.”

875. Nessa linha de raciocínio, a REQUERIDA externa a posição de que o pleito da REQUERENTE, além de contrário à matriz de riscos do CONTRATO DE CONCESSÃO, traz problemas práticos, na medida em que eventual acolhimento abriria a possibilidade de controle acerca da variação de diversos outros insumos relacionados à concessão.

876. Para a REQUERIDA, assim, “a variação do CAP não é caso fortuito ou força maior, tampouco a alteração da política de preços da Petrobrás se configura como fato do príncipe ou fato da administração a afastar a incidência da subcláusula 21.2.6 e 21.1.7 do Contrato de Concessão (R-01)”⁷⁸⁴.

877. Entende ela que, por integrar o grupo Triunfo – que atua no setor rodoviário há mais de duas décadas –, seria de se esperar que a REQUERENTE dispusesse de pleno conhecimento das variações e oscilações inerentes aos valores dos insumos asfálticos, bem como acompanhasse de perto a política de preços da Petrobras.

878. Conforme narra a REQUERIDA, ao longo de 2013 e antes da data do leilão, a Petrobras teria divulgado fatos relevantes apontando para o alinhamento dos preços domésticos do diesel

⁷⁸⁴ Cf. item 86 da Tréplica da REQUERIDA.

e da gasolina aos preços internacionais⁷⁸⁵. Além disso, “a mídia não especializada já apontava a insustentabilidade da política de preços que vinha sendo adotada pela Petrobrás [sic]”⁷⁸⁶.

879. Daí que a REQUERIDA afirma não ser crível que a REQUERENTE desconhecesse tal cenário e que não poderia ser qualificada como imprevisível a alteração na política de preços da Petrobras e, por conseguinte, extraordinário o aumento dos valores dos insumos asfálticos.

880. Quanto ao acórdão do TCU nº 1.604/2015, citado pela REQUERENTE, a REQUERIDA afirma em síntese ter aquele sido proferido no contexto de contratos celebrados pelo DNIT, que possuem regramento distinto do CONTRATO DE CONCESSÃO. Além disso, dali não se poderia extrair um reconhecimento amplo e irrestrito do TCU em relação ao direito ao reequilíbrio em razão de variação dos preços dos insumos asfálticos. Confira-se⁷⁸⁷:

“[...] diferentemente do que pretende fazer prevalecer a Requerente, o Tribunal de Contas da União se limitou a analisar a legalidade da Instrução de Serviço/DG nº 2, de 23.03.2015 (R-103), que, em sua redação original permitia a realização de reequilíbrio econômico financeiro ‘no período compreendido entre janeiro de 2015 e o mês referente ao aniversário do contrato’ (art. 1º, §1º da referida IS), devendo ser demonstrado o impacto acentuado nos contratos em andamento em razão dos aumentos imprevisíveis nos preços dos insumos betuminosos. Além disso, o procedimento nos contratos por empreitada por preço global (sem planilha de quantidades e preços) disciplinado na referida Instrução de Serviço deveria levar em consideração o desconto ofertado no Leilão (art. 4º e Anexos da citada IS).

Neste caso, ainda que por hipótese se afastasse a alocação de riscos contratual e se aplicasse por uma suposta analogia regramento da Instrução de Serviço/DG nº 2, de 23.03.2015 (R-103) e as determinações do Acórdão n.º 1.604/2015 – TCU Plenário (R-95), a Requerente não teria direito a reequilíbrio na medida em que (i) não demonstrou in concreto a onerosidade excessiva que um período de majoração da CAP – cimento asfáltico de petróleo acarretaria em um contrato de 30 anos e (ii) não apresentou a comprovação de tais insumos terem sido adquiridos no período de majoração supostamente extraordinário, tampouco especificou a sua quantidade, tendo em vista que dada a alta inadimplência da Requerente o fato do contrato estabelecer maiores investimentos nos 5 primeiros anos não implica automaticamente em uma onerosidade excessiva.”

881. No que diz respeito ao Parecer nº 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, igualmente citado pela REQUERENTE, a REQUERIDA afirma que o documento não teria sido aprovado como

⁷⁸⁵ Cf. R-099, R-100, R-101.

⁷⁸⁶ Cf. item 92 da Tréplica da REQUERIDA.

⁷⁸⁷ Cf. itens 103 e 104 da Tréplica da REQUERIDA.

posicionamento da Procuradoria Federal da ANTT. Segundo a REQUERIDA, de acordo com a Portaria AGU nº 1.399/2009⁷⁸⁸, alterada pela Portaria AGU nº 316/2010⁷⁸⁹, “*considera-se manifestação jurídica da AGU apenas aquelas que foram aprovadas por Despacho do titular do órgão que, no caso da PF-ANTT, é o Procurador-Geral*”⁷⁹⁰. Aduz, nesse sentido, que o Parecer em tela teria sido rejeitado no rito.

882. Afirma, dessa maneira, que o posicionamento da REQUERIDA sempre teria sido no sentido de rejeitar o reequilíbrio associado a aumento dos insumos asfálticos nos contratos da 2ª e da 3ª Etapas do PROCROFE, sendo que a única manifestação jurídica da Advocacia Geral da União (“AGU”) relacionada ao tema seria o Parecer nº 1.365/2016/PF-ANTT/PGF/AGU⁷⁹¹.

883. Sem prejuízo, argumenta a REQUERIDA que, na hipótese de vir a acolher a pretensão da REQUERENTE, o Tribunal Arbitral haveria de considerar apenas a eventual flutuação extraordinária do CAP, bem como que deveria incidir sobre tais valores o desconto de 52% (cinquenta e dois por cento), por aplicação analógica do disposto no art. 14 do Decreto Federal nº 7.983/2013.

884. A REQUERIDA afirma que, no curso da instrução, a perita nomeada nesta arbitragem teria reconhecido que “*a variação dos insumos asfálticos, ao impactar o IPCA, constitui custo já incorporado anualmente à TPB por ocasião do reajuste, de forma que eventual deferimento do presente pleito da Requerente incidiria em duplicidade ao mecanismo de alteração tarifária já empregado na concessão*”⁷⁹².

885. E, embora tenha a perita apontado que apenas 22,5% (vinte e dois e meio por cento) da variação do preço dos insumos asfálticos seria capturado pelo referido índice de inflação, a REQUERIDA reitera que “*recai sobre a Requerente o risco integral pela variação de preços dos insumos asfálticos em patamar superior ao índice de inflação eleito pelo reajuste tarifário*”⁷⁹³.

⁷⁸⁸ Cf. R-097.

⁷⁸⁹ Cf. R-098.

⁷⁹⁰ Cf. item 108 da Tréplica da REQUERIDA.

⁷⁹¹ Cf. R-025.

⁷⁹² Cf. item 156 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

⁷⁹³ Cf. item 161 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

Para ela, “*tal ressalva da perita não modifica os efeitos jurídicos estabelecidos para a questão, que deverão ser analisados pelo Tribunal Arbitral na sentença*”⁷⁹⁴.

886. Sem prejuízo de seu entendimento, a REQUERIDA afirma que os cálculos da *expert* acerca da parcela do preço do CAP não capturado pelo IPCA estaria equivocado⁷⁹⁵. Com efeito:

- (i) conquanto a *expert* tenha afirmado que a média acumulada da variação positiva do preço dos insumos asfálticos ultrapassa 300% (trezentos por cento), a REQUERIDA teria realizado cálculo semelhante, levando em conta o mesmo período e a série histórica, obtendo “*resultados díspares, na casa de 294,76%*”⁷⁹⁶;
- (ii) a perita teria concluído que 77,49% (setenta e sete vírgula quarenta e nove por cento) da variação positiva do preço dos insumos asfálticos não teria sido capturada pelo IPCA no período analisado, ao passo que ao realizar o mesmo cálculo, a REQUERIDA teria obtido “*resultado díspar, à ordem de 58,91% não capturado e 41,09% capturado*”⁷⁹⁷;
- (iii) o gráfico utilizado pela *expert* para apresentar o comparativo entre a variação de preço dos insumos asfálticos e o IPCA teria sido objeto de três críticas, assim descritas pela REQUERIDA: (iii.a) “*por não desinflacionar os preços dos insumos mediante o desconto do IPCA*”⁷⁹⁸; (iii.b) “*por levar em conta o período de mar/14 a mar/22, diverso do período avaliado do Anexo SW-17 (nov/08 – set/19 – período compreendido entre os 5 anos que antecederam a apresentação da oferta no leilão até a data da instauração do procedimento arbitral)*”⁷⁹⁹; e (iii.c)

⁷⁹⁴ Cf. item 229 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁷⁹⁵ As críticas persistiram mesmo após a *expert* se pronunciar sobre o quanto exposto pela REQUERIDA nos itens 95 a 126 e quesitos complementares 9 a 12 constantes de sua manifestação de 24.03.2023, em parte reiterados/complementados nos itens 258 a 286 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

⁷⁹⁶ Cf. item 232 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁷⁹⁷ Cf. item 234 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁷⁹⁸ Cf. item 236 das Alegações Finais da REQUERIDA. A REQUERIDA diz que, se realizado o desconto do IPCA na forma proposta no item “iii.a” acima, a variação positiva do preço dos insumos asfálticos apurada no laudo pericial seria reduzida de mais de 300% (trezentos por cento) para 175,82% (cento e setenta e cinco vírgula oitenta e dois por cento).

⁷⁹⁹ Cf. item 236 das Alegações Finais da REQUERIDA. A REQUERIDA assevera que “*quando levado em conta o período de 5 anos que antecederam a oferta no leilão até a data de instauração do procedimento arbitral (nov/08*

“por não levar em conta que a efetiva extraordinariedade verificada no feito se deu a partir de meados de 2020, em virtude da Pandemia de Covid-19, e que já está sendo objeto de reequilíbrio pela Requerida no âmbito administrativo”⁸⁰⁰.

887. Além disso, para a REQUERIDA, *“no caso de uma eventual e improvável procedência do presente pleito, as quantidades de insumos asfálticos adquiridos pela Concebra, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, só podem ser validadas se demonstradas a sua compatibilidade com o cronograma de execução de obras obrigatórias estabelecidas no PER, em especial no que concerne à inexecução aferida”⁸⁰¹* nos pareceres acostados como R-143, R-027 e R-144.

888. Isto é, à vista da inexecução contratual da REQUERENTE quanto a suas obrigações contratuais, a REQUERIDA defende que a análise das notas fiscais não deve ficar restrita à data da aquisição e às quantidades, sendo necessário demonstrar também a destinação do uso dos insumos adquiridos.

889. Após a apresentação do laudo pericial, a REQUERIDA formulou quesitos complementares relacionados ao tema, bem como impugnou o trabalho técnico, reclamando que a *expert* avaliasse que os quantitativos de insumos adquiridos fossem vinculados ao cronograma da concessão, observando fatores como o *“momento em que a Concessionária deveria iniciar os serviços”*, *“o momento em que a Concessionária celebrou o Termo Aditivo para fins de relicitação”*, a *“quantidade de obras executadas considerando o atendimento ao cronograma do PER”* e a *“quantidade de obras não executadas dentro do cronograma PER, no período em que ocorreu os aumentos dos insumos asfálticos”⁸⁰².*

890. A REQUERIDA narra, não obstante, que, ao prestar esclarecimentos, a perita teria concluído que os insumos teriam sido utilizados na concessão com base na constatação de que as notas fiscais possuem como destinatário/remetente a REQUERENTE e que esta só possui uma rodovia sob concessão (*i. e.*, um centro de custo).

a set/19), período esse empregado no Anexo SW-17, verifica-se que o crescimento acumulado dos preços dos insumos asfálticos não mais alcançam a inflação” (cf. item 239 das Alegações Finais da REQUERIDA).

⁸⁰⁰ Cf. item 236 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸⁰¹ Cf. item 243 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸⁰² Cf. item 249 das Alegações Finais da REQUERIDA.

891. A REQUERIDA aduz que o esclarecimento pericial “*merece críticas à luz da NBC TA 200 (R1), do Conselho Federal de Contabilidade, que ao dispor sobre os objetivos gerais do auditor independente e a condução da auditoria em conformidade com normas de auditoria prescreve que a Perícia deve apresentar um nível mínimo de asseguração, tal qual uma Auditoria procede em caso de suspeição de não conformidade dos documentos apresentados, a teor do § 5 da referida norma*”⁸⁰³.

892. Com efeito, “*em relação à análise temporal da emissão das Notas Fiscais e do quantitativo de insumos comparativamente às obrigações da concessão, a Requerida entende ser necessária a demonstração de adequação dos documentos, mesmo porque a própria norma sobre a estrutura conceitual para os trabalhos de asseguração dos trabalhos de auditoria assim dispõe sobre a materialidade das informações apresentadas (§§ 94 e 95 da NBC TA Estrutura Conceitual)*”⁸⁰⁴.

893. Por isso, a REQUERIDA diz manter sua posição de que a mera juntada de notas fiscais não pode sustentar o reequilíbrio contratual, fazendo-se necessário que os valores a serem objeto de recomposição “*se deem com base na comprovação do efetivo emprego na concessão e em cumprimento às obrigações contratuais dos insumos constantes das Notas Fiscais apresentadas*”⁸⁰⁵, o que, se for o caso, haveria de ser realizado “*em nova perícia*”⁸⁰⁶.

894. A REQUERIDA qualifica ainda como “*oportunista*”⁸⁰⁷ o pleito da REQUERENTE, visto que busca o reequilíbrio contratual para a recomposição da variação positiva do preço do CAP que supera o IPCA, sem, entretanto, considerar os momentos em que os insumos variaram negativamente e levar em conta “*as variações abaixo do IPCA dos preços de outros insumos também aplicados em larga escala no âmbito da concessão*”⁸⁰⁸.

⁸⁰³ Cf. item 252 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸⁰⁴ Cf. item 253 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸⁰⁵ Cf. item 254 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸⁰⁶ Cf. item 257 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸⁰⁷ Cf. item 258 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸⁰⁸ Cf. item 258 das Alegações Finais da REQUERIDA.

895. Nesse contexto, afirma que a perita, ao verificar o histórico anual das variações dos insumos betuminosos desde o início da concessão, teria constatado que ao menos em 2017 e 2020 teriam sido observadas variações negativas. Sem embargo, complementa a REQUERIDA, a *expert* teria verificado não ter a REQUERENTE formulado pleito de reequilíbrio “*quando os preços dos insumos asfálticos variaram para baixo*”⁸⁰⁹.

896. No mesmo propósito, a REQUERIDA cita afirmação da perita de que a análise da variação de preços de um determinado item não deveria ser realizada de forma isolada, sem considerar a variação do conjunto de itens que compõem a concessão.

897. Não obstante, considerando que a perita ao final afirmou que outros itens da concessão como cimento e aço também teriam variado acima do IPCA, a REQUERIDA busca demonstrar que, em uma cesta de oito itens relevantes à concessão, apenas metade teria apresentado variação positiva em relação ao IPCA-E, enquanto “*a outra metade dos oito insumos analisados [...] apresentara variação a menor*”⁸¹⁰, sendo que “*a areia ainda teve seu preço deflacionado*”⁸¹¹.

898. Em outra quadra, a REQUERIDA critica o método utilizado pela *expert* para calcular a probabilidade do aumento dos insumos asfálticos. Nas suas palavras⁸¹²:

“Note-se, contudo, que a empresa perita realizou um simples teste de médias supondo uma distribuição normal para as variações dos insumos, o que não é o adequado para a questão. Assim, o perito apenas atualizou os dados no teste de probabilístico que tinha objetivo de calcular probabilidades de os insumos terem determinados valores de variação mensal.

Ocorre que o método escolhido pelo perito em sua análise não é capaz de captar as fontes que ocasionam a variação dos preços e não serve para calcular probabilidades precisas com relação às variações de preço de insumos asfálticos ou de qualquer outra commodity, pois não captam a influência de outras variáveis, tendem a fornecer, de forma equivocada, alterações bruscas de padrão estatístico, mas apenas aparentemente. Essas alterações aparentemente abruptas ainda poderiam ser consideradas ordinárias a partir uma análise adequada.

Assim, as probabilidades calculadas pela empresa perita com base nesse tipo de teste estatístico para o caso em questão não têm nenhuma validade. Para inferir probabilidades de previsão

⁸⁰⁹ Cf. item 260 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸¹⁰ Cf. item 270 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸¹¹ Cf. item 270 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸¹² Cf. itens 278 a 285 das Alegações Finais da REQUERIDA.

em determinada data, deve ser realizada uma análise mais profunda e adequada dos dados disponíveis, pois há uma série de impropriedades no procedimento da empresa perita.

Isso porque o perito fez um simples teste de médias univariado que supõe distribuição normal para as variações de preço dos insumos. Esse tipo de teste supõe que as variações mensais dos insumos são estatisticamente independentes uma das outras. Sabe-se que as variações mensais de preços de commodities e de outras variáveis econômicas não são independentes uma das outras, pois a série temporal possui autocorrelações.

As autocorrelações devem ser levadas em consideração para fazer uma análise desse tipo. A suposição de normalidade do teste estatístico também é fortemente criticável. Variáveis econômicas desse tipo dificilmente seguem a distribuição normal de probabilidade em suas variações mensais. Comumente, possuem distribuições assimétricas e com caudas pesadas.

Se fosse adequado para a situação, o perito poderia ter optado por um teste não paramétrico em vez de usar testes para distribuições normais. Mas, de toda forma, ainda seria inadequado inferir probabilidades a um fenômeno multivariado.

O perito poderia ter usado modelos de regressão ou de séries temporais que levassem em consideração as outras variáveis que influenciam nos preços dos insumos asfálticos e as autocorrelações do próprio histórico de dados variação dos insumos. A partir de uma análise como essa se poderia construir intervalos de previsão que permitissem a percepção de variações extraordinárias com confiabilidade estatística.

Some-se a isso que, na avaliação de previsibilidade, é inadequada a metodologia de análise exclusiva da repetição de ocorrência de determinado evento no passado, como se o futuro fosse previsível a partir de dados do passado. Para fins de análise de previsibilidade, tem que se analisar o cenário contemporâneo ao processo de tomada de decisão. Ou seja, no momento do leilão, quais eram as sinalizações e evidências das políticas econômicas, qual o cenário do mercado internacional de petróleo, como estava o cenário econômico nacional e internacional, quais os dados do mercado futuro de petróleo nas principais bolsas de valores, e assim por diante.”

899. A REQUERIDA também faz referências a afirmações feitas pela expert em resposta:

- (i) aos quesitos n^{os} 83 e 85 da REQUERENTE e “*reafirma seu posicionamento no sentido de que, ainda que tenha participação relevante no mercado como principal produtora nacional, a Petrobrás [sic] não é a única ofertante de CAP [...], não merecendo prosperar, portanto, o entendimento defendido pela Requerente no sentido de a estatal em questão ser monopolista do mercado de insumos asfálticos*”⁸¹³; e
- (ii) ao quesito n^o 3.18 da ANTT para reiterar que, “*à época do leilão, a Petrobrás [sic] já sinalizava a alteração da política de preços dos combustíveis, de forma*

⁸¹³ Cf. item 290 das Alegações Finais da REQUERIDA.

*que era previsível eventuais impactos nos preços dos insumos asfálticos, notadamente para uma empresa pertencente a um grupo econômico com tão larga experiência em concessões rodoviárias”*⁸¹⁴.

900. Acresce a REQUERIDA que a REQUERENTE teria liberdade para a escolha na solução tecnológica a ser empregada nas obras a ela confiadas, podendo ter optado por “*Pavimento Rígido com o uso de Concreto de Cimento Portland, solução esta que não emprega o CAP, além de possuir custo de manutenção menos elevado que pavimento flexível*”⁸¹⁵. Invoca, nessa linha, as respostas da perita a seus quesitos e atribui à concessionária o risco decorrente da opção pelo uso do CAP e, por conseguinte, pela variação do preço respectivo.

901. Fazendo referência a debates levados a efeito na audiência realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024, a REQUERIDA também busca demonstrar que a variação positiva do CAP efetivamente teria ocorrido após período da pandemia do Covid-19, argumentando as flutuações positivas ou negativas ocorridas em momento anterior deveriam ser consideradas “*ordinárias para o período de uma concessão de 30 anos*”⁸¹⁶.

902. Assim, informando que “*a variação extraordinária dos preços dos insumos asfálticos em virtude da Pandemia de Covid-19 é fator de reequilíbrio econômico-financeiro já reconhecido pela Requerida e que está sendo tratado administrativamente, seguindo a metodologia prevista na Resolução ANTT nº 5.954, de 04 de novembro de 2021*”, a REQUERIDA defende a improcedência do pedido formulado pela REQUERENTE.

903. Seja como for, para a hipótese de o Tribunal Arbitral deliberar pelo acolhimento do pedido da REQUERENTE, a REQUERIDA reitera que “*eventual reequilíbrio deve considerar apenas eventual flutuação extraordinária do CAP, eis que, repise-se, o risco está*

⁸¹⁴ Cf. item 303 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸¹⁵ Cf. item 304 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸¹⁶ Cf. item 343 das Alegações Finais da REQUERIDA.

*expressamente alocado à Requerente, bem como que incida sobre esses valores o desconto de 52%, por aplicação analógica do disposto no art. 14 do Decreto nº 7.983/2013*⁸¹⁷⁻⁸¹⁸.

XII.3.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

904. As partes controvertem nesta arbitragem a respeito do aumento extraordinário e imprevisível do preço dos insumos asfálticos.

905. Na visão da REQUERENTE, o CONTRATO DE CONCESSÃO previu um significativo volume de investimentos em obras de pavimentação, restauração e manutenção, demandando uso intensivo de insumos asfálticos como o CAP. Alega que houve um aumento extraordinário e imprevisível do preço do CAP em razão da mudança da política de preços ditada pela Petrobras, a justificar o enquadramento do risco assumido pela REQUERIDA nas cláusulas 21.2.4 e 21.2.21 do CONTRATO DE CONCESSÃO⁸¹⁹ e, ainda, com fundamento no disposto no artigo 65, II, d, da Lei Federal nº 8.666/1993.

906. A REQUERIDA, por sua vez, argumenta que o CONTRATO DE CONCESSÃO é claro em atribuir o risco de variação de preços superior ao índice de inflação eleito para o reajuste tarifário para a REQUERENTE, nos termos das cláusulas 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19⁸²⁰. Alega, ainda,

⁸¹⁷ Cf. item 330 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸¹⁸ Para a REQUERIDA, a *expert* não teria discriminado quais seriam efetivamente as parcelas extraordinária e ordinária da variação do aumento do preço dos insumos asfálticos, tendo calculado “*como valor do impacto 100% da diferença entre o IPCA e o preço ANP, de forma que o risco do preço do insumo está sendo alocado totalmente para o Poder Concedente, em sentido diametralmente oposto à matriz de riscos contratual*” (cf. item 337 das Alegações Finais da Requerida). Essa posição da *expert*, complementa aquela, teria sido mantida mesmo após a ANTT ter apresentado metodologia para a apuração da variação que efetivamente pode ser considerada extraordinária – a REQUERIDA propôs que se considerasse extraordinário “*somente aquilo que estivesse fora de 2 desvios-padrão a contar da média*” (cf. item 335 das Alegações Finais da Requerida). Além disso, a REQUERIDA critica o trabalho técnico, alegando que este não teria apurado se os “*atributos de intensidade, magnitude e perdurabilidade são verificados na variação dos preços do CAP, ora objeto de discussão*” (cf. item 206 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024).

⁸¹⁹ “21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...) 21.2.4 caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência; (...) 21.2.21 fato do príncipe ou fato da administração que provoque impacto econômico-financeiro no Contrato;” (cf. RTE-001).

⁸²⁰ “21.1. Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (...) 21.1.6 custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 21.2 abaixo; 21.1.7 custos para execução dos serviços previstos nas Frentes de Recuperação e Manutenção, Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, Conservação e Serviços Operacionais de todas as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço; (...)

que era possível prever a flutuação de preços dos insumos, dada a insustentabilidade da política de preços que estava sendo adotada pela Petrobras, além da circunstância de que outros insumos teriam variado abaixo do IPCA, também de intensa utilização no âmbito da concessão.

907. O Tribunal Arbitral examinou detidamente a matéria e constatou que a prova pericial trouxe elementos técnicos que permitem afirmar, juridicamente, que o aumento do CAP foi imprevisível e extraordinário.

908. De acordo com as conclusões da perícia, “os preços médios registrados após dez/14 eram improváveis, ou seja, com probabilidade de ocorrência significativamente baixa, inferior a 0,01% (SW-20)”⁸²¹. As tabelas n^{os} 13 e 22 ilustram o cálculo de probabilidade dos preços médios⁸²²⁻⁸²³:

Tabela 13 – Cálculo Probabilidade Preços Médios (após dez/14) – SW-20						
Item	CAP 30-45	CAP 50-70	CM-30	RR-1C	RR-2C	RC1C-E
Média antes nov/13 (M13)	0,90	0,92	1,51	0,76	0,83	1,15
DP antes nov/13 (DP13)	0,06	0,03	0,06	0,04	0,05	0,06
Média após dez/14 (M14)	2,21	2,21	3,44	1,76	1,84	2,22
z(M14) ^a	23,49	39,53	31,45	23,08	21,08	18,89
Prob (>M14) ^b	<0,01%	<0,01%	<0,01%	<0,01%	<0,01%	<0,01%

^a Considerado $z = (m14 - M13)/DP13$ e distribuição normal $N(M13, DP13)$ para preços dos insumos.

^b Para distribuição normal padrão $N(0,1)$.

909. Na resposta ao quesito n^o 87 da REQUERENTE, a empresa perita é categórica ao afirmar que “(i) um aumento (%) nos preços dos insumos como nos níveis praticados a partir de novembro de 2014 não eram usuais à época da apresentação das propostas; (ii) não foi observada, antes de novembro de 2014, uma variação (%) de preços nos insumos asfálticos em níveis semelhantes àqueles observados a partir desta data”⁸²⁴.

21.1.19 possibilidade de a inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa de Pedágio ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período;” (cf. RTE-001).

⁸²¹ Cf. item 139 do laudo pericial de 06.02.2023.

⁸²² Cf. laudo pericial de 06.02.2023, p. 60.

⁸²³ Cf. adendo ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito n^o 96 da REQUERENTE, p. 87-88.

⁸²⁴ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito n^o 87 da REQUERENTE, p. 81.

910. Nos esclarecimentos prestados em 20.12.2023, a perita reafirma a sua posição atestando que, *“pelos valores apresentados na tabela acima, observa-se que os preços médios registrados após 12/24 eram improváveis com probabilidade de ocorrência significativamente baixa, inferior a 1,0%”*⁸²⁵.

911. A empresa perita também concluiu, por ocasião da resposta ao quesito nº 83 da REQUERENTE, que *“a Petrobras é o principal produtor deste insumo (CAP) no Brasil e o seu preço está correlacionado com a política de preços da Petrobras”*⁸²⁶. E, ainda, na resposta ao quesito nº 85 da CONCEBRA, afirma a expert que, *“considerando a significativa participação da Petrobras no refino, e, conseqüentemente, na produção de insumos betuminosos no Brasil, pode-se afirmar que a Petrobras possui condições de influenciar nos preços destes produtos no mercado nacional”*⁸²⁷.

912. Note-se que a conclusão da empresa perita coincide com a posição adotada pelo TCU, conforme se afere do acórdão nº 1.604/2015 referido pela REQUERENTE nas suas Alegações Iniciais, quando aquele órgão de controle reconheceu que a elevação de preços do CAP foi imprevisível e anormal, representando mais do que 30% (trinta por cento) de acréscimo sobre os patamares anteriores. Ainda que o objeto ali analisado seja distinto – já que o TCU examinava contrato de empreitada – o racional é análogo, a saber, o imprevisível e anormal aumento do CAP. No referido julgado, o TCU também reconhece que a Petrobras atua na condição de reguladora dos preços do mercado de insumos asfálticos, em razão da sua condição monopolista⁸²⁸.

⁸²⁵ Cf. item 229 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

⁸²⁶ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 83 da REQUERENTE, p. 78.

⁸²⁷ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 85 da REQUERENTE, p.80.

⁸²⁸ “27. Não há controvérsia nos autos sobre a presença do primeiro requisito destacado no item 23 (fato imprevisível). Como é cediço, **a Petrobras, na condição de reguladora dos preços do mercado de insumos asfálticos, em vista de exercer papel monopolista** – v. cadeia de produção minuciosamente detalhada no relatório que acompanha o Acórdão 1.077/2008-TCU-Plenário –, comunicou ao DNIT, em duas ocasiões, **elevação de preços pontual, imprevisível e anormal, que, acumulada, representou mais de 30% de acréscimo sobre os patamares anteriores.**” (R-095; grifou-se)

913. O Tribunal Arbitral entende que não procede a alegação da REQUERIDA de que a divulgação pela Petrobras de diversos fatos relevantes em 2013⁸²⁹ afastaria a imprevisibilidade do aumento do CAP, eis que revelariam uma alteração da política de preços da Petrobras.

914. Em primeiro lugar, o próprio fato relevante de 29.11.23⁸³⁰ menciona como objetivo “alcançar, em prazo compatível, a convergência dos preços do Brasil com as referências internacionais”⁸³¹. Ao utilizar a expressão “prazo compatível”, a Petrobras não precisou com exatidão quando efetivamente iria começar a mudança da política de preços.

915. Em segundo lugar, ainda que diante da mudança da política de preços sinalizada pela Petrobras nos referidos fatos relevantes, seria tarefa complexa e não trivial⁸³² precificar o real impacto da possível elevação nas propostas econômicas dos licitantes.

916. Portanto, parece evidenciado neste caso específico, a partir da conclusão da prova pericial, a presença do requisito da imprevisibilidade.

917. Também o requisito da extraordinariedade parece bem demonstrado a partir das conclusões que esse Tribunal Arbitral extraiu da modelagem do CONTRATO DE CONCESSÃO e do próprio laudo pericial produzido nesta arbitragem.

918. Como restou demonstrado no laudo pericial, o reajuste dos insumos e dos custos da concessão encontram como principal indexador o Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, cuja variação é incorporada às tarifas de pedágio por meio da aplicação do Índice de Reajustamento – IRT⁸³³.

⁸²⁹ Cf. R-099, R-100 e R-101.

⁸³⁰ Cf. R-101.

⁸³¹ Cf. item 91 da Tréplica da REQUERIDA.

⁸³² Veja-se a afirmação da empresa perita: “Um importante elemento a ser observado na análise dos preços dos insumos asfálticos é a evolução dos preços do petróleo. Sendo sua principal matéria-prima, os preços dos insumos estão positivamente correlacionados com os preços do petróleo. Assim, uma análise completa sobre a evolução dos preços dos insumos asfálticos deve incorporar o impacto da evolução do preço do petróleo, sua principal matéria prima, sobre a sua variação ao longo do período.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 106 da REQUERENTE, p. 112)

⁸³³ Veja-se a afirmação da empresa perita: “Também é fato que a variação do IPCA é incorporada as tarifas de pedágio por meio da aplicação do Índice de Reajustamento – IRT, de forma a atualizar monetariamente o valor das receitas, compensando a Concessionária pelo aumento dos seus custos e promovendo a manutenção de sua rentabilidade.” (cf. item 153 do laudo pericial de 06.02.2023)

919. A adoção do IPCA como índice de recomposição das perdas inflacionárias no CONTRATO DE CONCESSÃO enseja questionamentos e apresenta desafios decorrentes, segundo a prova pericial produzida, do fato de este índice refletir cestas de produtos e serviços bastante distintos dos custos que normalmente oneram as concessões rodoviárias⁸³⁴.

920. De todo modo, segundo a empresa perita, “na média, apenas 22,5% das variações dos insumos asfálticos foram capturadas pela variação do IPCA e, portanto, considerado nos reajustes das tarifas de pedágio”⁸³⁵. Examinando a questão da eventual duplicidade entre o reequilíbrio pleiteado pela REQUERENTE, em decorrência do aumento dos custos dos insumos asfálticos, e o reajustamento tarifário, a expert, na resposta ao quesito 3.3 da REQUERIDA, demonstrou a proporção da variação dos insumos não capturada pelo IPCA⁸³⁶, conforme se vê da tabela nº 68⁸³⁷:

Tabela 68 – Proporção Variação Insumos não capturada pelo IPCA (SW-22) ⁵⁵							
Data	CAP 30-45	CAP 50-70	CM-30	RR-1C	RR-2C	RC1C-E	Média
IPCA	65,60%	65,60%	65,60%	65,60%	65,60%	65,60%	65,60%
Insumos	381,66%	351,72%	257,44%	336,97%	293,00%	205,75%	304,42%
% Capturado	17,19%	18,65%	25,48%	19,47%	22,39%	31,89%	22,51%
% Não Capturado	82,81%	81,35%	74,52%	80,53%	77,61%	68,11%	77,49%

921. A partir do cálculo elaborado e ainda na resposta ao quesito 3.3 da REQUERIDA, a empresa perita concluiu que “[...] em média, o índice IPCA não refletiu 77,49% das variações do preço dos insumos asfálticos no período”⁸³⁸.

922. Em termos concretos, significa dizer que o aumento do CAP não foi capturado pelo IPCA no expressivo percentual de 77,49% (setenta e sete vírgula quarenta e nove por cento),

⁸³⁴ Veja-se a afirmação da empresa perita: “A correção dos custos da concessão pelo índice IPCA não captura a variação dos preços dos insumos asfálticos. O IPCA é um índice apurado pela variação de uma cesta de produtos e serviços consumidos por um grupo de famílias que residem nas principais cidades brasileiras. A cesta dos produtos e serviços que compõem a base do IPCA é muito diferente da cesta de produtos e serviços consumidos pela concessão, devido à divergência entre a composição da cesta do IPCA e a estrutura de custos da concessão. Portanto, sempre haverá um item que não terá a sua variação devidamente capturada.” (cf. item 161 do laudo pericial de 06.02.2023)

⁸³⁵ Cf. item 158 do laudo pericial de 06.02.2023.

⁸³⁶ Cf. SW-022.

⁸³⁷ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, p. 248.

⁸³⁸ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 3.3 da REQUERIDA, p. 249.

não tendo sido compensado pelo reajuste contratual. Não houve, ainda, qualquer duplicidade no cálculo de reequilíbrio elaborado pela empresa perita, já que expurgado o percentual de 22,5% (vinte e dois e meio por cento) da variação do insumo capturada pelo IPCA e efetivamente considerada nos reajustes das tarifas de pedágio.

923. No entender do Tribunal Arbitral, no caso específico do CAP, uma variação na ordem de 77,49% (setenta e sete vírgula quarenta e nove por cento) parece escapar ao risco ordinário que pudesse ser enquadrada nas cláusulas 21.1.6, 21.7 ou 21.1.19 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

924. Ainda que o Tribunal Arbitral tenha afastado a incidência da teoria da imprevisão na fundamentação do capítulo XII.2 acima, no que concerne à flutuação negativa da demanda de tráfego nas rodovias – considerando que a maioria dos árbitros não vislumbrou ali extraordinariedade nos números apurados no trabalho pericial produzido nesta arbitragem, nem a produção de prova específica quanto ao impacto da flutuação no contrato –, mostra-se cabível a recomposição decorrente da materialização de risco extraordinário e desproporcional.

925. Mesmo o argumento invocado pela REQUERIDA⁸³⁹ de que outros contratos como o da ECOSUL⁸⁴⁰, que integravam a 1ª Etapa de Concessões do PROCROFE, teriam adotado opção regulatória de alocação de riscos distinta⁸⁴¹, não convence este Tribunal Arbitral, já que, conforme demonstrado no laudo pericial produzido neste procedimento, o aumento do CAP se deu em ambiente de imprevisibilidade e anormalidade.

926. Quando houver prova suficiente de que as circunstâncias econômicas foram abruptamente alteradas – e isso é ainda mais recorrente em contratos de longo prazo –, e sejam observados os demais requisitos previstos no ordenamento jurídico, é possível rever as bases inicialmente ajustadas, preservando o negócio jurídico celebrado, conforme assentado na

⁸³⁹ Cf. item 186 da Resposta da REQUERIDA às Alegações Iniciais.

⁸⁴⁰ R-057.

⁸⁴¹ Veja-se a cláusula do Contrato da ECOSUL invocada pela REQUERIDA para fins de comparação: “7.2. Sem prejuízo de outras hipóteses, a revisão da tarifa básica dar-se-á nos seguintes casos: (...) f) sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados pela CONTRATADA na definição dos encargos, desde que imprevisíveis e não atendidos ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos no CONTRATO, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes.” (cf. R-057).

jurisprudência pátria, inclusive para os contratos de concessão⁸⁴². A alocação de riscos não torna o contrato de concessão completamente imune à incidência da aplicação da teoria da imprevisão⁸⁴³ em hipóteses excepcionais, em que houver prova concreta e específica dos pressupostos à sua incidência.

927. No caso ora em exame, o Tribunal Arbitral considera que o aumento imprevisível e extraordinário do preço do CAP se enquadra na hipótese do artigo 65, II, “d” da Lei Federal nº 8.666/1993, norma que estava em vigor por ocasião da celebração do contrato de concessão celebrado entre as partes⁸⁴⁴.

928. No entender do Tribunal Arbitral, a prova pericial produzida possui elementos bastantes para que se conclua que o aumento do CAP configura risco extraordinário, na exata medida em que: (i) o aumento foi superveniente à apresentação das propostas econômicas e de natureza extracontratual; (ii) decorreu de uma elevação anormal, extraordinária do preço do CAP, em especial considerando a comparação com os preços então praticados; (iii) era impossível prever, à época da licitação e a partir dos preços então praticados, que o aumento do CAP pudesse atingir patamares tão elevados⁸⁴⁵.

⁸⁴² STJ, AgInt no AREsp nº 1.769.615, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 16.8.2021, DJe 31.8.2021.

⁸⁴³ “Embora aplicável a outros contratos administrativos, o terreno por excelência da teoria da imprevisão é a concessão do serviço público, cuja longa duração, associada à regra da continuidade do serviço, confere particular interesse à manutenção dinâmica do contrato.” (TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. Temas de Direito. Público. Vol. I, Renovar: 1997. p. 209)

⁸⁴⁴ “Neste particular, nem a Lei nº 8.987/95 nem a Lei nº 11.079/2004 trazem qualquer indicação acerca da tutela de riscos extracontratuais. Já a Lei nº 8.666/93, que tem aplicação subsidiária aos contratos concessionários, contém uma disciplina expressa sobre a questão, inscrita na alínea “d” do inc. II do art. 65, deslocando-se à Administração Pública os riscos atinentes à álea extraordinária e extracontratual. Neste particular, e como já anotei em outro estudo, o tratamento dispensado pela Lei nº 8.666/93 para a tutela de riscos extracontratuais (alínea “d” do inc. II do art. 65) não parece inconciliável com o modelo concessionário (...) Parece-me, portanto, que essa regra será perfeitamente aplicável aos contratos concessionários para hipóteses de riscos imprevisíveis e extracontratuais.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. *Tratado Do Equilíbrio Econômico-financeiro*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 109-110.)

⁸⁴⁵ Cabe consignar que a REQUERIDA não acolheu em sede administrativa a presença dos requisitos da extraordinariedade e imprevisibilidade dos preços dos insumos asfálticos, como sustenta a REQUERENTE, já que o Parecer 1.176/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (RTE-062), que entendeu pelo direito da REQUERENTE ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, não foi aprovado pelas Chefias Imediatas. Como anotou a REQUERIDA, a manifestação jurídica que prevaleceu foi o Parecer nº 1.365/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-025), que afastou o reequilíbrio nos contratos de concessão da 2ª e 3ª etapas do PROCROFE (Cf. item 328 das Alegações Finais da REQUERIDA).

929. Não abona o Tribunal Arbitral, ao menos quanto a este tópico específico, o argumento da REQUERIDA⁸⁴⁶ de que, em se tratando de um projeto de investimento de longo prazo, o concessionário haveria de considerar previamente todas as variações e flutuações de preço dos seus insumos, como é o caso do CAP.

930. O extenso prazo da concessão não é desconsiderado pelo Tribunal Arbitral no exame da aplicação da teoria da imprevisão – veja-se, a propósito, que o esse prazo foi ponderado para o alcance da conclusão constante do capítulo XII.2 *supra* de que a variação negativa de demanda não há de ser compreendida como extraordinária.

931. Não obstante, a extensão da avença não pode impedir em todo e qualquer caso a possibilidade de aplicação da revisão extraordinária nos contratos de concessão. Seria como admitir que todo e qualquer evento de desequilíbrio, por mais agudo que fosse, deveria aguardar o final da concessão para ser solucionado, inclusive aqueles favoráveis à Administração Pública. Tal expediente seria prejudicial para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, com risco de colocar a própria adequação do serviço ao usuário em xeque.

932. No caso do CAP, a prova pericial produzida permitiu ao Tribunal Arbitral aferir que o aumento foi considerável. A perita verificou o histórico anual das variações de preços dos insumos asfálticos desde o início da operação da concessão, tendo concluído na resposta ao quesito 3.5 da REQUERIDA que *“no período analisado, somente em dois anos (2017 e 2020), foram observadas variações negativas no preço dos insumos. Ou seja, somente nesses dois anos o valor desses insumos diminuiu. E quando analisamos a média acumulada desses dois anos, podemos perceber que temos um aumento na base de 300,62%, valor considerável”*⁸⁴⁷.

933. Sobre o valor apurado pela equipe perita, não cabe a incidência do desconto de 52% (cinquenta e dois por cento) ofertado pela REQUERENTE por ocasião da licitação, como sustenta a REQUERIDA ao invocar a aplicação analógica do disposto no artigo 14 do Decreto Federal nº 7.983/2013⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ Cf. item 191 da Resposta da REQUERIDA às Alegações Iniciais.

⁸⁴⁷ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 3.5 da REQUERIDA, p. 249-250.

⁸⁴⁸ Eis a redação do art. 14 do Decreto Federal nº 7.983/13. *“A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária”*.

934. O Decreto Federal nº 7.983/2013 não é aplicável aos contratos de concessão, limitando-se a estabelecer regras e critérios a serem seguidos por órgãos e entidades da Administração Pública Federal para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, conforme disciplina o seu artigo 1º⁸⁴⁹. A aplicação por analogia de uma norma elaborada a partir da racionalidade dos contratos de empreitada acarretaria uma insuperável distorção na lógica jurídica e econômica do CONTRATO DE CONCESSÃO.

935. Outro aspecto relevante a destacar é que a empresa perita constatou a efetiva aquisição dos insumos asfálticos por meio do levantamento das notas fiscais disponibilizadas pela REQUERENTE, afirmando nos esclarecimentos de 20.12.2023 que *“as NFs apresentam como destinatário/remetente a Requerente e considerando que ela só tem uma rodovia sob concessão (um centro de custos), concluímos que esses insumos foram utilizados na Concessão em questão”*⁸⁵⁰.

936. O Tribunal Arbitral entende que a comprovação por meio de notas fiscais, vinculada ao centro de custos da sua única rodovia sob concessão, é suficiente para demonstrar que a REQUERENTE efetivamente incorreu nos gastos do insumo e que a sua aplicação foi integralmente utilizada para o cumprimento das suas obrigações contratuais.

937. Também foi examinada pelo Tribunal Arbitral a alegação da REQUERIDA⁸⁵¹ de que existem outros insumos que são utilizados na concessão e que poderiam ter tido uma variação abaixo do IPCA, levando a uma necessária compensação da elevação do preço do CAP nos custos globais da concessão.

938. O raciocínio da REQUERIDA se apresenta correto, já que a variação dos insumos deve ser considerada globalmente e não isoladamente, sob pena de gerar uma distorção na própria

⁸⁴⁹ Confira-se a redação do art. 1º do Decreto Federal nº 7.983/13: *“Este Decreto estabelece regras e critérios a serem seguidos por órgãos e entidades da administração pública federal para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União”*.

⁸⁵⁰ Cf. item 232 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

⁸⁵¹ Cf. item 262 das Alegações Finais da REQUERIDA.

finalidade e aplicação da cláusula do reajuste; afinal, o seu objetivo é refletir o impacto da inflação nos custos de todos os insumos da operação⁸⁵².

939. Alega a REQUERIDA que ao tempo que os insumos asfálticos observaram um aumento superior ao índice inflacionário outros insumos teriam observado uma variação de preços inferior ao IPCA, como é o caso do aço e do cimento⁸⁵³. Pondera que esses dois insumos são extremamente relevantes no início da concessão, notadamente na execução das 11 (onze) praças de pedágio e 24 (vinte e quatro) postos de atendimento, obras que teriam demandado grande quantidade de aço e cimento.

940. Entretanto, ao examinar a variação de preços dos referidos insumos no período de dezembro/2014 a dezembro/2021, a *expert* alcançou conclusão diversa, como se vê da tabela nº 72 e resposta ao quesito 3.9⁸⁵⁴:

Tabela 72 – Variação de preços no período de dez/14 a dez/21 (SW-23)

Item		Var(%)
IPCA		50,75%
Cimento		53,15%
Aço		138,13%
Insumos	CAP 30-45	271,49%
	CAP 50-70	256,12%
	CAP 65-90	264,13%
	RC1C	155,58%
	RR1C	196,97%
	RR2C	176,22%
	CM-30	233,05%

941. A empresa perita concluiu que “na tabela acima podemos observar que o Cimento e o Aço passam a ter variação positiva no valor, em porcentagem considerável. E que todos os itens variaram bem acima que o IPCA (inflação) para o período analisado”⁸⁵⁵.

⁸⁵² Veja-se a afirmação da empresa perita: “Os custos de uma concessão são formados por uma cesta de produtos e serviços. No caso, os insumos asfálticos, destinados à construção e reforma da estrutura física, necessários para a prestação dos serviços de concessão. Assim, a análise pontual da variação de um item específico, no caso, os asfálticos, não devem ser avaliados de forma isolada. Ou seja, a análise adequada deve ser realizada sobre o conjunto de custos da concessão. Enquanto, em determinado período de tempo, usualmente no curso prazo, o aumento de preço de alguns itens pode ser compensado pela redução de outros e vice-versa.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 3.8 da REQUERIDA, p. 252).

⁸⁵³ Cf. R-059.

⁸⁵⁴ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 3.9 da REQUERIDA, p. 252-253.

⁸⁵⁵ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 3.9 da REQUERIDA, p. 253.

942. Portanto, ainda que correto o argumento da REQUERIDA de que o aumento do CAP deveria ser compensado com a eventual redução dos demais insumos que compõem os custos principais do CONTRATO DE CONCESSÃO, tal premissa não se confirmou no caso da variação do aço e do cimento, não tendo havido redução, mas variação acima do IPCA para o período analisado.

943. Também não procede a alegação da REQUERIDA de que a REQUERENTE poderia ter escolhido outra solução tecnológica. Sustenta aquela que a concessionária “*poderia optar em empregar Pavimento Rígido com o uso Concreto de Cimento Portland, solução esta que não emprega CAP, além de possuir custo de manutenção menos elevado que pavimento flexível*”⁸⁵⁶.

944. Como se sabe, os contratos de concessão contemporâneos são modelados para o atingimento de metas e resultados, com a fiscalização voltada ao atendimento dos parâmetros de desempenho. Confere-se ao concessionário margem de liberdade para escolha dos meios a serem empregados na concessão⁸⁵⁷.

945. Entretanto, essa liberdade conferida ao concessionário na escolha dos meios não pode acarretar como consequência uma blindagem sobre as superveniências ou vicissitudes extraordinárias que venham a incidir nos custos.

946. Ademais, caso a REQUERIDA entendesse que o pavimento rígido era uma solução mais eficiente e menos custosa do que o pavimento flexível, poderia ter feito essa exigência na modelagem da concessão, o que, contudo, não ocorreu.

947. Em outra perspectiva, não passou despercebido que apenas nas suas Alegações Finais a REQUERIDA sustenta que a variação extraordinária dos preços dos insumos teria ocorrido a partir do início do ano de 2020 e que tal período coincide com o da pandemia da Covid-19. Pondera

⁸⁵⁶ Cf. item 305 de suas Alegações Finais.

⁸⁵⁷ “[V]isto como uma atividade econômica de regime especial, o serviço público é explorado pelo concessionário com certa margem de liberdade que envolve desde a concepção e a estruturação dos seus investimentos (buscando otimizar seus custos e tornar o mais eficiente possível sua operação) até a maximização de suas receitas, inclusive mediante a obtenção de fontes ancilares.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do Direito Administrativo*. São Paulo: USP, 2013. p. 265)

que essa flutuação dos preços dos insumos asfálticos em virtude da pandemia é fator de reequilíbrio econômico-financeiro já reconhecido pela REQUERIDA e que está sendo examinado em sede administrativa⁸⁵⁸.

948. O Tribunal Arbitral anota que a suposta coincidência do aumento extraordinário dos insumos a partir da ocorrência da Pandemia da Covid-19 não foi aventada pela REQUERIDA no momento oportuno, não tendo sido objeto de qualquer quesitação específica na fase pericial.

949. Em audiência, realizada nos dias 11 e 12.06.2024, as partes chegaram a debater sobre a possibilidade de o aumento extraordinário dos insumos estar diretamente relacionado com a pandemia da Covid-19. Nessa oportunidade, a REQUERIDA reconheceu que a questão, ainda não exaurida administrativamente, pode ser objeto de um outro litígio, como é possível observar nas linhas 7173 a 7225 da transcrição da assentada⁸⁵⁹.

950. Ao não submeter a questão à perícia técnica, a REQUERIDA inviabilizou o pleno contraditório pela REQUERENTE sobre a extraordinariedade decorrente da pandemia de Covid-19. Ademais, uma vez que não houve reequilíbrio da questão controvertida administrativamente em razão da Pandemia de Covid-19, o pleito sobre a variação dos insumos asfálticos não se encontra prejudicado ou impactado, estando maduro para avaliação do Tribunal Arbitral dentro do que foi contraditado pelas partes no procedimento.

951. Em relação à quantificação dos impactos pela variação dos preços dos insumos asfálticos, a empresa perita adotou metodologia com dois cenários, sendo o cenário 1-B – quantidade apurada pelas notas fiscais mais o preço ANP e o cenário 2-B – quantidade apurada

⁸⁵⁸ Cf. item 344 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸⁵⁹ “Dr. Milton Gomes [Adv. Reqda.]: Nós temos a expectativa de antes da sentença, a gente ter concluído a metodologia de reequilíbrio em relação ao período de covid. Isso é um fato, mas não há como ter certeza ainda, por isso que eu fiz esse esclarecimento, essa metodologia está em desenvolvimento na agência. Dr. Maurício Portugal Ribeiro [Adv. Reqte.]: Senhor Presidente, só um esclarecimento sobre esse ponto, são eventos diferentes. Uma coisa é a variação do custo de insumos pela pandemia e pela guerra, que é o que está sendo tratado nesse processo administrativo. Outra coisa, é a variação que aconteceu a partir de 2014, portanto... Dr. Milton Gomes [Adv. Reqda.]: Isso. [...] Dr. Fernando Reis [Adv. Reqte.]: Só fazer um esclarecimento, eu acho que o procurador geral falou, mas esse reequilíbrio ainda não aconteceu. Então é só... Dr. José Dutra [Adv. Reqte.]: Acho que a metodologia não está ainda finalizada, não é? Dr. Milton Gomes [Adv. Reqda.]: Exatamente, está em desenvolvimento. Dr. José Dutra [Adv. Reqte.]: Não sabemos como virá. Dr. Fernando Reis [Adv. Reqte.]: Não sabemos. Dr. Milton Gomes [Adv. Reqda.]: Pode ser um outro litígio também. Dr. Fernando Reis [Adv. Reqte.]: Até em Arbitragem.” (cf. linhas 7172/7225 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024).

pelas notas fiscais mais o reajuste IPCA, como se vê nas Tabelas 22 e 23, alcançando o valor de R\$ 26.477.014,51 (vinte e seis milhões, quatrocentos e setenta e sete mil e quatorze reais e cinquenta e um centavos)⁸⁶⁰:

Tabela 22 – Valor Total: Cenário 1B x Cenário 2B (SW-25)⁵³		
Cenário	Valor Total	Metodologia
1B	R\$ 79.297.850,90	Quantidade mensal x Preços (ANP)
2B	R\$ 52.850.836,43	Quantidade x Preços (ANP) ajustados p/ IPCA

Tabela 23 – Diferença: Cenário 1B x Cenário 2B (SW-25)⁵⁴	
Cenário	Valor Total
1B	R\$ 79.297.850,90
2B	R\$ 52.850.836,43
Diferença (1B-2B)	R\$ 26.477.014,51

952. A *expert* anota no complemento ao laudo pericial que o somatório acima apresentado foi calculado com base em valores e em datas diferentes, tendo calculado a diferença a partir de valores deflacionados para a data-base de maio de 2012, conforme se vê da tabela 26⁸⁶¹:

Tabela 26 – Diferença Deflacionada: Cenário 1B x Cenário 2B – SW-60	
Cenário	Valor Total
1B (Deflacionado)	R\$ 56.408.083,62
2B (Deflacionado)	R\$ 38.464.531,19
Diferença (1B-2B)	R\$ 17.943.552,43

953. Em que pese os cálculos acima, o Tribunal Arbitral notou que a perita não atendeu ao pedido da REQUERIDA no sentido de demonstrar qual a parcela da diferença entre o IPCA e o preço ANP que seria efetivamente extraordinária, ou seja, qual flutuação estaria além do ordinário⁸⁶². De acordo com a empresa perita, a resposta exigiria que as flutuações sejam consideradas extraordinárias e que esta é uma questão de mérito⁸⁶³.

⁸⁶⁰ Cf. item 199 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

⁸⁶¹ Cf. item 218 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

⁸⁶² Cf. manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023, quesito complementar 12, “c”, p. 37.

⁸⁶³ Cf. esclarecimentos periciais de 20.12.2023, p. 188.

954. A esse respeito, o Tribunal Arbitral acolhe a tese da REQUERIDA de que a indenização deve considerar apenas a flutuação extraordinária dos insumos asfálticos, uma vez que o risco da variação ordinária dos insumos necessários à obra foi alocado expressamente à REQUERENTE⁸⁶⁴, conforme cláusulas 21.1.6, 21.1.7 e 21.1.19⁸⁶⁵ do CONTRATO DE CONCESSÃO.

955. Com efeito, a metodologia de cálculo utilizada pela empresa perita que chega ao valor total da diferença entre o IPCA e o preço ANP subverte a matriz de risco contratual, alocando todo o risco da variação à REQUERIDA.

956. Portanto, em face de todo o exposto, o Tribunal Arbitral acolhe o pedido formulado pela REQUERENTE no item 985, “iii”, das Alegações Iniciais, reconhecendo o direito da REQUERENTE de ser indenizada pelo aumento extraordinário dos insumos asfálticos até 18.03.2022, correspondente ao início da eficácia do 2º TERMO ADITIVO.

957. Diante disso, o Tribunal Arbitral determina que, em fase de liquidação de sentença, seja realizado cálculo da parcela extraordinária de aumento dos insumos asfálticos, descontada a variação ordinária.

958. No que diz respeito à metodologia a ser implementada para o desconto da variação ordinária, embora a REQUERIDA tenha proposto uma sugestão⁸⁶⁶, o Tribunal Arbitral entende que as partes não controverteram de forma suficiente sobre a forma de calcular a diferença entre a parcela extraordinária e a ordinária de variação dos custos, o que poderá ocorrer na fase de liquidação.

⁸⁶⁴ Cf. itens 330 a 339 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸⁶⁵ “21.1. Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (...) 21.1.6 custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 21.2 abaixo; 21.1.7 custos para execução dos serviços previstos nas Frentes de Recuperação e Manutenção, Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, Conservação e Serviços Operacionais de todas as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço; (...) 21.1.19 possibilidade de a inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa de Pedágio ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período;” (cf. RTE-001).

⁸⁶⁵ Cf. item 335 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁸⁶⁶ Cf. item 335 das Alegações Finais da REQUERIDA.

959. Conforme as razões explicitadas no capítulo XII.1 desta sentença, o Tribunal Arbitral não acolhe o pleito da REQUERENTE de reconhecimento do direito ao reequilíbrio pelo aumento extraordinário e imprevisível dos insumos asfálticos a partir de julho de 2022 até a extinção do CONTRATO DE CONCESSÃO, bem como, pelas mesmas razões, não acolhe o pleito da REQUERENTE para que a REQUERIDA seja condenada ao reequilíbrio periodicamente a partir da mesma metodologia utilizada pela empresa perita.

960. Por fim, o Tribunal Arbitral passa à análise do pedido do item 989 das Alegações Iniciais, por meio do qual a REQUERENTE pretende que o impacto deste evento, reconhecido como fator de desequilíbrio contratual suscetível de reequilíbrio pelo Tribunal Arbitral, repercuta no exercício do poder sancionatório, modulando o nível de descumprimento de suas obrigações contratuais.

961. A bem de ver, diferentemente de outros eventos que entende tenham causado o desequilíbrio contratual, quanto a este evento específico a REQUERENTE não reproduziu em suas Alegações Finais o pedido genérico do item 989 das Alegações Iniciais. Tampouco produziu prova documental no sentido de que a REQUERIDA tenha efetivamente exercido o seu poder sancionatório neste caso.

962. O Tribunal Arbitral, assim, julga improcedentes, por falta de prova, os pleitos formulados no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais, (i) de anulação das penalidades aplicadas, (ii) de extinção dos processos sancionatórios correlatos e (iii) de ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades em relação ao desequilíbrio decorrente do aumento do preço do CAP.

963. Por outro lado, como consequência do reconhecimento do evento de desequilíbrio associado ao aumento do preço do CAP, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais para determinar que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades que tenham como causa o evento apreciado neste capítulo da sentença arbitral.

XII.4. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DOS CUSTOS INCORRIDOS COM O CONTORNO DE GOIÂNIA – GO

964. Neste capítulo, o Tribunal Arbitral examinará o pedido de reconhecimento de desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência dos custos inerentes aos estudos, projetos e obras do Contorno de Goiânia – GO, que foi deduzido pela REQUERENTE no item 6.4.17, “VIII”, da ATA DE MISSÃO, sendo objeto do ponto controvertido constante do item 7, “iii”, da Ordem Processual nº 16.

965. As Alegações Iniciais da REQUERENTE delinearão os contornos do pedido da seguinte forma⁸⁶⁷:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]

- iv. O reconhecimento de que a Requerente foi obrigada, por alteração unilateral promovida pela Requerida, a elaborar estudos e projetos necessários à alteração unilateral, quantitativa e qualitativa, do trecho do contorno urbano de Goiânia, que a própria agência reguladora havia iniciado e aprovado pelas decisões já referidas de julho de 2016, e que a Requerente deve ser reequilibrada em relação às vultosas despesas para as providências determinadas, especialmente a contratação de consultoria especializada para elaboração do EVTEA e do projeto executivo*

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

966. Nos termos do item 6.4.19 da ATA DE MISSÃO e das Alegações Iniciais, em caso de extinção antecipada do CONTRATO DE CONCESSÃO, a REQUERENTE também pede que lhe seja reconhecido o direito à indenização ao correspondente do desequilíbrio em tela.

⁸⁶⁷ Cf. itens 985, “iv”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

967. Também aqui, a REQUERENTE pede, nos termos do item 989 das Alegações Iniciais, que, vindo a reconhecer o desequilíbrio contratual decorrente dos custos associados ao Contorno de Goiânia - GO, o Tribunal Arbitral (i) declare a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinga os correlatos processos administrativos sancionatórios; (iii) condene a REQUERIDA a ressarcir a CONCEBRA de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; e (iv) determine que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades que guardem conexão com o que é apreciado neste capítulo da sentença.

968. Antes de decidir o pedido, porém, o Tribunal Arbitral seguirá a mesma lógica de resumir os correlatos argumentos deduzidos pelas partes neste procedimento.

XII.4.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

969. A REQUERENTE busca o reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro administrativo do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência de alteração unilateral nos seus termos, que atribuiu àquela custos com projetos, estudos e obras que seriam realizadas no Contorno de Goiânia – GO.

970. Com efeito, segundo a REQUERENTE, o PER estabelecia ser o projeto do Contorno Viário de Goiânia uma obra obrigatória atribuída à concessionária. Originalmente, referida obra albergava a execução de 30 km (trinta quilômetros) de extensão em “Rodovia Classe 1-A”, mesma classificação da BR-153/GO, onde seria realizado o contorno viário.

971. A REQUERENTE afirma, contudo, que *“houve uma substancial mudança unilateral, por parte da Diretoria da ANTT, em relação ao que previa originalmente o PER”*⁸⁶⁸. Em termos quantitativos, a extensão do Contorno teria sido aumentada em aproximadamente 12 km (doze quilômetros), ao passo que, em termos qualitativos, teria sido estabelecida a *“alteração de Classe I-A (prevista para todo o PER) para Classe 0”*⁸⁶⁹.

⁸⁶⁸ Cf. item 660 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁸⁶⁹ Cf. item 660, “ii”, das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

972. Nos dizeres da REQUERENTE, “o histórico dessa alteração teve início com uma demanda formulada à ANTT por importantes lideranças políticas locais – Prefeituras dos municípios de Goiânia, Aparecida de Goiânia e Senador Canedo”⁸⁷⁰.

973. Instada pela REQUERIDA a promover a alteração do PER original com vistas ao atendimento da coletividade da região, a REQUERENTE narra ter diligentemente dado início às providências adequadas para executar a determinação.

974. Nesse contexto, prossegue, “após os trâmites regulatórios de praxe, em 7 de julho de 2016, por meio da Deliberação 180/2016 (RTE 77), a Diretoria da ANTT aprovou o Voto DSL 129/2016 (RTE 78) em sua reunião deliberativa, autorizando a mudança da classificação técnica do projeto de Classe I-A para Classe 0”⁸⁷¹. A REQUERENTE afirma que “essa autorização foi dada sob uma condição suspensiva ‘desde que seja apresentado AVTEA concluindo que a classificação técnica do Contorno Rodoviário de Goiânia, na BR-153/GO, como Classe 0 é mais vantajosa quando comparada à classificação como Classe I-A’ (art. 1º da Deliberação 180/16)”⁸⁷².

975. No entendimento da REQUERENTE, assim, desde julho de 2016 haveria manifestação formal da REQUERIDA reconhecendo o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO à vista da alteração unilateral do Contorno de Goiânia – GO. Até porque o art. 2º da Deliberação nº 180/2016, destacado pela REQUERENTE, determina à Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária (“SUINF”) “que considere os efeitos decorrentes da alteração no processo de revisão tarifária subsequente”⁸⁷³.

976. Dando sequência, a REQUERENTE aduz que, em 26.07.2016, a REQUERIDA teria publicado no Diário Oficial da União (“DOU”) a Resolução nº 5.142/2016⁸⁷⁴, por meio da qual aprovou a 1ª Revisão Ordinária, a 3ª Revisão Extraordinária e o reajuste da tarifa de pedágio

⁸⁷⁰ Cf. item 661 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁸⁷¹ Cf. item 663 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁸⁷² Cf. item 663 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁸⁷³ Cf. RTE-077.

⁸⁷⁴ Cf. RTE-069.

com algumas condições suspensivas em relação ao Contorno de Goiânia – GO⁸⁷⁵, quais sejam⁸⁷⁶:

“Art. 6º Condicionar a aplicação dos incisos II a V dos Arts. 1º e 5º, e inciso II do Art. 2º, às seguintes obrigações correspondentes: [...]”

II - Contorno Rodoviário de Goiânia/GO

a. Apresentação de EVTEA concluindo que a classificação técnica do Contorno Rodoviário de Goiânia, na BR-153/GO, como Classe 0 é mais vantajosa quando comparada à classificação como Classe I-A.

b. Análise e não objeção ao projeto executivo e respectivo orçamento;

c. Validação do critério para exclusão da obra do Contorno de Goiânia prevista no PER das BR-060/153/262/DF/GO/MG;

d. Comunicação prévia à entrada em vigência da nova Tarifa Básica do Pedágio ao Ministério dos Transportes e ao Ministério da Fazenda, com antecedência de 15 dias.”

977. A REQUERENTE narra que, após a aprovação da Resolução nº 5.142/2016, teria atuado de forma diligente, dando sequência às providências determinadas pela ANTT. Nessa linha, assevera que, *“em 8 de agosto de 2016, a Requerente submeteu o EVTEA à Requerida por meio da carta CNB-DIR 0655/2016 (RTE 079)”*⁸⁷⁷ e, *“em 15 de setembro de 2016, a Requerente submeteu o projeto executivo à Requerida por meio da Carta CNB DIR 0795/2016 (RTE080)”*⁸⁷⁸.

978. Conforme afirma a REQUERENTE, em 23.09.2016, o setor técnico competente da REQUERIDA teria informado sua concordância com o EVTEA submetido pela REQUERENTE⁸⁷⁹, por estar em consonância com as normas técnicas e diretrizes da ANTT⁸⁸⁰. Ou seja, na visão da CONCEBRA, a REQUERIDA teria chancelado a opção pela alteração qualitativa que muda a classificação da obra do Contorno de Goiânia de Classe I-A para Classe 0.

⁸⁷⁵ A REQUERENTE afirma que *“o histórico das análises técnica e econômica pode ser encontrada no Voto DSL 136/16 (RTE 68) que foi aprovado pela Diretoria da ANTT e deu origem à Resolução 5142/2016”* (cf. item 667 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

⁸⁷⁶ Cf. art. 6º da Resolução nº 5.142/2016; RTE-069.

⁸⁷⁷ Cf. item 668, “i”, das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁸⁷⁸ Cf. item 668, “ii”, das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁸⁷⁹ Cf. RTE-081.

⁸⁸⁰ De acordo com a REQUERENTE, *“em 27 de maio de 2019, a Diretoria da ANTT, por unanimidade, por meio da Deliberação 219/2019 (RTE088), revogou suas decisões anteriores: a Deliberação 180, de julho de 2016 (RTE 77), e trechos da Resolução 5.142, de julho de 2016 (RTE 69)”* (cf. item 677 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

979. Quanto ao projeto executivo solicitado pela ANTT, a REQUERIDA afirma ter dado prosseguimento à elaboração. Eis o seu relato⁸⁸¹:

“A Requerida prosseguiu na análise interna do outro documento, o Projeto Executivo. Houve durante meses uma troca de comunicações entre Requerente e Requerida para ajustes técnicos.

Por exemplo: em 16 de março de 2017, no Ofício 415/2017/GEPRO/SUINF (RTE 82), a Requerida solicitou à Requerente a reapresentação do projeto executivo de acordo com as observações técnicas do Parecer Técnico 266/2017/GEPRO/SUINF, de 16 de março de 2017 (RTE 83).

Menos de dois meses depois, em 11 de maio de 2017 a Requerida [REQUERENTE] atendeu à determinação da Requerente [REQUERIDA] e enviou por meio da carta CNB-DIR 1420-2017 (RTE 84) nova versão do projeto executivo, incorporando as observações da área técnica da Requerida.”

980. Apesar de sua postura, entretanto, afirma a REQUERENTE ter sido surpreendida com a informação de que a REQUERIDA havia suspenso a análise do projeto em função de processo administrativo em trâmite no TCU, sendo que, *“até então, não era de conhecimento da requerente o teor do Memorando Interno 04/2016/DG/ANTT, de 25 de abril de 2017 (RTE 85)”*⁸⁸².

981. A REQUERENTE afirma ter registrado na ocasião as despesas com as quais incorreu em relação ao EVTEA e ao projeto executivo do Contorno de Goiânia – GO, bem como que inseriu essa matéria como um pleito na proposta da 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária. O pleito, todavia, teria sido deferido apenas em parte, nos termos do Voto DSL 239/2018⁸⁸³ e da Deliberação nº 628/2018⁸⁸⁴, sem a implementação integral do reequilíbrio pleiteado.

982. Segundo a REQUERENTE, *“ao final do procedimento da 3ª. Revisão Ordinária combinada com a 7ª. Revisão Extraordinária, a requerida somente deferiu a compensação do equivalente a 50% do projeto executivo”*⁸⁸⁵.

⁸⁸¹ Cf. itens 670 a 672 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁸⁸² Cf. item 673 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁸⁸³ Cf. RTE-087.

⁸⁸⁴ Cf. RTE-031.

⁸⁸⁵ Cf. item 676 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

983. Com efeito, a REQUERENTE explica que a norma aplicável ao reequilíbrio em tela seria a Portaria SUINF nº 257/2016, como inclusive teria sido reconhecido pela REQUERIDA. Nos termos desse ato, prossegue, *“a metodologia para determinação do reequilíbrio devido é a seguinte: deve ser aplicado sobre o valor da obra previsto no projeto executivo algum dos percentuais revistos no Anexo I da referida Portaria (para cada faixa de valor de obra estimado, prevê-se um percentual específico a ser aplicado para se chegar ao valor do reequilíbrio)”*⁸⁸⁶.

984. Como a obra relativa ao projeto do contorno de Goiânia possuiria valor superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), a REQUERENTE explica que o percentual a ser aplicado seria o de 3,5% (três e meio por cento), o que representaria R\$ 20.811.309,03 (vinte milhões, oitocentos e onze mil trezentos e nove reais e três centavos), na data-base de novembro de 2016, que corresponde a R\$ 7.728.271,97 (sete milhões, setecentos e vinte e oito mil, duzentos e setenta e um reais e noventa e sete centavos), na data-base de maio de 2012.

985. Como antes mencionado, na via administrativa, a REQUERIDA teria se manifestado pelo reequilíbrio de 50% (cinquenta por cento) daquele valor, tendo isto sido feito *“mediante consideração desse valor no fluxo de caixa marginal da revisão tarifária que se promoveu na oportunidade”*⁸⁸⁷.

986. O percentual restante do reequilíbrio, complementa a REQUERENTE, *“seria efetuado quando o projeto fosse formalmente aprovado, ocasião em que seria possível ter, na versão final formal do projeto, o valor das obras sobre o qual se calcula o valor do reequilíbrio pelos custos com a contratação com o projeto executivo”*⁸⁸⁸.

987. Segundo a REQUERENTE, porém, a REQUERIDA teria paralisado a análise do projeto executivo, apesar de a concessionária ter promovido as revisões solicitadas pela agência reguladora.

⁸⁸⁶ Cf. item 211 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁸⁸⁷ Cf. item 213 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁸⁸⁸ Cf. item 213 das Alegações Finais da REQUERENTE.

988. Defende a REQUERENTE, assim, seu direito à recomposição dos valores integrais pelos prejuízos decorrentes da contratação de serviços especializados para a elaboração de EVTEA e projeto executivo relativos à alteração unilateral do PER (Contorno Viário de Goiânia).

989. Referido direito encontraria amparo no art. 9º, § 4º, da Lei Federal nº 8.987/1995, que dispõe que, havendo alteração unilateral do contrato que afete seu equilíbrio econômico-financeiro inicial, o Poder Concedente deve restabelecê-lo concomitantemente à alteração.

990. Para subsidiar seu pleito, a REQUERENTE também invoca a cláusula 21.2.13 do CONTRATO DE CONCESSÃO que “*prevê que as alterações unilaterais do PER no Contrato de Concessão por iniciativa do Poder Concedente se caracterizam como evento cujo risco é alocado ao Poder Concedente, ensejando reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária*”⁸⁸⁹.

991. A REQUERENTE ainda busca desmentir a afirmação da REQUERIDA nesta arbitragem de que aquela teria omitido em suas Alegações Iniciais a Deliberação nº 627/2016, que revogou a Deliberação nº 180/2016. Insiste ter feito referência ao ato na ocasião⁸⁹⁰.

992. Também registra a REQUERENTE ter ficado incontroverso, após a Resposta da REQUERIDA às Alegações Iniciais, o direito daquela de ter reequilibrado o CONTRATO DE CONCESSÃO, de forma integral, decorrente da elaboração do EVTEA e do projeto executivo do Contorno de Goiânia – GO.

993. De acordo com a REQUERENTE, não procederia a tese da REQUERIDA de que haveria pendências na entrega de documentos, relacionados ao EVTEA e ao projeto executivo, para a efetivação do reequilíbrio contratual pretendido. Em sua perspectiva:

⁸⁸⁹ Cf. item 657 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁸⁹⁰ Nas palavras da REQUERENTE: “*Percebe-se a leitura, no mínimo, pouco cuidadosa que a Requerida fez das Alegações Iniciais. Não faria o menor sentido a argumentação da Requerente omitir a decisão da ANTT de 2019 que revogou decisão anterior de 2016. Ao contrário, este é exatamente o ponto discutido: a inconsistência decisória, as idas e vindas da ANTT, verdadeiro imbróglio que revela ineficiência regulatória que implicou desperdício de tempo e de recursos na casa das duas dezenas de milhões de reais! Senão, vejamos o que a Requerente afirmou no parágrafo 677 das Alegações Iniciais: [...] A Deliberação 627/2019, reclamada pela Requerida nada mais é do que é a decisão da ANTT baseada integralmente no Voto 219/2019, que a Requerente fez sim juntar aos autos com suas Alegações Iniciais (RTE 88). Apenas houve o equívoco, no corpo do texto (acima transcrito), de denominar o ‘Voto’ de ‘Deliberação’ – equívoco meramente formal que em nada altera a substância: a revogação da Deliberação 180/2019: [...]*” (cf. itens 309 e 310 da Réplica da REQUERENTE).

- (i) não haveria nenhuma pendência;
- (ii) em 23.09.2016, a REQUERIDA já teria apresentado sua concordância com o EVTEA;
- (iii) o EVTEA seria um estudo que, lógica e tecnicamente, precede a autorização para a elaboração do projeto, sendo que, no caso, a REQUERIDA reconheceria que, após ter aprovado o EVTEA, teria autorizado sem ressalva a elaboração do projeto executivo – tanto que chegou a reequilibrar 50% (cinquenta por cento) do custo correspondente;
- (iv) careceria de sentido lógico, propósito prático e de harmonia com a boa-fé objetiva, a exigência da REQUERIDA de apresentação de um Termo de Referência retroativo para balizar a contratação de um EVTEA já aprovado, já contratado, já pago pela REQUERENTE, e que já deu origem a um projeto executivo; e
- (v) a recusa da REQUERIDA ao reembolso dos custos relativos à elaboração do EVTEA enseja enriquecimento indevido daquela, pois permite que a ANTT se aproprie de um produto de valor vultoso.

994. A REQUERENTE argumenta que *“não é razoável, nem legal, nem constitucional, muito menos exemplo de boa-fé objetiva, que uma Agência Reguladora, depois de ter autorizado a elaboração sabidamente custosa de um EVTEA e de um Projeto Executivo – algo da ordem de grandeza de duas dezenas de milhões de reais – , e depois de ter reconhecido expressamente o direito da Requerente, venha em seguida revogar sua decisão e insistir em pseudopendências burocráticas de enforcement retroativo para deixar para as calendas a justa indenização da concessionária”*⁸⁹¹.

995. Advoga, além disso, ser irrelevante a razão pela qual teria havido a revogação das decisões anteriores da Diretoria da ANTT acerca do contorno viário, visto que tal não decorreria de conduta da CONCEBRA, conforme se poderia depreender do documento acostado como RTE-219.

⁸⁹¹ Cf. item 325 da Réplica da REQUERENTE.

996. Nas suas palavras, *“a desistência superveniente do projeto, inclusive com revogação expressa de decisões anteriores da Diretoria Colegiada, foi conduta exclusiva da Requerida, dada a sua divergência com o Tribunal de Contas. Obviamente, não cabe a nenhuma concessionária de serviços públicos imiscuir-se em tal querela. Mas não é justo que ela sofra as consequências econômico-financeiras das mudanças abruptas de planejamento por conta de desentendimentos entre órgãos estatais”*⁸⁹².

997. A REQUERENTE afirma que, no curso da fase instrutória, a REQUERIDA teria apresentado nova argumentação distinta da submetida na fase postulatória, no sentido de que aquela deveria apresentar os comprovantes dos custos incorridos na elaboração do projeto executivo, com base em uma norma que não se encontrava em vigor à época. Quanto aos custos com a elaboração do EVTEA, a REQUERENTE diz que a REQUERIDA teria reiterado pela necessidade de apresentação de termo de referência de contratação do referido estudo previamente ao reequilíbrio contratual.

998. A REQUERENTE não concorda com as teses da REQUERIDA. Insiste que *“deve ser aplicado o regramento vigente à época dos fatos”*, não se podendo admitir *“que regulamento posterior afeto a tema de reequilíbrio econômico-financeiro, editado unilateralmente por uma das partes interessadas na disputa, possa se aplicar no lugar do regulamento que disciplinava os fatos na época em que eles ocorreram e que já foi aplicado pela própria Requerida na via administrativa para promover reequilíbrio parcial”*⁸⁹³.

999. A REQUERENTE aponta que a prova pericial produzida nesta arbitragem teria confirmado que a CONCEBRA *“revisou o projeto executivo de acordo com os comentários feitos pela ANTT, e que a falta de aprovação formal do referido projeto foi causada pela paralisação da ANTT”*⁸⁹⁴.

1000. Aponta a REQUERENTE que a perita nomeada nesta arbitragem teria também:

⁸⁹² Cf. item 174 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

⁸⁹³ Cf. item 237 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁸⁹⁴ Cf. item 222 das Alegações Finais da REQUERENTE.

- (i) apurado que a recomposição do sinalagma do CONTRATO DE CONCESSÃO em razão da elaboração do projeto executivo, na data-base de maio de 2012, seria de R\$ 7.728.271,91 (sete milhões, setecentos e vinte e oito mil, duzentos e setenta e um reais e noventa e um centavos), acrescido de R\$ 482.244,17 (quatrocentos e oitenta e dois mil, duzentos e quarenta e quatro reais e dezessete centavos) relativos aos custos administrativos, para a hipótese “*de o Tribunal Arbitral entender que o regramento que deve servir de base para mensurá-lo é aquele vigente à época do evento de desequilíbrio*”⁸⁹⁵⁻⁸⁹⁶; e
- (ii) manifestado entendimento de que seria “*dispensável a apresentação de termo de referência como requisito para a promoção do reequilíbrio, tendo em vista inclusive o fato de a Requerida ter aprovado o EVTEA na via administrativa*”⁸⁹⁷;

1001. Especificamente quanto ao EVTEA, a REQUERENTE ainda afirma que a perita teria incorrido em equívoco, particularmente ao não considerar a regra em vigor para a valoração do custo, que exigia apenas a apresentação de três propostas comerciais, que vieram de ser apresentadas nesta arbitragem no documento RTE-269⁸⁹⁸. Confira-se⁸⁹⁹:

“Ainda em relação ao EVTEA, há, porém, um equívoco na avaliação realizada pela Equipe Pericial que precisa ser esclarecido nestas Alegações Finais, de modo a se evitar o enriquecimento sem causa do poder público, que recebeu o EVTEA da Requerente, mas não

⁸⁹⁵ Cf. item 224 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁸⁹⁶ Sobre o fato de não competir à perita a definição do regramento a ser aplicado para fins de reequilíbrio, os assistentes técnicos da REQUERENTE fazem o seguinte registro: “*Em que pese a equipe pericial entender que o correto regramento a ser utilizado para o cálculo do reequilíbrio carece de determinação jurídica, cumpre expor que o laudo pericial corrobora o fato de que a Requerente demonstrou nos autos que não há nenhuma pendência de documentação de sua parte e que o regramento vigente à época dos fatos era da remuneração de projeto ser igual a 3,5% do preço de venda e, por isso, deve ser observada pelo Tribunal Arbitral neste caso.*” (cf. item 25 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 11.03.2024).

⁸⁹⁷ Cf. item 226 das Alegações Finais da REQUERENTE.

⁸⁹⁸ As propostas foram acostadas como anexos do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.03.2023, conforme se extrai da seguinte passagem: “*Adicionalmente, em relação ao reequilíbrio do valor do EVTEA, a perícia expõe que a Requerente apresentou três orçamentos, mas conclui que não foram apresentados documentos que comprovem os custos incorridos. Nesse sentido, frente a constatação por parte da equipe pericial da entrega do referido EVTEA, e de modo a permitir a avaliação e posterior validação da inclusão do valor referente a elaboração do EVTEA no reequilíbrio a que a Requerente faz jus, apresentam-se, anexos a esse parecer (Anexo I), os três orçamentos expostos no RTE-86, de modo que a perícia possa indicar o desequilíbrio econômico-financeiro (data base maio/2012) da Requerente em função da elaboração do EVTEA para o Contorno Rodoviário de Goiânia.*” (cf. item 40 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.03.2023).

⁸⁹⁹ Cf. item 229 a 234 das Alegações Finais da REQUERIDA.

promoveu o respectivo reequilíbrio econômico-financeiro de modo a compensar à Concessionária os custos de elaboração do referido estudo.

A regra vigente à época da contratação e entrega do EVTEA à ANTT (contida na Portaria 46/2014/SUINF/ANTT/MTPA), assim como a regra que a sucedeu (contida na Portaria 256/2016/SUINF/ANTT/MTPA) estabelece que o custo de elaboração do EVTEA deve ser definido pela menor cotação de mercado apresentada.

Durante os trabalhos periciais, os assistentes técnicos da Requerente apresentaram as propostas comerciais das três empresas com as quais cotou os custos para realização dos serviços, comprovando, como reconheceu a Equipe Pericial, ‘que a proposta da Tectran é a de menor valor dentre as três apresentadas, no valor de R\$ 490.000,00.’

A Equipe Pericial, contudo, afirmou que seria importante a apresentação, pela Requerente, dos custos efetivamente incorridos pela Concessionária na elaboração do EVTEA: ‘249. Porém, como afirmado pela Requerida, é importante que sejam apresentados os custos efetivamente incorridos pela Concessionária na elaboração do EVTEA. No entanto, não foram anexadas notas fiscais e/ou comprovantes de pagamento que comprovassem o custo incorrido de R\$ 490.000,00 para sua elaboração. Assim, sendo comprovados esses custos incorridos, a Requerida deveria reequilibrar esse valor’.

Este não é, porém, o meio previsto nos regulamentos da ANTT para definição do valor do custo de elaboração do EVTEA a ser considerado no reequilíbrio econômico-financeiro. Como visto, o valor a ser reequilibrado, segundo os regulamentos da ANTT aplicáveis, é o da menor cotação de mercado apresentada.

É de R\$ 490.000,00 (quatrocentos e noventa mil reais), portanto, o valor de contratação do EVTEA que deve ser considerado no reequilíbrio segundo as regras aplicáveis, por se tratar, conforme atestado pelos peritos, da menor cotação de mercado apresentada.”

1002. De outro lado, a REQUERENTE busca rebater as investidas da REQUERIDA contra o valor apurado pela perita como pendente de reequilíbrio, que se fundam nas teses de que não se poderia ter certeza sobre o valor da obra, já que o projeto executivo não foi aprovado e que o percentual previsto na Portaria SUINF nº 257/2016, aplicado na via administrativa e considerado pela perita, teve como referência a informação do EVTEA, podendo, assim, ser revisto, nos termos do art. 6º, § 2º, da mencionada Portaria.

1003. Invocando a nota técnica contida no documento RTE-152, a REQUERENTE afirma que o “reequilíbrio parcial promovido na via administrativa teve como base o valor da obra previsto no próprio projeto executivo. Trata-se, portanto, de valor assertivo, de modo que a conclusão externada pela Equipe Pericial no item ‘d’ do parágrafo 252 dos Esclarecimentos aos

Contralaudos não é, sob nenhuma perspectiva, ‘uma mera conjectura, desprovida de evidências’, como a Requerida quis fazer parecer”⁹⁰⁰.

1004. Isto seria corroborado, na visão dos assistentes técnicos da REQUERENTE, pela circunstância de ter a perita confirmado que não haveria questionamentos pendentes em relação ao EVTEA e ao projeto executivo. Nas suas palavras, *“admitir o contrário implicaria permitir que a Requerida pudesse deixar de cumprir com a obrigação de reequilibrar o valor remanescente utilizando o método de cálculo que ela própria já reconheceu, conforme restou consignado no laudo pericial”⁹⁰¹.*

1005. Do mesmo modo, a REQUERENTE refuta a alegação da REQUERIDA de que deveriam ser deduzidos do montante apurado para fins de reequilíbrio os valores decorrentes do cumprimento da obrigação originária de elaborar o projeto executivo com base na Classe IA da rodovia.

1006. Argumenta a REQUERENTE ter apresentado à REQUERIDA o anteprojeto baseado na Classe IA da rodovia, assim como o projeto executivo, nos termos de carta enviada em 21.12.2015.

1007. Ademais, continua a REQUERENTE, *“para o cálculo da tarifa cobrada dos usuários durante o período de relicitação, foi aplicado o Fator D pela não execução da obra do Contorno de Goiânia, de modo que as consequências econômico-financeiras da não realização desse investimento já foram efetivadas. Diante disso, não faz sentido descontar do montante a ser reequilibrado no presente caso valores relativos ao projeto do investimento original, cuja execução já levou ao desconto da tarifa cobrada atualmente pela concessionária”⁹⁰².*

1008. Dessa maneira, a REQUERENTE assim conclui em Alegações Finais:

“Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo que haja:

⁹⁰⁰ Cf. item 249 das Alegações Finais da REQUERENTE. Sobre o ponto, confirmam-se também os itens 85 e 86 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 26.04.2024.

⁹⁰¹ Cf. item 16 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE datado de 01.06.2023.

⁹⁰² Cf. item 255 das Alegações Finais da REQUERENTE.

- (i) *o reconhecimento do direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro no valor liquidado pela Equipe Pericial, de: (i) quanto ao projeto executivo, R\$ 7.728.271,91 (sete milhões setecentos e vinte e oito mil duzentos e setenta e um reais e noventa e um centavos) relativos ao custo do projeto, mais R\$ 482.244,17 (quatrocentos e oitenta e dois mil, duzentos e quarenta e quatro reais e dezessete centavos) relativos aos custos administrativos (ambos em data-base maio/2012), totalizando R\$ 8.210.516,14 (oito milhões duzentos e dez mil quinhentos e dezesseis reais e quatorze centavos) (data-base maio/2012); (2) com relação aos custos para elaboração do EVTEA, R\$ 490.000,00 (quatrocentos e noventa mil reais) (data-base =).*
- (ii) *a condenação da Requerida à realização do reequilíbrio econômico-financeiro no valor referido no item (i) acima, ou, caso extinta a concessão, a condenação da Requerida a indenizar a Concessionária no valor referido no item (i)."*

XII.4.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

1009. A REQUERIDA discorda do pedido da REQUERENTE de recomposição da equação econômico-financeira do CONTRATO DE CONCESSÃO em razão dos custos incorridos com o projeto executivo e com o EVTEA associados à alteração do Contorno de Goiânia – GO.

1010. Na sua ótica, a possibilidade de alteração na extensão do trecho do Contorno de Goiânia – GO já constava do PER, com previsão de aprovação do plano traçado pela ANTT e pelos municípios nos quais o contorno viário seria implantado. Para a REQUERIDA, o PER ainda traria metodologia para o cálculo das metas de duplicação, conforme se poderia verificar de seu item 3.2.2.1.⁹⁰³

1011. Com efeito, a extensão descrita no PER constituiria mera previsão, sendo que apenas após a elaboração do projeto executivo e demais estudos pertinentes – inclusive ambientais, cuja elaboração também já estaria contemplada no PER – seria possível a definição do traçado e da extensão definitiva do contorno viário.⁹⁰⁴

1012. A REQUERIDA prossegue esclarecendo que, exatamente por existir essa possibilidade, a cláusula 10.3.3, “i”, do CONTRATO DE CONCESSÃO teria previsto procedimentos e regras para a

⁹⁰³ Cf. item 204 da Resposta da REQUERIDA.

⁹⁰⁴ Cf. item 207 da Resposta da REQUERIDA.

promoção do reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da alteração da extensão do contorno inicialmente prevista no PER.⁹⁰⁵

1013. Nessa esteira, aduz: “ao contrário do que tenta fazer parecer, não era novidade alguma para a Concessionária a possibilidade de adequações no Contorno Rodoviário de Goiânia”⁹⁰⁶.

1014. A REQUERIDA relata que, “após a conclusão dos projetos e estudos de viabilidade, chegou-se ao traçado definitivo do Contorno, nos exatos termos previstos no Contrato, e em 18/09/2014 foi assinada, pelos municípios afetados e pela Agência, a Declaração de Anuência ao traçado”⁹⁰⁷. Ato seguinte, continua:

- (i) em 22.06.2015, a REQUERENTE teria encaminhado o anteprojeto do Contorno para análise da REQUERIDA⁹⁰⁸, que veio a ser aprovado por meio do Ofício nº450/2015/GEPRO/SUINF, de 20.07.2015⁹⁰⁹;
- (ii) em 09.12.2015, a REQUERENTE teria apresentado carta⁹¹⁰ expondo argumentos que considerava importantes para a tomada da decisão correta sobre o contorno viário, dentre os quais constava o de que “o contorno de Goiânia deveria ser executado no padrão Classe Especial”⁹¹¹; e
- (iii) em 28.06.2016, por meio de nova missiva⁹¹², a REQUERENTE teria reforçado entendimento a respeito da necessidade em relação à decisão administrativa para classe 0 do Contorno de Goiânia – GO.

1015. Essa cronologia dos fatos, argumenta a REQUERIDA, demonstraria que a proposta de alteração não teria sido por ela demandada de forma unilateral. Noutros termos, argumenta que “o que ocorreu, isto sim, foi uma alteração proposta pela própria concessionária, que registrou

⁹⁰⁵ Cf. item 206 da Resposta da REQUERIDA.

⁹⁰⁶ Cf. item 205 da Resposta da REQUERIDA.

⁹⁰⁷ Cf. item 209 da Resposta da REQUERIDA.

⁹⁰⁸ Cf. R-060.

⁹⁰⁹ Cf. R-061.

⁹¹⁰ Cf. R-062.

⁹¹¹ Cf. item 211 da Resposta da REQUERIDA.

⁹¹² Cf. R-063.

entendimento expresso no sentido da necessidade de tal mudança, conforme exposto nos documentos citados e, sobretudo, conforme possibilidade prevista expressamente no Contrato”⁹¹³.

1016. Afirma a REQUERIDA que, mesmo sem ter se manifestado formalmente sobre a proposta de alteração do contorno viário, em 21.12.2015, a REQUERENTE teria (i) encaminhado o projeto executivo desenvolvido de acordo com as condições estipuladas no PER, com 30 km (trinta quilômetros) de extensão, início e final nos locais previstos, com diretriz predefinida classificada como Classe I-A; e (ii) informado que seria submetido o projeto executivo da nova diretriz do contorno até janeiro de 2016.⁹¹⁴

1017. Destaca a REQUERIDA que sua área técnica sempre teria se manifestado no sentido de que a Classe I-A atende à necessidade operacional e de demanda de tráfego do Contorno de Goiânia – GO⁹¹⁵.

1018. Nessa ordem de ideias, para ela, *“a afirmação da Requerente de que ‘esses custos não foram gerados por conduta imputável à Requerente. Ao contrário, foram-lhe impostos de forma unilateral, como até aqui narrado com absoluta objetividade, pela Requerida’, constitui-se em argumento absolutamente improcedente e falacioso*”⁹¹⁶.

1019. Sem embargo dessa argumentação, a REQUERIDA reconhece que sua Diretoria Colegiada *“chegou a publicar a Deliberação nº 180, de 07 de julho de 2016 (R-68), condicionando a aprovação dessa alteração à aprovação de EVTEA que concluísse pela vantajosidade da classificação técnica do Contorno Rodoviário de Goiânia como Classe 0 quando comparada à classificação como Classe I-A*”⁹¹⁷. Ocorre que, segundo a REQUERIDA⁹¹⁸:

“[...] após a Deliberação, a área técnica da Agência apresentou objeção aos Projeto Executivos encaminhados pela Concessionárias em 2 oportunidades: em 21/10/2016, por meio do Parecer

⁹¹³ Cf. item 214 da Resposta da REQUERIDA.

⁹¹⁴ Cf. R-064.

⁹¹⁵ Cf. R-065, R-066 e R-067.

⁹¹⁶ Cf. item 217 da Resposta da REQUERIDA.

⁹¹⁷ Cf. item 218 da Resposta da REQUERIDA.

⁹¹⁸ Cf. itens 219 a 224 da Resposta da REQUERIDA.

Técnico nº 1423/2016/GEPRO/SUINF (R-68) e em 16/03/2017, por meio do Parecer Técnico nº 266/2017/GEPRO/SUINF (R-70).

Via de consequência, em 25/04/2017, a Diretoria Geral da ANTT encaminhou o Memorando nº 04/2017/DG/ANTT (R-71), suspendendo os processos relacionados à alteração da classe do Contorno até que a questão fosse apreciada pelo TCU no âmbito da TC 036.417/2016-5, com vistas a obter maior segurança na análise do assunto.

No bojo da mencionada Tomada de Contas, foi lavrada Instrução Técnica da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária de Aviação Civil (R-72) , fixando entendimento no sentido da existência de irregularidades relacionadas à inclusão de novas obras no contrato de concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG.

Assim que tomou conhecimento do teor das manifestações do TCU, a Diretoria Colegiada da Agência, por meio da Deliberação nº 627, de 04 de junho de 2019 (R-74), decidiu por revogar a Deliberação nº 180/2016 (R-68), assim como incisos da Resolução ANTT nº 5.142, de 15 de julho de 2016 (R-76), que tratou das condições para inclusão dos investimentos referentes ao também Contorno de Goiânia.

A motivação para a revogação dos referidos dispositivos considerou não só a posição do TCU, mas também o entendimento fixado pela PF-ANTT no Parecer nº 01875/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (R-77), que discordou da Revisão Extraordinária, inclusive citando posição já manifestada anteriormente, quando da prolação do Parecer nº 01341/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (R-77).

Assim, concluiu a Agência que, como não houve concordância da Procuradoria em relação à Revisão Extraordinária, em razão de ainda persistirem as fragilidades quanto à motivação para alteração da classe da rodovia do Contorno de Goiânia, a revogação da Deliberação n.º 180/2016, com retomada da classe original, seria medida inafastável.”

1020. A REQUERIDA critica a REQUERENTE por apenas mencionar a Deliberação nº 180/2016, que aprovou a alteração do Contorno de Goiânia – GO, omitindo que tal ato foi revogado pela Deliberação nº 627/2019, justamente por análises contrárias à mudança da classificação. Registra também que a tomada de contas nº 036.417/2016 teria culminado no Acórdão nº 2934-TCU-Plenário, que teria determinado, entre outros, a adoção de medidas administrativas para exigir da concessionária o cumprimento do contrato no que tange a implantação do Contorno de Goiânia, consubstanciado na elaboração de projeto executivo de classe I-A. Essas circunstâncias, na sua visão, fragilizariam o pleito.

1021. Seja como for, em que pese entender não ter ocorrido alteração unilateral do CONTRATO DE CONCESSÃO e dispor de fundamentos para a revogação nas mudanças propostas, a REQUERIDA afirma ter reconhecido, “no mérito, a necessidade de reequilíbrio do contrato de

concessão em decorrência da elaboração do projeto executivo e EVTEA do Contorno de Goiânia, com vistas à alteração da Classe I-A para a Classe 0”⁹¹⁹.

1022. Segundo a REQUERIDA, tal “*não se deu por ter havido solicitação de alteração unilateral do Poder Concedente, como alegado pela Requerente, mas sim, porque a ANTT reconhece que autorizou a elaboração dos dois documentos*”⁹²⁰.

1023. A REQUERIDA, no entanto, afirma que as partes não concordam com o valor a ser considerado para o reequilíbrio.

1024. Com efeito, a REQUERENTE teria solicitado a recomposição dos custos com a elaboração do projeto executivo e do EVTEA do Contorno de Goiânia – GO respectivamente nos valores de R\$ 20.811.309,03 (vinte milhões, oitocentos e onze mil, trezentos e nove reais e três centavos) e R\$ 490.000,00 (quatrocentos e noventa mil reais), ambos com data-base de novembro de 2016.

1025. Contudo, em relação à elaboração do EVTEA, a REQUERIDA argumenta que a REQUERENTE não teria apresentado o termo de referência detalhado, que seria condição necessária para analisar os custos despendidos, conforme regramento disposto na Portaria SUINF nº256/2016⁹²¹.

1026. E, quanto ao projeto executivo, afirma a REQUERIDA o seguinte⁹²²:

“[...] a Portaria SUINF nº 257/2016 (R-82), é o normativo da ANTT que estabelece a sistemática para o processo de autorização e definição dos respectivos custos para sua elaboração relativamente a obras não previstas contratualmente. No caso do Projeto Executivo, já houve reequilíbrio equivalente a 50% (cinquenta por cento) do orçamento da obra apresentado pela concessionária. No entanto, o ajuste do valor final só poderá ser realizado quando a análise do projeto for concluída e o projeto executivo aprovado.

⁹¹⁹ Cf. item 227 da Resposta da REQUERIDA. Em Alegações Finais, a REQUERIDA anda reiterou que “*entende que, ainda que a obra do contorno de Goiânia não seja realizada em razão do TA da Relicitação, é devido o reequilíbrio dos gastos incorridos pela Concessionária*” (cf. item 349 das Alegações Finais da REQUERIDA).

⁹²⁰ Cf. item 228 da Resposta da REQUERIDA.

⁹²¹ Cf. R-81.

⁹²² Cf. itens 232 e 233 da Resposta da REQUERIDA.

Das últimas análises verificadas, constatou-se a necessidade de atendimento aos quesitos da Portaria SUINF nº 257/2016, cuja ausência compromete a continuidade da avaliação - razão pela qual o referido projeto executivo ainda não foi aceito pela ANTT, impedindo, no momento, que a Agência promova o respectivo reequilíbrio de 100% (cem por cento) do valor do projeto executivo.”

1027. A REQUERIDA ainda afirma que poderia, como de fato fez, revogar a Deliberação nº 180/2016, visto que *“a Administração Pública tem a prerrogativa de anular/revogar seus atos quando eivados de ilegalidade ou por conveniência e oportunidade, devendo sempre justificar a sua decisão”*⁹²³.

1028. E, na hipótese, destaca que a *“edição da Deliberação n.º 627/2019 (R-79) que revogou a Deliberação n.º 180/2016 (R-68) e trechos da Resolução n.º 5.142/2016 (R-76) foi devidamente motivada pelo acolhimento pela Diretoria da Agência dos indícios de irregularidades verificados pela SeinfraRodoviaAviação (R- 72), pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União – MP-TCU (R-109), posteriormente, reconhecido pelo Acórdão n.º 2.934/2019-TCU- Plenário (R-79)”*⁹²⁴.

1029. Esclarece que, não obstante a opção por não implantar o Contorno de Goiânia-GO, considerando a Classe 0, remanesce estabelecer o valor do equilíbrio relacionado aos custos em que a REQUERENTE incorreu para elaborar o EVTEA e o projeto executivo desta obra que não será mais executada. Tanto que *“o reequilíbrio foi provisoriamente realizado, estando pendente a análise do valor definitivo”*⁹²⁵.

1030. Assim, a REQUERIDA entende que o pleito da REQUERENTE deve ser julgado improcedente – *“na medida em que não há decisão definitiva desta Agência em relação aos valores da elaboração do EVTEA e Projeto Executivo, do Contorno de Goiânia considerando*

⁹²³ Cf. item 121 da Tréplica da REQUERIDA.

⁹²⁴ Cf. item 122 da Tréplica da REQUERIDA.

⁹²⁵ Cf. item 126 da Tréplica da REQUERIDA.

a Classe 0”⁹²⁶⁻⁹²⁷ – ou, subsidiariamente, que “o valor eventualmente devido se limite exclusivamente aos custos incorridos e devidamente comprovados”⁹²⁸.

1031. Para a REQUERIDA, a REQUERENTE estaria a se recusar a enviar a documentação solicitada na via administrativa, sob a justificativa de o tema estar sendo tratado no âmbito desta arbitragem, de forma que o “comportamento omissivo da própria CONCEBRA”⁹²⁹ vem impedindo a ANTT de promover o reequilíbrio contratual.

1032. No curso da fase instrutória, a REQUERIDA apresentou argumentação pela “necessidade de apresentação dos custos efetivamente incorridos pela Concessionária na elaboração do EVTEA e do projeto executivo para a construção do Contorno de Goiânia na Classe 0”⁹³⁰.

1033. Em sua perspectiva, as Portarias SUINF nºs 46/2014 e 257/2016 definem custos de projeto com bases em índices referenciais variáveis aplicados sobre o valor da obra. E, no caso, como a suspensão da análise do projeto executivo na via administrativa importou na ausência de conclusão sobre a adequação técnica do projeto e o orçamento, o valor da obra seria incerto, impossibilitando aferir qual seria a base de incidência dos referenciais para a precificação do projeto executivo.

1034. Nessa ordem de ideias, a REQUERIDA defende “a impossibilidade de se aplicar a Portaria SUINF nº46/2014, de 20/03/2014, e a Portaria SUINF nº 257/2016, de

⁹²⁶ Cf. item 127 da Tréplica da REQUERIDA.

⁹²⁷ A propósito do documento acostado como RTE-217 pela REQUERENTE, a REQUERIDA reitera que “promoverá o reequilíbrio contratual decorrente dos custos em que a Requerente incorreu para elaborar o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental - EVTEA e o projeto executivo da referida obra, de maneira definitiva, razão pela qual a apresentação do documento é desnecessária, permanecendo vigente a obrigação contratual nos termos do PER” (cf. item 5 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021). De outro lado, quanto ao RTE-218, a REQUERIDA aduz que “o documento em nada inova quanto ao já afirmado, no sentido de que cabe o reequilíbrio econômico apenas para suprir os custos incorridos na elaboração pretérita do EVTEA e do projeto executivo do Contorno de Goiânia, considerando a Classe 0, tendo em conta ter autorizado a sua elaboração” (cf. item 7 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021).

⁹²⁸ Cf. item 128 da Tréplica da REQUERIDA.

⁹²⁹ Cf. item 12 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

⁹³⁰ Cf. item 176 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

08/12/2016”⁹³¹, sendo “*necessário recorrer a outros dispositivos do ordenamento jurídico vigente*”⁹³².

1035. Invoca, assim, a necessidade de aplicação do art. 944 do Código Civil e a cláusula 34.2.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO, para defender que o reequilíbrio em favor da REQUERENTE há de se dar “*no limite dos danos efetivos*”⁹³³, sob pena de enriquecimento sem causa, sendo esse inclusive o entendimento aplicado pela ANTT “*em todas as concessões reguladas pela Requerida*”⁹³⁴, conforme se poderia verificar do parecer acostado como R-146.

1036. A REQUERIDA informa que a perícia produzida nesta arbitragem, ao final, teria constatado que a ANTT já teria reequilibrado metade do valor do projeto executivo na via administrativa e que, caso o Tribunal Arbitral decida por acolher o pleito da REQUERENTE, o valor pendente de recomposição seria de R\$ 7.728.278,91 (sete milhões, setecentos e vinte e oito mil, duzentos e setenta e um reais e noventa e um centavos), relativos ao custo do projeto, e de R\$ 482.244,17 (quatrocentos e oitenta e dois mil, duzentos e quarenta e quatro reais e dezessete centavos).

1037. A prova técnica, não obstante, teria apontado para a existência da posição da REQUERIDA de que o reequilíbrio não poderia ser realizado com base na estimativa do valor da obra prevista no projeto, sendo necessária “*a efetiva demonstração dos custos incorridos, o que não ocorreu, em virtude da não finalização do projeto executivo*”⁹³⁵.

1038. Assim, complementa a REQUERIDA, a perícia aduz não caber a ela definir “*qual regramento que deveria ser utilizado, ‘se o valor correto a ser reembolsado pela ANTT deve ser (i) calculado a partir do valor da obra ou se (ii) a partir de prestação de contas através da apresentação de comprovantes de pagamento*”⁹³⁶.

⁹³¹ Cf. item 294 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

⁹³² Cf. item 294 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

⁹³³ Cf. item 295 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

⁹³⁴ Cf. item 36 da manifestação da REQUERIDA de 26.04.2024.

⁹³⁵ Cf. item 248 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

⁹³⁶ Cf. item 354 das Alegações Finais da REQUERIDA.

1039. Nesse sentido, a REQUERIDA reitera a ausência de demonstração, pela REQUERENTE “*dos custos incorridos na elaboração do projeto executivo e do EVTEA*”⁹³⁷, o que conduziria à improcedência do pleito, à luz do regramento por aquela defendido.

1040. Afirma ainda que, “*mesmo se possível fosse aplicar os ditames da Portaria SUINF nº 46/2014, de 20/03/2014, e da Portaria SUINF nº 257/2016, de 08/12/2016, os documentos juntados [pela REQUERENTE] como Anexo I ao Parecer Técnico – Laudo pericial de engenharia não seriam suficientes, eis que ainda restaria ausente o termo de referência outrora exigido pela Requerida, quando ainda vislumbrava a aprovação do projeto executivo e também da obra respectiva*”^{938, 939}.

1041. Também de acordo com a REQUERIDA, a perícia teria desconsiderado as citadas Portarias, que contêm regras sobre a forma de remuneração do projeto executivo e custos administrativos, dispõem que os valores adiantados à concessionária quando da análise inicial do pleito administrativo deveriam ser revistos por ocasião da definição dos valores reais da obra, “*haja vista se tratar de mera estimativa de valor utilizada para fins de reequilíbrio inicial do contrato de concessão*”⁹⁴⁰.

1042. Com efeito, a perícia teria partido da premissa de que, “*se a estimativa de remuneração do projeto executivo prevista no EVTEA era de R\$ 15.456.543,82 e ANTT adiantou 50% logo o valor restante a ser reequilibrado será de R\$ 7.728.271,91*”⁹⁴¹. Não obstante, considerando que a Portaria SUINF nº 257/2016 teria estabelecido que os valores adiantados à REQUERENTE a título de projeto executivo e custos administrativos deveriam ser revistos quando da definição dos valores reais da obra, o valor final a ser reequilibrado “*inclusive pode ser negativo*”⁹⁴²,

⁹³⁷ Cf. item 356 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁹³⁸ Cf. item 297 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2024.

⁹³⁹ A propósito do termo de referência solicitado pela REQUERIDA, a REQUERENTE argumenta que o custo de elaboração do EVTEA deve ser definido pela menor cotação de mercado apresentada. Nesse contexto, apresentou no RTE-269 três propostas comerciais para a elaboração do aludido documento. Sobre o RTE-269, a REQUERIDA assim se pronunciou: “*Das informações apresentadas, registra-se que não foram anexados documentos comprobatórios quanto a empresa efetivamente contratada pela Concessionária para elaboração do EVTEA, tampouco apresentação do Termo de Referência encaminhado às empresas, além da ausência de notas fiscais e comprovantes de pagamento, que demonstre o real dispêndio incorrido pela Concessionária*” (cf. item 109 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023).

⁹⁴⁰ Cf. item 360 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁹⁴¹ Cf. item 268 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

⁹⁴² Cf. item 361 das Alegações Finais da REQUERIDA.

considerando que a REQUERENTE não comprovou os custos incorridos com esses documentos – “*fato reconhecido pela perícia*”⁹⁴³.

1043. A REQUERIDA ainda aduz que “*dos eventuais custos que supostamente viessem a ser demonstrados [pela REQUERENTE] deveram ser deduzidos (i) aqueles que decorreriam do cumprimento da obrigação originária, consistente na elaboração de projeto executivo baseado na Classe IA da rodovia, e também (ii) valores repassados à Requerente, na esfera administrativa, a título de antecipação do pagamento do projeto executivo*”⁹⁴⁴.

1044. Desse modo, a REQUERIDA conclui nos seguintes termos em Alegações Finais⁹⁴⁵:

“Assim, reitera-se que, dadas as condições de impossibilidade de análise final e conclusiva do projeto executivo, bem como ausência de documentos que permitam demonstrar os gastos efetivamente despendidos com a elaboração do projeto executivo, não há que se falar em reequilíbrio de eventual valor restante, devendo ser julgado improcedente o pleito da Requerente. Ademais, o valor final da obra permanece incerto, impossibilitando, portanto, o cálculo do percentual de 3.5 para remuneração do projeto executivo.

Contudo, cabe pontuar, por derradeiro, que caso este Tribunal Arbitral julgue procedente o pedido da Requerente, tem-se que todo o suposto impacto teria ocorrido antes da data de vigência do TA de Relicitação. Desta forma, compreende-se que a limitação temporal estabelecida pela Cláusula 16.3 do 2º TA ao Contrato de Concessão não teria o condão de impactar o presente pleito.”

XII.4.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

1045. As partes controvertem acerca do valor a ser considerado para o reequilíbrio em decorrência da elaboração de projeto executivo e EVTEA do Contorno de Goiânia – GO⁹⁴⁶, com vistas à alteração da Classe I-A para a Classe 0.

1046. A REQUERENTE alega que a questão sobre a alteração no Contorno de Goiânia teria se iniciado a partir de demanda formulada à ANTT por lideranças políticas locais – Prefeitos dos

⁹⁴³ Cf. item 265 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

⁹⁴⁴ Cf. item 299 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

⁹⁴⁵ Cf. itens 364 e 365 das Alegações Finais da REQUERIDA.

⁹⁴⁶ “O Contorno de Goiânia é um trecho que faz parte da rodovia BR-153/GO entre BR-153 km 519 e BR-153/060 Km 482/132, com extensão total de 30 km.” (Cf. item 176 do laudo pericial de 06.02.2023).

Municípios de Goiânia, Aparecida de Goiânia, e Senador Canedo⁹⁴⁷. Na Carta 50500.382317/2015-85⁹⁴⁸ da REQUERENTE, é mencionado que a decisão de alteração do contorno viário foi acertada em reunião com a concessionária, o Governador do Estado de Goiás e com o Diretor Geral da ANTT, em atualização ao projeto desenvolvido pelo antigo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Goiás (“DER-GO”). No entanto, não há registro da ata da mencionada reunião para que seja possível concluir quem teria provocado inicialmente a alteração.

1047. A REQUERIDA, por outro lado, alega que a alteração decorreu de proposta de alteração da REQUERENTE, que teria apresentado carta⁹⁴⁹ com exposição de argumentos que considerava importantes para a tomada da decisão correta sobre o contorno viário, entre os quais constava o de que “*o contorno de Goiânia deveria ser executado no padrão Classe Especial*”⁹⁵⁰.

1048. Assim, no procedimento arbitral, não há prova documental de que parte teria dado início à sugestão de mudança de classe⁹⁵¹. De todo modo, em 07.06.2016, mediante a Deliberação nº 180/2016⁹⁵², a Diretoria da ANTT aprovou o Voto DSL 129/2016⁹⁵³, autorizando a mudança da classificação técnica do projeto de Classe I-A para Classe 0, respeitadas determinadas condicionantes⁹⁵⁴ e determinando à SUINF, em seu artigo 2º, que considerasse na revisão tarifária subsequente os impactos desta alteração.

⁹⁴⁷ Cf. item 661 das Alegações Iniciais da REQUERENTE e 312 da Réplica da REQUERENTE.

⁹⁴⁸ Cf. R-062.

⁹⁴⁹ Cf. R-062.

⁹⁵⁰ Cf. item 211 da Resposta da REQUERIDA.

⁹⁵¹ À conclusão semelhante chegou a equipe pericial: “*Diante do exposto e da análise da documentação apresentada pelas partes neste procedimento arbitral, a equipe pericial não pode afirmar de qual parte partiu a solicitação da alteração da classe da rodovia. Pode, no entanto, afirmar que a ANTT aprovou o pedido condicionando o reequilíbrio aos pontos expostos abaixo, os quais foram retirados da Resolução Nº 5.142, de 15 de julho de 2016 (RTE-069)*”. (Cf. item 184 do laudo pericial de 06.02.2023).

⁹⁵² Cf. RTE-077 e R-068.

⁹⁵³ Cf. RTE-078.

⁹⁵⁴ “*Art. 1º Aprovar a alteração da classificação técnica de projeto do Contorno Rodoviário de Goiânia, na BR-153-GO, sob responsabilidade da Concessionária de Rodovias Centrais do Brasil – CONCEBRA, de Classe I-A para Classe 0, desde que seja apresentado EVTEA concluindo que a classificação técnica do Contorno Rodoviário de Goiânia, na BR-153/GO, como Classe 0, desde que seja apresentado EVTEA concluindo que a classificação técnica do Contorno Rodoviário de Goiânia, na BR-153/GO, como Classe 0 é mais vantajosa quando comparada à classificação como Classe I-A.*” (Cf. R-068)

1049. No entanto, a Deliberação nº 627/2019⁹⁵⁵ revogou a Deliberação nº 180/2016⁹⁵⁶ e trechos da Resolução nº 5.142/2016⁹⁵⁷. Segundo a REQUERIDA, a revogação se deu por acolhimento pela Diretoria da Agência de indícios de irregularidades verificados pela SeinfraRodoviaAviação⁹⁵⁸, pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (“MP-TCU”)⁹⁵⁹ e, posteriormente, reconhecidas pelo Acórdão nº 2.934/2019-TCU- Plenário⁹⁶⁰⁻⁹⁶¹ do TCU.

1050. Ainda assim, consta dos documentos deste procedimento arbitral que (i) em 08.08.2016, a REQUERENTE apresentou o EVTEA à REQUERIDA por meio da carta CNB-DIR 0655/2016⁹⁶²; e (ii) em 23.09.2016, a REQUERIDA aprovou o EVTEA⁹⁶³.

1051. Em relação ao projeto executivo, tem-se documentado que foi apresentado em 15.09.2016⁹⁶⁴. A REQUERIDA pediu alterações no projeto, por meio do Ofício 415/2017/GEPRO/SUINF⁹⁶⁵, de 16.03.2017. A REQUERENTE adequou o projeto e respondeu às questões por meio de um “Caderno de Respostas”, enviado no dia 10.05.2017⁹⁶⁶. A análise do projeto executivo, entretanto, restou paralisada pela REQUERIDA em razão do Memorando Interno nº 04/2017/DG/ANTT, de 25 de abril de 2017⁹⁶⁷.

⁹⁵⁵ Cf. R-074.

⁹⁵⁶ Cf. R-068.

⁹⁵⁷ Cf. R-076.

⁹⁵⁸ Cf. R-072.

⁹⁵⁹ Cf. R-109.

⁹⁶⁰ Cf. R-079.

⁹⁶¹ Cf. item 122 da Tréplica da REQUERIDA.

⁹⁶² Cf. RTE-079.

⁹⁶³ Cf. RTE-081.

⁹⁶⁴ Cf. RTE-080.

⁹⁶⁵ Cf. RTE-082.

⁹⁶⁶ Cf. RTE-084.

⁹⁶⁷ “2. Visando obter maior segurança na análise do assunto tanto pela ANTT quanto pelo Tribunal de Contas da União – TCU e considerando o disposto no inciso V, alínea ‘a’, do Art. 313 do Código de Processo Civil, a Diretoria Colegiada decidiu determinar a esta Superintendência a suspensão imediata dos processos relacionados aos incisos II a V dos Arts. 1º e 5º, inciso II do Art. 2º, incisos I, II e III do Art. 6º da Resolução nº 5.142, de 15 de julho de 2016, até que a questão seja apreciada pelo Tribunal de Contas da União, no referido processo já instaurado.” (Cf. RTE-085)

1052. Considerando esse contexto, alega a REQUERIDA que o reequilíbrio referente aos valores da elaboração do EVTEA não foi efetivado integralmente por culpa exclusiva da REQUERENTE, que não teria atendido ao regramento da ANTT que exige a apresentação do termo de referência, impossibilitando, assim, a sua análise⁹⁶⁸.

1053. Em relação ao projeto executivo, a REQUERIDA informa que, conforme o regramento da Portaria SUINF nº 257/2016 da ANTT, já houve o reequilíbrio de 50% (cinquenta por cento) do seu valor, considerando o orçamento da obra apresentado pela REQUERENTE e que o ajuste seria realizado quando da conclusão da análise do projeto⁹⁶⁹, o que ainda não ocorreu.

1054. A REQUERENTE, por sua vez, alega que o EVTEA aprovado pela REQUERIDA é um estudo que lógica e tecnicamente precede a autorização para elaboração de um projeto. Além disso, explica que não poderia a REQUERIDA, anos depois, insistir em retroagir exigências que não fez à época dos fatos, tal como a necessidade de apresentação de termo de referência⁹⁷⁰. Segundo a REQUERENTE, o que se verifica é o enriquecimento sem causa da REQUERIDA, uma vez que o projeto foi elaborado e entregue à REQUERIDA, sem, contudo, ter sido remunerada em razão da postergação abusiva de sua análise⁹⁷¹.

1055. Cabe o registro de que as partes convergem acerca da existência de direito ao reequilíbrio, uma vez que, independentemente de quem tenha proposto a alteração de classe, houve aprovação por parte da ANTT⁹⁷², conforme Deliberação nº 180/2016⁹⁷³.

⁹⁶⁸ Cf. item 234 da Resposta da REQUERIDA às Alegações Iniciais.

⁹⁶⁹ Cf. item 234 da Resposta da REQUERIDA às Alegações Iniciais.

⁹⁷⁰ Cf. item 320 da Réplica da REQUERENTE.

⁹⁷¹ Cf. itens 321 e 322 da Réplica da REQUERENTE.

⁹⁷² “Art. 1º Aprovar a alteração da classificação técnica de projeto do Contorno Rodoviário de Goiânia, na BR-153/GO, sob responsabilidade da Concessionária de Rodovias Centrais do Brasil – CONCEBRA, de Classe I-A para Classe 0, desde que seja apresentado EVTEA concluindo que a classificação técnica do Contorno Rodoviário de Goiânia, na BR-153/GO, como Classe 0 é mais vantajosa quando comparada à classificação como Classe I-A.” (Cf. item 234 da Resposta da REQUERIDA às Alegações Iniciais; item 315 da Réplica da REQUERENTE e item 120 da Tréplica da REQUERIDA). Nas palavras da Requerida: “Não há controvérsia a respeito do mérito do reequilíbrio dos valores da elaboração do EVTEA e Projeto Executivo, como tenta fazer crer a Concessionária. A ANTT reconhece, no mérito, a necessidade de reequilíbrio do contrato de concessão em decorrência da elaboração do projeto executivo e EVTEA do Contorno de Goiânia considerando a Classe 0, pois autorizou a sua elaboração”. (Cf. item 234 da Resposta às Alegações Iniciais)

⁹⁷³ Cf. R-068.

1056. As questões centrais da controvérsia cingem-se à necessidade de: (i) apresentação de termo de referência para efetivar o reequilíbrio referente aos valores de elaboração do EVTEA; (ii) de comprovação dos gastos efetivamente incorridos com a elaboração do EVTEA e do projeto executivo ou se os valores devidos devem ser apurados a partir do regramento previsto nas normas regulatórias editadas pela própria REQUERIDA, considerando o valor estimado para a obra definido pela REQUERENTE; e (iii) aferição se a obrigação contratual da REQUERENTE de elaboração do Projeto Executivo na Classe IA da Rodovia foi considerada no cálculo do reequilíbrio e de se deveria ser objeto de compensação.

1057. O Tribunal Arbitral reconhece que tanto o EVTEA, quanto o projeto executivo foram produtos desenvolvidos e entregues pela REQUERENTE à REQUERIDA e que, portanto, a REQUERENTE tem direito à indenização pela sua elaboração.

1058. Quanto ao EVTEA, entende o Tribunal Arbitral que não se sustenta o argumento da REQUERIDA quando afirma que o reequilíbrio não é devido em razão da ausência da apresentação do termo de referência, conforme exigido pela Portaria SUINF nº 256/2016⁹⁷⁴.

1059. O termo de referência é documento precedente à elaboração do EVTEA e do projeto executivo, sendo que, nos termos do art. 5º da Portaria SUINF nº 46/2014⁹⁷⁵, o estudo de viabilidade apenas é solicitado quando aprovado o termo de referência, o que efetivamente não ocorreu. Entretanto, a Diretoria da ANTT determinou sem ressalvas a apresentação do EVTEA mediante a Deliberação nº 180/2016⁹⁷⁶, o que significa dizer, a *contrario sensu*, que a própria REQUERIDA excepcionalizou a obrigatoriedade de elaboração de termo de referência.

1060. Ademais, mesmo sem a apresentação do termo de referência, a REQUERIDA apresentou expressamente a sua concordância com o EVTEA, reconhecendo a sua consonância com as normas técnicas da ANTT⁹⁷⁷.

⁹⁷⁴ Cf. R-081.

⁹⁷⁵ “Art. 5º Caso aprovado o termo de referência do estudo e seu custo pela SUINF, será solicitada à Concessionária a apresentação do estudo de viabilidade, considerando a abrangência do termo de referência definida pela unidade organizacional.”

⁹⁷⁶ Cf. RTE-077 e R-068.

⁹⁷⁷ “Informamos que após análise, esta gerência por meio do Parecer Técnico T22L|20L6IGEPRO/SU|NF, de 09 de setembro de 2016, considerando a veracidade das informações apresentadas pela concessionária e tendo

1061. Logo, a ausência do termo de referência não poderia ser um obstáculo para reconhecer o direito à indenização da REQUERENTE, sob pena de se validar comportamento contraditório da REQUERIDA, que chegou a aprovar o EVTEA apresentado⁹⁷⁸, por meio de sua Gerência de Projetos e Rodovias, e prosseguir com a análise do projeto executivo⁹⁷⁹. Veja-se, a propósito, a resposta da perita ao quesito nº 112 da REQUERENTE⁹⁸⁰:

“112. Queira o il. Perito informar se é tecnicamente exequível, por parte da Requerente, emitir intempestivamente o Termo de Referência de um EVTEA já analisado.

Resposta: Depois de já ter emitido o EVTEA, tendo ele sido inclusive aprovado de acordo com o Ofício nº 1657/2016/GEPRO/SUINF (RTE-81), a emissão do Termo de Referência do EVTEA torna-se dispensável. De qualquer forma, até o momento, não há nenhuma documentação disponível para comprovar o valor da elaboração do EVTEA.”

1062. No ponto, o Tribunal Arbitral acolhe o argumento da REQUERENTE de que o EVTEA foi um produto desenvolvido, entregue e aprovado tecnicamente pela REQUERIDA, que poderá, inclusive, utilizá-lo futuramente.

1063. Mesmo em casos mais drásticos, ou seja, quando a contratação envolve alguma irregularidade, a jurisprudência do STJ reconhece que, se o serviço foi efetivamente prestado, o contratado deve ser remunerado⁹⁸¹⁻⁹⁸²:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE REFORMA DE INSTITUIÇÃO ESCOLAR. TERMO ADITIVO. PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PROVIMENTO NEGADO.

1. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido que os serviços complementares foram devidamente realizados, embora o termo aditivo contratual apresentasse irregularidades, não há falar em incidência das Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ademais, o

como objetivo somente os aspectos técnicos, sem adentrar em quaisquer questões legais ou administrativas verificou que o EVTEA apresentado está em consonância com as normas técnicas e diretrizes da ANTT.” (Cf. RTE-081).

⁹⁷⁸ Cf. RTE-081.

⁹⁷⁹ Cf. RTE-082.

⁹⁸⁰ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 112 da REQUERENTE, p. 115.

⁹⁸¹ STJ, AgInt no AgInt no AREsp nº 2.222.881, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, 1ª Turma, j. em 08.04.2024, DJe 11.04.2024; grifou-se.

⁹⁸² STJ, AgInt no REsp nº 2.100.660, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 15.04.2024, DJe 02.05.2024; grifou-se.

entendimento que predomina nesta Corte é o de que aquele que contrata com o Poder Público deve receber pelos serviços prestados, resguardando sempre a vedação ao enriquecimento ilícito.

2. Agravo interno a que se nega provimento.”

* * *

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO ADMINISTRATIVO. SUBCONTRATAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE O ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO. [...]

3. O Estado alega a inexistência de enriquecimento sem causa da sua parte com a devolução total dos valores repassados, pois esta decorre expressamente do convênio firmado entre as partes, sendo devida a prestação exigida pelo Ente público.

4. Nos termos da jurisprudência do STJ, ainda que irregular o contrato administrativo, a administração não fica eximida de efetuar o pagamento dos serviços prestados, sob pena de enriquecimento ilícito.

5. Ademais, consoante orientação desta Corte Superior, o fato de não ter sido autorizada a subcontratação é insuficiente para afastar o dever de indenização.

6. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem consignou, "ante o cumprimento da finalidade inicial do termo firmado entre as partes, deve prevalecer o entendimento de que o ressarcimento da totalidade do valor repassado, pela promovida, seria medida que malferiria a razoabilidade e terminaria por ensejar o enriquecimento ilícito do ente público conveniado." (fl. 163, e-STJ).

7. Logo, houve a efetiva prestação dos serviços, ainda que por terceiros, que se reverteram em benefício da Administração. Portanto, é devida a indenização dos respectivos valores. Destarte, havendo o Estado usufruído dos benefícios do trabalho realizado pela recorrida, não pode, de forma singela, desobrigar-se do respectivo numerário.

8. Desse modo, agiu acertadamente a Corte local quando entendeu indevido o ressarcimento da totalidade do valor repassado pelo Estado pelos serviços executados, ainda que realizado por terceiros subcontratados, por **não se admitir o enriquecimento ilícito da Administração.**

9. Agravo Interno não provido.”

1064. Outro aspecto em que as partes controvertem refere-se à comprovação dos valores de indenização relativos ao EVTEA.

1065. A REQUERENTE apresentou o seu pleito com base na carta CNB-DIR 0148-2018 de 09.02.2018⁹⁸³, por meio da qual informa que colheu o orçamento de 3 (três) empresas para a elaboração do EVTEA, sendo que a menor proposta foi a apresentada pela empresa TECTRAN

⁹⁸³ Cf. RTE-086.

– Systra Group, no valor de R\$ 490.000,00 (quatrocentos e noventa mil reais). Até a elaboração do laudo pericial, as propostas das 3 (três) empresas não haviam sido apresentadas, assim como não haviam sido apresentados comprovantes dos custos efetivamente incorridos⁹⁸⁴.

1066. A REQUERENTE, então, apresentou junto com o parecer dos seus assistentes técnicos as propostas comerciais mencionadas no documento RTE-086, por meio do documento RTE-269⁹⁸⁵, não tendo, entretanto, apresentado qualquer nota fiscal ou comprovante de pagamento que comprovasse o custo incorrido, conforme reconhecido pela empresa perita⁹⁸⁶.

1067. A Portaria SUINF nº 46/2014 definiu que o valor da elaboração do EVTEA depende da realização de no mínimo 3 (três) cotações de mercado⁹⁸⁷. Veja-se o disposto no artigo 3º da referida Portaria:

*“Art. 3º O custo necessário para a elaboração do estudo referido no artigo anterior **será definido pela menor cotação de mercado apresentada**, limitado ainda ao custo gerencial do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNTI: (Redação dada pela Portaria 263/2015/SUINF/ANTT/MT)” (grifos nossos)*

1068. Note-se que também a Portaria SUINF nº 256/2016 estabelecia que o custo de elaboração do EVTEA era definido por 3 (três) cotações de mercado⁹⁸⁸.

1069. Extraí-se do regramento editado pela própria REQUERIDA que o custo para elaboração do EVTEA era definido pela menor cotação de mercado apresentada, sendo certo que a proposta da TECTRAN – Systra Group, ao contrário das demais, foi a única na qual constava a assinatura do representante legal da REQUERENTE⁹⁸⁹:

⁹⁸⁴ Cf. item 202, “vii”, do laudo pericial de 06.02.2023.

⁹⁸⁵ Cf. item 40 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023.

⁹⁸⁶ Cf. item 249 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

⁹⁸⁷ “Art. 3º O custo necessário para a elaboração do estudo referido no artigo anterior **será definido pela menor cotação de mercado apresentada**, limitado ainda: (Redação dada pela Portaria 263/2015/SUINF/ANTT/MT)”.

⁹⁸⁸ “Art. 7º **Será considerado para a elaboração do EVTEA a proposta com a menor cotação de preços apresentada, limitado ainda:”.**

⁹⁸⁹ Cf. RTE-269.



AUTORIZAÇÃO

Número de referência: PRO_TECTRAN_308

Autorizamos o fornecimento dos serviços constantes neste documento, de acordo com as condições gerais descritas nesta proposta.

Nome do Projeto: AValiação DA VIABILIDADE DE CONSTRUÇÃO DO CONTORNO
RODoviário DE GOIÂNIA

Valor Total do Projeto: R\$ 240.000,00

Razão Social da Contratante: CONCEBRA - CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAIS CENTRAIS DO BRASIL S.A.

CNPJ: 18.572.225/0001-88 Insc.Est.: ISENTO

Representante Legal: ODENIR JOSÉ SANCHES

Assinatura: 

Data do Aceite: 18/07/2016

Favor encaminhar esta página preenchida, como autorização para contratação e início dos trabalhos, para o fax: (31) 3045-1445, ou digitalizado por e-mail.

1070. A norma regulatória poderia, por exemplo, ter estabelecido que os custos do EVTEA seriam ressarcidos a partir da sua efetiva comprovação, mas fato é que assim não o fez. Criou um parâmetro genérico de ressarcimento a partir de cotações obtidas junto ao mercado, o que, na hipótese em exame, foi atendido pela REQUERENTE.

1071. Portanto, com fundamento nas próprias normas editadas pela REQUERIDA, o Tribunal Arbitral entende que as propostas comerciais apresentadas no documento RTE-086, por meio do documento RTE-269, são suficientes para comprovar o valor a ser indenizado pelo custo da elaboração do estudo.

1072. Em relação aos valores de indenização relativos ao projeto executivo, a REQUERENTE apresentou o valor de R\$ 20.811.309,03 (vinte milhões, oitocentos e onze mil, trezentos e nove reais e três centavos) para o pleito, que representa 3,5% (três e meio por cento) sobre o preço de venda⁹⁹⁰, conforme custo orçamentário do projeto executivo apresentado. De acordo com o documento RTE-086, o valor da obra seria de R\$ 594.608.829,40 (quinhentos e noventa e

⁹⁹⁰ De acordo com o Anexo I da Portaria nº SUINF nº 257/2016, a obra se enquadra na faixa “c”, cabendo a aplicação de 3,5% do preço de venda para estimativa do preço de projeto. (Cf. item 236 das Alegações Finais da REQUERENTE).

quatro milhões, seiscentos e oito mil, oitocentos e vinte e nove reais e quarenta centavos), com data-base em novembro de 2016.

1073. A REQUERIDA reconheceu o reequilíbrio de 50% (cinquenta por cento) para o projeto executivo em sua 7ª Revisão Extraordinária na Nota Técnica nº 010/2018/GEINV/SUINF⁹⁹¹, com fundamento no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Portaria SUINF nº 257/2016, no valor de R\$ 7.728.271,97 (sete milhões, setecentos e vinte e oito mil, duzentos e setenta e um reais e noventa e sete centavos), em valor de maio de 2012⁹⁹².

1074. Além disso, a REQUERIDA reconheceu o mérito de custos administrativos, com taxa de remuneração de 6,24% (seis vírgula vinte quatro por cento), no valor de R\$ 482.244,17 (quatrocentos e oitenta e dois mil, duzentos e quarenta e quatro reais e dezessete centavos), com base na Resolução ANTT nº 3.651/2011, que corresponde aos custos administrativos de 50% (cinquenta por cento) do valor da elaboração do projeto executivo.

1075. Destacam-se trechos da Nota Técnica nº 010/2018/GEINV/SUINF⁹⁹³:

⁹⁹¹ Cf. R-024 e RTE-152.

⁹⁹² “Vale esclarecer que o reequilíbrio realizado pela Agência foi realizado provisoriamente, baseado em estimativas, tomando como base 50% dessas projeções, tal como admitido pela Portaria SUINF nº 257/2016 (R-82). Referida portaria é o normativo da Requerida vigente à época que estabelece a sistemática para o processo de autorização e definição dos respectivos custos para sua elaboração relativamente a obras não previstas contratualmente. No caso do Projeto Executivo, já houve reequilíbrio equivalente a 50% (cinquenta por cento) do orçamento da obra apresentado pela concessionária. No entanto, o ajuste do valor final só poderá ser realizado quando a análise do projeto for concluída e o projeto executivo aprovado, o que não ocorreu até o presente momento, haja vista a inércia da Requerente em apresentar os documentos comprobatórios dos gastos.” (Cf. item 352 das Alegações Finais da REQUERIDA).

⁹⁹³ Cf. R-024 e RTE-152.

154. Diante do exposto, a Concessionária faz jus ao reequilíbrio econômico financeiro de 50% dos custos decorrentes da elaboração de Projeto Executivo do Contorno Rodoviário de Goiânia/GO na presente revisão tarifária, uma vez que obteve a autorização de elaboração em 15/07/2016, por meio do item (b) do Art. 6º, inciso III da Resolução ANTT nº 5.142.

155. Conforme o Anexo I da Portaria SUINF nº 257/2016, a obra se enquadra na faixa “c” (obras com valor total maior que R\$ 100 milhões), cabendo a aplicação de 3,5% do preço de venda para estimativa do preço do projeto.

Projeto Executivo do Contorno Rodoviário de Goiânia/GO				
Valor da Obra (nov/2016)	Valor do Projeto (3,5% PV) (nov/2016)	IRT (abr/2016)	Valor do Projeto (mai/2012)	50% do Valor do Projeto (mai/2012)
R\$ 594.608.829,40	R\$ 20.811.309,03	1,34644	R\$ 15.456.543,94	R\$ 7.728.271,97
Observação: Parecer Técnico nº 204/2018/GEPRO/SUINF				

156. Portanto, propomos a inclusão de 50% dos custos decorrentes da elaboração de Projeto Executivo do Contorno Rodoviário de Goiânia/GO no valor de R\$ 7.728.271,97 (sete milhões, setecentos e vinte e oito mil, duzentos e setenta e um reais e noventa e sete centavos), a preços iniciais, no Fluxo de Caixa Marginal.

1076. Neste procedimento arbitral, a REQUERIDA iniciou argumentando que “o ajuste do valor final só poderá ser realizado quando a análise do projeto for concluída e o projeto executivo aprovado”⁹⁹⁴. No entanto, ao longo dos trabalhos periciais, a REQUERIDA, que vinha mantendo o seu entendimento externado administrativamente⁹⁹⁵, mudou o seu posicionamento e passou a argumentar “no sentido da necessidade de apresentação dos custos efetivamente incorridos pela Concessionária na elaboração do EVTEA e do projeto executivo para construção do Contorno de Goiânia na Classe 0”⁹⁹⁶, considerando a “impossibilidade de se aplicar a Portaria SUINF nº46/2014, de 20/03/2014, e a Portaria SUINF nº 257/2016, de 08/12/2016”⁹⁹⁷.

1077. A empresa perita explicitou essa mudança de posicionamento da REQUERIDA no laudo pericial⁹⁹⁸:

“Porém, durante as reuniões realizadas ao longo da perícia, a ANTT mudou seu posicionamento sobre este pleito, alegando que:

- I. *A taxa de remuneração do projeto executivo era válida na época (3,5% sobre o valor das obras), Portaria SUINF nº257/2016. Hoje em dia, há uma resolução para avaliar o projeto através de prestação de contas. Assim, a Requerente deve apresentar os*

⁹⁹⁴ Cf. item 232 da Resposta da REQUERIDA às Alegações Iniciais.

⁹⁹⁵ Cf. itens 232 e 234 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

⁹⁹⁶ Cf. item 176 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

⁹⁹⁷ Cf. item 294 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

⁹⁹⁸ Cf. item 196 do laudo pericial de 06.02.2023; grifou-se.

comprovantes dos dispêndios para apurar o valor real gasto para elaboração do projeto;

- II. *O projeto ainda não foi aprovado. Portanto, sem o projeto final, também não há o seu valor final, consequentemente, não há como calcular o valor percentual de projeto. Assim, na época foi proposto, como alternativa, para a Concessionária apresentar os comprovantes dos custos (prestação de contas) com a elaboração do projeto, como já é feito hoje. E a Concessionária nunca apresentou esses custos.*
- III. *Com a devolução da concessão, a ANTT não possui um projeto final, assim pode ser que a nova concessão não utilize o projeto existente. Portanto, a Concessionária não deveria receber o restante, pois no valor da concessão ela já tinha previsto montante para elaborar o projeto I-A e nem isso fez, sugerindo até mesmo que deveria ser devolvido o valor já pago.”*

1078. A REQUERENTE, por sua vez, entende que essa exigência é indevida, por ser incompatível com a regra vigente à época do evento de desequilíbrio, aplicada pela própria REQUERIDA para promover o reequilíbrio parcial⁹⁹⁹.

1079. O Tribunal Arbitral entende que deve ser aplicada a norma regulatória utilizada pela própria REQUERIDA para o reequilíbrio parcial de 50% (cinquenta por cento), conforme consta da Nota Técnica nº 010/2018/GEINV/SUINF¹⁰⁰⁰, porque, em atenção à segurança jurídica, era o regramento jurídico aplicável ao tempo. A própria REQUERIDA reconheceu neste procedimento arbitral que o regramento aplicável é o da Portaria SUINF nº 257/2016 da ANTT¹⁰⁰¹.

1080. Por isso, em resposta ao quesito 4.8 da REQUERIDA, a empresa perita concluiu que “*caso o Tribunal decida que essa é a regra correta de valoração do pedido, o valor restante a ser reequilibrado é de R\$ 7.728.271,91 relativo ao custo do projeto e R\$ 482.244,17 relativo aos custos administrativos.*”¹⁰⁰²

⁹⁹⁹ Cf. item 216 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁰⁰⁰ “152. Conforme a Portaria nº 257/2016/SUINF, o Art 6º determina que a remuneração pela elaboração do projeto executivo ocorra no procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão na ocasião da Revisão Ordinária subsequente à sua aceitação. 153. Além disso, conforme os §§1º e 2º do Art. 6º da referida Portaria, alternada pela Portaria nº 161/2017/SUINF, os projetos executivos terão 50% da remuneração antecipada, ocasião da Revisão Ordinária subsequente à autorização de elaboração do projeto executivo e o ajuste no valor final devido à remuneração do projeto executivo será realizado após a aprovação do mesmo. 154. Diante do exposto, a Concessionária faz jus ao reequilíbrio econômico financeiro de 50% dos custos decorrentes da elaboração de Projeto Executivo do Contorno Rodoviário de Goiânia/GO na presente revisão tarifária, uma vez que obteve a autorização de elaboração em 15/07/2016, por meio do item (b) do Art. 6º, inciso III da Resolução ANTT nº 5.142.” (cf. RTE-152).

¹⁰⁰¹ Cf. item 233 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁰⁰² Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 4.8 da REQUERIDA, p. 265.

1081. Em relação ao atendimento das exigências técnicas formuladas pela REQUERIDA, a empresa perita foi clara ao afirmar que a REQUERENTE cumpriu com as exigências da REQUERIDA, apresentando projeto ajustado e Caderno de Respostas¹⁰⁰³:

“114. Queira o il. Perito confirmar que foi enviado à ANTT o projeto executivo contemplando classe 0 para o contorno rodoviário de Goiânia por meio da carta CNB-DIR 0795/2016 (RTE80). Queira ainda o sr. Perito confirmar se a Carta CNB DIR 1420/2017 (RTE 84), enviada à Requerida esclarece todas as objeções ao Projeto Executivo informadas pelo Ofício nº 415/2017/GEPRO/SUINF (RTE 82).

Resposta: De acordo com a carta CNB-DIR 0795/2016 (RTE 80), a Requerente enviou à Requerida o projeto executivo classe 0 no dia 15/09/2016.



Figura 80 – Carta CNB-DIR 0795/2016 (RTE 80)

Como exposto no Laudo Pericial, a Requerida analisou a 1ª versão do projeto e enviou diversos comentários através do Ofício nº 415/2017/GEPRO/SUINF (RTE 82). [...]

Os Assistentes Técnicos da Requerente alegaram, em Nota Técnica enviada durante a perícia (SW-05), que a Concebra elaborou o Projeto Executivo em sua versão final, atendendo todos os comentários da área técnica da Requerida. [...]

Os comentários realizados pela ANTT foram respondidos em um 'Caderno de Respostas' enviado juntamente com o projeto revisado no dia 10/05/2017 (RTE-84). O Caderno de Respostas pode ser encontrado no anexo SW-27.

¹⁰⁰³ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 114 da REQUERENTE, p. 115-118; grifou-se.

CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS CENTRAIS DO BRASIL S/A  - C N B D I R 1 4 2 0 2 0 1 7 -		
Goiânia-GO, 10 de maio de 2017.		
Ilmo. Sr. Luciano Lourenço da Silva Gerente de Projetos de Rodovias GEPRO/SUINF/ANTT Brasília/DF	Agência Nacional de Transportes Terrestres -  50500.225790/2017-28 11/05/2017 08:33	
Assunto: Resposta à OBJEÇÃO ao Projeto Executivo e Orçamento do Contorno Viário de Goiânia/GO		
Ref.: Processo 50500.148402/2014-35, Ofício nº 415/2017/GEPRO/SUINF e Parecer Técnico nº 266/2017/GEPRO/SUINF		

Prezado Senhor, Reportamo-nos ao ofício e parecer técnico supracitados, na qual esta r. Agência faz OBJEÇÃO ao Orçamento e Projeto Executivo do Contorno Viário de Goiânia/GO. Em função da análise efetuada através do parecer técnico informado acima e, seguindo as solicitações desta Gerência quanto à forma de apresentação das respostas das Concessionária, encaminhamos em anexo um "Caderno de Respostas" com todas as justificativas e adequações às questões contidas no respectivo parecer técnico. Diante das justificativas/esclarecimentos apresentados no caderno de resposta em anexo, a Concessionária encaminha também em anexo, um DVD contendo as VIAS AMARELAS do projeto executivo e orçamento para análise, contendo:

Figura 83 – Envio pela Concebra do projeto revisado com os comentários atendidos (RTE-84)

Diante do exposto, confirmamos que existem documentos que demonstram atendimento pela Concebra dos comentários feitos pela ANTT no dia 10/05/2017.”

1082. Evidencia-se que a REQUERENTE atendeu ao que foi exigido pela REQUERIDA e que não havia qualquer pendência em relação ao projeto executivo apresentado que, a rigor, deveria ser examinado pela ANTT e, conforme o caso, aprovado pela REQUERIDA.

1083. A REQUERIDA, por sua vez, parece assumir que não prosseguiria com a análise do projeto¹⁰⁰⁴ para concluir o valor a ser reequilibrado e passou a fazer novas exigências não

¹⁰⁰⁴ “293. No ponto, vale frisar que a ausência de aprovação do projeto executivo pela Requerida culminou na ausência de determinação do valor da obra. Por conseguinte, não há como aferir quanto representa 3,5% ou qualquer outra quantia percentual sobre um valor incerto ou impreciso. 294. A Requerida não se imiscui de arcar

realizadas à época em que postulado, demandando a comprovação dos custos para a elaboração do projeto executivo¹⁰⁰⁵.

1084. Ainda que o projeto não tenha sido aprovado e que a obra não venha a ser executada, conforme reconhece expressamente a REQUERIDA¹⁰⁰⁶, o Tribunal Arbitral entende que a REQUERIDA não pode pretender aplicar retroativamente novas exigências sobre a forma e metodologia dos reequilíbrios, em especial quando não há qualquer controvérsia acerca da entrega do EVTEA, do projeto executivo, bem como da apresentação dos ajustes em atenção às solicitações de adequação da REQUERIDA.

1085. Admitir o contrário seria atribuir à situação pretérita – pleito formulado em 2018¹⁰⁰⁷ – limitações inovadoras para a garantia de direito a reequilíbrio econômico-financeiro, inclusive em contradição com o que foi reconhecido pela própria REQUERIDA. A desistência da execução da obra pela REQUERIDA não pode ser razão justificável para não ter examinado e, eventualmente, aprovado o projeto executivo, o que, como visto, atrai como consequência concreta a inviabilização do direito da REQUERENTE ao reequilíbrio.

1086. O Tribunal Arbitral entende que a REQUERIDA violou o seu dever de decidir em tempo razoável, obstaculizando o direito da REQUERENTE. Ainda assim, essa morosidade não se revela bastante para emprestar chancela ao orçamento das obras tal como apresentado, para se determinar a indenização do valor unilateralmente indicado pela REQUERENTE no RTE-086. No direito brasileiro o silêncio administrativo não possui efeito positivo, salvo expressa previsão legal ou contratual¹⁰⁰⁸.

com os custos efetivamente suportados pela Requerente na elaboração do EVTEA e do projeto executivo. Contudo, considerando a ausência de decisão definitiva desta Agência em relação aos valores da obra do Contorno de Goiânia e a impossibilidade de se aplicar a Portaria SUINF nº46/2014, de 20/03/2014, e a Portaria SUINF nº 257/2016, de 08/12/2016, necessário recorrer a outros dispositivos do ordenamento jurídico vigente.” (Cf. itens 293 e 294 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023).

¹⁰⁰⁵ Cf. item 356 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁰⁰⁶ Cf. item 125 da Tréplica da REQUERIDA: “É claro que com a edição da Deliberação nº 627/2019 (R-79), a implantação do contorno de Goiânia-GO, considerando a classe 0, não será mais executada. Todavia, remanescem, conforme dito anteriormente, estabelecer o valor definitivo do reequilíbrio relacionado única e exclusivamente aos custos em que a Requerente incorreu para elaborar o EVTEA e o projeto executivo desta obra que não será mais executada pelas razões acima expostas”.

¹⁰⁰⁷ Cf. RTE-086.

¹⁰⁰⁸ “O silêncio administrativo é uma ausência de manifestação de vontade por parte da Administração Pública, constituindo, muitas vezes, omissão ilícita da Administração Pública em relação a um ato administrativo que

1087. Desse modo, embora o Tribunal Arbitral reconheça o direito da REQUERENTE de ser indenizada pelo custo do projeto executivo, uma vez que foi incorrido pela REQUERENTE a partir da aprovação da Diretoria da ANTT por meio da Deliberação nº 180/2016¹⁰⁰⁹, entende que esse custo não está, neste momento, corretamente determinado nesta arbitragem.

1088. Por isso que em oportuna fase de liquidação deverá ser apurado o valor a ser indenizado à REQUERENTE pela elaboração do projeto executivo, por meio da confirmação em perícia de que os valores do orçamento apresentado unilateralmente são aderentes às normas então aplicáveis, para fins de aplicação da Portaria SUINF nº 257/2016 da ANTT. Como referido anteriormente, a liquidação não demandará a apresentação dos custos do projeto executivo pela REQUERENTE, mas a verificação em perícia se o projeto executivo e os custos previstos para a obra foram apresentados em aderência às normas técnicas então vigentes.

1089. Quanto à alegação da REQUERIDA sobre o necessário abatimento dos valores que decorreriam do cumprimento da obrigação originária, consistente na elaboração de projeto executivo baseado na Classe I-A da rodovia¹⁰¹⁰, embora a REQUERENTE alegue que “a Concessionária apresentou à ANTT o anteprojeto baseado na Classe IA da rodovia, bem como o projeto executivo, este por meio da Carta CNB-DIR 1801/2015, enviada em 21/12/2015”, a referida Carta CNB-DIR 1801/2015 não foi juntada ao procedimento arbitral. A perita também concluiu que não foi apresentada prova de que o projeto executivo Classe I-A foi elaborado pela REQUERENTE¹⁰¹¹:

*“251. O que podemos afirmar é que a Requerente elaborou o projeto executivo Classe 0 juntamente com o EVTEA, respondeu e enviou os comentários para a Requerida, porém não foi aprovado devido à paralisação pela ANTT da avaliação dos projetos executivos. **Além disso, a***

deveria ser editado geralmente em resposta a um requerimento do cidadão. Nesse caso – de haver requerimento do cidadão. – o silêncio da Administração já é, por si só, omissão ilícita por violar o direito de petição constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXIV, a, CF/88 – a Constituição assegura o direito de petição aos órgãos e entidades públicas, o que abrange o direito de o pedido ser adequadamente apreciado, afastando até mesmo respostas meramente formais e burocráticas). Em regra, o silêncio administrativo, apesar de poder ser atacado judicialmente forçando-se a Administração a emitir o ato, não gera, por si só, efeitos jurídicos, salvo nos casos em que a lei expressamente atribuir efeitos ao silêncio.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo – Rio de Janeiro: Forense, 2012. Pp. 145/147)

¹⁰⁰⁹ Cf. RTE-077 e R-068.

¹⁰¹⁰ Cf. item 359 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁰¹¹ Cf. item 251 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

Concebra não elaborou o projeto executivo Classe I-A que era seu escopo contratual.”
(grifou-se)

1090. Ainda assim, note-se que o item 147 da Nota Técnica nº 010/2018/GEINV/SUINF¹⁰¹² dispôs que “o Contorno Rodoviário de Goiânia/GO como Classe I-A já está previsto no contrato de concessão. O anteprojeto foi analisado pela GEPRO, por meio do processo nº 50500.148402/2014-35, e o traçado aprovado tem extensão de 44 km, superior ao previsto inicialmente no item 3.2.2.1 do PER de 30 km”¹⁰¹³.

1091. O próprio CONTRATO DE CONCESSÃO explicita essa circunstância em relação à alteração do Contorno inicialmente prevista no PER. Será devido o reequilíbrio caso a extensão seja maior do que a indicada no PER, o que, evidentemente, também abarca as alterações qualitativas, como a mudança de Classe. Também é possível extrair que esse reequilíbrio alcança os custos adicionais decorrentes da alteração quantitativa e qualitativa que impactarem o projeto executivo original. Veja-se o disposto na cláusula 10.3.3 do CONTRATO DE CONCESSÃO, em especial na alínea “c”¹⁰¹⁴:

“10.3.3 As Obras obrigatórias em Trechos Urbanos previstas no PER deverão ser integralmente implantadas pela Concessionária, conforme indicado no PER.

(i) Caso a Concessionária demonstre à ANTT que as Obras obrigatórias em Trechos Urbanos demandarão uma extensão maior ou menor do que a indicada no PER, deverá ser observado o procedimento e as regras previstos na cláusula 22.5 - Fluxo de Caixa Marginal e, ainda, as seguintes regras:

(a) Nos termos do item 22.5, no que tange aos dispêndios marginais, deverão ser estimados os investimentos necessários para a implantação da totalidade do contorno, excetuados os custos de desapropriação que seguirão a regra prevista na cláusula 9.1.3(i);

(b) Uma vez aprovada a estimativa de investimentos pela ANTT, será calculado o valor médio por km de contorno, independentemente das características geológicas, das melhorias de cada trecho e demais aspectos das obras;

¹⁰¹² Cf. R-024 e RTE-152.

¹⁰¹³ Note-se que a REQUERENTE reconhece expressamente que a obrigação de apresentação do Projeto na Classe 1-A estava prevista originalmente no PER. Confira-se o item 660 das suas Alegações Iniciais: “**O projeto do Contorno de Goiânia era uma obra obrigatória do PER. Originalmente, possuía 30 Km de extensão em Rodovia Classe 1-A, a mesma classificação da BR-153-GO, na região onde seria realizado o contorno. Entretanto, houve uma substancial mudança unilateral, por parte da Diretoria da ANTT, em relação ao que previa originalmente o PER:** I- Quantitativa: a extensão do Contorno foi aumentada em aproximadamente 12 Km; II- Qualitativa: alteração de Classe I-A (prevista para todo o PER) para Classe 0”. (grifou-se)

¹⁰¹⁴ Cf. RTE-001.

(c) Caso a extensão do contorno urbano seja maior do que a indicada no PER, a Concessionária terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em relação à extensão que ultrapassar aquela inicialmente prevista no PER, observado o valor médio por km.

(d) Caso a extensão do contorno urbano seja menor do que a indicada no PER, o Poder Concedente terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em relação à extensão que for menor do que a inicialmente prevista no PER, observado o valor médio por km.

(e) Para os contornos urbanos em que haja a necessidade de implantação de Obras de Arte Especiais, a extensão e o custos de tais Obras de Arte Especiais serão considerados para fins de reequilíbrio seguindo o procedimento da cláusula 22.5, sem prejuízo da aplicação das regras dos itens (a), (b), (c) e (d) quanto ao trecho do contorno urbano que não apresente Obras de Arte Especiais.”

1092. Dessa forma, o Tribunal Arbitral entende que não foi produzida prova sobre a medida do cumprimento da obrigação originária da Classe I-A e sobre como o reequilíbrio consideraria o que previa originalmente o PER.

1093. A REQUERENTE alega, ademais, que, “para o cálculo da tarifa cobrada dos usuários durante o período de relicitação, foi aplicado o Fator D pela não execução da obra do Contorno de Goiânia, de modo que as consequências econômico-financeiras da não realização desse investimento já foram efetivadas. Diante disso, não faz sentido descontar do montante a ser reequilibrado no presente caso valores relativos ao projeto do investimento original, cuja inexecução já levou ao desconto da tarifa cobrada atualmente pela concessionária”¹⁰¹⁵.

1094. No entanto, conforme prevê a cláusula 2.7 do Anexo 5 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁰¹⁶, o Desconto de Reequilíbrio é “mecanismo preestabelecido e pactuado entre as Partes no Contrato, visando à manutenção dos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço, de acordo com os Parâmetros Técnicos e dos Parâmetros de Desempenho”. Trata-se, portanto, de desconto que leva em consideração a realização e adequação das obras e serviços e que, portanto, não considera a elaboração de projetos executivos prévios à realização dessas. É o que se depreende também da análise da Tabela I do Anexo 5 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁰¹⁷:

¹⁰¹⁵ Cf. item 255 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁰¹⁶ Cf. RTE-001.

¹⁰¹⁷ Cf. RTE-001.

Tabela I – Indicadores e Percentuais de Desconto de Reequilíbrio para cada subtrecho do Sistema Rodoviário (Aplicável ao Lote BR - 060/153/262 DF/GO/

Indicadores de qualidade ou parâmetros de desempenho em desacordo com previsão contratual da Frente de Recuperação e Manutenção do PER (1)		TOTAL	Desconto x km do segmento homogêneo	Desconto (D)/Acréscimo(A)
1	Ausência de depressões, abaulamentos ou áreas exsudadas na pista ou no acostamento	2,87%	0,00244%	D
2	Ausência de desnível entre faixas de tráfego contíguas	1,97%	0,00167%	D
3	Desnível entre a faixa de tráfego e acostamento conforme estabelecido no PER	1,97%	0,00167%	D
4	Ausência de flecha nas trilhas de roda, conforme parâmetros de desempenho	1,97%	0,00167%	D
5	Cumprimento dos limites de Irregularidade Longitudinal Máxima (IRI)	3,78%	0,00321%	D
6	Cumprimento dos limites máximos de áreas trincadas (TR)	1,21%	0,00103%	D
IMPACTO MÁXIMO ANUAL PAVIMENTO		13,76%	0,01170%	
7	Atendimento aos parâmetros de desempenho para sinalização horizontal e vertical	3,91%	0,00332%	D
IMPACTO MÁXIMO ANUAL SINALIZAÇÃO		3,91%	0,00332%	
IMPACTO MÁXIMO ANUAL DA FRENTE DE RECUPERAÇÃO E MANUTENÇÃO		17,67%	0,01532%	

Indicadores de qualidade ou parâmetros de desempenho em desacordo com previsão contratual da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço do PER		Desconto x km do segmento homogêneo		Desconto (D)/Acréscimo(A)
8	Execução das obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego (2)	0,00464%		D
SUBTOTAL DA FRENTE DE RECUPERAÇÃO E MANUTENÇÃO AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE E MANUTENÇÃO DE NÍVEL DE SERVIÇO		0,00464%		

Indicadores de qualidade ou parâmetros de desempenho em desacordo com previsão contratual da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço do PER		Desconto	Unidade	Desconto (D)/Acréscimo(A)
9	Execução das obras de ampliação de capacidade obrigatórias nos prazos estabelecidos (3)	0,04610%	Por Km	D/A
10	Execução das obras de implantação de vias marginais nos prazos estabelecidos (4)	0,01429%	Por Km	D/A
11	Execução das Obras de Fluidez e conforto	0,02454%	Por Unidade	D
12	Execução das Obras de Melhorias (passarelas, trevos e interconexões)	0,02454%	Por Unidade	D
13	Execução das Obras de Melhorias (vias marginais) (4)	0,01429%	Por Km	D
14	Execução de contorno obrigatório (Obras em Trechos Urbanos) (5)	0,04610%	Por Km	D/A

(1) Os percentuais relativos aos indicadores de nº 1 a 7 deverão ser multiplicados pela extensão total em km do segmento homogêneo em que se verificou o não atendimento dos Parâmetros de Desempenho pela Concessionária.

(2) Os percentuais relativos ao indicador deverão ser proporcionais à extensão da obra não disponibilizada aos usuários, considerando a extensão total do respectivo trecho e não dependem do ano de Concessão em que será aplicado.

(3) O percentual relativo ao indicador deverá ser multiplicado pela extensão da obra não disponibilizada aos usuários em relação à meta para o respectivo ano para cálculo do Desconto e deverá ser multiplicado pela extensão da obra disponibilizada ao usuário adicional à meta para o respectivo ano para cálculo do Acréscimo.

(4) O percentual relativo ao indicador deverá ser multiplicado pela extensão total prevista para a via marginal.

(5) O percentual relativo ao indicador deverá ser multiplicado pela extensão total prevista no item Obras Obrigatórias em Trechos Urbanos do PER.

1095. Assim, o Tribunal Arbitral conclui que a aplicação do Fator D pela não execução da obra do Contorno de Goiânia não guarda conexão com a circunstância de não ter sido apurada na prova pericial a comprovação do cumprimento da obrigação originária, consistente na elaboração de projeto executivo baseado na Classe I-A da rodovia. Desse modo, em liquidação de sentença, também deverá ser objeto de apuração o cumprimento da obrigação original na Classe I-A e eventual compensação de valores.

1096. Em razão do exposto, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado no item 985, “iv”, das Alegações Iniciais, reconhecendo o direito da REQUERENTE de ser indenizada pelo EVTEA e pelo projeto executivo entregues à REQUERIDA.

1097. Em relação ao EVTEA deverá a REQUERENTE ser indenizada no valor de R\$ 490.000,00 (quatrocentos e noventa mil reais) com relação aos custos para a elaboração do EVTEA, considerando a data de 18.07.2016 como termo inicial da correção monetária, uma vez que corresponde à data de aceite da proposta da TECTRAN-Systra Group pela REQUERENTE¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁸ O valor não foi deflacionado pela perita para a data-base de maio de 2012.

1098. Em relação ao projeto executivo para a obra na Classe 0, o Tribunal Arbitral entende que deverá ser aplicado o regramento que as partes convergiram para fins de reequilíbrio, a saber, a Portaria SUINF nº 257/2016, não sendo demandado da REQUERENTE a comprovação efetiva dos custos incorridos, eis que estaria em desacordo com o regramento que vigorava à época da elaboração do projeto.

1099. Entretanto, deverá ser apurado o valor a ser indenizado à REQUERENTE em liquidação de sentença, por meio da confirmação de que os valores finais da obra apresentados por ocasião do projeto executivo e a sua metodologia são aderentes às normas então aplicáveis. Deverá, ainda, ser apurado em fase de liquidação eventual compensação de valor em razão do eventual não cumprimento da obrigação original de elaboração de projeto Classe I-A da rodovia.

1100. Por fim, o Tribunal Arbitral passa à análise do pedido do item 989 das Alegações Iniciais, por meio do qual a REQUERENTE pretende que o impacto deste evento, reconhecido como fator de desequilíbrio contratual suscetível de reequilíbrio pelo Tribunal Arbitral, repercuta no exercício do poder sancionatório, modulando o nível de descumprimento de suas obrigações contratuais.

1101. A bem de ver, diferentemente de outros eventos que entende tenham causado o desequilíbrio contratual, quanto a este evento específico a REQUERENTE não reproduziu em suas Alegações Finais o pedido genérico do item 989 das Alegações Iniciais. Tampouco produziu prova documental no sentido de que a REQUERIDA tenha efetivamente exercido o seu poder sancionatório neste caso.

1102. O Tribunal Arbitral, assim, julga improcedentes, por falta de prova, os pleitos formulados no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais, (i) de anulação das penalidades aplicadas, (ii) de extinção dos processos sancionatórios correlatos e (iii) de ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades relacionadas ao desequilíbrio decorrente do EVTEA e do projeto executivo do Contorno de Goiânia – GO.

1103. Por outro lado, como consequência do reconhecimento do evento de desequilíbrio associado ao Contorno de Goiânia – GO, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais para determinar que a REQUERIDA se

abstenha de aplicar novas penalidades que tenham como causa o evento apreciado neste capítulo da sentença arbitral.

XII.5. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DOS CUSTOS INCORRIDOS COM A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE INFORMAÇÕES RODOVIÁRIAS – SIR

1104. O presente tópico terá por escopo apreciar o pedido da REQUERENTE de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO objeto do item 6.4.17, “XII”, da ATA DE MISSÃO, que está associado à implantação do Sistema de Informações Rodoviárias (“SIR”), sendo objeto do ponto controvertido constante do item 7, “iv”, da Ordem Processual nº 16.

1105. Eis a redação do pedido formulada nas Alegações Iniciais¹⁰¹⁹:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]

- v. O reconhecimento de que a implantação do SIR decorreu de alteração unilateral do escopo do Contrato de Concessão por determinação da ANTT, de modo que todos os custos adicionais incorridos pela CONCEBRA com a implantação do SIR são passíveis de reequilíbrio econômico-financeiro, a ser implementado; [...]*

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

1106. À luz do item 6.4.19 da ATA DE MISSÃO e do excerto acima transcrito, em caso de extinção antecipada do CONTRATO DE CONCESSÃO, a REQUERENTE também pugna que lhe seja reconhecido o direito à indenização correspondente ao desequilíbrio em questão.

1107. Igualmente, nos termos do item 989 das Alegações Iniciais, vindo a reconhecer o desequilíbrio contratual decorrente da implantação do SIR, a REQUERENTE pede que o Tribunal Arbitral (i) declare a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinga os correlatos processos

¹⁰¹⁹ Cf. itens 985, “iv”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

administrativos sancionatórios; (iii) condene a REQUERIDA a ressarcir a CONCEBRA de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; e (iv) determine que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades que guardem conexão com o que é apreciado neste capítulo da sentença.

XII.5.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

1108. A REQUERENTE narra que, em 16.03.2018, por meio do Ofício Circular nº05/2018/GEFOR/SUINF¹⁰²⁰, a ANTT teria se dirigido às concessionárias de rodovias federais para informar que a SUINF teria iniciado o projeto SIR no segundo semestre de 2016, com o propósito de sistematizar as informações cadastrais e operacionais das concessionárias.

1109. De acordo com a REQUERENTE, por meio daquele ofício, a ANTT ainda teria:

- (i) assentado que a base principal do sistema estaria em fase de testes e que conteria as informações dos trechos com alimentação via internet;
- (ii) declarado “*que solicitaria ‘diversas informações cadastrais para alimentar o sistema no ambiente de homologação, sendo que a partir do funcionamento pleno do SIR, tais informações poderão ser cadastradas e alteradas pelas próprias concessionárias, que possuirão acesso próprio’.*”¹⁰²¹;
- (iii) acrescido que, distintamente das informações cadastrais, as principais informações das concessionárias seriam encaminhadas via serviço em ambiente de TI nas regras que seriam estabelecidas em documentação técnica específica;
- (iv) encaminhado documentos técnicos dos serviços então disponíveis para teste de homologação, para análise dos ajustes necessários;
- (v) informado que “*a eliminação do RETOFF [sistema antes utilizado] será realizada de forma gradual, e o cronograma de implantação do SIR será divulgado oportunamente*”¹⁰²²; e

¹⁰²⁰ Cf. RTE-089.

¹⁰²¹ Cf. item 680 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁰²² Cf. item 681 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

- (vi) encaminhado em anexo “documentos ‘de contrato de serviço’, que tinham por objetivo ‘definir a forma de integração entre a Concessionária e a ANTT para o compartilhamento de informações’ de acidentes, tráfego na praça de pedágio, tráfego de radar, tráfego do SAT e infratores por radar”¹⁰²³⁻¹⁰²⁴.

1110. De acordo com a REQUERENTE, em 07.05.2018, a ANTT teria encaminhado o Ofício Circular nº 09/2018/GEFOR/SUINF¹⁰²⁵, em que, dentre outros: (i) declarou que o ambiente de homologação de parte do SIR já estaria disponível; (ii) informou que alguns cadastros já haviam sido realizados; (iii) concedeu prazos para o encaminhamento de informações.

1111. Ainda no relato da REQUERENTE¹⁰²⁶:

“Posteriormente, no Ofício Circular no 09/2018/GEFIR/SUINF (RTE 91), de 20 de julho de 2018, a agência esclareceu que estava sendo desenvolvido um módulo SIR para tratar das interrupções de pistas. Foi encaminhada, ainda, documentação preliminar, contendo diversos parâmetros e formatos a serem seguidos no futuro cadastro e envio de informações sobre o assunto.

Na sequência, em 10 de outubro de 2018, por meio do Ofício Circular no 20/2018/GEFIR/SUINF (RTE 92), a ANTT informou às concessionárias de rodovias federais a ampliação de escopo do SIR e o início de desenvolvimento dos serviços relativos ao recebimento de informações das imagens das câmeras do Circuito Fechado de TV (CFTV), bem como do histórico mais recente destas. A agência definiu que ‘a sistemática de encaminhamento de dados dos Centros de Controle Operacional (CCO’s) para o SIR se dará exclusivamente por link de dados’, tendo estabelecido, ainda, premissas a serem seguidas. Adicionalmente, fixou que a disponibilização do link de dados até a sede da agência deveria ocorrer até 30 de novembro de 2018, ‘com o respectivo encaminhamento dos dados do SIR em ambiente de homologação por esse meio após as devidas configurações entre sistemas dos CCO’s, Data Center’s e ANTT’.”

¹⁰²³ Cf. item 682 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁰²⁴ Segundo a REQUERENTE, “os documentos buscaram especificar, então, ‘como será esta integração através da utilização de serviços para garantir a sincronização das informações’, bem como ‘definir a forma e os métodos que serão disponibilizados para a transferência de informações’, estabelecendo, pois, uma série de regras e padrões técnicos a serem seguidos no envio de informações e na estruturação da base de dados” (cf. item 682 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

¹⁰²⁵ Cf. RTE-090.

¹⁰²⁶ Cf. itens 684 e 685 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1112. A REQUERENTE afirma ter diligentemente iniciado processo de adequação às novas solicitações e requisitos estabelecidos pela REQUERIDA, incorrendo em gastos, conforme descrito no RTE-093. E prossegue¹⁰²⁷:

“Então, por meio do Ofício Circular no 23/2018/GEFIR/SUINF (RTE 94), de 05 de novembro de 2018, a ANTT comunicou a postergação do início da implantação do módulo relativo do SIR para recebimento de informações de vídeos/imagens das câmeras do Circuito Fechado de TV (CFTV), bem como apresentou premissas revisadas a serem seguidas quanto à disponibilização do link de dados. Estabeleceu-se também que a disponibilização do link deveria ocorrer até 15 de março de 2019.

A agência pronunciou-se sobre o novo sistema por meio do Parecer Técnico nº 339/2018/GEFIR/SUINF (RTE 95). No documento, destacou-se que ‘o processo de interligação entre os CCO’s das Concessionárias e a Sede da ANTT é uma necessidade antiga’, tendo por ‘objetivo, em linhas gerais, a implantação na ANTT de um centro operacional capaz de gerenciar toda operacionalização das 3 (três) atividades principais de fiscalização da agência: rodovias federais concedidas, ferrovias concedidas e fiscalização de cargas e transportes de passageiros (interestadual e internacional)’. Para atender a essa meta, fazia-se ‘necessária a disponibilização de um sistema eficiente de comunicação entre CCO’s das concessionárias e a sede da ANTT’, o que seria ‘vital para atender diversas demandas internas do próprio órgão, tal como CNSO/SIR, PPV’s remotos, dentre outros sistemas das ANTT’. Ademais, declarou-se que ‘tal integração também atende aos interesses de diversos órgãos externos, tal como Receita Federal, Departamento de Polícia Rodoviária Federal – DPRF, Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, Empresa de Planejamento e Logística – EPL’.

Referido parecer fez menção, ainda, a disposições contidas em documento do ano anterior, o Parecer Técnico nº 225/2017/GEINV/SUINF (RTE 96), de 01 de novembro de 2017. Nele, a agência reguladora apontou diversos benefícios da implantação e aumento do quantitativo de fibras ópticas, bem como de sua interligação com a sede da ANTT. Declarou-se que no PER da 3ª Etapa – como é o caso de Requerente – haveria obrigatoriedade de implantação de fibras ópticas, mas ressaltou-se que:

tal obrigação se restringe à disponibilização desses elementos apenas nos respectivos trechos concedidos e, na maioria das vezes, com a finalidade exclusiva de atendimento às necessidades operacionais das próprias concessões.

Desta feita, o que se verifica é a impossibilidade de integração entre as informações circuladas nessas malhas, e entre elas e a sede da ANTT, bem como a insuficiência da infraestrutura de cabos e fibras instalada para compartilhamento com outras demandas de interesse público, o que, conforme se passará a demonstrar, traria relevantes benefícios às atividades desempenhadas por esta Agência e por outras entidades, tais como a Empresa de Planejamento e Logística - EPL e a Polícia Rodoviária Federal - PRF), em seus respectivos âmbitos de atuação.

Pelo Ofício nº 922/2018/GEFIR/SUINF (RTE 97), de 20 de dezembro de 2018, a Concessionária foi autorizada a implementar a disponibilização do link de dados de 100Mb, conforme premissas e prazos apontados pelos ofícios anteriores da agência. Afirmou-se

¹⁰²⁷ Cf. Itens 687 a 691 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

também ‘que o devido reequilíbrio econômico financeiro será considerado na revisão tarifária em curso, ou no caso de sua impossibilidade, na revisão subsequente (ordinária ou extraordinária)’.

Em 26 de dezembro de 2018, no Ofício Circular nº 031/2018/GEFIR/SUINF (RTE 98), a ANTT afirmou que ‘a alta volumetria dos dados’ em ambiente de produção do SIR, no modelo de comunicação utilizado pela agência até então, poderia ‘impactar na infraestrutura de rede da ANTT’. Assim, informou que ‘o recebimento dos dados operacionais, por meio do ambiente de produção do SIR, a pedido da Superintendência de Tecnologia da Informação SUTEC, somente será utilizado quando da disponibilização do link de dados já requerido’. Veja-se que a própria Requerida reconheceu, nesse documento, que o novo sistema que criara exigia o envio de alto volume de novas informações por parte das concessionárias, sendo necessário, inclusive, a disponibilização de nova estrutura específica para esse fim.”

1113. Nessa toada, tendo incorrido em custos para atender às exigências da REQUERIDA, a REQUERENTE diz ter apresentado administrativamente o correspondente pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO. O pleito teria sido apresentado no bojo da 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária, por meio das cartas contidas nos documentos RTE-075, RTE-099 e RTE-100.

1114. Com efeito, segundo seu entendimento, o projeto SIR não constituiria mero ajuste no padrão de informações que já eram encaminhadas à ANTT, mas sim “*de um sistema totalmente novo de inserção de componentes de custos adicionais, não só via contratação de link de dados, como pela necessidade de se promover a integração com o novo projeto e de se atender a novos requisitos de padronização, de sistema e de estruturação de banco de dados, impostos pela agência de maneira unilateral, sem previsão contratual anterior*”¹⁰²⁸.

1115. A REQUERENTE aduz, porém, que essa não foi a posição da REQUERIDA. Conforme relata¹⁰²⁹:

“Em resposta ao pleito de equilíbrio, em despacho de 26 de fevereiro de 2019 (RTE 101), a agência afirmou, quanto ao item concernente ao SIR, que ‘os únicos custos passíveis de reequilíbrio são aqueles oriundos ao fornecimento de link de dados e serviço de data center (instalação + mensalidade), que atendem não somente ao SIR, mas também ao projeto do Centro Nacional de Supervisão Operacional - CNSO e pesagem remota’. Em relação aos outros custos, a agência limitou-se a dizer, laconicamente, que ‘os custos advindos sobre as adequações dos sistemas da concessionária para atendimento à demanda do SIR não são passíveis de reequilíbrio, visto se tratar de obrigação contratual originária, conforme

¹⁰²⁸ Cf. item 694 da Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁰²⁹ Cf. item 695 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

estabelecido no item 3.4.1 do PER'. Destacou, então, trecho do PER relativo ao Escopo 2 do Centro de Controle Operacional, 'Implantar um SGO no CCO', mais especificamente o parâmetro técnico que prevê 'a capacidade de receber dados operacionais e físicos, processar e transformar em informações a serem distribuídas a outros sistemas, subsidiando decisões e ações em todas as atividades da Concessionária, da PRF e da ANTT'."

1116. A REQUERENTE argumenta que o entendimento da REQUERIDA – de admitir a recomposição apenas nos custos com a instalação e a mensalidade do *link* de *data center*, e correlatas despesas – estaria equivocado, por desconsiderar os custos incorridos para o atendimento dos novos requisitos e parâmetros técnicos de sistemas apresentados pela ANTT para a operação do SIR e para o envio das informações. Na visão da REQUERENTE, a posição da REQUERIDA estaria inclusive desalinhada do conteúdo da Nota Técnica SEI nº 337/2019/SUINF/DIR¹⁰³⁰.

1117. Além disso, a REQUERENTE critica o entendimento da REQUERIDA de projetar os custos da mensalidade do *link* de dados apenas para os 5 (cinco) anos subsequentes¹⁰³¹, haja vista que haveria a necessidade de aquela disponibilizar o sobredito *link* até o final da concessão, para atendimento ao SIR.

1118. Sem prejuízo, conforme narra a REQUERENTE¹⁰³²:

“Em 27 de maio de 2019, por meio do Despacho SEI/ANTT 0400281 (RTE 105), a ANTT solicitou esclarecimentos internos quanto à hipótese de os investimentos propostos para a implantação da rede integrada de fibra ótica serem considerados autorizados pela ANTT em caráter excepcional ou em regime de emergência, tendo em vista a publicação da Portaria n. 127, de 17/04/2019, pelo Diretor-Geral. Reforçou-se, então, no Despacho SEI/ANTT 0460388, de 04 de junho de 2019 (RTE 106), que o link de integração entre o CCO e a ANTT era vital para a operacionalização do Centro Nacional de Supervisão Operacional (CNSO), para o Sistema de Informações Rodoviárias (SIR) e para a fiscalização por agente remoto de PPV's. Assim, afirmou-se que os custos eram, sim, 'de caráter excepcional ou emergencial, visto que podem impactar na melhoria da segurança viária e fluidez do trecho concedido ou nas atividades básicas de fiscalização da ANTT que passam a depender dos sistemas supracitados'. Estabeleceu-se, por fim, a data de agosto de 2019 como a data prevista para a instalação e operação do referido link.

Na Nota Técnica SEI nº 1827/2019/GEFIR/SUINF/DIR, (RTE 107), ressaltou-se, uma vez mais, a vitalidade do projeto, bem como seu caráter excepcional. O documento, contudo, seguiu o

¹⁰³⁰ Cf. RTE-102.

¹⁰³¹ Cf. RTE-103 e RTE-104.

¹⁰³² Cf. itens 699 a 704 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

posicionamento da Nota Técnica anterior, e incluiu no Fluxo de Caixa Marginal 2 apenas os valores propostos para a instalação e mensalidade para o link de dados, e somente até o fim do ano 10 (dez) da concessão, acrescidos dos custos administrativos correspondentes. Excluiu-se, assim, de forma equivocada, os outros custos apontados pela Concessionária, que se destinaram a atender aos novos requerimentos da ANTT, bem como ignorou-se o fato de que a mensalidade para o link de dados será paga até o final da concessão, devido à permanência do SIR.

Esse posicionamento refletiu-se nos cálculos apresentados na Tabela Complementar da Nota Técnica SEI nº 1827/2019/GEFIR/SUINF/DIR (RTE 108) e no Ofício Circular SEI nº 637/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT (RTE 109). O mesmo entendimento quanto ao SIR foi mantido na Nota Técnica SEI nº 2275/2019/GEREF/SUINF/DIR (RTE 110), de 19 de julho de 2019, bem como no Relatório à Diretoria SEI nº 639/2019, SEI/ANTT – 084465023 (RTE 111), de 23 julho de 2019.

No Despacho GEFIR 1361332 (RTE 112), de 17 de setembro de 2019, a agência retomou as considerações dos já citados Pareceres Técnicos nº 339/2018/GEFIR/SUINF e nº 225/2017/GEINV/SUINF, e, uma vez mais, reafirmou a importância do projeto para atender aos interesses da própria ANTT. Destacadamente, de maneira categórica e inequívoca, confirmou que o projeto SIR era uma exigência nova e que não constava no Contrato de Concessão nem no PER, dizendo que: ‘fatos postos, no que compete a esta GEFIR, esclarece-se que o Sistema de Informações Rodoviárias (SIR) não constava do PER original ou aditivado’. A agência manifestou, ainda, que ‘os reflexos financeiros estão sendo acrescidos nesta proposta de revisão tarifária’. Em despacho de 07 de outubro de 2019, SEI 1553156 (RTE 113), a ANTT manifestou sua concordância interna com o posicionamento técnico do despacho anterior, encaminhando-o à Diretoria.

Apesar do reconhecimento expresso de que o SIR não constava do PER original ou aditivado e que seus reflexos financeiros seriam incluídos na proposta de revisão tarifária, a agência insistiu em incluir no cálculo do reequilíbrio, em seus posicionamentos seguintes, apenas os custos relativos à instalação e à mensalidade para o link de dados até o fim do ano 10 (dez) da concessão, ignorando os outros dispêndios financeiros que foram impostos unilateralmente à Concessionária pela agência, bem como a necessidade de se manter a mensalidade do link de Data Center até o fim do ano 30 (trinta) da concessão. Assim, no Voto DMV 249/2019 (RTE 46) e na Deliberação nº 964, de 30 de outubro de 2019 (RTE 46), que aprovou a 4ª RO e a 8ª RE, foram reequilibrados apenas os custos com link de dados / data center e, ainda assim, apenas até o final do ano 10 (dez) da concessão.

Posteriormente, no Ofício Circular SEI nº 1010/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (RTE 114), de 11 de outubro de 2019, a Agência informou que o Projeto SIR, desde agosto de 2019, encontrava-se em ambiente de produção e que as concessionárias, de posse dos novos IDs enviados pela ANTT, deveriam iniciar, até 23 de outubro de 2019, ‘o envio de todos os serviços (Tráfego Praça de Pedágio, Tráfego SATs, Tráfego Radares, Possíveis Infratores e Acidentes), conforme as orientações disponíveis no ‘Documento de Interface’, em anexo’. No documento anexo, a agência estabeleceu uma série de requerimentos de padronização, integração e regras de envio para ‘as informações rodoviárias disponibilizadas pelas Concessionárias a ANTT, de assuntos operacionais como: infrator radar, tráfego radar, tráfego SAT, tráfego praça pedágio e tráfego acidente’. No Ofício Circular SEI nº 1203/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (RTE 115), por sua vez, de 21 de novembro de 2019, a ANTT reforçou a ‘necessidade do envio regular e fidedigno destas informações’, solicitando que todas as informações enviadas estivessem

‘criteriosamente de acordo com o ‘Documento de Interface’ e que ‘os envios regulares dos serviços (Tráfego Praça de Pedágio, Tráfego SATs, Tráfego Radares, Possíveis Infratores e Acidentes)’ fossem estabelecidos até dia 09 de dezembro de 2019, determinando, ainda, que as concessionárias enviassem planilhas cadastrais preenchidas para o ‘cadastramento de todas as informações no ambiente de produção’.’

1119. Como se vê do trecho acima, a REQUERIDA procedeu ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO para contemplar a recomposição de apenas parte dos custos reclamados pela REQUERENTE, mais especificamente aqueles associados ao *link* de dados/data center até o final do ano 10 (dez) da concessão.

1120. A REQUERENTE defende, todavia, que a recomposição deve ser mais ampla, já que, ao implantar o SIR, a REQUERIDA teria exigido *“não só a disponibilização de link de dados para a integração entre o CCO da concessionária e a sede da ANTT, como também uma série de novas padronizações e parâmetros técnicos a serem seguidos para a estruturação das bases de dados e para o envio das informações, como foi feito, por exemplo, nos já citados Ofício Circular nº 09/2018/GEFOR/SUINF (RTE 90), Ofício Circular SEI nº 1010/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (RTE 114) e no Ofício Circular SEI nº 1203/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (RTE 115)”*¹⁰³³.

1121. De fato, para a REQUERENTE, ao criar o SIR, a REQUERIDA teria exigido daquela que contratasse e disponibilizasse *link* de dados, promovesse a integração com seu novo sistema e enviasse informações seguindo os novos parâmetros definidos pela agência, o que impôs uma série de gastos.

1122. Conforme argumenta a REQUERENTE, o SIR não constaria do PER original ou aditivado, o que teria sido inclusive objeto de reconhecimento pela própria REQUERIDA no Despacho GEFIR 1361332¹⁰³⁴. Ou seja, a implantação do sistema não teria encerrado evolução tecnológica da prestação de serviços já antes executados pelas concessionárias, *“mas verdadeira obrigação nova, que demandou a aplicação de novos investimentos, para o seu atendimento”*¹⁰³⁵.

¹⁰³³ Cf. item 705 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁰³⁴ Cf. RTE-112.

¹⁰³⁵ Cf. item 166 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

1123. Nesse contexto, busca a REQUERENTE desconstituir a tese apresentada pela REQUERIDA de que as adequações dos sistemas para atendimento ao SIR estariam contidas no item 3.4.1 do PER. Confira-se¹⁰³⁶:

“Destaca-se que o raso e lacônico argumento apresentado pela agência, em despacho de 26 de fevereiro de 2019 da COFOR, de que as adequações dos sistemas para atendimento à demanda do SIR estariam contidos no item 3.4.1 do PER é absolutamente equivocado. O item do PER apontado pela agência, que definiu ser necessária ‘a capacidade de receber dados operacionais e físicos, processar e transformar em informações a serem distribuídas a outros sistemas, subsidiando decisões e ações em todas as atividades da Concessionária, da PRF e da ANTT’, tem por escopo a implantação de um Sistema de Gerenciamento Operacional no Centro de Controle Operacional. Esse sistema já estava em pleno funcionamento e as informações estavam sendo adequada e regularmente recebidas, processadas e transformadas em informações a serem distribuídas para outros sistemas.

Nesse sentido, ainda que fosse parte do conjunto de obrigações definido no PER (no item 3.1.4), a atribuição de tal responsabilidade à Concessionária de receber dados, processar e transformar em informações não impede a aplicação ou se sobrepõe à alocação do risco ao Poder Concedente no que diz respeito a alterações unilaterais do contrato, decorrente da imposição pela agência de um sistema novo e específico. O que a agência fez, portanto, foi criar um novo sistema e exigir sua implantação. Um sistema que atenderia, conforme relatado anteriormente nos ofícios, a diversos dos seus interesses, bem como beneficiaria outros órgãos. Nesse intuito, impôs, à Concessionária, uma série de novas especificações para a padronização e o envio das informações, além de exigir a integração dos sistemas da Concessionária ao novo SIR, o que claramente não estava no escopo do sistema constante do PER original.”

1124. Daí que, qualificando-se como uma alteração ao CONTRATO DE CONCESSÃO, a implementação do SIR ensejaria o direito da REQUERENTE ao correspondente equilíbrio econômico-financeiro, na forma da cláusula 21.2.13 da avença e do art. 9º, § 4º, da Lei Federal nº 8.987/1995.

1125. Na visão da REQUERENTE, o reequilíbrio em tela haveria de ser integral, e não apenas parcial, já que aquela não poderia ter deixado de atender à demanda da REQUERIDA, razão pela qual, não tendo o pleito sido acolhido *in totum* na via administrativa, aquela traz a matéria à apreciação do Tribunal Arbitral.

1126. Nesse contexto, contrapondo-se à posição da REQUERIDA, a REQUERENTE:

¹⁰³⁶ Cf. itens 709 e 710 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

- (i) manteve nesta arbitragem a posição de que o SIR constituiria um sistema novo, criado pela ANTT para sistematizar informações advindas de todas as concessionárias, no intuito de atender aos seus próprios objetivos regulatórios e curar deficiências em sua fiscalização, tal qual identificadas pelo TCU;
- (ii) ratifica que a REQUERIDA teria reconhecido que o novo sistema visava a atender às necessidades da ANTT e outros órgãos, qualificando-se como fato novo, que demandava uma nova estrutura específica, fugindo ao escopo do Sistema de Comunicação previsto no PER;
- (iii) assevera que a implantação do SIR não estaria prevista no CONTRATO DE CONCESSÃO ou no PER, qualificando-se como alteração unilateral da REQUERIDA, a ensejar o direito à recomposição do sinalagma contratual; e
- (iv) registra que os dispositivos do PER citados pela REQUERIDA (cláusulas 3.4.1 e 3.4.6) não se refeririam ao SIR.

1127. Quanto às obrigações previstas nas cláusulas 14.1.3, “i”, 14.1.7, “b”, “c” e “d”, e 14.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO, citadas pela REQUERIDA em sua defesa, argumenta a REQUERENTE que, mesmo antes da imposição do SIR, já realizava o tratamento, armazenamento e disponibilização de informações relativas a tráfego e acidentes na rodovia. Igualmente, afirma a REQUERENTE que já atendia ao disposto nas cláusulas 14.3 e 14.3.1, invocadas pela ANTT.

1128. Consoante o relato da REQUERENTE, desde a assunção da rodovia em 2014, teria aquela adquirido *softwares* e equipamentos de alta tecnologia para coleta, registro, tratamento, armazenamento e disponibilização das informações referentes ao tráfego das rodovias, dados de pesagem de veículos, registros de acidentes, infrações por excesso de velocidade, dados operacionais de tráfego e receita das praças de pedágio.

1129. Esse banco de dados, em base eletrônica, já se encontraria em operação, sendo que a REQUERENTE disponibilizava à REQUERIDA, mensalmente, o Relatório Técnico Operacional Físico e Financeiro (“RETOF”), que, aliás, não teria sido eliminado.

1130. Em outras palavras, argumenta a REQUERENTE que “o atendimento aos padrões e modelos estabelecidos pela requerida para o RETOFF já havia exigido investimentos em softwares e equipamentos”¹⁰³⁷, de modo que a superveniente implementação do SIR teria gerado “obrigações e gastos adicionais”¹⁰³⁸.

1131. Ainda na visão da REQUERENTE, o fato de a cláusula 14.3.1 mencionar um “padrão mínimo determinado pela ANTT” não configuraria carta branca que permitiria à REQUERIDA impor um sistema novo a qualquer tempo, sem compensar os custos correlatos. Como já havia um padrão mínimo determinado antes pela ANTT, a implementação do SIR gerou custos que haveriam de ser recompostos, não assistindo razão à distinção feita pela REQUERIDA entre tipos e formas dos dados coletados.

1132. A REQUERENTE também sustenta que com a implantação do SIR adveio a necessidade de se prestar informações adicionais, que fugiam aos padrões inicialmente definidos pela REQUERIDA¹⁰³⁹, sendo que o novo sistema ainda estaria em constante evolução, ensejando revisões e adequações rotineiras por parte da REQUERENTE¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁷ Cf. item 348 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁰³⁸ Cf. item 348 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁰³⁹ A propósito: “Acréscenda-se que, além das exigências de adequação do sistema devido às alterações de método de tratamento e das regras de envio de dados exigidas pela Requerida, houve também a solicitação de informações adicionais quanto aos dados enviados, que fugiam ao escopo e aos padrões inicialmente definidos pela ANTT, exigindo desenvolvimentos adicionais da área de Tecnologia da Informação da Requerente. Veja-se que, por meio dos Documentos de Interface enviados pela Requerida, que deveriam ser regular e criteriosamente observados (consoante narrado no § 704 das Alegações Iniciais), foram solicitadas novas demandas não previstas no escopo inicial das obrigações da Requerente. Essas demandas incluíram, como evidente na versão mais atualizada do Documento de Interface (RTE- 200), entre outros, novo regramento de mensagem de erro (item 2.2.2 do Documento de Interface); novo regramento para envio de dados de infratores por radar, a exemplo do campo 16, *CodigoProblemaImagem* (item 7.1.3 do Documento de Interface); novo regramento para envio de dados de tráfego nas praças de pedágio, a exemplo do campo 23, *LiberacaoCancela* (item 7.3.3 do Documento de Interface); novo regramento para envio de dados de tráfego nos SATs, a exemplo do campo 19, *Tipo [de eixo]*, (item 7.4.3 do Documento de Interface); e novo regramento quanto ao envio de dados de acidentes, a exemplo do campo 10, *Presença PRF*, e campo 40, *TipoAnimal* (item 7.5.3 do Documento de Interface)” (cf. item 353 da Réplica da REQUERENTE).

¹⁰⁴⁰ Sobre o tema: “Igualmente, é importante ressaltar que o cotejo do Documento de Interface mais recente (RTE-200), (datado de 16 de abril de 2020) com o Documento de Interface anterior (RTE-114, que anexou Documento de Interface de 26 de agosto de 2019) demonstra que a iniciativa do projeto SIR não está definida ou acabada, mas em constante evolução, com imposição de alterações sucessivas, por exemplo, nos leiautes de entrada, inclusive com a inclusão de novos campos e a renumeração dos campos existentes (vide item 7.5.3 de ambos os documentos quanto aos campos de mensagens de entrada de dados de acidente). O próprio documento de interface traz histórico que deixa evidente que o sistema já está em sua nona versão (versão 1.8), descrevendo algumas das modificações incluídas: [...] Esse contexto, é claro, acarreta a necessidade de revisões e adequações rotineiras de seus sistemas por parte da Requerente, para atender às sucessivas exigências feitas a gosto da agência. [...]” (cf. item 354 da Réplica da REQUERENTE).

1133. A REQUERENTE também sustenta estar equivocada a afirmação da REQUERIDA de que teria procedido ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em relação ao tema para contemplar a cobertura tarifária com manutenção de *links* de dados para os próximos 10 (dez) anos da concessão.

1134. Embasando-se nos documentos acostados como RTE-102, RTE-107, RTE-108 e RTE-46, afirma a REQUERENTE que o reconhecimento administrativo abrangeu o período “*do ano 6 (seis), quando foi implantado SIR, ao ano 10 (dez) da Concessão. Ou seja, a ANTT concedeu o reequilíbrio quanto ao link de dados para os 5 (cinco) anos subsequentes à sua decisão, não 10 (dez), como afirmado pela REQUERIDA*”¹⁰⁴¹. E assim aduz¹⁰⁴²:

“Foi nesse contexto, e tendo em vista a previsão de que a mensalidade de link de dados será paga muito provavelmente para além dos 5 (cinco) anos concedidos pela ANTT, que a Requerente solicitou ao Tribunal Arbitral que se declarasse a existência de obrigação de fazer por parte da ANTT no sentido de considerar, nas revisões ordinárias subsequentes, até o final da concessão, os custos com a mensalidade de link de dados cuja exigência foi imposta unilateralmente à Concessionária. Note-se que, ao contrário do que diz a Requerida, não há que se cogitar aqui de pagamentos a mais pelos usuários dos serviços delegados e nem de ganhos financeiros não previstos na equação econômico-financeira por parte da Concessionária (§ 283 da Resposta da Requerida). Isso porque o pedido feito ao Tribunal restringiu-se a uma obrigação de fazer por parte da ANTT, no sentido de obrigar a agência a considerar, nas revisões ordinárias subsequentes ao período para o qual concedeu o reequilíbrio, as mensalidades que continuarem a ser pagas para a manutenção de links de dados, pedido que aqui se reitera.

Em suma, restou claro que a criação e implantação do SIR, sistema novo que visava a atender aos objetivos regulatórios da Requerida, passou a exigir da Concessionária o envio de informações atendendo a novos padrões e requisitos por parte da agência. Isso gerou uma série de novos gastos para a Requerente, porém o reequilíbrio concedido pela agência em sede de Revisão Extraordinária deu-se apenas parcialmente, o que deu origem ao pleito em tela. Cumpre, pois, compensar a Requerente pelos custos remanescentes gerados pela alteração unilateral do Contrato realizada pela agência. Requer-se, pois, mais uma vez, que o Tribunal Arbitral realize o devido reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão quanto à imposição do SIR.”

1135. A REQUERENTE aponta que, no curso da fase instrutória deste procedimento, “*a Equipe Pericial confirmou que o Sistema SIR não é parte integrante nas obrigações do Contrato de*

¹⁰⁴¹ Cf. item 356 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁰⁴² Cf. itens 360 e 361 da Réplica da REQUERENTE.

Concessão”¹⁰⁴³, bem como que “os peritos também realizaram o cálculo dos valores a serem compensados à concessionária”¹⁰⁴⁴, alcançando o valor de R\$ 29.017,89 (vinte e nove mil, dezessete reais e oitenta e nove centavos), na data-base de maio de 2012, conforme se poderia extrair do laudo pericial complementar de 20.12.2023.

1136. Para a REQUERENTE, o cálculo elaborado pela expert, “que se baseou nas notas fiscais apresentadas, é coerente com o escopo da perícia”¹⁰⁴⁵, sendo que “a avaliação pretendida pela Requerida – que abrangeria uma análise da ‘imprescindibilidade’ dos custos e a ‘adequação aos valores de mercado’ – é matéria estranha ao objeto da perícia”¹⁰⁴⁶.

1137. Na fase instrutória, a REQUERENTE também registrou que a forma de reequilíbrio proposta estaria “amparada na premissa (que poderá ser ou não confirmada) de que a Concessionária deixará de ser responsável pela prestação dos serviços advindo do termo final da relicitação que foi acordado entre as Partes por meio de termo aditivo ao Contrato de Concessão”¹⁰⁴⁷.

1138. Nessa linha, prossegue, “na eventualidade de ser frustrada a relicitação e, com isso, a Concessionária permanecer responsável pela prestação dos serviços, é preciso considerar que os efeitos do evento de desequilíbrio continuarão a impactar a Concessionária no restante do prazo da Concessão, tendo em vista que será mantida a operação e manutenção do serviço”¹⁰⁴⁸.

1139. E ressalva “que a ausência de apuração, por ocasião da presente prova pericial, desses efeitos futuros nesse momento não implica, de forma alguma, desistência ou renúncia ao direito de reequilíbrio contratual, também, pelos impactos econômico-financeiros que se projetem após março de 19/11/2023 (vigência final do termo aditivo de relicitação, que poderá vir a ser prorrogado caso a transferência da Concessão não ocorra até essa data)”¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴³ Cf. item 264 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁰⁴⁴ Cf. item 264 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁰⁴⁵ Cf. item 21 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE datado de 01.06.2023.

¹⁰⁴⁶ Cf. item 21 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE datado de 01.06.2023.

¹⁰⁴⁷ Cf. item 50 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.03.2023.

¹⁰⁴⁸ Cf. item 51 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.03.2023.

¹⁰⁴⁹ Cf. item 52 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.03.2023.

1140. Desse modo, a REQUERENTE assim conclui em Alegações Finais¹⁰⁵⁰:

“Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo que haja:

- (i) o reconhecimento do direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro no valor liquidado pela Equipe Pericial, de R\$ 29.017,89 (vinte e nove mil dezessete reais e oitenta e nove centavos) (data-base maio/2012);*
- (ii) a condenação da Requerida à realização do reequilíbrio econômico-financeiro no valor referido no item (i) acima, ou, caso extinta a concessão, a condenação da Requerida a indenizar a Concessionária no valor referido no item (i).”*

XII.5.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

1141. A REQUERIDA esclarece que o SIR *“foi iniciativa regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT projetada para unificar a coleta e o tratamento de dados de todas as concessionárias de exploração de rodovias federais no país. Trata-se de medida que buscou substituir o Relatório Técnico Operacional Financeiro – RETOF até então exigido pela Agência, no intuito de aprimorar a capacidade da Agência na compreensão do real estado dos serviços delegados”*¹⁰⁵¹.

1142. Segundo a REQUERIDA, a iniciativa de sua implantação teve origem, em parte, em decisão do TCU, que teria identificado deficiências da ANTT no processo de fiscalização das concessionárias de rodovias¹⁰⁵². Nesse sentido, a ANTT teria buscado modificar progressivamente a coleta e processamento de informações prestadas por todas as concessionárias.

1143. Esse movimento teria resultado na decisão de implementar o SIR, conforme informado às concessionárias por meio do Ofício Circular nº 05/2018/GEFOR/SUINF¹⁰⁵³. Referida comunicação, prossegue a REQUERIDA, teria:

¹⁰⁵⁰ Cf. item 266 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁰⁵¹ Cf. item 238 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁰⁵² Cf. R-083.

¹⁰⁵³ Cf. R-089.

- (i) destacado o caráter incremental do SIR em relação ao RETOFF, então enviado periodicamente por todas as concessionárias; e
- (ii) esclarecido que a implantação do SIR “*seria gradual, inicialmente sob demanda da área técnica da ANTT, mas objetivando alcançar um ambiente informatizado de prestação de informações diretamente pelas concessionárias segundo padrões técnicos a serem oportunamente definidos e informados*”¹⁰⁵⁴.

1144. Na visão da REQUERIDA, a implantação do SIR não constituiu uma medida açodada, mas construção gradual de um novo método para coletar, consolidar, armazenar e disponibilizar informações referentes às concessões rodoviárias federais. Defende, assim, que “*a compreensão do SIR como uma evolução tecnológica da prestação de informações referentes aos serviços concedidos é crucial para o exame da controvérsia discutida nos autos*”¹⁰⁵⁵.

1145. Com efeito, prossegue: “*por um lado é previsível que o PER ou o contrato de concessão prevejam apenas os tipos de informações a serem coletadas pelo concessionário e repassadas ao Poder Concedente, não indo além de indicar parâmetros gerais sobre métodos e tecnologias para sua transmissão. De outro, é natural que a forma de processamento e envio de tais informações pelos concessionários sofra modificações ao longo do prazo da concessão outorgada*”¹⁰⁵⁶.

1146. Na hipótese, a REQUERIDA argumenta que o CONTRATO DE CONCESSÃO teria previsto, em sua cláusula 14, que a REQUERIDA deveria apresentar determinadas informações à ANTT com periodicidade, por exemplo relacionadas ao tráfego e aos acidentes nas rodovias. E, ali, encontrar-se-iam “*várias das informações que posteriormente passariam a ser compreendidas no âmbito do SIR*” (v.g. aquelas contidas nas cláusulas 14.1.3, “i”, 14.1.7, “b”, “c”, e “d”, e 14.2).

1147. Argumenta, nessa esteira, que, como todos os tipos de informações solicitados para a alimentação do SIR pela ANTT diriam respeito ao tráfego e à ocorrência de acidentes

¹⁰⁵⁴ Cf. item 242 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁰⁵⁵ Cf. item 244 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁰⁵⁶ Cf. item 247 da Resposta da REQUERIDA.

observados na via concedida, a obrigação de prestá-las da REQUERENTE já estaria prevista no CONTRATO DE CONCESSÃO, não havendo que se falar em inovação substancial¹⁰⁵⁷.

1148. Afirma a REQUERIDA, ademais, que, se o CONTRATO DE CONCESSÃO previu parâmetros gerais para a obrigação de prestar informações, a cláusula 3.4.1 do PER teria especificado que a REQUERENTE haveria de estabelecer um Centro de Controle Operacional (“CCO”) e nele instalar um Sistema de Gerenciamento Operacional.

1149. Noutros termos, referida cláusula traria parâmetros técnicos demonstrativos de que “*a Concessionária possuía a obrigação originária de estabelecer um sistema eletrônico capaz de coletar os dados operacionais referentes ao fluxo de veículos, às estatísticas de acidentes e aos dados de pesagem de veículos e transformá-los em informações a serem enviadas à ANTT, devendo ainda garantir sua acessibilidade em tempo real pela Agência*”¹⁰⁵⁸.

1150. Nessa linha, argumenta a REQUERIDA que, se o SIR não inovou quanto ao tipo de informação exigida da REQUERENTE, a forma de compilação e envio dos dados à ANTT também teria se mostrado compatível com as obrigações já assumidas no CONTRATO DE CONCESSÃO. Ou seja, na visão da REQUERIDA, “*a implantação do SIR não pode ser compreendida como evento imprevisto ou alheio ao risco alocado à Concessionária*”¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁷ A propósito: “Estabelecida a premissa acima, importa identificar quais informações foram exigidas das concessionárias com a implementação do SIR, evento que, segundo a Requerente, haveria inovado de forma radical as obrigações contratualmente previstas e abalado a relação econômico-financeira da concessão. O Ofício Circular n. 05/2018/GEFOR/SUINF (RTE 89) comunicou o início da fase de testes do SIR, ressaltando que as concessionárias deveriam prestar informações referentes a (i) número de acidentes ocorridos na rodovia concedida; (ii) tráfego na praça de pedágio; (iii) tráfego de radar; (iv) tráfego do Sistema de Análise de Tráfego - SAT; e (v) infratores por radar. Ora, observa-se que todos os tipos de informações requisitados para a alimentação do SIR pela ANTT revolvem em torno do tráfego e da ocorrência de acidentes observados na via concedida. E assim se percebe que são apenas dados parciais de um conjunto de informações cuja prestação já estava prevista no âmbito do contrato de concessão celebrado em janeiro de 2014. Nesse ponto, portanto, necessário reconhecer que não houve qualquer inovação substancial dos deveres da concessionária com a implantação do SIR. Reitere-se, ademais, que a Cláusula 14.3.1 do contrato de concessão foi explícita ao determinar que o envio das informações pela concessionária deveria se dar ‘conforme padrão mínimo determinado pela ANTT’. Como já ressaltado linhas acima, a implantação do SIR ocorreu de forma gradual, como evolução tecnológica do método de prestação de informações relativas ao contrato de concessão ao seu ente fiscalizador. O caráter incremental e evolucionário do SIR foi explicitado no Ofício Circular n. 09/2018/GEFOR/SUINF (RTE 90) e no Ofício Circular n. 09/2018/GEFIR/SUINF (RTE 91), de maneira a prevenir as concessionárias quanto à inclusão futura de novos subconjuntos de dados e informações na nova metodologia de envio e fiscalização por parte da Agência.” (cf. itens 254 a 258 da Tréplica da REQUERIDA).

¹⁰⁵⁸ Cf. item 268 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁰⁵⁹ Cf. item 270 da Resposta da REQUERIDA.

1151. A REQUERIDA esclarece, não obstante, ter constatado que as previsões originais do CONTRATO DE CONCESSÃO para a extensão da rede de fibra óptica e da infraestrutura digital não seriam suficientes para o trânsito de dados requeridos para a implantação do SIR. De forma que reconheceu o impacto do incremento das obrigações da REQUERENTE quanto à ampliação da estrutura de fibra óptica e de disponibilização de *links* de dados para a implantação do SIR, procedendo ao correspondente reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO na 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária.

1152. A REQUERENTE defende a metodologia por ela utilizada de considerar, na recomposição do sinalagma contratual, apenas 10 (dez) anos da concessão, o que faz nos seguintes termos:

“[...] a Requerente questiona o fato de o reconhecimento das despesas com a manutenção do link de dados pela ANTT não se referir a todos os anos remanescentes da concessão.

Ora, da mesma forma que o SIR se deu como inovação tecnológica na forma de prestação de informações pelas concessionárias à ANTT, não se pode ignorar a possibilidade de alterações técnicas nos próximos anos de execução dos serviços concedidos. E, nesse diapasão, não faz qualquer sentido reconhecer desde já custos eventuais e futuros para a composição tarifária da Requerente até o fim da concessão.

Atuando de forma prudente, a ANTT reconheceu cobertura tarifária para os custos com manutenção de links de dados para os próximos 10 (dez) anos da concessão, sem prejuízo, claro, de futuras revisões tarifárias eventualmente necessárias.

De fato, não há sentido em se reconhecer antecipadamente custo futuro que pode não vir a se concretizar por força de mudança tecnológica, nem se deve ignorar a probabilidade de diminuição sensível dos custos de manutenção de links de dados nos próximos 10 (dez) anos.

Em verdade, a prevalecer o entendimento da Requerente quanto ao reconhecimento antecipado dos custos de manutenção do link de dados até o final do contrato neste momento, os usuários dos serviços delegados pagariam mais que o dispêndio da concessionária, que estaria tendo ganhos financeiros não previstos na equação econômico-financeira original.

Se é, de fato, possível, que o inverso também possa ocorrer, embora muito menos provável, deve ser reconhecido que eventual aumento dos custos até o final do contrato pode ser objeto de revisões tarifárias junto à ANTT, de forma a neutralizar adequadamente eventual impacto sobre a sustentabilidade financeira da concessão.”

1153. A REQUERIDA ainda:

- (i) ratifica sua posição de que *“a implementação do SIR não impôs obrigações qualitativamente novas às concessionárias, mas representou evolução*

tecnológica na forma de cumprimento de deveres já previstos no contrato de concessão”¹⁰⁶⁰;

- (ii) registra “*que não é a novidade nem a obrigatoriedade do sistema que estão em discussão, mas sim o fato de que as obrigações que dele decorrem, correspondentes à mudança na forma de disponibilização das informações, já integravam o risco atribuído contratualmente à Concessionária*”¹⁰⁶¹;
- (iii) afirma serem irrelevantes os argumentos da REQUERENTE de que não teria ocorrido a extinção do RETOF e de que o SIR ensejou a apresentação de informações novas pelas concessionárias;
- (iv) diz que a REQUERENTE não teria comprovado os custos adicionais incorridos em razão da alegada integração ao SIR, “*visto que os referidos dados já eram encaminhados à ANTT anteriormente de forma impressa e devem agora ser enviados via sistema, gerando, ao contrário do alegado, economia para a Concessionária*”¹⁰⁶²;
- (v) ratifica que já teria reconhecido os custos adicionais efetivamente incorridos e demonstrados pela REQUERENTE na 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária, notadamente os custos associados à expansão da rede de fibra óptica e à disponibilização de *link* de dados; e
- (vi) informa que, não obstante o reequilíbrio efetivado, com a compensação dos gastos incorridos, a REQUERENTE estaria a se negar a encaminhar as informações de forma eletrônica, “*na medida em que as envia apenas em meio físico (papel)*”¹⁰⁶³, o que seria contraditório com o próprio pleito deduzido nesta arbitragem.

1154. Sobre o período temporal do reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO já efetivado em via administrativa, a REQUERIDA advoga que o cerne da questão é que pode haver novas alterações técnicas no sistema de compartilhamento de informações nos

¹⁰⁶⁰ Cf. item 132 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁰⁶¹ Cf. item 135 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁰⁶² Cf. item 141 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁰⁶³ Cf. item 147 da Tréplica da REQUERIDA.

próximos anos de execução dos serviços concedidos. Para ela, não faria sentido reconhecer neste momento custos eventuais e futuros para a composição tarifária da REQUERENTE até o fim da concessão. Confira-se¹⁰⁶⁴:

“Prosseguindo na análise, o terceiro argumento da Réplica sobre o ponto ora discutido diz respeito ao período do impacto do SIR a receber cobertura tarifária. A Requerente argumenta, em sua Réplica, que a ANTT reconheceu a cobertura tarifária para os custos com manutenção de links de dados pelos próximos 5 (cinco) anos, e não ao longo de 10 (dez) anos da concessão. O cerne da questão, no entanto, é que não se pode ignorar a possibilidade de alterações técnicas nos próximos anos de execução dos serviços concedidos. E, nesse diapasão, não faz qualquer sentido reconhecer desde já custos eventuais e futuros para a composição tarifária da Requerente até o fim da concessão.

Atuando de forma prudente, a ANTT reconheceu cobertura tarifária para os custos com manutenção de links de dados, sem prejuízo, claro, de futuras revisões tarifárias eventualmente necessárias. O reconhecimento dos custos com a manutenção de links de dados pela Requerente por prazo menor do que todo o período remanescente da concessão se mostra legal, e não preclui futuro e eventual direito a pedido de revisão tarifária, caso se demonstre desequilíbrio em relação ao seu planejamento inicial. De fato, não faz qualquer sentido impor ao Poder Público que antecipe, no momento, e com detalhes, as futuras e eventuais invenções tecnológicas a ocorrerem ao longo de aproximadamente 30 (trinta) anos de concessão.

A alegação da Réplica no sentido de que o sistema SIR permanece em constante evolução, encontrando-se atualmente em sua nona versão, apenas corrobora o acerto do posicionamento adotado pela Requerida. Eventual necessidade de reequilíbrio futuro do contrato será analisada pela ANTT no momento próprio, a depender do reconhecimento da ocorrência ou não de novos custos decorrentes de inovações tecnológicas no sistema implantado.

Com efeito, é evidente que a Concessionária não fará o pagamento antecipado dos respectivos valores até o final do contrato. Eventuais valores antecipados pela Requerida certamente não seriam repassados aos usuários, mas sim computados como lucros para a Concessionária. A inclusão parcial dos valores, como definido pela ANTT, também busca reduzir os riscos envolvidos, considerando que o custo para manutenção do link incontestavelmente variará significativamente ao longo dos 30 anos de concessão e, muito provavelmente, considerando a atualização da tecnologia, será reduzido. Assim, no caso de inclusão dos valores anuais até o final do contrato neste momento, os usuários pagariam mais que o dispêndio da Requerente, que auferiria ganhos financeiros adicionais. O inverso também pode ocorrer, embora muito menos provável, no caso de aumento dos custos até o final do contrato. Nessa hipótese, o risco seria da concessionária.

De qualquer forma, o caminho optado pela ANTT foi pela redução do alto risco de alteração dos valores ao longo de 20 anos da concessão, em benefício do usuário do serviço concedido. É importante ressaltar que foram reequilibrados os próximos 05 (cinco) anos e que não reequilibrar os 20 anos faltantes neste momento não prejudica em nenhuma hipótese a Concessionária. Adotar solução contrária, na forma pretendida pela Requerente, é que teria o

¹⁰⁶⁴ Cf. itens 148 a 152 da Tréplica da REQUERIDA.

condão de prejudicar o usuário da rodovia e aumentar em muito o risco de alteração dos custos ao longo do tempo.”

1155. Enfim, defende a REQUERIDA que a inclusão dos custos com a mensalidade de *link* de dados nas revisões tarifárias subsequentes: (i) seria matéria inserta na atribuição regulatória da ANTT; (ii) poderia ser realizada pela ANTT administrativamente, visto que esta não se negou a analisar a matéria no futuro; e (iii) não poderia ser imposta pelo Tribunal Arbitral, haja vista a *“a competência normativa do Poder Público para alterar cláusulas referentes aos serviços concedidos para melhor atender às mudanças fáticas e tecnológicas que certamente ocorrerão ao longo do extenso prazo de concessão, presente em todo contrato administrativo”*¹⁰⁶⁵.

1156. A REQUERIDA informa que, no curso da instrução, a perícia teria calculado os valores incorridos pela REQUERENTE relacionados à implantação do SIR e que não foram objeto de reequilíbrio econômico-financeiro na via administrativa, mas ressalta que *a expert* teria apontado que *“pairam questões jurídicas, a serem definidas por este E. Tribunal Arbitral, como, por exemplo, em relação ao fato de que a Cláusula 14.3 do Contrato de Concessão prever uma base de dados eletrônica com padrão mínimo determinado pela Agência requerida”*¹⁰⁶⁶.

1157. Além disso, a REQUERIDA alega que *“houve pela empresa perita a análise de notas fiscais apresentadas pela Requerente apenas em sede arbitral, as quais sequer poderiam ter sido analisadas, em face do que dispõe o Decreto nº 10.025, de 2019”*¹⁰⁶⁷.

1158. Advoga, ainda, pela necessidade de uma avaliação quanto: *“(i) ao objeto(s) do(s) contrato(s) eventualmente firmados pela Requerente, (ii) ao detalhamento de suas obrigações, (iii) à imprescindibilidade dos novos custos e (iv) à sua adequação aos valores de mercado”*¹⁰⁶⁸, bem como a existência ou não de pagamentos em duplicidade.

1159. No curso da fase instrutória, a REQUERIDA também informou que, após o exame do pleito na via administrativa e o início desta arbitragem, teria ela passado a contratar os *links* que

¹⁰⁶⁵ Cf. item 154 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁰⁶⁶ Cf. item 375 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁰⁶⁷ Cf. item 376 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁰⁶⁸ Cf. item 18 da manifestação da REQUERIDA de 24.03.2023.

vinham sendo providos pela REQUERENTE para atendimento ao SIR e, assim, solicitado o cancelamento do serviço respectivo. Confira-se¹⁰⁶⁹:

“[...] com o andamento da implementação do Centro Nacional de Supervisão Operacional – CNSO, a própria Requerida passou a promover e manter a instalação de links junto às concessionárias, por meio de contrato de prestação de serviços de rede de internet celebrado pela própria Agência.

Foi diante disso que a Agência, no âmbito do Ofício-Circular SEI nº 740/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT, de 08 de abril de 2021 (RDA-152), orientou as concessionárias a cancelarem, de forma imediata, a prestação dos serviços referentes ao mencionado fornecimento de link de dados.

Consoante também comunicado naquele Ofício-Circular, os investimentos incluídos nos contratos, com relação à citada tecnologia, seriam objeto de exclusão no próximo processo revisional. Entretanto, diante da celebração do TA de Relicitação (RTE-250), a Requerida irá apreciar eventuais ajustes na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em razão da exclusão deste investimento no momento, no momento de ajuste de contas, conforme procedimento estabelecido no art. 16 da Resolução ANTT nº 5.926, de 2 de fevereiro de 2021 (RDA-153).”

1160. Assim, a REQUERIDA conclui que “a Concebra não tem direito ao recebimento de qualquer valor novo alusivo a implantação do SIR”¹⁰⁷⁰, ao tempo em que pontua o seguinte¹⁰⁷¹:

“[...] caso este Tribunal Arbitral julgue procedente o pedido da Requerente, tem-se que todo o suposto impacto teria ocorrido antes da data de vigência do TA de Relicitação. Dessa forma, compreende-se que a limitação temporal estabelecida pela Cláusula 16.3 do TA ao Contrato de Concessão teria o condão de impactar o presente pleito.”

XII.5.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

1161. As partes controvertem nesta arbitragem acerca dos impactos decorrentes da implantação do SIR como sistema responsável pela transmissão de informações relativas à concessão para o cumprimento das obrigações entabuladas entre REQUERENTE e REQUERIDA.

¹⁰⁶⁹ Cf. itens 317 a 319 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

¹⁰⁷⁰ Cf. item 379 da Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁰⁷¹ Cf. item 380 das Alegações Finais da REQUERIDA.

1162. Com efeito, em razão de recomendações constantes do acórdão TCU nº 2185/2017¹⁰⁷², a REQUERIDA informou em março de 2018 a diversas concessionárias de rodovias – dentre as quais a REQUERENTE – sobre sua decisão de implantar o SIR como meio para sistematizar as informações cadastrais e operacionais das operadoras de rodovias, em substituição ao RETOF até então utilizado. Confira-se¹⁰⁷³:

“Senhores Diretores,

1. Reportamo-nos ao acórdão acima referido, no qual o Tribunal de Contas da União – TCU relata sobre o avanço quanto à antiga solicitação de Padronização do Relatório Técnico Operacional Físico Financeiro – RETOF, que contém as principais informações relativas às concessões de rodovias federais sob gestão da ANTT, entregues mensalmente a esta.

2. Considerando a resposta da ANTT, que relatou sobre a necessidade de sistematização das informações das concessionárias de rodovias federais, a SUINF iniciou, no segundo semestre de 2016, o Projeto SIR (Sistema de Informações Rodoviárias), tendo como objetivo principal a sistematização das informações cadastrais e operacionais das concessionárias, e consequente eliminação do RETOF.

3. Importante salientar que a base principal do sistema está em fase de testes por parte da GEFOR e conterá as informações básicas dos trechos concedidos, com alimentação de dados via web. Nesse primeiro período, a Coordenação de Operações (COFOR) solicitará diversas informações cadastrais para alimentar o sistema no ambiente de homologação, sendo que a partir do pleno funcionamento do SIR, tais informações poderão ser cadastradas e alteradas pelas próprias concessionárias, que possuirão acesso próprio. E dessa forma, solicitamos apoio quanto ao pleno atendimento das informações e de seus prazos, que serão encaminhadas, prioritariamente por e-mail, contribuindo para celeridade de implantação do sistema.

4. Acrescentamos que, diferentemente das informações cadastrais, as principais informações operacionais das concessionárias serão encaminhadas via serviço em ambiente de TI nas regras a serem estabelecidas em documentação técnica específica, e em periodicidade definida pela área competente.

5. Quanto às informações acima elencadas, encaminhamos as documentações técnicas já elaboradas dos serviços já disponíveis para teste em ambiente de homologação, para análise dos ajustes necessários de forma a efetuar teste dos sistemas.

Ressaltamos que eliminação do RETOF será realizada de forma gradual, e o cronograma de implantação do SIR será divulgado oportunamente.”

1163. A REQUERENTE argumenta que o SIR encerraria um sistema novo de transmissão de informações, cuja implementação lhe gerou custos adicionais não precificados ao tempo da celebração do CONTRATO DE CONCESSÃO, bem como que a REQUERIDA apenas teria procedido

¹⁰⁷² Cf. R-083.

¹⁰⁷³ Cf. RTE-089.

à recomposição parcial do correspondente desequilíbrio econômico-financeiro, por ocasião dos processos administrativos de revisões tarifárias pertinentes.

1164. Na sua visão, os valores não reequilibrados na via administrativa deveriam ser reconhecidos pelo Tribunal Arbitral nesta arbitragem, com espeque na cláusula 21.2.13 do CONTRATO DE CONCESSÃO e no art. 9, § 4º, da Lei Federal nº 8.987/1995, porquanto arcados pela REQUERENTE em decorrência de alteração de obrigação contratual promovida pela REQUERIDA de forma unilateral.

1165. A REQUERIDA, de sua parte, defende que a obrigação da REQUERENTE de transmitir informações relativas à concessão já constaria originalmente do contrato entabulado entre as partes, na forma de suas cláusulas 14.1.3, “i”, 14.1.7, “b”, “c”, e “d”, e 14.2 e do item 3.4.1 do PER, e que o SIR encerraria mera evolução tecnológica do sistema antes previsto.

1166. Para a REQUERIDA, o Tribunal Arbitral não haveria de determinar o reequilíbrio dos custos trazidos pela REQUERENTE a esta arbitragem, mormente porque a ANTT já teria recomposto os valores que não poderiam ter sido precificados ao tempo da celebração do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1167. O Tribunal Arbitral analisou as manifestações submetidas pelas partes e provas produzidas nesta arbitragem e constatou que a adoção do SIR decorreu de uma opção da REQUERIDA, com o objetivo primário de sistematizar as informações cadastrais e operacionais das concessionárias que antes eram transmitidas por meio do RETOF, permitindo-se seu encaminhamento à ANTT via serviço em ambiente de TI¹⁰⁷⁴.

1168. Em sua fase inicial, a REQUERIDA solicitou à REQUERENTE que transmitisse informações de acidentes, tráfego na praça de pedágio, tráfego de radar, tráfego do SAT e de infratores por radar, para alimentar o sistema no ambiente de homologação, esclarecendo que, a partir do

¹⁰⁷⁴ Cf. RTE-089, item 2. No mesmo sentido: “De acordo com o Ofício Circular nº 05-2018-GEFOR-SUINF (RTE-89), o SIT tem como objetivo principal a sistematização das informações cadastrais e operacionais das concessionárias e consequente eliminação do RETOF. Além disso, as principais informações operacionais das concessionárias serão encaminhadas via serviço em ambiente de TI nas regras a serem estabelecida em documentação técnica e específica e em periodicidade definida pela área competente.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 119 da REQUERENTE, p. 123).

pleno funcionamento do SIR, ditas informações haveriam de ser cadastradas e alteradas pelas próprias concessionárias.¹⁰⁷⁵

1169. A perita nomeada neste procedimento informa que, para cada tipo de informação que seria transmitida por meio do SIR, a REQUERIDA submeteu documentações técnicas descrevendo “o objetivo, a estrutura de dados e a arquitetura do serviço, padrão de comunicação, padrão de segurança da informação, padrões técnicos e informações do webservice”^{1076, 1077}.

1170. Posteriormente, conforme consta do Ofício Circular nº 20/2018/GEFIR/SUINF¹⁰⁷⁸ e do Parecer Técnico nº 339/2018/GEFIR/SUINF¹⁰⁷⁹, o SIR teve o seu escopo ampliado, com o desenvolvimento de serviços relacionados ao recebimento de informações das imagens das câmeras de circuito fechado de TV e de transmissão de dados dos centros de controle operacional da REQUERENTE por meio de *link*. Deveras, visava-se à integração dos centros de controle operacional das concessionárias de rodovias à sede da REQUERIDA, com vistas a viabilizar uma melhor gestão da atividade fiscalizatória da agência reguladora.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁵ Cf. RTE-089.

¹⁰⁷⁶ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 121 da REQUERENTE, p. 127.

¹⁰⁷⁷ É possível extrair dos ofícios encaminhados pela REQUERIDA à REQUERENTE que aqui foram acostados como RTE-114 e RTE-115 que a agência reguladora seguiu solicitando à concessionária a observância de padrões para o envio das informações, mesmo após o SIR adentrar no ambiente de produção.

¹⁰⁷⁸ “2. Considerando a ampliação de escopo do SIR e início do desenvolvimento dos serviços relativos ao recebimento de informações das imagens das câmeras de Circuito Fechado de TV (CFTV), bem como do histórico mais recente destas, conforme Resolução ANTT nº 2.064/2007, informamos que a sistemática de encaminhamento de dados dos Centros de Controle Operacional (CCO’s) para o SIT se dará exclusivamente por link de dados, seguindo as seguintes premissas: [...]” (cf. RTE-092; item 2).

¹⁰⁷⁹ “3. O processo de interligação entre os CCO’s das concessionárias e a Sede da ANTT é uma necessidade antiga, que se remete desde a primeira tentativa em se criar o Centro Nacional de Supervisão Operacional e Informações Gerenciais (CNSOIG), em 2013, que tinha como objetivo, em linhas gerais, toda operacionalização das 3 (três) atividades principais de fiscalização da agência: rodovias federais concedidas, ferrovias concedidas e fiscalização de cargas e transportes de passageiros (interestadual e internacional). 4. Considerando o fracasso inicial da implantação do CNSOIG, a SUINF, no ano de 2016, iniciou procedimentos, em conjunto com a antiga Gerência de Tecnologia da Informação – GETIN, para criar o Sistema de Informações Rodoviária (SIT), no qual há o cadastro das principais informações das concessionárias de rodovias federais sob regulação da ANTT, bem como o envio das principais informações operacionais daquelas. Tal sistema substituiria, de forma parcial, a necessidade imediata de implantação do CNSO, inclusive no que se refere à visualização dos sistemas de CFTV das concessionárias. 5. Ressalta-se que para o perfeito funcionamento, seja do CNSOIG, seja do SIR, no que se refere à visualização das câmeras dos CFTV das concessionárias, é necessária a disponibilização de um sistema eficiente de comunicação entre CCO’s das concessionárias e a sede da ANTT.” (cf. RTE-095 e R-148; itens 3, 4 e 5).

¹⁰⁸⁰ No mesmo sentido, confira-se o adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 119 da REQUERENTE, p. 123-124.

1171. É incontroverso entre as partes que, no âmbito administrativo, a REQUERIDA promoveu o reequilíbrio econômico-financeiro parcial do CONTRATO DE CONCESSÃO, particularmente para recompor custos oriundos da implantação de *link* de dados e serviço de *data center* (instalação + mensalidade). Ditos custos teriam relação não apenas com o SIR, mas também visariam a atender outras demandas da agência reguladora¹⁰⁸¹.

1172. Os demais custos pleiteados nesta arbitragem, advindos de adequações para atendimento ao SIR, não foram objeto de reequilíbrio, haja vista a posição da REQUERIDA de que estariam associados à obrigação originária da REQUERENTE.

1173. Após examinar os autos, o Tribunal Arbitral constatou que as cláusulas 14.1.3, “i”, 14.1.7, “b”, “c”, e “d”, e 14.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO, abaixo reproduzidas, efetivamente já dispunham previamente à implantação do SIR sobre a obrigação da REQUERENTE de prestar informações à REQUERIDA relacionadas ao tráfego e aos acidentes nas rodovias a ela concedidas¹⁰⁸²:

“14.1 No prazo da Concessão, e sem prejuízo das demais obrigações de prestar as informações estabelecidas no Contrato, no PER ou na legislação aplicável, a Concessionária deverá: [...]

14.1.3 apresentar à ANTT, na periodicidade por ela estabelecida, relatório com informações detalhadas sobre:

(i) as estatísticas de tráfego e acidentes, com análise de pontos críticos e medidas saneadoras implementadas ou a serem implementadas; [...]

14.1.7 divulgar em seu sítio eletrônico as seguintes informações durante todo o Prazo da Concessão:

(a) Tarifas de Pedágio vigentes e P1 a P 11, assim como o montante alterado da tarifa em decorrência da aplicação do Fator D e o histórico de tarifas anteriores e as respectivas datas de vigência;

(b) estatísticas mensais de acidentes, durante a Concessão, incluindo a identificação do local e causa (quando fornecida pela Polícia Rodoviária

¹⁰⁸¹ Cf. RTE-102 e R-147, p. 18-19. De forma mais esclarecedora, confira-se o que consta do Despacho exarado pelo Coordenador da Fiscalização Operacional das Rodovias Concedidas da ANTT: “*Ressalta-se, portanto, que os únicos custos passíveis de reequilíbrio são aqueles oriundos ao fornecimento de link de dados e serviço de data center (instalação + mensalidade), que atendem não somente ao SIR, mas também ao projeto do Centro Nacional de Supervisão Operacional – CNSO e pesagem remota.*” (CF. RTE-101, item 5).

¹⁰⁸² Cf. RTE-001.

Federal), bem como as providências adotadas para redução da incidência conforme previsto no PER;

- (c) condições de tráfego por subtrechos, atualizados diariamente e com orientações aos usuários; e*
- (d) estatísticas de movimentação de veículos, por tipo de veículo (motocicleta, carro de passeio, caminhão e ônibus), em P1 a P11.*

14.2 A Concessionária deverá realizar o monitoramento permanente do tráfego – incluindo contagens volumétricas, medições e demais procedimentos estabelecidos no PER nos locais do sistema Rodoviário necessários à:

- (i) apuração do cumprimento de suas obrigações;*
- (ii) verificação da obrigação de realizar obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego referida na subcláusula 10.4;*
- (iii) avaliação dos indicadores de ocupação da pista estipulados no Anexo 7;*
- (iv) verificação do nível de ocorrência de acidentes conforme os critérios do PER e do Anexo 7; e*
- (v) verificação da necessidade de executar melhorias em dispositivos de interconexão nos termos do PER.”*

1174. Nos termos do item 3.4.1 do PER, também se afigurava obrigação contratual da REQUERENTE de estabelecer um centro de controle operacional com *“capacidade de receber dados operacionais e físicos, processar e transformar em informações a serem distribuídas a outros sistemas, subsidiando decisões e ações em todas as atividades da Concessionária, da PRF e da ANTT”*¹⁰⁸³.

1175. Também verificou o Tribunal Arbitral ter o laudo pericial concluído que, aparentemente, os tipos de informações cuja transmissão à REQUERIDA passaram a ser exigidos com a implementação do SIR já estariam contemplados no PER, de modo que o novo sistema poderia ser compreendido como uma *“evolução tecnológica no envio dessas informações”*¹⁰⁸⁴.

1176. Confira-se, no ponto, trecho da resposta da perita ao quesito nº 5.1 da REQUERIDA¹⁰⁸⁵:

“5.1 Queira o Sr. Perito verificar se a implementação do SIR se tratou de mera evolução tecnológica das obrigações de envio de informações de papel para envio automático por meio de sistema.

¹⁰⁸³ Cf. RTE-014, p. 51.

¹⁰⁸⁴ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 5.1 da REQUERIDA, p. 266.

¹⁰⁸⁵ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 5.1 da REQUERIDA, p. 266.

Resposta: No entender desta perícia, aparentemente, as informações contidas no SIR já estariam contempladas nos sistemas relacionados à operação da Concessionária citados no PER (RTE-14) como, por exemplo, sistemas de controle de tráfego, sistemas de pedágio e controle de arrecadação e sistemas de pesagem. Dessa forma, poderíamos entender como uma evolução tecnológica no envio dessas informações.”

1177. A despeito da obrigação originária da REQUERENTE de prestar informações, o Tribunal Arbitral verificou que, anteriormente à implantação do SIR, a forma de sua transmissão à REQUERIDA se dava por meio de um relatório distinto do novel sistema implementado.

1178. Deveras, o item 4.3 do PER dispunha que “a Concessionária dever[ia] apresentar mensalmente o Relatório Técnico-Operacional Físico (RETOF) à ANTT”¹⁰⁸⁶⁻¹⁰⁸⁷, observando as datas, metodologias e conteúdo previstos nos normativos da agência reguladora então vigentes.

1179. Ou seja, a opção da REQUERIDA de implementar o SIR resultou na alteração do mecanismo originalmente previsto no Anexo 2 do CONTRATO DE CONCESSÃO para a transmissão de informações relativas à concessão¹⁰⁸⁸, tendo agentes da própria REQUERIDA reconhecido em documentos trazidos a esta arbitragem que “o Sistema de Informações Rodoviárias (SIR) não constava do PER original ou aditivado”¹⁰⁸⁹.

1180. Dessa maneira, em que pese a fixação do ponto controvertido “iv” do item 7 da Ordem Processual nº 16¹⁰⁹⁰, no juízo de cognição exauriente o Tribunal Arbitral concluiu que,

¹⁰⁸⁶ Cf. RTE-014, p. 82.

¹⁰⁸⁷ O Tribunal Arbitral observou terem sido acostados como anexo ao laudo pericial de 06.02.2023 diversos RETOFs (cf. SW-007).

¹⁰⁸⁸ A propósito: “Senhores Diretores, [...] 2. Considerando a resposta da ANTT, que relatou sobre a necessidade de sistematização das informações das concessionárias de rodovias federais, a SUINF iniciou, no segundo semestre de 2016, o Projeto SIR (Sistema de Informações Rodoviárias), tendo como objetivo principal a sistematização das informações cadastrais e operacionais das concessionárias, e consequente eliminação do RETOFF.” (cf. RTE-089, item 2). No mesmo sentido: RTE-091, item 1; RTE-092, item 1.

¹⁰⁸⁹ Cf. despacho acostado a este procedimento como RTE-112, p. 2.

¹⁰⁹⁰ “Pois bem. Antes de ingressar na análise das provas pretendidas, de rigor a determinação prévia dos pontos controvertidos de natureza fática nesta arbitragem. A partir do cotejo entre as manifestações da REQUERENTE e da REQUERIDA até esta fase processual, é possível identificar as seguintes questões fáticas controvertidas entre as partes, sobre as quais recairá a atividade probatória: [...] (iv) O ineditismo da implantação do Sistema de Informações Rodoviárias – SIR em relação às obrigações previstas no Contrato de Concessão e no Programa de Exploração da Rodovia – PER, ou seu enquadramento como evolução tecnológica das obrigações informacionais já previstas, bem como o respectivo impacto dessa implantação sobre a equação econômico-financeira do contrato e a suficiência do reequilíbrio já efetivado pela REQUERIDA nas revisões tarifárias pertinentes;” (cf. item 7, “iv”, da Ordem Processual nº 16).

independentemente de sua caracterização ou não como evolução tecnológica do sistema de transmissão de dados antes previsto, a implementação do SIR decorreu de uma alteração unilateral da REQUERIDA ao CONTRATO DE CONCESSÃO.

1181. Por conseguinte, o Tribunal Arbitral reconhece o direito da REQUERENTE ao correspondente reequilíbrio econômico-financeiro, por subsunção da hipótese à cláusula 21.2.13 do ajuste e do art. 9, § 4º, da Lei Federal 8.987/1995, *in verbis*¹⁰⁹¹:

“21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...]

21.2.13 alteração unilateral no PER e no Contrato, por iniciativa do Poder Concedente, por inclusão e modificação de obras e serviços que afete o equilíbrio econômico-financeiro;”

* * *

“Art. 9º [...]

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”

1182. Se, por um lado, é verdade que, nos termos do art. 6º, § 1º e 2º, da Lei Federal nº 8.987/1995¹⁰⁹², o serviço público deve se adaptar à evolução social e tecnológica, incumbindo àquele que o presta adaptar suas atividades, à luz do princípio da atualidade, por outro, também o é que a adaptação do serviço às necessidades do tempo não subtrai da concessionária o direito à recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão respectivo, mormente quando tal decorre de alteração unilateral promovida pelo poder concedente. Sobre o tema Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁰⁹³:

“O princípio da mutabilidade ou atualidade leva em consideração o ato de que os serviços públicos devem se adaptar à evolução social e tecnológica. As necessidades da população

¹⁰⁹¹ Cf. RTE-001, cláusula 21.2.13.

¹⁰⁹² “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e a expansão do serviço.”

¹⁰⁹³ Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 243.

variam no tempo e as tecnologias evoluem rapidamente, havendo a necessidade constante de adaptação das atividades administrativas. [...]

Em razão da mutabilidade, as relações entre concessionárias de serviços públicos e os usuários apresentam peculiaridades quando comparadas às relações privadas, com destaque para o reconhecimento da prerrogativa de alteração unilateral do contrato por parte do Poder concedente (ex.: alteração de cláusula regulamentar para exigir a utilização de novas tecnologias na prestação do serviço), bem como para a ausência de direito adquirido da concessionária à manutenção das condições iniciais do ajuste (ex.: necessidade de observar as novas gratuidades previstas em lei), com a ressalva de que, nessas hipóteses, a concessionária terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

1183. No caso, a prova produzida nesta arbitragem dá conta de que a implementação do SIR efetivamente decorreu de decisão unilateral da REQUERIDA – ainda que em atendimento a recomendação do TCU –, bem como gerou custos adicionais não precificados pela REQUERENTE e que não foram objeto de reequilíbrio contratual na via administrativa.

1184. Com efeito, o laudo pericial atesta que “a implantação e manutenção do sistema e as diversas solicitações da Requerida para mudanças nos requisitos do SIR geraram custos para a Requerente”¹⁰⁹⁴, que em parte não foram objeto de reequilíbrio econômico-financeiro.

1185. Ainda que conste das já citadas cláusulas 14.1.3, “i”, 14.1.7, “b”, “c”, e “d”, e 14.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO, sobre a obrigação da REQUERENTE de prestar informações à REQUERIDA relacionadas ao tráfego e aos acidentes nas rodovias a ela concedidas, o atendimento a exigência futura de atualização da forma de transmissão de informações, por determinação unilateral da REQUERIDA, produz repercussões econômicas que devem ser reequilibradas. A esse respeito, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara são didáticos¹⁰⁹⁵:

“Em suma: é juridicamente equivocada a ideia de que os contratos de concessão de serviço público têm embutida em si a obrigação geral de as concessionárias fazerem a atualização gratuita dos serviços concedidos, o que legitimaria o concedente a exigir todas e quaisquer prestações adicionais que sejam necessárias ou úteis para tanto. Ademais, não é correto invocar, como fonte dessa obrigação, um genérico ‘princípio da atualidade’, o qual não existe como tal na lei. O caput do art. 6º – cujos §§1º e 2º são por vezes invocados na matéria de modo distorcido – é nítido ao dizer que o conceito de ‘serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários’ não é vazio, de modo a poder ser preenchido depois a critério do concedente. Trata-

¹⁰⁹⁴ Cf. item 210 do laudo pericial de 06.02.2023.

¹⁰⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018.

se, diz o preceito, de conceito construído “nas normas pertinentes e no respectivo contrato”. O atendimento a exigências futuras de atualização produz repercussões econômicas. A concessionária assume o dever de prestação do serviço adequado e pode ser obrigada a atualizá-lo. Para tanto, incorrerá em despesas. Para assumir esse ônus, consequentemente, almejará contraprestação suficiente para compensá-los. A proposta apresentada na licitação comportará a estimativa de gastos com o nível de qualidade e atualidade do serviço, nos termos expressa e detalhadamente exigidos no contrato. [...]

O dever de manter os serviços atualizados, nesse cenário, submete a concessionária às novas regras de prestação do serviço criadas ao longo da vigência da concessão: ela estará obrigada a aceitar novos encargos, mesmo não especificados no contrato original. Noutras palavras, o dever de prestar o serviço atualizado impõe à concessionária o ônus de aceitar encargos adicionais que venham a ser criados pelo poder concedente. Encargos adicionais, porém, representam ônus novos à concessionária, não contratados ou assumidos de modo específico no ajuste original. Por isso, sua implantação, se resultar onerosa, ensejará a necessidade de reequilíbrio econômico financeiro. Isto está expresso nos arts. 9º, §4º, e 10 da Lei de Concessões: Segundo o §4º do art. 9º da lei 8.987/1995, ‘em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração’. E, segundo o art. 10 da lei 8.987/1995, ‘sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro’. Logo, não há dúvidas de que, por força da própria lei, alterações unilaterais das condições do contrato de concessão, pelo poder concedente, que desestabilizem o seu equilíbrio econômico-financeiro, geram direito ao seu restabelecimento.”

1186. Acresce-se que, segundo consta do laudo pericial¹⁰⁹⁶ e do documento RTE-089¹⁰⁹⁷, a substituição do RETOF até então utilizado pelo SIR haveria de se dar de forma gradual, de modo que, ao menos durante certo período, a REQUERENTE teve que conviver com os dois sistemas de transmissão de dados, arcando com os custos correlatos.

1187. Assim, o Tribunal Arbitral reconhece o direito da REQUERENTE à recomposição do sinalagma contratual e, por conseguinte, passa a deliberar sobre o valor a ser considerado pela REQUERIDA para fins de implementação dos procedimentos previstos na cláusula 22 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1188. Nesse encargo, o Tribunal Arbitral constatou ter o laudo pericial apurado que a REQUERENTE contratou 3 (três) empresas para a prestação de serviços relacionados à

¹⁰⁹⁶ “Portanto, podemos concluir que os relatórios RETOFF continuaram a ser elaborados e emitidos enquanto o SIR era implementado e evoluía.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 125 da REQUERENTE, p. 128).

¹⁰⁹⁷ “Ressaltamos que a eliminação do RETOFF será realizada de forma gradual e o cronograma de implantação do SIR será divulgado oportunamente.” (cf. RTE-089, item 6).

implantação do SIR, a saber: Meta Systems Ltda. (“META”), Engebras Tecnologia Ltda. (“ENGEBRAS”) e Everest Ridge Consultoria em Redes de Comunicação Ltda. (“EVEREST RIDGE”).

1189. O documento RTE-093 indica que: (i) a META foi contratada para apoio na “*exportação de dados de tráfego para o web service SIR do [sic] ANTT*”¹⁰⁹⁸ relacionada ao tráfego na praça de pedágio e ao tráfego SAT, pelo valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); e (ii) a contratação da ENGEBRAS visava à “*integração com o sistema SIR, para envio das informações geradas pelos radares de velocidade*”¹⁰⁹⁹, tendo como valor R\$ 25.200,00 (vinte e cinco mil e duzentos reais).

1190. Do documento RTE-100, por sua vez, é possível extrair a proposta da EVEREST RIDGE, onde consta que o serviço contratado envolvia o fornecimento de uma “*interligação dedicada que permite comunicação de voz dados e imagem na velocidade demandada*”¹¹⁰⁰ entre determinados locais, por um “*acesso óptico protegido através de equipamentos de ethernet Layer 2 e capacidade de transmissão de até 1Gb*”¹¹⁰¹, além de serviços de “*data center*”¹¹⁰², mediante o pagamento de valores de instalação e mensalidades.

1191. De acordo com o laudo pericial, a REQUERIDA reequilibrou tão somente os valores despendidos pela REQUERENTE com a empresa EVEREST RIDGE, que se relacionavam à instalação e manutenção de *links* e *data centers*, bem como os custos administrativos correlatos, no percentual de 6,24% (seis vírgula vinte e quatro por cento). Restou pendente de recomposição as quantias incorridas com as empresas META e ENGEBRAS, no valor histórico de R\$ 40.200,00 (quarenta mil e duzentos reais), e respectivos custos administrativos, no valor histórico de R\$ 2.508,48 (dois mil, quinhentos e oito reais e quarenta e oito centavos). Confirmando-se¹¹⁰³:

¹⁰⁹⁸ Cf. RTE-093, p. 1.

¹⁰⁹⁹ Cf. RTE-093, p. 7.

¹¹⁰⁰ Cf. RTE-100, p. 9

¹¹⁰¹ Cf. RTE-100, p. 9.

¹¹⁰² Cf. RTE-100, p. 9.

¹¹⁰³ Cf. itens 212 a 218 do laudo pericial de 06.02.2023.

“Podemos observar que a Requerente contratou 3 empresas diferentes para prestação de serviços. São elas: Engebras, Meta e Everest Ridge. A proposta comercial e nota fiscal das empresas Engebras e Meta podem ser encontradas no anexo RTE-93. Com relação à empresa Everest Ridge, podemos encontrar a proposta comercial no anexo RTE-100 e as notas fiscais no SW-29. A tabela a seguir resume as datas e os valores históricos das notas fiscais apresentadas. [...]”

Enquanto as empresas Meta e Engebras foram contratadas para a prestação de serviços, logo, apresentando apenas uma nota fiscal para cada empresa, a empresa Everest Ridge foi contratada para instalação e manutenção de links e datacenters. Assim, foram apresentadas notas mensais com valor de R\$ 32.884,00 para a manutenção dos links e datacenters (há 2 notas com valores menores, provavelmente para períodos menores de 1 mês) e uma nota com valor de R\$ 39.000,00 relativa à instalação, totalizando assim para as 3 empresas R\$ 299.522,80, em valores históricos. [...]”

Desses valores apresentados, conforme Nota Técnica SEI nº 377/2019/GEFIR/SUINF/DIR (RTE-102), a Requerida reequilibrou os valores relacionados a instalação e manutenção do link, conforme tabelas abaixo. [...]”

Além disso, a ANTT também reequilibrou os custos administrativos decorrente dos custos acima, na taxa de 6,24%, conforme tabela abaixo.

Portanto, podemos concluir que a ANTT reequilibrou os custos relacionados à empresa Everest Ridge e assim temos a seguinte situação de custos já reequilibrados e a reequilibrar (se assim for decidido pelo Tribunal Arbitral). [...]”

Assim, os custos pleiteados pela Concebra e ainda não reequilibrados são referentes às empresas Meta e Engebras, totalizando um valor histórico de R\$ 40.200,00.

Além disso, devem ser acrescidos os custos administrativos, na taxa de 6,24%, resultando em R\$ 2.508,48. O valor total histórico é de R\$ 42.708,48.”

1192. Referido montante apontado como pendente de reequilíbrio, assim como os custos administrativos respectivos, foram deflacionados pela perita para a data-base de maio de 2012, a pedido da REQUERENTE, conforme se verifica abaixo¹¹⁰⁴⁻¹¹⁰⁵:

“Conforme Contralaunder, a Requerente solicitou que os valores obtidos sejam deflacionados para a data-base 05/2012. O valor de R\$ 15.000,00, com data-base de 10/2018 deflacionado para 05/2012, alcança o montante de R\$ 10.236,89. O valor de R\$ 25.200,00 com data-base de 02/2019 deflacionado para 05/2012, alcança o montante de R\$ 17.076,64. Assim, o valor total deflacionado para 05/2012 é igual a R\$ 27.313,53. Acrescidos os custos administrativos na taxa de 6,24%, o valor total na data base 05/2012 é de R\$ 29.017,89 (SW-64).”

¹¹⁰⁴ Cf. item 267 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

¹¹⁰⁵ O pedido da REQUERENTE de deflação para a base de maio de 2012 dos valores calculados pelo perito em relação ao SIR foi formulado no parecer dos assistentes técnicos daquela de 24.03.2023. Ao comentar o referido parecer, como facultado pela Ordem Processual nº 28, a REQUERIDA não se manifestou sobre o tema (cf. itens 300 a 320 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023).

1193. Embora a REQUERIDA tenha, no curso da fase instrutória, alertado para a necessidade de comprovação da pertinência dos serviços contratados pela REQUERENTE com a implantação do SIR¹¹⁰⁶, bem como de aferição de inexistência de pagamentos em duplicidade, constata-se que a *expert* confirmou em seu laudo pericial complementar que:

- (i) *“os objetos dos contratos com as empresas Meta e Engebras se referem de forma clara e objetiva a serviços contratados em função do SIR, assim como o contrato da Everest Ridge, que já foi reequilibrado pela ANTT”*¹¹⁰⁷;
- (ii) *“não foi feito pagamento em duplicidade, visto que o Sistema SIR não é parte integrante das obrigações do Contrato de Concessão”*¹¹⁰⁸.

1194. O Tribunal Arbitral não acolhe, por outro lado, a alegação da REQUERIDA de que preços dos serviços contratados pela REQUERENTE poderiam estar em descompasso com os referenciais de mercado, tampouco o questionamento de que se faria necessário perquirir a imprescindibilidade de sua contratação.

1195. A despeito de sua argumentação genérica, a REQUERIDA não se desincumbiu do ônus específico de demonstrar que os preços contratados pela REQUERENTE não estariam aderentes ao mercado e tampouco que os serviços não se fariam necessários para adequação ao SIR – note-se que as propostas e notas fiscais relacionadas à META e à ENGEBRAS encontram-se anexadas ao documento RTE-093, com a descrição dos serviços e dos valores respectivos.

1196. De se notar que, no particular, as conclusões da prova técnica não socorreram a argumentação da REQUERIDA, tendo a perita afirmado que:

- (i) *“esta perícia se trata de uma perícia de engenharia e não de tecnologia da informação. Assim, não podemos afirmar se os contratos da Meta e Engebras*

¹¹⁰⁶ Cf. item 188 e 189 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

¹¹⁰⁷ Cf. item 263 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

¹¹⁰⁸ Cf. item 264 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

são imprescindíveis para adequação ao SIR, porém podemos afirmar que o serviço foi contratado e os valores gastos para adequação ao sistema”¹¹⁰⁹; e

- (ii) *“o serviço em questão é específico para atendimento à adequação do SIR naquele contexto, portanto acreditamos não ser viável uma pesquisa de mercado em 2023 para comparação dos valores despendidos”¹¹¹⁰.*

1197. Ainda a propósito das notas fiscais dos serviços contratados pela REQUERENTE, o Tribunal Arbitral também não acolhe a alegação da REQUERIDA de que a *expert* não poderia tê-las considerado no exame pericial empreendido nesta arbitragem, em face do que dispõe o Decreto nº 10.025/2019.

1198. Na Ordem Processual nº 03, o Tribunal Arbitral já havia rejeitado a aplicação do aludido diploma ao procedimento arbitral pelas seguintes razões¹¹¹¹:

“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.”

1199. O Tribunal Arbitral tem conhecimento de que, após a prolação da Ordem Processual nº 03, as partes celebraram o 2º TERMO ADITIVO, ocasião em que ratificaram a convenção de arbitragem constante do CONTRATO DE CONCESSÃO, *“acrescentando que o procedimento observará o disposto no Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019”¹¹¹².*

¹¹⁰⁹ Cf. esclarecimentos periciais de 20.12.2023, resposta ao quesito complementar nº 22.b da REQUERIDA, p. 205.

¹¹¹⁰ Cf. esclarecimentos periciais de 20.12.2023, resposta ao quesito complementar nº 22.f da REQUERIDA, p. 206.

¹¹¹¹ Cf. nota de rodapé nº 108 da Ordem Processual nº 03.

¹¹¹² Cf. cláusula 19.1 do 2º TERMO ADITIVO (RTE-250; RTE-141).

1200. Entretanto, na leitura do Tribunal Arbitral, a cláusula 19.1 do 2º TERMO ADITIVO impõe a adoção das normas previstas naquele Decreto Federal tão somente a novas arbitragens iniciadas em decorrência do aditamento contratual, não se podendo extrair do texto uma aplicação retroativa do ato administrativo a procedimentos arbitrais que já se encontravam em curso. Confira-se¹¹¹³:

“19.1 As partes ratificam a cláusula compromissória de arbitragem prevista na subcláusula 37.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO, para solução de controvérsias decorrentes do presente Termo Aditivo, acrescentando que o procedimento observará o disposto no Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.”

1201. Ao lado disto, (i) as notas fiscais contidas no documento RTE-093 foram apresentadas pela REQUERENTE por ocasião de suas Alegações Iniciais – portanto, em 13.04.2020, antes da superveniência do 2º TERMO ADITIVO; e (ii) a REQUERIDA não logrou indicar norma do Decreto Federal nº 10.025/2019 que obstasse a apresentação de documento na arbitragem não examinado na via administrativa¹¹¹⁴.

1202. Por essas razões, e com fundamento na cláusula 21.2.13 do CONTRATO DE CONCESSÃO e no art. 9º, § 4º, da Lei Federal nº 8.987/1995, o Tribunal Arbitral resolve julgar procedente o pedido formulado no item 985, “v”, das Alegações Iniciais desta arbitragem, para reconhecer o direito da REQUERENTE à indenização contratual em decorrência da implantação do SIR, no valor apurado pela perita de R\$ 29.017,89 (vinte e nove mil, dezessete reais e oitenta e nove centavos), na data-base de maio de 2012.

1203. A título de complemento, o Tribunal Arbitral informa não lhe ter passado despercebido que, no curso da fase postulatória, a REQUERENTE indicou que sua pretensão de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência do SIR envolveria também os custos incorridos com *links* e *data center* no período contratual posterior ao ano 10 (dez) da concessão até o encerramento contratual – período não considerado na via administrativa.

¹¹¹³ Cf. RTE-250; RTE-141.

¹¹¹⁴ O art. 3º, VIII, do Decreto Federal nº 10.025/2019 exige tão somente que a decisão administrativa contestada no procedimento arbitral seja definitiva.

1204. Nota-se, entretanto, que o laudo pericial não contabilizou esses valores e que, a despeito disso, a REQUERENTE ao final parece ter aquiescido com o quanto apurado pela perita. Com efeito, em Alegações Finais, aquela formulou pedido para que o desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência do SIR fosse reconhecido justamente “no valor liquidado pela Equipe Pericial, de R\$ 29.017,89 (vinte e nove mil dezessete reais e oitenta e nove centavos) (data-base maio/2012)”¹¹¹⁵.

1205. Além disso, a REQUERIDA informou que, posteriormente ao reequilíbrio promovido na via administrativa, ela “passou a promover e manter a instalação de links junto às concessionárias, por meio de contrato de prestação de serviços de rede de internet celebrado pela própria Agência”¹¹¹⁶, orientando, assim, “as concessionárias a cancelarem, de forma imediata, a prestação dos serviços referentes ao mencionado fornecimento de link de dados”¹¹¹⁷⁻¹¹¹⁸.

1206. Ainda conforme informado pela REQUERIDA¹¹¹⁹:

“[...] os investimentos incluídos nos contratos, com relação à citada tecnologia, seriam objeto de exclusão no próximo processo revisional. Entretanto, diante da celebração do TA de Relicitação (RTE-250), a Requerida irá apreciar eventuais ajustes na recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em razão da exclusão deste investimento no momento, no momento do ajuste de contas, conforme procedimento estabelecido no art. 16 da Resolução ANTT nº 5.926, de 2 de fevereiro de 2021 (RDA-153).”

¹¹¹⁵ Cf. item 266, “i”, das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹¹⁶ Cf. item 317 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

¹¹¹⁷ Cf. item 318 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

¹¹¹⁸ Conforme consta do R-152, em 08.04.2021, a REQUERIDA enviou o Ofício Circular SEI nº 740/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT a diversas concessionárias de rodovias – dentre as quais a REQUERENTE –, do qual consta o seguinte: “Senhores Diretores, 1. Em alguns contratos de concessão de rodovias federais foi incluída a obrigação de disponibilização de link de dados visando promover a integração dos Centros de Controle Operacionais das concessionárias com a ANTT (Sede-Brasília/DF), para atendimento de demandas internas desta agência reguladora. 2. Com o andamento da implementação do Centro Nacional de Supervisão Operacional – CNSO, a Superintendência de Tecnologia da Informação – SUTEC tem promovido a instalação de links junto às concessionárias, por meio de contrato de prestação de serviços de rede de internet mantido pela própria ANTT. 3. Diante disso, informa-se que as concessionárias devem cancelar, de forma imediata, a prestação dos serviços referentes ao mencionado fornecimento de link de dados, para aquelas que ainda não o fizeram. 4 Os investimentos incluídos nos contratos, com relação à citada tecnologia, serão objeto de exclusão no próximo processo revisional.” (cf. R-152).

¹¹¹⁹ Cf. item 319 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

1207. Assim, o Tribunal Arbitral esclarece que, seja pelos termos das Alegações Finais, seja pelo quanto decidido no capítulo XII.1 desta sentença arbitral – que limita os efeitos desta arbitragem à data de 18.03.2022 –, seja pela informação da REQUERIDA de que solicitou à REQUERENTE o cancelamento do serviço, deixa de considerar para fins de indenização eventuais custos incorridos com *links* e *data center* que não foram reequilibrados na via administrativa.

1208. Por fim, o Tribunal Arbitral passa à análise do pedido do item 989 das Alegações Iniciais, por meio do qual a REQUERENTE pretende que o impacto deste evento, reconhecido como fator de desequilíbrio contratual suscetível de reequilíbrio pelo Tribunal Arbitral, repercuta no exercício do poder sancionatório, modulando o nível de descumprimento de suas obrigações contratuais.

1209. A bem de ver, diferentemente de outros eventos que entende tenham causado o desequilíbrio contratual, quanto a este evento específico a REQUERENTE não reproduziu em suas Alegações Finais o pedido genérico do item 989 das Alegações Iniciais. Tampouco produziu prova documental no sentido de que a REQUERIDA tenha efetivamente exercido o seu poder sancionatório neste caso.

1210. O Tribunal Arbitral, assim, julga improcedentes, por falta de prova, os pleitos formulados no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais, (i) de anulação das penalidades aplicadas, (ii) de extinção dos processos sancionatórios correlatos e (iii) de ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades relacionadas ao desequilíbrio decorrente da implantação do SIR.

1211. Por outro lado, como consequência do reconhecimento do evento de desequilíbrio associado à implantação do SIR, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais para determinar que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades que tenham como causa o evento apreciado neste capítulo da sentença arbitral.

XII.6. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DO AUMENTO DO PESO BRUTO POR EIXO

1212. Neste tópico, será apreciado o pedido da REQUERENTE contido no item 6.4.17, “IV”, da ATA DE MISSÃO – objeto do ponto controvertido constante do item 7, “v”, da Ordem Processual nº 16 –, que visa ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em razão do aumento do limite máximo de peso bruto por eixo dos veículos que trafegam nas rodovias concedidas.

1213. Eis a redação do pedido formulado nas Alegações Iniciais¹¹²⁰:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]

vi. O reconhecimento de que, apesar de ter reconhecido expressamente o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência do aumento do limite aplicável de tolerância do peso bruto por eixo de veículo que trafega no rodovia trazido por diversas alterações normativas, inclusive pela Lei dos Caminhoneiros, o reequilíbrio completo ainda não foi efetivado pelo fato de a ANTT ter adotado um método de cálculo inadequado, que não contempla os reais efeitos do aumento do peso bruto por eixo sobre a Concessionária, sendo certo que o reequilíbrio deverá ser efetivado de acordo com os parâmetros desenvolvidos pelo LAPAV – UFRGS, que serão adotados pela ANTT em revisões de outras concessionárias;[...]

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

1214. Consoante o disposto no item 6.4.19 da ATA DE MISSÃO e nas Alegações Iniciais, em caso de extinção antecipada do CONTRATO DE CONCESSÃO, a REQUERENTE também requer lhe seja reconhecido o direito à indenização equivalente ao desequilíbrio em questão.

1215. Ainda, à luz do item 989 das Alegações Iniciais, na hipótese de reconhecer o desequilíbrio contratual decorrente do aumento do peso bruto por eixo, a REQUERENTE pede

¹¹²⁰ Cf. itens 985, “iv”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

que o Tribunal Arbitral (i) declare a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinga os correlatos processos administrativos sancionatórios; (iii) condene a REQUERIDA a ressarcir a CONCEBRA de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; e (iv) determine que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades que guardem conexão com o que é apreciado neste capítulo da sentença.

XII.6.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

1216. A REQUERENTE narra que, na data de apresentação das propostas na licitação que originou o CONTRATO DE CONCESSÃO – 04.12.2013 –, o limite vigente de tolerância do peso bruto total dos veículos e do peso bruto transmitido por eixo ao pavimento era de 5% (cinco por cento), nos termos da Lei Federal nº 7.408/1985.

1217. Nesse sentido, explica a REQUERENTE que: *“veículos que tivessem (i) uma carga com peso até 5% superior ao limite legal e (ii) peso medido, em cada um dos seus eixos, em valor de até 5% superior ao limite legal não seriam autuados podendo trafegar livremente pela rodovia”*¹¹²¹.

1218. Ao tempo do certame, prossegue a REQUERENTE, também estaria em vigor a Resolução nº 258/2007, editada pelo Conselho Nacional de Trânsito (“CONTRAN”) com base nos arts. 99, §§ 1º e 2º, e 323 da Lei Federal nº 9.503/200, que ratificava o limite de tolerância de pesagem em 5% (cinco por cento).

1219. Como informa a REQUERENTE, a despeito de manter o patamar previsto na Lei Federal nº 7.408/1985, referida Resolução do CONTRAN continha uma disposição transitória, que permitia uma tolerância de 7,5% (sete e meio por cento) do limite de peso bruto por eixo, de forma excepcional e temporária. Não obstante, o art. 17 da Resolução¹¹²², vigente ao tempo da publicação do edital e da apresentação da proposta que resultou no CONTRATO DE CONCESSÃO, deixaria claro que a vigência dessa previsão transitória perduraria apenas até 31.12.2013.

¹¹²¹ Cf. item 723 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹¹²² Com redação dada pela Resolução CONTRAN nº 430/2013.

1220. Assim, continua a REQUERENTE, “na apresentação da proposta na licitação, considerou-se que a partir de 01/01/2014 voltaria a vigor o limite regular de 5% previsto no art. 5º da Resolução CONTRAN 258/2007. Tendo em vista que a previsão de assinatura do Contrato de Concessão era para o início do ano de 2014 – o que efetivamente ocorreu em 31/01/2014 – o limite aplicável de tolerância seria de 5% durante os 30 anos da Concessão. Por isso, a tolerância de 5% do peso bruto por eixo sobre o limite legal foi aquela considerada pelas proponentes para participação da licitação”¹¹²³.

1221. Ocorre que, como narra a REQUERENTE, após a entrega das propostas no certame originário do CONTRATO DE CONCESSÃO, sobrevieram normas que alteraram o limite de peso regulamentares por eixo. Dentre elas, cita a CONCEBRA:

- (i) a Resolução CONTRAN nº 467/2013, que prorrogou a vigência da tolerância máxima transitória de 7,5% (sete e meio por cento), então prevista na Resolução CONTRAN nº 258/2007, até 30.06.2014;
- (ii) a Resolução CONTRAN nº 489/2014, que aumentou o limite de tolerância de 7,5% (sete e meio por cento) para 10% (dez por cento) sobre os limites de peso regulamentares por eixo e a tolerância máxima para 12,5% (doze e meio por cento);
- (iii) a Lei Federal nº 13.103/2015, que modificou a redação do art. 1º, II, da Lei Federal nº 7.408/1985 para aumentar para 10% (dez por cento) a tolerância sobre o limite de peso bruto por eixo (cf. art. 16); e
- (iv) a Resolução CONTRAN nº 526/2015, que incorporou a alteração legislativa à regulamentação prevendo o patamar de 10% (dez por cento).

1222. A REQUERENTE afirma que tais normas supervenientes lhe geraram ônus adicionais, visto que os veículos passaram a poder transitar com cargas maiores daquelas estimadas quando da elaboração da proposta vencedora da licitação, aumentando seu impacto sobre as rodovias concedidas.

¹¹²³ Cf. item 726 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1223. Diante dessa circunstância, a REQUERENTE aduz ter enviado à REQUERIDA, em 10.08.2015, a carta CNB-DIR 1377/2015¹¹²⁴, explicando “*que o aumento do limite de tolerância acarretaria: (i) danos adicionais ao pavimento de pista existentes pelo aumento no peso transmitido, reduzindo sua vida útil e demandando maior manutenção; (ii) a necessidade de redimensionamento dos projetos de duplicação, manutenção e restauração do pavimento, precisando ser mais espesso a fim de suportar o maior desgaste, não somente na pista principal mas também nas obras de artes especiais*”¹¹²⁵.

1224. Na oportunidade, a REQUERENTE relata também ter mencionado que o TCU teria reconhecido o impacto causado pelo aumento do limite do peso bruto por eixo, conforme Instrução Técnica nº 014.618/2015, e indicado à ANTT a necessidade de se elaborar uma metodologia para o cálculo do custo adicional de manutenção suportado pelas concessionárias de rodovias.

1225. Na sequência dos acontecimentos, a REQUERENTE assevera ter sido elaborado o Memorando nº 790/2016/SUINF¹¹²⁶, pelo qual a ANTT indicou que adotaria como valor preliminar nas revisões tarifárias aquele calculado com base em um estudo elaborado pelo DNIT anteriormente às alterações normativas em discussão. O memorando ainda teria ordenado “*que fosse estimada ‘a incorporação em fluxo de caixa marginal do percentual de 10,5% sobre o custo de manutenção do pavimento além de adotar o valor médio de um ciclo de manutenção (vida útil) de 8 anos*”¹¹²⁷.

1226. Nesse contexto, tomando como referência o indicado no Memorando nº 790/2016/SUINF, a REQUERENTE afirma ter apresentado à REQUERIDA pleito administrativo de reequilíbrio do CONTRATO DE CONCESSÃO no valor de R\$ 2.353.651.413,79 (dois bilhões, trezentos e cinquenta e três milhões, seiscentos e cinquenta e um mil, quatrocentos e treze reais e setenta e nove centavos), na data-base de maio de 2012.

¹¹²⁴ Cf. RTE-116.

¹¹²⁵ Cf. item 731 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹¹²⁶ Cf. RTE-117.

¹¹²⁷ Cf. item 733 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1227. O pleito administrativo teria sido avaliado pela Nota Técnica nº 039/2016/GEINV/SUINF, tendo a REQUERIDA reconhecido o direito da REQUERENTE ao reequilíbrio contratual. Não obstante, em virtude da adoção de premissas de cálculo que a CONCEBRA reputa incorretas, a ANTT considerou um valor para o desequilíbrio inferior ao pleiteado, de R\$ 590.373.070,00 (quinhentos e noventa milhões, trezentos e setenta e três mil e setenta reais), consignando que tal valor ainda poderia ser revisto pela área competente da SUINF posteriormente, por meio de estudo técnico de engenharia.

1228. Daí a REQUERENTE afirma ter se originado a Resolução nº 5.236/2016¹¹²⁸, que, por ocasião da 4ª Revisão Extraordinária, efetuou um reequilíbrio parcial do CONTRATO DE CONCESSÃO, a partir de um acréscimo de 14,15% (quatorze vírgula quinze por cento) à tarifa de pedágio então vigente.

1229. Ato seguinte, quando da 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, a REQUERENTE assevera ter impugnado os cálculos antes elaborados pela ANTT na 4ª Revisão Extraordinária¹¹²⁹. A pretensão, contudo, fora indeferida pela REQUERIDA, ao fundamento de que a metodologia então utilizada pela ANTT para a valoração do pleito era preliminar, sendo que o reequilíbrio integral ainda seria avaliado em momento oportuno, após estabelecida a metodologia definitiva a ser adotada. Confira-se¹¹³⁰:

“A Requerente apresentou complemento ao pleito na Carta CNB-DIR/1160/2017 (RTE 70), no âmbito da 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária. A Concessionária alegou que os cálculos elaborados pela ANTT na 4ª Revisão Ordinária consideraram única e exclusivamente como área de pavimento a pista de rolamento, ignorando o impacto existente da sobrecarga nos demais elementos da rodovia, como marginais, alças, terceiras faixas, pistas de desaceleração e aceleração e obras de arte especiais e correntes. Sendo assim, pleiteou o reequilíbrio no valor de R\$ 100.147.081,70 em relação aos elementos adicionais do Sistema Rodoviário. Como inicialmente fora compensado apenas o impacto do aumento do peso bruto por eixo na rodovia em sua pista principal, a complementação de 2017 pleiteou a inclusão do reequilíbrio relativo ao impacto da alteração legislativa sobre os trechos secundários da rodovia, como as vias marginais, e sobre as obras de arte rodoviárias – incluindo os acessos e dispositivos, como interseções em nível e interconexões. Trata-se de pleito com o mesmo fundamento jurídico do que foi deferido em sede da 4ª Revisão Extraordinária, visto que

¹¹²⁸ Cf. item 736 das Alegações Iniciais da REQUERENTE; RTE-120.

¹¹²⁹ Cf. RTE-070.

¹¹³⁰ Cf. itens 737 a 740 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

também há impacto do aumento da tolerância de peso por eixo em tais estruturas, e tal impacto é decorrente da mesma alteração legislativa superveniente.

Este pleito foi avaliado pela Nota Técnica 015/2017/GEINV/SUINF (RTE 71). Este documento ressaltou que a metodologia empregada pela ANTT na 4ª Revisão Extraordinária era preliminar, e que o reequilíbrio integral e definitivo ainda seria realizado em momento oportuno, uma vez estabelecida de modo seguro a metodologia a ser adotada. Dito isto, indeferiu o pleito, postergando sua análise para quando for estabelecida definitivamente a metodologia de cálculo do desequilíbrio: [...]

Ainda, a ANTT não considerou a taxa de remuneração de custos administrativos de 6,24%, que a própria agência entendeu ser devida. Além disso, a Requerida deixou de considerar que o impacto total das alterações normativas diz respeito não somente a um aumento de custos decorrente do sobrepeso, mas também a uma perda de receita. Isso porque, ao aumentar a tolerância, as novas normas permitiram que a mesma quantidade de carga fosse transportada utilizando-se menos caminhões, ou com a realização de uma quantidade menor de viagens. Em outros termos, ao aumentar a capacidade dos caminhões, a nova legislação reduziu o tráfego na rodovia e causou uma perda de receita à Concessionária.

Assim, conforme a Nota Técnica 098/2017/GEROR/SUINF (RTE 72), que analisou os pleitos já aceitos preliminarmente pela ANTT, o reequilíbrio referente ao sobrecusto com a manutenção dos elementos adicionais da rodovia não foi incorporado à revisão contratual em questão. A Nota Técnica 098/2017/GEROR/SUINF deu origem ao Voto DMR 066/2017 (RTE 73) e, subsequentemente, à Resolução 5.363/2017 (RTE 74), aprovando a 2ª RO e a 5ª RE novamente sem que fosse implementado o integral reequilíbrio referente aos impactos adicionais no pavimento.”

1230. A REQUERENTE narra que, paralelamente às discussões administrativas sobre o reequilíbrio contratual, o TCU, na Representação TC nº 014.6118/2015-0, teria (i) concluído que o estudo da ANTT não contaria com metodologia de cálculo própria, não sendo adequado para os impactos da Lei Federal nº 13.303/2015 ao Sistema Rodoviário; e (ii) determinado à REQUERIDA que retificasse o cálculo tarifário para menos¹¹³¹.

1231. Isto teria levado a REQUERENTE a ajuizar a ação nº 1009784-08.2017.4.01.3400 perante a 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, visando a impedir que o reequilíbrio

¹¹³¹ Sobre o tema: “[...] o TCU determinou, contraditoriamente, em sede de mera cautelar, que a ANTT retificasse o cálculo tarifário para menos, por ter dúvidas sobre o acerto da aplicação da metodologia do Fluxo de Caixa Marginal, e que utilizasse, enquanto base para o cálculo do desequilíbrio, ‘valores não superiores aos constantes dos estudos de viabilidade que balizaram o certame alusivo ao referido Contrato de Concessão, com o deságio proposto pela licitante vencedora, como base de referência para compensação do aumento de custos de manutenção do pavimento decorrente do art. 16 da Lei nº 13.103/2015’. Ainda, o TCU considerou que a alteração legislativa teria causado um aumento apenas de 2,5% (e não de 5%, como corretamente calculado) no limite de peso bruto por eixo, ignorando que a vigência da Resolução CONTRAN 430/13 terminaria em 31 de dezembro de 2013, anteriormente ao início da vigência estimada do Contrato de Concessão e sem perspectiva ou garantia de que seria estendida.” (cf. item 742 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

parcial do CONTRATO DE CONCESSÃO antes implementado pela REQUERIDA na 4ª Revisão Extraordinária fosse reduzido em cumprimento à determinação cautelar do TCU.

1232. A REQUERENTE afirma que os questionamentos do TCU quanto à metodologia provisória adotada pela ANTT desde o Memorando nº790/2016/SUINF estariam ligados substancialmente a dois pontos, conforme descrição a seguir:

- (i) *“o estudo analisou os impactos oriundos do acréscimo de uma tonelada por eixo, o que resultaria em diferentes aumentos percentuais no peso bruto transmitido por eixo (16,7% para os eixos isolados de dois pneumáticos e 10% para os eixos isolados de quatro pneumáticos, por exemplo), enquanto a modificação legal gerou um aumento na tolerância por peso transmitido por eixo de apenas 2,5%”*¹¹³²; e
- (ii) *“o estudo considerou que a qualidade de construção das rodovias seria ‘pobre/frágil’, a condição estrutural do pavimento seria ‘pobre’ e a textura do pavimento seria ‘razoável’, o que não é condizente com as condições esperadas das rodovias concedidas, em especial do trecho em questão”*¹¹³³.

1233. Aliás, a ANTT já teria reconhecido a inadequação das premissas de seu estudo, conforme relata a REQUERENTE, tendo solicitado ao TCU, em processo administrativo de outra concessão – TC nº 012.831/2017-4¹¹³⁴ –, a prorrogação do prazo para apresentação de novos estudos contendo metodologia que dimensionasse adequadamente os efeitos da alteração do limite de peso bruto por eixo.

1234. Com efeito, estaria em curso *“elaboração pesquisa, custeada por Recursos para Desenvolvimento Tecnológico (RDT) do contrato da concessionária ECOPONTE, para definição de metodologia que permita a avaliação dos impactos nos custos de manutenção de*

¹¹³² Cf. item 744 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹¹³³ Cf. item 744 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹¹³⁴ A REQUERENTE esclarece que *“o TC 012.831/2017-4 é, além do TC 014.618/2015-0, o processo no âmbito do TCU que se refere à revisão tarifária em virtude da aplicação da Lei dos Caminhoneiros; neste outro caso, em relação à concessionária da Rodovia BR-101/BA/ES (ECO101), e adota premissas metodológicas de cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro absolutamente equivocadas, semelhantes às adotadas no TC – 014.618/2015-0, que trata do Contrato de Concessão, e contra as quais até mesmo a Requerida se insurge no âmbito do TCU”* (cf. item 746 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

*pavimento de rodovias concedidas em decorrência desse aumento das tolerâncias nas cargas por eixo*¹¹³⁵. A REQUERENTE afirma que, “*após conclusão dessa pesquisa (RTE 121), que está sendo realizada pelo Laboratório de Pavimentação (LAPAV) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), a ANTT entende que será possível determinar o real impacto sobre o pavimento em razão da aplicação da referida lei, conforme verifica-se das atas de reuniões constantes do RTE 122*”¹¹³⁶.

1235. Sem prejuízo, afirma que, por meio do Memorando nº 006/2019/GAB, de 21.01.2019, a ANTT teria dado anuência para que fosse aplicado no momento da revisão ordinária de cada contrato de concessão o entendimento antes manifestado pelo TCU.

1236. Considerando toda essa indefinição quanto ao critério a ser adotado para o reequilíbrio contratual, a REQUERENTE informa que resolveu desenvolver um estudo específico para examinar os impactos das alterações legislativas referentes ao aumento do peso bruto por eixo em sua concessão. O estudo teria sido feito com base nas pesagens realizadas ao longo das rodovias e levando em conta as características próprias do Sistema Rodoviário, a partir do Laboratório de Pavimentação (“LAPAV”), da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (“UFRGS”)¹¹³⁷.

1237. Consoante defende a REQUERENTE, o estudo em questão teria identificado o “*comportamento dos pavimentos, sendo realizado a partir da análise do impacto do incremento de cargas por tipo de eixo nas estruturas de pavimento existentes e em implantação ao longo da rodovia, e a partir do perfil de tráfego específico do Sistema Rodoviário, conforme verificado a partir da análise das informações dos postos de pesagem em Araxá e Comendador Gomes*”¹¹³⁸.

1238. Nos dizeres da REQUERENTE, sua concessão possuiria particularidades próprias, que justificariam um estudo específico:

¹¹³⁵ Cf. item 745 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹¹³⁶ Cf. item 745 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹¹³⁷ Cf. RTE-124. Por meio da manifestação de 05.04.2021, a REQUERENTE apresentou versão atualizada do aludido estudo, acostando-a nesta arbitragem como RTE-220.

¹¹³⁸ Cf. item 749 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

“[...] os principais materiais transportados no Sistema Rodovia são materiais a granel, como cana de açúcar e milho. No transporte de cargas a granel, tipicamente o balanço das cargas no transporte pode causar com mais facilidade uma diferença de carga nos eixos, um desbalanceamento da carga. Assim, o transporte de cargas a granel tende a ter uma variação de peso por eixo relevante, impactando o pavimento de modo mais relevante. Ainda, o LAPAV verificou na análise do tráfego do Sistema Rodoviário, de acordo com os dados efetivos de demanda da rodovia, que o perfil de tráfego da Requerente é mais ‘carregado’ em relação a outras rodovias estudadas; em outros termos, que há no Sistema Rodoviário mais veículos trafegando acima do limite de peso anterior, e que foram beneficiados pelos aumentos de tolerância. Ou seja, identificou o LAPAV que tanto pelo perfil do tráfego quanto pelo tipo de carga mais comum no Sistema Rodoviário, a CONCEBRA foi especialmente afetada pelas alterações normativas.

Some-se a isso o fato de que há um incremento no impacto decorrente da conduta do Poder Público, também caracterizável como fato do príncipe, decorrente da omissão da própria Requerida em fornecer agentes públicos para autuar usuários. Como narrado pela Concessionária desde 2014, não há adequada fiscalização por parte dos agentes públicos (únicos detentores de poder de polícia) nos postos de pesagem da rodovia; simplesmente, o Poder Público não disponibiliza agentes públicos – seja da ANTT, do DNIT ou mesmo da polícia rodoviária federal para conferir efetividade à fiscalização exercida nos postos de pesagem. Isso faz com que o impacto da alteração normativa dos limites de tolerância de carga se verifique de forma ainda mais intensa, conforme os cenários apresentados no Relatório Técnico do LAPAV (RTE 124).”

1239. Em conclusão, o estudo do LAPAV teria apontado que a alteração legislativa objeto do pleito em questão teve o efeito de provocar uma redução expressiva na vida útil do pavimento.

1240. Assim, alegando ter esgotado a via administrativa para o debate da matéria, a REQUERENTE pede ao Tribunal Arbitral que reconheça o desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1241. Como fundamento para tanto, invoca a CONCEBRA o art. 65, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/1993, o art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 9.897/1995 e a cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO, que dispõem sobre o direito à recomposição do sinalagma da avença, à vista de alterações na legislação e regulamentação, supervenientes à contratação, que impactem a execução do objeto contratual.

1242. A REQUERENTE diz que resta incontroverso o seu direito ao reequilíbrio contratual em decorrência do aumento no limite tolerado de sobrepeso bruto transmitido por eixo com a alteração normativa superveniente.

1243. Além disso, argumenta que haveria “*convergência na metodologia a ser empregada para os cálculos*”¹¹³⁹ do reequilíbrio, já que tanto a CONCEBRA como a ANTT teriam buscado a mesma equipe do LAPAV para realizar os estudos, sendo que a divergência entre as partes estaria nos dados a serem utilizados para a elaboração das análises.

1244. A REQUERENTE critica o cálculo da REQUERIDA assentando que, no estudo por esta solicitado, o LAPAV teria utilizado como premissas informações advindas de diversas rodovias federais, sendo mais correto o cálculo proposto pela CONCEBRA, que seria realizado com dados do tráfego, pesagem e estrutura das próprias rodovias objeto desta arbitragem.

1245. A REQUERENTE entende que a matéria poderia ser decidida pelo Tribunal Arbitral e que a alegação da inarbitrabilidade suscitada pela REQUERIDA causaria “*estranheza*”¹¹⁴⁰. Em sua perspectiva, embora tenha suscitado dita preliminar em sua Resposta às Alegações Iniciais, a ANTT não teria invocado a matéria previamente, seja por ocasião da apresentação da Resposta ao Requerimento de Arbitragem, seja quando da assinatura da ATA DE MISSÃO.

1246. A despeito da alegação de inarbitrabilidade, a REQUERENTE entende que, mesmo após a instauração deste procedimento, a REQUERIDA estaria “*tentando, a todo custo, usurpar a competência que foi deslocada para o Tribunal Arbitral, ao tratar, em âmbito administrativo, da matéria*”¹¹⁴¹ afeta à metodologia de cálculo dos impactos do peso bruto por eixo, como fariam prova os documentos RTE-221 e RTE-222.

1247. Ainda no que diz respeito ao ponto, a REQUERENTE defende que a análise do pleito não importaria exercício da competência regulatória da ANTT pelo Tribunal Arbitral. Nas palavras da CONCEBRA¹¹⁴²:

“Veja-se que o que está em discussão na presente Arbitragem não é a competência regulatória da Agência, mas sim a mensuração, quantificação do impacto adicional gerado à Concessionária por alteração legislativa superveniente, cujo mérito já foi inclusive

¹¹³⁹ Cf. item 365 da Réplica da REQUERENTE.

¹¹⁴⁰ Cf. item 371 da Réplica da REQUERENTE.

¹¹⁴¹ Cf. item 95 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

¹¹⁴² Cf. item 376 a 378 da Réplica da REQUERENTE.

reconhecido pela agência. O que se pleiteia aqui é o cálculo correto do valor do desequilíbrio econômico-financeiro inegavelmente sofrido pela Requerente. Por óbvio, a discussão do quantum de desequilíbrio não está ao arbítrio da agência ou afeta sua capacidade regulatória, mas é matéria afeta a direito patrimonial disponível, passível, pois, de ser discutida em arbitragem envolvendo a administração pública direta e indireta, tal qual disposto no art. 1º, § 1º da Lei 9.307/1996 (incluído pela Lei nº 13.129, de 2015), bem como especificamente questão arbitrável segundo o art. 31, §4º, I da Lei 13.448/2017.

Nesse sentido, estando incontroverso o desequilíbrio, destaque-se que não há opção discricionária por parte da Agência quanto a reequilibrar ou não o contrato, inserida em seu âmbito de poder regulatório. Ocorrido o evento gravoso ocasionado pelo Poder Concedente, como foi o caso, é direito patrimonial disponível da Concessionária que se veja reequilibrado o Contrato de Concessão em montante a ser propriamente calculado. É precisamente esse cálculo que está sendo discutido neste pleito, para que seja aplicada metodologia tecnicamente mais acertada, aderente à realidade da Concessionária.

Relembre-se, ainda, que, o desequilíbrio econômico-financeiro a ser pago tem natureza jurídica e dá origem a uma dívida do Poder Concedente em favor do concessionário. Assim, o valor a ser apurado a título de desequilíbrio econômico-financeiro tem natureza de dívida contratual. É inquestionável, pois, que o presente pleito trata de direito patrimonial disponível, ou seja, matéria arbitrável.”

1248. A REQUERENTE também entende que a complexidade da matéria não impediria o seu exame nesta arbitragem. Para ela, além de a complexidade não ser fator a determinar a inviabilidade de análise de um pleito, a pretensão da REQUERENTE estaria embasada em estudo conduzido pela mesma entidade daquela utilizada pela ANTT, “*utilizando os mesmos softwares e métodos e com basicamente a mesma equipe, com diferença primordial nas informações específicas do Sistema Rodoviário utilizadas pelo LAPAV no cálculo do pleito da Requerente*”¹¹⁴³.

1249. Ainda de acordo com a REQUERENTE¹¹⁴⁴:

“[...] o escopo da pesquisa que a Requerida tenta comparar com o presente pleito é muito mais amplo, englobando, entre outros, o estudo sobre os efeitos da sobrecarga no pavimento no país nos últimos 20 (vinte) anos e a elaboração de metodologia que se adapte às várias concessões rodoviárias nacionais. Porém, o que está em discussão na presente arbitragem não é a elaboração de metodologia genérica, aplicável a todas as Concessionárias, mas, sim, o cálculo correto do montante de desequilíbrio havido na Concessão, tendo esse direito ao reequilíbrio sido reconhecido expressamente pela Requerida.

¹¹⁴³ Cf. item 381 da Réplica da REQUERENTE.

¹¹⁴⁴ Cf. itens 384 a 386 da Réplica da REQUERENTE.

Ainda, cumpre reiterar que a metodologia de cálculo é, sim, questão que pode ser avaliada e discutida em Arbitragem, sendo passível de ser aferida por perícia. Na verdade, como o LAPAV da Universidade Federal do Rio Grande do Sul foi o responsável por elaborar ambos os estudos, este Tribunal Arbitral poderia muito bem convocar o próprio LAPAV para que indicasse qual cálculo é o mais apurado e adequado especificamente ao Sistema Rodoviário.

Por fim, em relação ao argumento de que a ANTT já gastou recursos públicos para a elaboração de um estudo genérico, que não será acurado em relação a nenhum dos contratos de concessão por ela regulados, a Requerente entende que não cabe a ela suportar os ônus da decisão da ANTT de adotar uma metodologia inespecífica e de questionável utilidade.”

1250. Na visão da REQUERENTE, a utilização do estudo por ela apresentado, com dados específicos da rodovia objeto do CONTRATO DE CONCESSÃO, na análise do reequilíbrio, “*não fere o princípio da isonomia*”¹¹⁴⁵. Em sua perspectiva, em lugar de estabelecer critérios díspares para cada concessão, o estudo apenas buscaria adequar os parâmetros de cálculo do desequilíbrio às peculiaridades de cada sistema rodoviário.

1251. Para melhor esclarecimento, a REQUERENTE informa que os impactos causados sobre o pavimento em razão dos aumentos na tolerância quanto ao limite do peso bruto por eixo teriam sido divididos em quatro méritos, abaixo discriminados, e a controvérsia entre as partes estaria em definir quais deles haveriam de ser considerados para fins de reequilíbrio e qual dos estudos realizado pelo LAPAV da UFRGS deveria ser adotado:

- (i) “*mérito 1: a Resolução CONTRAN 467/2013 alterou, após a licitação, o artigo 17 da Resolução CONTRAN 258/2007, para postergar a tolerância máxima temporária de 7,5% sobre os limites de peso bruto por eixo até 30/06/2014 (à época da licitação, o cenário era de tolerância máxima de 5%)*”¹¹⁴⁶;
- (ii) “*mérito 2: impactos decorrentes da Resolução CONTRAN 489 e da Lei nº 13.103/15, que passaram a admitir a tolerância de 10% sobre os limites de peso bruto por eixo*”¹¹⁴⁷;
- (iii) “*mérito 3: as Resoluções CONTRAN 489/2014 e 526/2015 permitiram que veículos que trafeguem na via acima do limite de tolerância de 10% de*

¹¹⁴⁵ Cf. item 152 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

¹¹⁴⁶ Cf. item 272 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁴⁷ Cf. item 272 das Alegações Finais da REQUERENTE.

sobrecarga por eixo, porém abaixo do limite 12,5%, sigam viagem sem transbordo ou remanejamento”¹¹⁴⁸;

- (iv) *“mérito 4: impactos causados por veículos com sobrecarga acima de 12,5% que seguem trafegando fora do período de fiscalização*”¹¹⁴⁹.

1252. A REQUERENTE afirma que a REQUERIDA apenas admite o mérito 2 (dois) no cálculo do impacto do desequilíbrio, o que seria equivocado.

1253. Para a REQUERENTE, não poderia ser acolhida a tese da REQUERIDA em relação ao mérito 1 (um), no sentido de que, à vista do histórico de renovações da norma transitória prevista no art. 17 da Resolução CONTRAN nº 258/2007, a concessionária poderia ter considerado em sua proposta custos de pavimento tendo em conta o limite de peso bruto por eixo de 7,5% (sete e meio por cento) mesmo após a data de 31.12.2013.

1254. A REQUERENTE argumenta que o cenário normativo de tolerância, à época da licitação, era o de tolerância máxima de 5% (cinco por cento) sobre o peso bruto por eixo durante toda a concessão, não sendo razoável pretender que a concessionária incluísse custos advindos de normas que não mais estariam em vigor após a celebração do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1255. Até porque, de um lado, se não houvesse a prorrogação do limite de tolerância de 7,5% (sete e meio por cento) – como de fato sucedeu –, *“a tarifa a ser cobrada dos usuários acabaria considerando custos superiores aos que efetivamente se poderia esperar*”¹¹⁵⁰. De outro, *“em caso de alteração daquelas normas [– como ocorreu –,] o direito ao reequilíbrio garantido pelo Contrato de Concessão e pela lei resguarda o equilíbrio econômico-financeiro*”¹¹⁵¹.

1256. Do mesmo modo, a REQUERENTE busca contrapor os argumentos suscitados pela REQUERIDA para defender a necessidade de se desconsiderar os méritos 3 (três) e 4 (quatro) no cálculo do impacto pelo evento de desequilíbrio. Confira-se¹¹⁵²:

¹¹⁴⁸ Cf. item 272 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁴⁹ Cf. item 272 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁵⁰ Cf. item 335 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁵¹ Cf. item 335 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁵² Cf. itens 336 a 340 das Alegações Finais da REQUERENTE.

“Também não merecem prosperar as alegações referentes aos méritos 3 e 4, apresentadas pela Requerida ao longo dos trabalhos periciais e por ela qualificadas como ‘segunda questão jurídica preliminar’, segundo as quais os impactos representados pelos referidos méritos não deveriam ser objeto de reequilíbrio na presente arbitragem: ‘199. Entendemos que os méritos 3 e 4 não representam Fato do Príncipe e nem da Administração, eis que se trata de descumprimento das normas legais [pelos usuários da rodovia] e não a imposição de uma novel legislação.’ página 58 da Manifestação sobre o Laudo Técnico Pericial, apresentada pela ANTT).

Na verdade, porém, os quatro méritos apenas segregam a avaliação dos custos adicionais de manutenção e recuperação do pavimento decorrentes dos maiores impactos sobre o pavimento que alterações na legislação passaram a permitir.

No caso dos méritos 3 e 4, esses custos adicionais são causados por veículos que, por conta da autorização conferida pelas Resoluções CONTRAN 489/2014 e 526/2015, seguem trafegando na via sem fazer transbordo ou remanejamento, apesar de estarem acima da tolerância de 10% do limite de peso bruto por eixo (sejam os veículos que estão abaixo do limite de 12,5% criado pelas citadas resoluções do CONTRAN, até o qual não há mais obrigação de fazer remanejamento ou transbordo, sejam aqueles que estão acima do limite de 12,5% e seguem trafegando fora do período de fiscalização).

Não há dúvidas, portanto, de que esses méritos devem ser considerados na presente arbitragem, o que também fica claro ao se considerar que: (i) nas Alegações Iniciais são citadas as normas e mencionados os impactos adicionais ao pavimento capturados pelos méritos 3 e 4; e (ii) os méritos 3 e 4 foram objeto de quesitos formulados pela Requerente e deferidos pelo Tribunal Arbitral, que rejeitou impugnação feita à época pela Requerida, na qual se alegava que eles trariam ‘para a análise o impacto de normativos do CONTRAN que não são objeto de questionamento, nem faz parte do escopo do procedimento arbitral’.

Os impactos de que tratam os Méritos 3 e 4, portanto, ao contrário do que sustenta a ANTT, fazem parte do escopo do procedimento arbitral: foram expressamente mencionados nas Alegações Iniciais da Requerente e foram objeto de quesitos submetidos à Equipe Pericial. Não à toa, ao apreciar a impugnação da Requerida aos quesitos apresentados pela Requerente sobre os Méritos 3 e 4, o Tribunal Arbitral decidiu deferir esses quesitos, por entender que ‘A matéria controvertida envolve fatos e atos normativos de diversas naturezas’ (conforme se pode ver na tabela, anexa à Ordem Processual nº 21, relativa aos quesitos formulados pela Requerente).”

1257. Os assistentes técnicos da REQUERENTE ainda acrescentam que “a própria Requerida, quando da elaboração do estudo LAPAV RDT-LEA (RTE 121), ratifica que a Frota Real engloba veículos que trafegam com sobrepeso, sem que haja o transbordo da carga. Logo, em que pese o entendimento da Requerida quanto a terem sido utilizados, pela Requerente,

*cenários hipotéticos para os méritos 3 e 4, é incontroverso o fato de tráfego de veículos com sobrepeso acima do permitido*¹¹⁵³.

1258. A REQUERENTE afirma que a perícia realizada nesta arbitragem teria “*confirm[ado] a adequação técnica da metodologia proposta pela Requerente*”¹¹⁵⁴ e concluído pela superioridade do estudo do LAPAV por aquela contratado, que considera os dados específicos das rodovias sob administração da concessionária.

1259. A propósito, os assistentes técnicos da REQUERENTE buscaram contrapor questionamentos feitos pela REQUERIDA àquela metodologia, dentre as quais aquelas relacionadas a inconsistências nas amostras necessárias ao desenvolvimento do estudo¹¹⁵⁵.

1260. De acordo com a REQUERENTE, a *expert* também teria manifestado entendimento no sentido de que, no cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro, haveriam de ser considerados os quatro méritos em que foram segregados os impactos causados sobre o pavimento em razão do aumento da tolerância do limite de peso bruto por eixo. Invoca nesse contexto, dentre outros, os itens 296, 299, e 301 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

1261. Nesse sentido, a REQUERENTE afirma ter a equipe pericial realizado o cálculo do valor do impacto causado pelo evento de desequilíbrio, no valor de R\$ 107.811.431,21 (cento e sete milhões, oitocentos e onze mil, quatrocentos e trinta e um reais e vinte e um centavos), “*que representa dos custos adicionais de manutenção do pavimento para todo o período da concessão*”¹¹⁵⁶.

1262. A REQUERENTE explica que “*o resultado da metodologia construída pelo LAPAV é um percentual de variação de custos adicionais de manutenção do pavimento*”¹¹⁵⁷, que, adotando-se o estudo contratado pela concessionária e considerado os quatro méritos, seria de “+

¹¹⁵³ Cf. item 24 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE datado de 01.06.2023.

¹¹⁵⁴ Cf. item 54 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023.

¹¹⁵⁵ Cf. itens 25 a 30 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE datado de 01.06.2023.

¹¹⁵⁶ Cf. item 278 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁵⁷ Cf. item 279 das Alegações Finais da REQUERENTE.

16,7%”¹¹⁵⁸. E prossegue: o cálculo em reais dos custos adicionais advindos do aumento do peso bruto por eixo “*depende da aplicação do citado percentual sobre uma base de custos de manutenção do pavimento*”¹¹⁵⁹.

1263. Informa a REQUERENTE que, “*ao realizar esse cálculo, a Equipe Pericial considerou, como base de custos, o custo estimado para a manutenção do pavimento previsto no EVTEA (R\$ 1.344.952.984,21) (data-base maio/2012) descontado pelo deságio (52,00%) proposto pela licitante vencedora sobre o valor da tarifa-teto indicado no edital de licitação. Foi a essa base de custos que os peritos aplicaram o percentual de 16,7% resultante do estudo adicional realizado pelo LAPAV, chegando ao valor do custo adicional de manutenção*”¹¹⁶⁰ de R\$ 107.811.431,21 (cento e sete milhões, oitocentos e onze mil, quatrocentos e trinta e um reais e vinte e um centavos).

1264. Segundo a REQUERENTE, a *expert* teria justificado a aplicação do deságio no cálculo do desequilíbrio na lógica de que o referido desconto oferecido na licitação teria sido integrado às projeções a respeito dos custos de manutenção dos pavimentos da concessionária e, assim, se incorporado ao CONTRATO DE CONCESSÃO.

1265. A REQUERENTE, contudo, não concorda com a incidência do deságio no cálculo e apresenta como fundamento para tanto os seguintes argumentos técnicos:

- (i) “*descontos oferecidos sobre o preço da tarifa teto nas licitações de concessões de serviços públicos são resultado de projeções a respeito de alguma ou de algumas das premissas relevantes do projeto, a exemplo dos custos, receitas, investimentos e retornos esperados na concessão*”¹¹⁶¹⁻¹¹⁶²;

¹¹⁵⁸ Cf. item 279 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁵⁹ Cf. item 279 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁶⁰ Cf. item 280 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁶¹ Cf. item 285, “i”, das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁶² Confira-se, também, itens 15 a 21 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 11.03.2024.

- (ii) *“é sempre preciso avaliar cada caso para saber se é a projeção a respeito de uma ou de mais de uma dessas variáveis, e em qual medida, que levaram ao desconto oferecido”*¹¹⁶³;
- (iii) *“de todo modo, essa discussão é irrelevante no presente caso, porque, seja qual for (ou quais forem) os fundamentos do desconto, eles necessariamente estão atrelados aos fatos existentes no momento de apresentação das propostas. Não se pode projetar o que não se conhece ou o que não existe no momento da elaboração da proposta, tal como os custos de manutenção e recuperação do pavimento decorrentes da maior carga imposta ao pavimento em razão da permissão conferida por legislação superveniente”*¹¹⁶⁴;
- (iv) *“para calibrar o desconto oferecido na licitação, seria impossível aos licitantes considerar os custos de manutenção e recuperação do pavimento decorrentes de impactos sobre o pavimento que só passaram a ser permitidos por força de legislação editada posteriormente à data da realização da licitação”*¹¹⁶⁵; e
- (v) *“o desconto oferecido na licitação certamente não considerou, portanto, projeções a respeito dos custos de manutenção e recuperação do pavimento decorrentes de impactos sobre o pavimento que só passaram a ser permitidos por força de legislação superveniente”*¹¹⁶⁶.

1266. Do ponto de vista jurídico, afirma a REQUERENTE, também não haveria base normativa para a aplicação do desconto oferecido na licitação no cálculo dos custos adicionais de manutenção e recuperação do pavimento, sendo certo que o acórdão do TCU invocado pela equipe pericial para fundamentar sua metodologia não seria aplicável à concessão em questão, eis que examinou contrato com disposições diferentes do CONTRATO DE CONCESSÃO. Confira-se, a propósito, a seguinte explicação da REQUERENTE¹¹⁶⁷:

“A metodologia específica estabelecida no Contrato de Concessão para cálculo desses custos no presente caso é o fluxo de caixa marginal: de acordo com a subcláusula 22.5.1, o

¹¹⁶³ Cf. item 285, “ii”, das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁶⁴ Cf. item 285, “iii”, das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁶⁵ Cf. item 285, “iv”, das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁶⁶ Cf. item 285, “v”, das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁶⁷ Cf. itens 288 a 301 das Alegações Finais da REQUERENTE.

reequilíbrio não operacionalizado por meio da aplicação do Fator D e do Fator C deve ser realizado de modo que seja nulo o valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, nos termos de regulamentação específica. É, justamente, o caso do evento do aumento do limite de peso bruto por eixo.

Nos regulamentos da ANTT que disciplinam a metodologia do fluxo de caixa marginal (tais como as Resoluções nº 3.651/2011, 4.339/2014 e 6.032/2023), não há qualquer previsão que determine a aplicação, sobre a base referencial de custos que venha a ser considerada, do desconto oferecido na licitação. Não à toa, esse tipo de providência não faz parte da prática regulatória da ANTT, em geral, ao calcular desequilíbrios econômico-financeiros.

Apesar disso, a Equipe Pericial sugere nos Esclarecimentos aos Contralaudos, conforme visto, que a consideração dos custos de manutenção do pavimento estimados no EVTEA, descontados pelo deságio oferecido na licitação, seria a base de custos adequada sobre a qual deveria incidir o percentual de custos adicionais calculado pelo LAPAV.

Segundo os peritos, essa metodologia estaria em sintonia com o Acórdão 290/2018 do TCU, que trata do caso da concessionária ECO 101. Na leitura feita pela Equipe Pericial, o TCU teria afirmado naquele caso que ‘a utilização de Custo Médio Gerencial (CMG) e do Sistema de Custos Rodoviários (SICRO) não promoveria a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pretendida, devendo os acréscimos nos serviços de manutenção e a reabilitação dos pavimentos ser mensurados a partir dos valores constantes da Proposta (EVTEA).’

Porém, não só o TCU não determinou naquele caso a consideração dos custos de manutenção estimados no estudo de viabilidade produzido pelo poder público (descontados pelo deságio), como também não fez nenhuma crítica em relação à utilização do SICRO (‘Sistema de Custos Referenciais de Obras’) como base referencial de custos para dimensionamento dos custos adicionais de manutenção.

As disposições contratuais aplicáveis ao reequilíbrio econômico-financeiro previstas no Contrato de Concessão da ECO 101, ao contrário daquelas contidas no Contrato de Concessão no presente caso, preveem que, não se tratando de inclusão de novos investimentos não previstos no PER ou de atraso ou inexecução de obras, o reequilíbrio deve ser realizado por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no plano de negócios. É, justamente, o que se deve fazer naquele caso para dimensionamento dos custos adicionais de manutenção do pavimento (já que esses custos não representam a inclusão de novos investimentos não previstos no PER, nem estão relacionados a inexecuções de obras).

No caso tratado no Acórdão 290/2018, há, portanto, expressa previsão contratual de utilização do plano de negócios para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o que não se tem no presente caso, em que a metodologia a ser utilizada para o dimensionamento dos custos adicionais de manutenção do pavimento é o fluxo de caixa marginal (cf. subcláusula 22.5.1 do Contrato de Concessão).

Então, a determinação feita pelo TCU, no Acórdão 290/2018, nada mais significou do que uma exigência de que a ANTT considerasse a metodologia prevista contratualmente naquele caso – o fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no plano de negócios – para o dimensionamento dos custos adicionais de manutenção do pavimento pelos impactos decorrentes da Lei nº 13.103/15, que passou a admitir a tolerância de 10% sobre os limites de peso bruto por eixo.

E, naquele caso, faz sentido que a determinação do TCU tenha assumido o referido conteúdo: como, em cumprimento às regras daquele certame, a ECO 101 apresentou plano de negócios em que constam as premissas de custos de manutenção do pavimento consideradas para formação do preço oferecido na licitação, essas premissas representam valores de mercado e, por isso, podem ser consideradas para o dimensionamento do desequilíbrio econômico-financeiro. Não à toa, a metodologia prevista contratualmente elegeu, como base referencial de custos a ser considerada para dimensionamento desse tipo de evento de desequilíbrio, os custos estimados no plano de negócio apresentado pela licitante vencedora.

Essa explicação está em linha com o entendimento sustentado pelo TCU no Acórdão 290/2018, como se pode ver no seguinte trecho seu: ‘68. No caso concreto, os custos afetados pela alteração promovida pela Lei dos Caminhoneiros e que deu causa ao reajuste da TBP já possuem valores precificados, os quais foram propostos pela concessionária quando da apresentação do plano de negócios e que refletiu a melhor proposta obtida pela Administração, de acordo com as regras do certame licitatório’.

No Acórdão 290/2018 do TCU, reconhece-se que esse entendimento firmado no caso da ECO 101 não necessariamente se aplica, inteiramente, a outras concessões rodoviárias. Por isso, foi determinado à ANTT, em referido acórdão, que os critérios ali estabelecidos se aplicassem a outras concessões no que for cabível: ‘9.2.4. retifique, no prazo de 180 dias, todas as revisões tarifárias já aprovadas em decorrência dos efeitos do art. 16 da Lei 13.103/2015 nos demais contratos de concessão de rodovias vigentes, considerando, no que for cabível, os critérios constantes destes autos, demonstrando expressamente a manutenção original do equilíbrio econômico-financeiro;’ (grifo nosso).

Ora, só será cabível a utilização dos custos previstos no fluxo de caixa apresentado no plano de negócios pela licitante vencedora, determinada pelo TCU no referido precedente, caso o plano de negócios tenha sido apresentado na licitação e caso esta tenha sido a metodologia de dimensionamento do desequilíbrio eleita contratualmente.

Não é esse o caso, porém, do Contrato de Concessão firmado entre Requerida e Requerente: as suas regras sobre dimensionamento dos custos adicionais de manutenção do pavimento exigem que se aplique a metodologia do fluxo de caixa marginal, conforme visto, não havendo plano de negócios apresentado na licitação do qual se possam extrair os custos com recuperação e manutenção do pavimento a servirem de base para aplicação da variação de custos calculada pelo LAPAV. As disposições sobre recomposição do equilíbrio econômico-financeiro previstas nos dois contratos (da ECO 101 e da Concessionária) são, portanto, fundamentalmente diferentes.

Nas regras sobre o fluxo de caixa marginal previstas no Contrato de Concessão e nos regulamentos da ANTT, o modo eleito para que o dimensionamento dos desequilíbrios considere preços de mercado quanto aos custos é a utilização de sistemas públicos referenciais de preços (especificamente, o SICRO), e não a consideração dos custos de manutenção estimados no EVTEA, descontados pelo deságio oferecido na licitação.

Então, por essas razões, é preciso considerar com ressalvas a aplicação, ao caso da Concessionária, do entendimento firmado pelo TCU no Acórdão 290/2018.”

1267. A REQUERENTE reconhece que o TCU teria chegado a determinar cautelarmente, no TC nº 14.6118/2015-0, a providência afeta ao deságio no CONTRATO DE CONCESSÃO da

REQUERENTE. Assevera, entretanto, que referida decisão teria apenas aventado solução provisória visando a alcançar um método alternativo àquele até então utilizado administrativamente para o cálculo dos custos adicionais de manutenção do pavimento – que tinha como base os custos médios gerenciais do DNIT –, dado o entendimento do TCU por sua inadequação.

1268. A REQUERENTE aponta, ademais, que o TCU teria deixado clara a possibilidade de substituição daquela solução alternativa por outro método mais aderente à realidade do CONTRATO DE CONCESSÃO. E, como aduz a REQUERENTE, *“é exatamente isso que se garante ao se utilizar o fluxo de caixa marginal, que é a metodologia prevista em contrato e em regulamento e cuja operacionalização exige, quanto à precificação dos custos atrelados ao evento de desequilíbrio, o uso do SICRO (ou seja, do sistema público referencial de custos)”*¹¹⁶⁸.

1269. Assim, a REQUERENTE defende ser necessário, *“em lugar do cálculo feito pelos peritos, que se considerem os custos adicionais de manutenção e recuperação do pavimento resultantes da metodologia proposta pela Requerente nesta arbitragem, que (i) faz incidir sobre os custos de manutenção orçados pelo SICRO a variação de custos calculada pelo LAPAV; e (ii) considera as áreas reais/existentes do pavimento para estimativa dos custos de manutenção”*¹¹⁶⁹.

1270. Com efeito, segundo afirmam os assistentes técnicos da REQUERENTE¹¹⁷⁰:

“[...] em que pese o entendimento da equipe pericial sobre a aplicação da metodologia proposta no Relatório Técnico LAPAV – CONCEBRA (RTE 220) ser tecnicamente mais aderente às condições reais e parâmetros técnicos da concessão, a equipe pericial utilizou os custos de manutenção do EVTEA e as áreas de pavimento para a estimativa dos custos de manutenção, porém, estas áreas diferem das áreas reais de pavimento da Requerente, uma vez que, no EVTEA, todas as obras de ampliação de capacidade já teriam sido concluídas anteriormente à fase de manutenção. E, ainda, nessa metodologia utilizada pela equipe pericial, os custos para recuperação do pavimento (anos 2 a 5 da Concessão) são desconsiderados. Além do mais,

¹¹⁶⁸ Cf. item 312 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁶⁹ Cf. item 316 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁷⁰ Cf. itens 66 a 69 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023. O tema também foi abordado no item 22 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 11.03.2024.

conforme previsto na resolução ANTT nº 4.339 /2014, a orçamentação deve ser elaborada com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO: [...]

E esses foram os parâmetros que Requerente propôs em sua metodologia, com a utilização das áreas de pavimento existentes e a apuração de custos de manutenção por área conforme orçamentação via SICRO para a solução padrão de recuperação (fresagem de 5 cm recomposição de 5 cm) adotada pelo LAPAV em ambos os estudos, valendo-se do espaçamento dos ciclos de intervenção conforme EVTEA.

Note-se, por fim, que de acordo com o Contrato de Concessão (cláusula 22.5), o processo de recomposição de evento não sujeito à aplicação do Fator D e do Fator C deve ser realizado de modo que seja nulo o valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, nos termos de regulamentação específica.

É o caso do pleito do limite de peso bruto por eixo, que não está sujeito à aplicação do Fator D e do Fator C, de modo que o respectivo reequilíbrio deve ser realizado mediante a metodologia do fluxo de caixa marginal. Nesses casos, conforme a regulamentação cita acima que foi editada pela Requerida, o orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários - SICRO deve ser usado na metodologia do fluxo de caixa marginal para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, e não os custos estimados previstos nos estudos de viabilidade.”

1271. Diz a REQUERENTE que, no curso da fase instrutória, teria encaminhado à perita documento contendo estudo com a metodologia por ela proposta, de onde se poderia constatar que o valor total dos custos adicionais equivaleria a R\$ 379.932.953,38 (trezentos e setenta e nove milhões, novecentos e trinta e dois mil, novecentos e cinquenta e três reais e oito centavos), na data-base de maio de 2012.

1272. Para a REQUERENTE, esse valor deveria ser considerado como impacto do evento de desequilíbrio – ou em ordem subsidiária e sucessiva R\$ 224.607.148,36 (duzentos e vinte e quatro milhões, seiscentos e sete mil, cento e quarenta e oito reais e trinta e seis centavos) ou R\$ 107.811.431,21 (cento e sete milhões, oitocentos e onze mil, quatrocentos e trinta e um reais e vinte e um centavos) –, descontando-se, em qualquer caso, o valor do reequilíbrio provisório já considerado pela REQUERIDA na via administrativa de R\$ 7.681.832,54 (sete milhões, seiscentos e oitenta e um mil, oitocentos e trinta e dois reais e cinquenta e quatro centavos).

1273. Na visão da REQUERENTE, ademais, embora não tenha ela “*realizado a totalidade da recuperação prevista para o pavimento do trecho, houve uma penalização indireta até o momento (além da ‘penalização’ direta, consistente na aplicação do Fator D) que deve ser levada em consideração, que consiste na aceleração da degradação do pavimento, resultando em alta incidência de multas, aplicação de Fator D em excesso, deterioração do ativo não*

amortizado, bem como aumento dos valores associados à conservação do trecho (custos operacionais)”¹¹⁷¹.

1274. Ainda segundo a CONCEBRA, o desequilíbrio causado pelo aumento do peso bruto por eixo se acumula a cada dia, com uma piora nas condições do pavimento, o que teria inclusive sido reconhecido pela perita.

1275. Nessa linha, a REQUERENTE defende que, mesmo que não venha a arcar com os custos no caso de eventual relicitação da concessão, haveria evento de desequilíbrio a ser considerado que não foi objeto de liquidação, consistente na degradação das condições do sistema viário.

1276. E, por isso, acaso venha a ser encerrado de forma exitosa o pedido de relicitação, a REQUERENTE entende que *“não deverá ser responsabilizada por eventuais danos e penalidades futuros ou já reconhecidos pela ANTT relacionados às condições do pavimento, haja vista que os impactos diretos decorrentes desse evento de desequilíbrio no pavimento já foram reconhecidos pela prova pericial”¹¹⁷².*

1277. Por essas razões, a REQUERENTE assim conclui em Alegações Finais¹¹⁷³:

“Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo que:

- (i) o Tribunal Arbitral reconheça: (i.1) que os custos adicionais de manutenção/recuperação do pavimento são de R\$ 372.251.120,84 (trezentos e setenta e dois milhões duzentos e cinquenta e um mil cento e vinte reais e oitenta e quatro centavos (data-base maio 2012) (data-base maio/2012); (i.2) se assim não entender, que declare que esses custos são de R\$ 216.925.315,82 (duzentos e dezesseis milhões novecentos e vinte e cinco mil trezentos e quinze reais e oitenta e dois centavos) (data-base maio 2012); (i.3) ou, apenas em último caso, que declare*

¹¹⁷¹ Cf. item 327 das Alegações Finais da REQUERENTE. Sobre o tema, confira-se também: *“Outro ponto que essa equipe discorda integralmente é quanto ao apresentado pela Requerida em seu contra laudo: ‘Concebra não faz jus ao pleito de reequilíbrio da manutenção do pavimento, uma vez que não deverá permanecer no trecho concedido pelo período inicialmente previsto no contrato de concessão.’ Em que pese a Requerente não ter realizado a totalidade da recuperação prevista para o pavimento do trecho, houve uma penalização indireta até o momento que deve ser levada em consideração, que consiste na aceleração da degradação do pavimento, resultando em alta incidência de multas, aplicação de Fator D em excesso à Requerente, deterioração do ativo não amortizado, bem como aumento dos valores associados à conservação do trecho (custos operacionais).”* (cf. itens 99 e 100 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 26.04.2024).

¹¹⁷² Cf. item 330 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹¹⁷³ Cf. item 346 das Alegações Finais da REQUERENTE.

serem de R\$ 100.129.598,65 (cem milhões cento e vinte e nove mil quinhentos e noventa e oito reais e sessenta e cinco centavos) (data-base maio/2012);

- (ii) *na eventualidade de o Contrato de Concessão não se encerrar e voltarem a vigorar as suas disposições originais, o Tribunal Arbitral condene a Requerida a promover o reequilíbrio em favor da Concessionária, no valor que fixar em atendimento ao pedido (i) acima - o que perpassa além da quantia indicada, em anular os atos de natureza fiscalizatória punitiva e a aplicação de mecanismos contratuais inerentes ao atingimento de parâmetros de desempenho referentes às intervenções de manutenção e recuperação da rodovia;*
- (iii) *na eventualidade de o Contrato de Concessão se encerrar, o Tribunal Arbitral determine à Requerida que a Concessionária não seja responsabilizada por eventuais danos e penalidades futuros ou já reconhecidos pela ANTT relacionados às condições do pavimento, haja vista que os impactos diretos decorrentes desse evento de desequilíbrio no pavimento foram reconhecidos pela prova pericial - o que implica, portanto, no cancelamento de atos de natureza fiscalizatória punitiva praticados e futuros, como também da aplicação de mecanismos contratuais inerentes ao atingimento de parâmetros de desempenho referentes às intervenções de manutenção e recuperação da rodovia nas revisões contratuais.”*

XII.6.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

1278. A REQUERIDA afirma ser incontroverso que: (i) a edição da Lei Federal nº 13.103/2015 trouxe desequilíbrio ao CONTRATO DE CONCESSÃO; (ii) a ANTT reconheceu esse desequilíbrio na via administrativa; e (iii) já foi realizado o reequilíbrio da avença provisoriamente, “*num primeiro momento, valendo-se de estudo elaborado pelo DNIT; em seguida, nos termos do Acórdão 290/2018- Plenário-TCU (R-84)*”¹¹⁷⁴.

1279. Fazendo críticas ao pleito deduzido na via administrativa pela REQUERENTE¹¹⁷⁵, esclarece a REQUERIDA que o reequilíbrio teria sido promovido, inicialmente, no montante de

¹¹⁷⁴ Cf. item 289 da Resposta da REQUERIDA.

¹¹⁷⁵ A propósito: “A título ilustrativo, conforme Nota Informativa SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR (R-59), a Requerente havia proposto reequilíbrio no montante de R\$ 2.353.651.413,79 (três bilhões trezentos e cinquenta e três milhões seiscentos e cinquenta e um mil quatrocentos e treze reais e setenta e nove centavos). Esse valor cobriria os custos adicionais de manutenção do pavimento em decorrência. Para se ter uma ideia do absurdo e da desproporcionalidade do pleito da Requerente, para todo o período vigência contratual, ou seja, para 30 (trinta) anos de contrato, o EVTEA previu o montante de R\$ 1.830.271.158,28 (um bilhão oitocentos e trinta milhões setecentos e setenta e um mil cento e cinquenta e oito reais e vinte e oito centavos). Esse valor, repita-se, para cobrir todos os investimentos de recuperação e manutenção do pavimento em trinta anos é bem inferior ao pedido pela Requerente para cobrir apenas o incremento de custos decorrente da alteração da margem de tolerância de 5% (cinco por cento) para 10% (dez por cento). E mais, esses custos adicionais seriam suportados somente no período de início de vigência da lei até o término do contrato.” (cf. itens 294 e 295 da Resposta da REQUERIDA).

R\$ 590.373.069,73 (quinhentos e noventa milhões, trezentos e setenta e três mil, sessenta e nove reais e setenta e três centavos), por ocasião da 4ª Revisão Extraordinária, com base em um estudo realizado pelo DNIT. Posteriormente, o montante reconhecido teria sido ajustado, na 6ª Revisão Extraordinária, com redução de R\$ 498.133.874,01 (quatrocentos e noventa e oito milhões, cento e trinta e três mil, oitocentos e setenta e quatro reais e um centavo).¹¹⁷⁶

1280. Para a REQUERIDA, o ponto de divergência entre as partes residiria na metodologia que deve ser adotada para o cálculo definitivo do reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1281. A REQUERIDA argumenta que vinha trabalhando essa questão com a UFRGS e que, *“finalizados recentemente os estudos promovidos por aquela Universidade, a ANTT tem trabalhado na definição de uma metodologia adequada a tratar do problema de forma definitiva”*¹¹⁷⁷.

1282. Com efeito, *“em decorrência de determinação exarada pelo TCU no bojo do Acórdão nº 290/2018, a Agência foi instada a se abster de utilizar o estudo do DNIT e retificar as revisões tarifárias”*¹¹⁷⁸, o que teria motivado a contratação do LAPAV da UFRGS para estabelecer uma metodologia uniforme de reequilíbrio e, assim, assegurar *“um tratamento isonômico entre todos os regulados”*¹¹⁷⁹.

1283. Confira-se, a propósito, a explicação da REQUERIDA sobre a metodologia do estudo por ela contratado com a LAPAV¹¹⁸⁰:

“O estudo da LAPAV utilizado pela Requerida (RTE-121) constitui um modelo desenvolvido com o objetivo de ser aplicado para todas as concessões de forma isonômica, considerando as diferenças de etapas de concessão, questões estruturais das rodovias que compõem cada contrato de concessão e as características de tráfego de cada contrato. Recorda-se que o estudo partiu de dados de tráfego das 120 praças de pedágio federais para o ano de 2017 que, após confrontação de dados com informações de Postos de Pesagem de Veículos – PPVs, chegou-se à sugestão de 3 praças de pedágio que fossem representativas da distribuição estatística e que

¹¹⁷⁶ Cf. R-059.

¹¹⁷⁷ Cf. item 292 da Resposta da REQUERIDA.

¹¹⁷⁸ Cf. item 394 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹¹⁷⁹ Cf. item 395 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹¹⁸⁰ Cf. itens 388 e 389 das Alegações Finais da REQUERIDA.

também possuísem postos de pesagem próximo para fornecer a melhor amplitude de avaliação do estudo. A partir da avaliação de tais dados, o estudo apresenta matrizes referenciais para cada grupo das diversas concessões, conforme o nível de tráfego de cada trecho.

A metodologia desenvolvida pela Requerida representa um modelo que se propõe a ter isonomia pela Agência com relação a todas as concessões e etapas de concessão, porém, considerando a característica específica de cada um deles com a definição dos 3 critérios necessários para aplicação da LAPAV: tráfego, estrutura do pavimento e condição estrutural do pavimento.”

1284. A REQUERIDA defende não ser possível delegar à REQUERENTE a prerrogativa de regular o CONTRATO DE CONCESSÃO em seu favor. A análise do pleito perpassaria pela definição da metodologia de quantificação do desequilíbrio decorrente de fato do príncipe de maneira geral e isonômica a todos os concessionários, estando inserida na competência regulatória da ANTT.

1285. Nesse sentido, sob o pretexto de que “o direito de regular é claramente indisponível e indelegável”¹¹⁸¹ e de que seria “inviável tratar um tema tão complexo [...] em uma simples perícia de engenharia ou algo do gênero”¹¹⁸², a REQUERIDA defende que o Tribunal Arbitral deveria pronunciar a inarbitrabilidade do pleito da REQUERENTE, “pelo menos neste momento em que não há decisão definitiva da Agência”¹¹⁸³.

1286. Em caráter subsidiário, para a hipótese de o Tribunal Arbitral julgar-se competente para apreciar o mérito da matéria, a REQUERIDA defende que se “afaste qualquer proposta de metodologia unilateral pretendida pela Requerente, preservando a prerrogativa da ANTT de desenvolver e aplicar sua própria metodologia, a partir dos estudos conduzidos junto à UFRS”¹¹⁸⁴.

1287. Com base na sucessão dos fatos relacionados ao pleito da REQUERENTE, bem como sua tese principal relacionada à inarbitrabilidade da matéria, a REQUERIDA ainda chama atenção para o documento R-059 por ela acostado neste procedimento.

¹¹⁸¹ Cf. item 296 da Resposta da REQUERIDA.

¹¹⁸² Cf. item 297 da Resposta da REQUERIDA.

¹¹⁸³ Cf. item 301 da Resposta da REQUERIDA.

¹¹⁸⁴ Cf. item 302 da Resposta da REQUERIDA.

1288. Na visão da ANTT, “considerando que a Requerida ainda não realizou o reequilíbrio definitivo, tendo sido realizado apenas o provisório, não há decisão definitiva desta Agência em relação a esse tema, não devendo tal tema ser tratado na presente arbitragem, conforme preceitua o art. 31 da Lei n.º 13.448/2017 e o art. 3º, VIII, do Decreto n.º 10.025/2019”¹¹⁸⁵.

1289. A REQUERIDA também aponta contradição entre alguns argumentos da REQUERENTE e assevera que¹¹⁸⁶:

“O fato de a concessionária ter contratado a mesma Universidade para calcular eventual desequilíbrio não significa que está sendo adotada a mesma metodologia validada pela ANTT, até mesmo porque, repise-se, a ANTT ainda não tomou decisão relacionada à metodologia definitiva a ser aplicada ao presente caso, tampouco quais ‘inputs’ serão considerados. Ademais, a própria Requerente reconhece que no seu estudo realizado pelo LAPAV são utilizados ‘inputs’ distintos (vide § 366 e 367 da Réplica). É evidente não se pode comparar os resultados obtidos se são utilizados ‘inputs’ distintos.”

1290. De igual maneira, (i) defende que “o fato de a ANTT estabelecer uma metodologia a ser aplicada a todas as concessionárias não significa que tal metodologia desprezará as especificidades uma das rodovias”¹¹⁸⁷, visto que, “a partir dos imputs selecionados a ANTT irá realizar cálculo próprio para cada concessão utilizando os dados relacionados a cada uma delas individualmente”¹¹⁸⁸; e (ii) lembra, não obstante, “que a Requerida tem por dever constitucional observar o princípio da isonomia”¹¹⁸⁹, concluindo não ser razoável estabelecer uma metodologia própria para cada uma das concessões em vigor.

1291. A REQUERIDA afirma que “a aplicação de critérios regulatórios sobre o tema, considerando a metodologia definida pela ANTT, foi apresentada à Requerente por meio do OFÍCIO SEI Nº 3175/2021/GEFIR/SUOD/DIR-ANTT”¹¹⁹⁰, mas que a REQUERENTE “se recusou a apresentar qualquer comentário ou considerações sobre a metodologia, o que impede que postule solução e critério individual, em detrimento dos demais atores do setor,

¹¹⁸⁵ Cf. item 170 da Tréplica da REQUERIDA.

¹¹⁸⁶ Cf. item 173 da Tréplica da REQUERIDA.

¹¹⁸⁷ Cf. item 174 da Tréplica da REQUERIDA.

¹¹⁸⁸ Cf. item 174 da Tréplica da REQUERIDA.

¹¹⁸⁹ Cf. item 174 da Tréplica da REQUERIDA.

¹¹⁹⁰ Cf. item 13 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

submetidos que estarão aos critérios definidos pela ANTT quanto ao tema, no exercício regular de sua função reguladora”¹¹⁹¹.

1292. A REQUERIDA explica que a REQUERENTE não teria se conformado com o estudo aqui apresentado como R-121 e, assim, resolveu contratar o LAPAV da UFRGS para elaborar um estudo específico para o CONTRATO DE CONCESSÃO, conforme RTE-200. Referido estudo teria considerado a aplicação da metodologia em diferentes momentos da alteração de sobrecarga, tomando em conta cada uma das mudanças normativas relacionadas ao aumento do peso bruto por eixo.

1293. Isto teria resultado na divisão em 4 (quatro) méritos – “*de 5% para 7,5% (Mérito 1), 7,5% para 10% (Mérito 2), 10% para 12,5% (Mérito 3) e excesso de peso (Mérito 4)*”¹¹⁹².

1294. A REQUERIDA entende que os méritos 1 (um), 3 (três) e 4 (quatro) não deveriam ser considerados para fins de reequilíbrio contratual.

1295. Em relação ao mérito 1 (um) – que diz respeito à manutenção do limite do peso bruto por eixo em 7,5% (sete e meio por cento) –, diz a REQUERIDA que a Resolução CONTRAN nº 258, onde permitia-se o limite transitório de 7,5% (sete e meio por cento), vinha sendo prorrogada sucessivamente. Assim, ainda que a disposição transitória tivesse termo final em 31.12.2013 ao tempo da apresentação das propostas no certame, a REQUERENTE deveria “*esperar, no mínimo, a manutenção desse patamar ou a sua elevação, dado que era um fato já consolidado no mercado de transporte rodoviário*”¹¹⁹³.

1296. Já no que se refere aos méritos 3 (três) e 4 (quatro), a REQUERIDA reputa se referirem a “*cenários hipotéticos*”¹¹⁹⁴ e que também não devem ser considerados no cálculo do desequilíbrio, como se colhe do seguinte trecho de sua argumentação¹¹⁹⁵:

¹¹⁹¹ Cf. item 15 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

¹¹⁹² Cf. item 383 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹¹⁹³ Cf. item 412 das Alegações Finais da REQUERIDA. No mesmo sentido, confirmam-se os itens 193 a 195 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

¹¹⁹⁴ Cf. item 196 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

¹¹⁹⁵ Cf. itens 413 a 417 das Alegações Finais da REQUERIDA.

“A aplicação dos méritos 3 e 4 consistem em cenários hipotéticos, relacionados à pré-disponibilidade dos usuários em não respeitar os limites estabelecidos na lei.

O mérito 3 refere-se à sobrecarga na rodovia em razão de transporte de carga com limite entre 10% e 12,5% de peso bruto por eixo, independentemente da previsão de penalidade contida na Lei nº 13.103, de 2015.

O mérito 4 refere-se à sobrecarga na rodovia no tocante a excedente acima do limite de 12,5% de peso bruto por eixo, em razão de veículos que trafegam fora do permissivo legal. Tem-se que tal assunto extrapola a discussão que envolve a Lei nº 13.103/2015, por se tratar de determinação originalmente constante da Resolução CONTRAN nº 489/2014, posteriormente ratificada pela Resolução CONTRAN nº 526/2015, editada posteriormente à vigência da Lei nº 13.103/2015. Ademais, tal mérito cuida de uma situação incerta, já que parte do comportamento de veículos que buscam burlar a lei, arriscando trafegar irregularmente, não sendo razoável criar definições para quantificação desses custos para reequilíbrio do contrato de concessão, uma vez que a Requerida, por ser um órgão público e sujeito à escrutínio de sua atuação, deve trabalhar com dados concretos e fatos incontroversos, como o impacto da Lei nº 13.103/2015 que em seu texto permitiu expressamente um aumento do limite de peso para todos os veículos de carga.

Conforme já exposto, tem-se que os méritos 3 e 4 não representam Fato do Príncipe e nem da Administração, portanto, não são passíveis de reequilíbrio, na medida em que se trata de descumprimento das normas legais e não a imposição de uma novel legislação.

Ainda, cumpre destacar a inadequação do método desenvolvido pela Requerente atinente aos méritos 3 e 4, que se utilizou de dados de alguns meses para a quantificação desses cenários. Tal utilização ao fazer uso de dados restritos, traz informações imprecisas, fato que não foi considerado pela perícia, e que desnatura os valores encontrados.”

1297. A REQUERIDA também critica a metodologia do estudo contratado pela REQUERENTE, por ter desconsiderado dados que julgou inconsistentes para a amostra¹¹⁹⁶ necessária ao desenvolvimento do estudo. Além disso, defende a ANTT que¹¹⁹⁷:

“[...] embora na aplicação da metodologia proposta pela Requerente (RTE-220) a hipótese adotada como premissa ignore a existência ou não de obras no trecho em concessão, de acordo com o PER, tem-se que a fase de Recuperação inicia-se a partir da data de assunção do Sistema Rodoviário (05/03/2014, para o caso da Requerente) e estende-se até o final do prazo máximo assinalado para atendimento de cada Parâmetro de Desempenho (ao total de 60 meses), sendo que as obrigações a serem atendidas em até 12 (doze) meses consideram-se integrantes dos Trabalhos Iniciais.

Neste sentido, depreende-se que, para a Requerente, ao final da fase de Trabalhos Iniciais, seria exequível apresentar projetos de reabilitação e restauração segundo as normativas nacionais vigentes (DNER - PRO 011/79, DNER - PRO 159/85 e DNER - PRO 269/94), que

¹¹⁹⁶ V.g. itens 231 a 243 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023 e itens 330 a 335 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

¹¹⁹⁷ Cf. itens 403 a 407 das Alegações Finais da REQUERIDA.

utilizam o conceito dos Fatores de Equivalência de Carga - FEC para compor o tráfego considerando a tolerância de sobrecarga vigente à época (CML+7,5%, mantida desde 1999 até a vigência da Lei nº 10.103/2015).

Ocorre que, ainda que não seja obrigatória a submissão de tais projetos nessa fase da concessão (Recuperação) e sua execução seja condicionada a prévia autorização por parte da Requerente, uma vez que se trata do cumprimento de parâmetros do PER, o Contrato de Concessão, na Cláusula 6, que versa sobre 'Projetos', estabelece que:

6.1 A Concessionária deverá elaborar e manter atualizados os projetos executivos para a execução das obras da Concessão, que deverão atender integralmente aos prazos e condições previstos no PER e nos regulamentos da ANTT.

Assim, o pleito da Concessionária parte do pressuposto da existência de passivos de recuperação e manutenção sem, no entanto, apresentar os indicadores de que tais obras e serviços foram de fato executadas, ou seja, não há, sequer, projetos executivos elaborados previamente a execução das obras, contratos de execução associadas aos projetos em questão, medições de acompanhamento, notas fiscais e comprovantes de pagamentos efetuados que comprovem os dispêndios pleiteados no valor em questão.

É preciso ressaltar que os resultados obtidos segundo a metodologia RDT-LEA (RTE-121) são fortemente influenciados pela condição inicial da estrutura do pavimento analisado. Assim, quando alimentada com dados do pavimento reais que trazem claras informações de um pavimento ruim, em condições pobres, é importante o apontamento do fato que interferirá no real custo necessário de manutenção desses pavimentos, caso fosse realizada a mesma avaliação com um pavimento recuperado. Deste modo, resta evidenciada a adequação da metodologia desenvolvida para a Requerida.”

1298. De toda forma, a REQUERIDA aduz que, em diversas oportunidades – inclusive na audiência realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024 –, a perícia teria constatado que, em relação ao pleito em questão, a concessionária não incorreu em custos.

1299. Até porque, consoante argumenta, a REQUERENTE não teria cumprido com as metas contratuais, dentre as quais aquela de duplicação de 647,8km, “tendo sido entregue tão somente 82,76 km”¹¹⁹⁸. A inexecução contratual¹¹⁹⁹, inclusive, poderia ser comprovada:

¹¹⁹⁸ Cf. item 424 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹¹⁹⁹ A propósito da inexecução contratual, a REQUERIDA afirma “que o documento RTE-44 utilizado pela Requerente como argumento de cumprimento de obras de manutenção e recuperação em nada lhe socorre. Ao longo de inúmeras páginas, a Concessionária coleciona fotos que não indicam a execução dos parâmetros contratados. Não há projetos executivos, notas fiscais, relatórios ou outros documentos que comprovem a execução dos parâmetros previstos contratualmente para o período previsto” (cf. item 428 das Alegações Finais da REQUERIDA).

- (i) pela sucessiva aplicação do Fator D nas revisões tarifárias, conforme se poderia ver dos documentos apresentados como R-027, R-143, R-144 e R-145; e
- (ii) pelo fato de que *“há uma Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal na qual discute-se o fato de que a Requerente não cumpriu a tempo e modo as seguintes obrigações: a) duplicação da Rodovia BR 262 e respectiva implantação de retornos em nível; b) implantação de postos de pesagem nos trechos concedidos; C) implantação de monitoramento da BR 262”*¹²⁰⁰.

1300. Na sua visão, *“se não houve gastos pela Requerente, não há que se falar em reequilíbrio”*¹²⁰¹, sobretudo quando se tem presente que: (i) a concessionária solicitou pedido de relicitação, indicando que as obras de manutenção, duplicação e recuperação *“não foram cumpridas, e, tampouco serão”*¹²⁰²; e (ii) *“o impacto sofrido pela Requerente não se dá quando ocorre o desgaste do pavimento, pela mera passagem dos veículos, mas, sim, na efetiva realização das recuperações e manutenções previstas contratualmente”*¹²⁰³.

1301. Especificamente quanto ao cálculo pericial, a REQUERIDA:

- (i) busca refutar o argumento da REQUERENTE de que a *expert* teria se equivocado ao considerar o deságio oferecido por ocasião da licitação. Para tanto, cita passagens dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023 e manifestações de representantes da *expert* na audiência de 11.06.2024 e 12.06.2024, no sentido de que o deságio teria sido contemplado no custo de manutenção, bem como aduz que o cálculo estaria em consonância com o determinado no Acórdão nº 290/2018 – Plenário TCU¹²⁰⁴;
- (ii) afirma que o cálculo não teria efetivamente dimensionado o valor real a ser reequilibrado, já que não teria considerado o recorte temporal advindo da

¹²⁰⁰ Cf. item 429 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁰¹ Cf. item 418 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁰² Cf. item 430 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁰³ Cf. item 434 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁰⁴ Sobre o tema, confirmam-se também os itens 367 a 377 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023, onde esta também busca refutar o questionamento da REQUERENTE acerca da utilização no cálculo do desequilíbrio, pela perita, da base de custos prevista no EVTEA. Referenciem-se ainda os itens 28 a 33 da manifestação da REQUERIDA de 26.04.2024.

celebração do 2º TERMO ADITIVO, indicando, nesse contexto, manifestações de representantes da perita na audiência de 11.06.2024 e 12.06.2024; e

- (iii) assevera que *“a perícia realizada teve como parâmetro o cumprimento integral das obrigações contratuais, não se atendo à notória e já comprovada inexecução apresentada pela Requerente”*¹²⁰⁵.

1302. Além disso, para a REQUERIDA, um eventual cálculo do impacto do aumento do limite de peso bruto por eixo deveria considerar certos pontos. Confira-se¹²⁰⁶:

“[...] é imprescindível que os valores sejam restritos ao período entre o 6º e o 9º ano da concessão, uma vez que até o final do 5º ano da concessão se refere à fase de recuperação da rodovia, onde não há valores alocados para a manutenção do pavimento.

Em um eventual cálculo de reequilíbrio, deve-se considerar que o contrato de concessão firmado com a Requerente não prevê obras de manutenção do pavimento para o 6º e 8º anos. Além disso, a assinatura do termo aditivo de relicitação, que determinou novas regras ao contrato, ocorreu no início de 2022, durante o começo do 9º ano da concessão. A partir desse momento, não há mais serviços de manutenção previstos para a rodovia.

Assim, no caso de eventual procedência do presente pleito, deve-se considerar que a Concessionária incorria em custos de manutenção de pavimento apenas no decurso do 7º ano e nos primeiros meses do 9º ano da concessão. Além disso, haverá de ser elaborada nova metodologia que permita aferir os custos incorridos pela Requerente, tão somente, até a data de vigência do TA de Relicitação e que leve em conta o efetivo nível de inexecução contratual apresentado, sob pena de enriquecimento sem causa por parte da Requerente.

Adicionalmente, é relevante destacar que os valores de manutenção previstos no EVTEA estão, de certa forma, vinculados a um pavimento recuperado nos primeiros cinco anos da concessão. Caso essa recuperação não ocorra conforme estabelecido no contrato, poderá haver incertezas em relação aos fatores que afetam as condições do pavimento e, consequentemente, ao custo de manutenção futuro.

Nesse sentido, para os custos de manutenção a serem considerados no cálculo de reequilíbrio financeiro, com base na análise apresentada sobre a proposta da Requerente, reputa-se mais adequado e pertinente adotar as premissas e os valores definidos no EVTEA.”

1303. A REQUERIDA ainda relembra que promoveu um reequilíbrio econômico-financeiro provisório do CONTRATO DE CONCESSÃO, no valor de R\$ 7.681.832,54 (sete milhões, seiscentos e oitenta e um mil, oitocentos e trinta e dois reais e cinquenta e quatro centavos), o qual, na sua ótica, poderá ser reconsiderado e descontado quando da apuração de haveres e deveres, na

¹²⁰⁵ Cf. item 441 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁰⁶ Cf. itens 443 a 447 das Alegações Finais da REQUERIDA.

medida em que este considerou todo o período de duração contratual e a REQUERENTE não mais irá incorrer em custos relacionados à manutenção do pavimento.

1304. Com base nessas razões, a REQUERIDA conclui em Alegações Finais¹²⁰⁷:

“Diante de todo o exposto, a Requerida requer seja reconhecida a inarbitrabilidade do tema, ou sendo diverso o entendimento deste Tribunal Arbitral, requer seja julgado improcedente o pleito. Ainda, na hipótese de ser julgado procedente, requer seja considerado o fato de que os cálculos apresentados no laudo pericial não retratam e tampouco dimensionam o real valor a ser reequilibrado, tal como exposto anteriormente.”

XII.6.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

1305. As partes controvertem nesta arbitragem acerca dos impactos resultantes de sucessivas alterações normativas nos limites de peso bruto transmitido, por eixo de veículos, à superfície das vias públicas e de alegada omissão em sua fiscalização no sistema rodoviário concedido, para o cumprimento das obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO.

1306. Em primeiro lugar, afasta-se a preliminar deduzida pela REQUERIDA quanto à inarbitrabilidade objetiva da pretensão. A REQUERIDA afirma que o pedido não poderia ser submetido ao procedimento arbitral “[...] porque envolveria a necessidade de que este Tribunal subtraísse a competência legal da ANTT para regular o contrato e, por consequência, definir a metodologia de quantificação do desequilíbrio decorrente de fato do príncipe de maneira geral e isonômica a todos os concessionários”¹²⁰⁸. Na visão da REQUERIDA, o pedido formulado esbarraria no direito indisponível de regular atribuído à agência reguladora e na própria complexidade técnica da matéria.

1307. O Tribunal Arbitral reconhece o espaço decisório atribuído à agência reguladora para definição técnica e geral da metodologia a ser adotada para reequilíbrio econômico-financeiro dos impactos da Lei Federal nº 13.103/2015, positivado nos incisos dos arts. 24 e 26 da Lei Federal nº 10.233/2001. O pedido formulado nesta arbitragem, porém, limita-se a discutir, de forma concreta e específica, o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da aplicação de

¹²⁰⁷ Cf. item 449 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁰⁸ Cf. item 296 da Resposta da REQUERIDA às Alegações Iniciais.

tal metodologia à realidade do CONTRATO DE CONCESSÃO. A questão submetida ao Tribunal Arbitral cinge-se a compreender se a metodologia aplicada pela REQUERIDA nesta relação contratual específica captou de forma adequada o desequilíbrio econômico-financeiro suscitado pela REQUERENTE.

1308. Dessa forma, a presente arbitragem não envolve a definição, de maneira geral e isonômica para todos os concessionários de transporte, de metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro a ser aplicada, até porque não houve qualquer pedido nesse sentido. O objeto da arbitragem envolve exclusivamente direito patrimonial disponível decorrente do CONTRATO DE CONCESSÃO, nos estritos termos do art. 1º, § 1º, da Lei Federal nº 9.307/1996¹²⁰⁹ e da convenção de arbitragem firmada. A despeito da indeterminação do conceito jurídico de “*direito patrimonial disponível*”, fato é que o legislador federal vem considerando, de forma explícita, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo como matéria que pode ser submetida à arbitragem, conforme, exemplificativamente, se extrai do art. 31, § 4º, I, da Lei Federal nº 13.448/2017¹²¹⁰ e do art. 151, parágrafo único, da Lei Federal nº 14.133/2021¹²¹¹.

1309. Ainda quanto à alegada inarbitrabilidade objetiva, o argumento da complexidade técnica da matéria também não pode ser acolhido como óbice ao julgamento do pedido pelo Tribunal Arbitral. A complexidade inequívoca do tema não impede, em absoluto, que a REQUERENTE deduza a sua pretensão, nem obsta o reconhecimento da sindicabilidade da matéria, sendo assegurada às partes a faculdade ampla de demonstração do alegado direito por todos os meios admissíveis de prova, à luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Portanto, o pedido, tal como formulado, deve ser conhecido pelo Tribunal Arbitral, por envolver matéria

¹²⁰⁹ “Art. 1º [...] §1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”.

¹²¹⁰ “Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. [...] §4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;”

¹²¹¹ “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.”.

que, embora reconhecidamente complexa, recai exclusivamente sobre direito patrimonial disponível alegado pela REQUERENTE.

1310. Em sua Tréplica, a REQUERIDA acrescenta, de forma inédita, o argumento de que o pedido também não poderia ser submetido ao Tribunal Arbitral em razão do disposto no art. 31, *caput*, da Lei Federal nº 13.448/2017 e no art. 3º, inciso VIII, do Decreto Federal nº 10.025/2019¹²¹². Os referidos dispositivos exigem que a decisão administrativa contestada em procedimento arbitral seja insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo. Além de seu ineditismo em Tréplica, o argumento não consta das Alegações Finais da REQUERIDA. Ao contrário, naquela ocasião, a REQUERIDA afirmou a sua posição no sentido de que apenas reconheceu administrativamente o mérito 2 (dois)¹²¹³, tendo manifestado oposição aos demais méritos no curso das fases postulatória e instrutória desta arbitragem.

1311. Ademais, a invocação da Lei Federal nº 13.448/2017 e de sua regulamentação, o Decreto Federal nº 10.025/2019, já se encontra preclusa. Sua aplicação foi afastada nesta arbitragem, nos termos da Ordem Processual nº 03¹²¹⁴ e do capítulo XII.5 desta sentença arbitral. Assim, também esse fundamento não pode obstar a apreciação do pedido formulado pela REQUERENTE.

1312. Superada a preliminar suscitada pela REQUERIDA, passa-se à análise de mérito da pretensão da REQUERENTE, amparada no art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995¹²¹⁵, na cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹²¹⁶ e na configuração de fato do princípio para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.

¹²¹² “Art. 3º. [...] VIII - a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo”.

¹²¹³ Cf. item 383 das Alegações Finais da REQUERIDA: “Além disso, a Concessionária requer o reequilíbrio econômico-financeiro relacionado ao aumento de tolerância de 5% para 7,5% (Mérito 1), 7,5% para 10% (Mérito 2), 10% para 12,5% (Mérito 3) e excesso de peso (Mérito 4). A Requerida, por sua vez, entende que a concessionária tem direito apenas ao Mérito 2, em relação ao qual já houve o reequilíbrio devido, não sendo devido o reequilíbrio em relação aos demais méritos, conforme será abaixo demonstrado.”.

¹²¹⁴ Cf. nota de rodapé nº 108 da Ordem Processual nº 03.

¹²¹⁵ “Art. 9º [...] §3º. Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

¹²¹⁶ “21.2. A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...] 21.2.5 alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda.” (cf. RTE-001)

1313. Em linha com as manifestações das partes ao longo do procedimento arbitral e com o laudo pericial, o Tribunal Arbitral analisará cada um dos quatro méritos de forma separada, a saber, (i) mérito 1 (um) relativo ao impacto no aumento de custo do pavimento motivado pela Resolução CONTRAN nº 467/2013; (ii) mérito 2 (dois) relativo ao impacto no aumento de custo do pavimento motivado pela Resolução CONTRAN nº 489/2014 e pela aprovação da Lei Federal nº 13.103/2015; (iii) mérito 3 (três) relativo ao impacto no aumento de custo do pavimento motivado pela Resolução CONTRAN nº 489/2014 e pela Resolução CONTRAN nº 526/2015; e (iv) mérito 4 (quatro) relativo ao impacto no aumento de custo do pavimento motivado por veículos que trafegam fora do período de fiscalização.

1314. Ao final da análise individualizada dos méritos acima listados, o Tribunal Arbitral apreciará de forma conjunta os pedidos específicos formulados nas Alegações Iniciais, inclusive no que se refere a sua eventual quantificação. Dessa forma, considerando que a controvérsia relativa ao mérito 2 (dois) reside exclusivamente na metodologia a ser aplicada para a sua quantificação, havendo consenso¹²¹⁷ entre as partes quanto ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, o Tribunal Arbitral apreciará, neste momento, apenas o acolhimento, ou não, dos méritos 1 (um), 3 (três) e 4 (quatro) deduzidos pela REQUERENTE.

1315. O mérito 1 (um) envolve, como acima descrito, o impacto da Resolução CONTRAN nº 467/2013 sobre o CONTRATO DE CONCESSÃO. Conforme apontado nas Alegações Iniciais, a Lei Federal nº 7.408/1985 permitia a tolerância máxima de 5% (cinco por cento) sobre os limites de peso bruto total e peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas. O Código de Trânsito Brasileiro (Lei Federal nº 9.503/1997) atribuiu, em seus arts. 99, *caput* e § 2º¹²¹⁸, e 323¹²¹⁹, ao CONTRAN a definição dos limites de peso dos veículos, assim como a metodologia de sua aferição e de percentuais de tolerância.

¹²¹⁷ No item 383 de suas Alegações Finais, a REQUERIDA expressamente registra que “A Requerida, por sua vez, entende que a concessionária tem direito apenas ao Mérito 2, em relação ao qual já houve o reequilíbrio devido, não sendo devido o reequilíbrio em relação aos demais méritos, conforme será abaixo demonstrado”.

¹²¹⁸ “Art. 99. Somente poderá transitar pelas vias terrestres o veículo cujo peso e dimensões atenderem aos limites estabelecidos pelo CONTRAN. [...]§ 2º. Será tolerado um percentual sobre os limites de peso bruto total e peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias, quando aferido por equipamento, na forma estabelecida pelo CONTRAN. [...]”

¹²¹⁹ “Art. 323. O CONTRAN, em cento e oitenta dias, fixará a metodologia de aferição de peso de veículos, estabelecendo percentuais de tolerância, sendo durante este período suspensa a vigência das penalidades previstas no inciso V do art. 231, aplicando-se a penalidade de vinte UFIR por duzentos quilogramas ou fração de excesso.”

1316. Com base na referida delegação normativa, a Resolução CONTRAN nº 102/1999 e a Resolução CONTRAN nº 104/1999 estabeleceram, no ano de 1999, o percentual de tolerância máxima de 7,5% (sete e meio por cento) sobre os limites de peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas. Na sequência, a Resolução CONTRAN nº 258/2007 restabeleceu, em seu art. 5º, o mesmo limite percentual de tolerância previsto na Lei Federal nº 7.408/1985, mas fixou, em seu art. 17, norma temporária de tolerância máxima de 7,5% (sete e meio por cento) sobre os limites de peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas, que deveria, a princípio, produzir efeitos apenas até 31 de dezembro de 2008.

1317. O art. 17 da Resolução CONTRAN nº 258/2007 qualifica-se como norma temporária já que, expressamente, se destinava a vigor por período nela predeterminado, independentemente de revogação por ato normativo posterior, na forma do artigo 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹²²⁰. Em sua redação original, autorizava, até 31 de dezembro de 2008, a aplicação da tolerância máxima de 7,5% (sete e meio por cento) sobre os limites de peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas, mantendo o patamar percentual vigente desde 1999, com a publicação da Resolução CONTRAN nº 102/1999.

1318. Não obstante seu caráter temporário, o regime previsto no art. 17 da Resolução CONTRAN nº 258/2007 foi sendo prorrogado, sucessivamente no curso do tempo, de modo que o percentual de 7,5% (sete e meio por cento) já estava em vigor há quase 15 (quinze) anos no momento da assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO¹²²¹, com a postergação da aplicação da regra geral prevista no art. 5º da Resolução CONTRAN nº 258/2007.

¹²²⁰ “Artigo 2º, *caput*. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

¹²²¹ A Resolução CONTRAN nº 301, de 18 de dezembro de 2008, prorrogou a norma temporária até 30 de junho de 2009. A Resolução CONTRAN nº 328, de 14 de agosto de 2009, prorrogou a norma temporária até 31 de dezembro de 2009. A Resolução CONTRAN nº 337, de 17 de dezembro de 2009, prorrogou a norma temporária até 30 de junho de 2010. A Resolução CONTRAN nº 353, de 24 de junho de 2010, prorrogou a norma temporária até 31 de dezembro de 2010. A Resolução CONTRAN nº 365, de 24 de novembro de 2010, prorrogou a norma temporária até 31 de dezembro de 2011. A Resolução CONTRAN nº 403, de 26 de abril de 2012, prorrogou a norma temporária até 31 de janeiro de 2013. A Resolução CONTRAN nº 430, de 23 de janeiro de 2012, prorrogou a norma temporária até 31 de dezembro de 2013. Por fim, tem-se a Resolução CONTRAN nº 467, de 11 de dezembro de 2013, referida nas Alegações Iniciais da REQUERENTE, que prorrogou a norma temporária até 30 de junho de 2014.

1319. Nesse contexto, justamente, insere-se a Resolução CONTRAN nº 467/2013, que a REQUERENTE pretende qualificar como fato do príncipe para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO. Em suas Alegações Iniciais, afirma que a proposta na fase de licitação, apresentada em 04.12.2013, considerou que, a partir de 01.01.2014, “*voltaria a vigor o limite regular de 5% previsto no art. 5º da Resolução CONTRAN 258/2007*” e “*tendo em vista que a previsão de assinatura do Contrato de Concessão era para o início do ano de 2014 – o que efetivamente ocorreu em 31/01/2014 – o limite aplicável de tolerância seria de 5% durante os 30 anos da Concessão*”¹²²².

1320. Ocorre que, como visto, a norma temporária contida no art. 17 da Resolução CONTRAN nº 258/2007 já vinha sendo prorrogada sucessivamente ao menos desde 1999, consolidando patamar percentual de limite de tolerância de peso bruto transmitido por eixo vigente. A despeito da renitente conduta da Administração Pública federal, de consistentemente ignorar os limites impostos por suas próprias normas temporárias, fato é que se constituiu, ao longo de quase quinze anos no momento da licitação, padrão normativo do limite percentual de tolerância em 7,5% (sete e meio por cento) sobre os limites de peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas.

1321. Diante do reiterado comportamento da Administração Pública de prorrogar o regime normativo do art. 17 da Resolução CONTRAN nº 258/2007, não é possível considerar que tenha ocorrido aumento efetivo do percentual do limite de tolerância existente na data da formulação da proposta a partir da Resolução CONTRAN nº 467/2013. O ato normativo, editado em 11.12.2013, estendeu até 30.06.2014 a vigência da regra temporária prevista inicialmente no art. 17 da Resolução CONTRAN nº 258/2007, cujo limite percentual já era aplicado pelo menos desde o ano de 1999. Assim, ao contrário do que afirma a REQUERENTE, a Resolução CONTRAN nº 467/2013 apenas reproduziu limite percentual consolidado e vigente há quase 15 (quinze) anos na malha rodoviária do país.

1322. Nesse sentido, verifica-se que o patamar percentual de limite de tolerância de peso bruto transmitido por eixo previsto na redação originária do art. 5º da Resolução CONTRAN nº

¹²²² Cf. item 726 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

258/2007 jamais foi aplicado¹²²³. O padrão normativo estabelecido pela Administração Pública federal na década anterior ao contrato foi, aliás, exatamente uma das premissas adotadas pelo TCU na fundamentação do Acórdão nº 290/2018, nos autos da Representação nº TC 012.831/2017-4, referida nas Alegações Iniciais da REQUERENTE¹²²⁴:

“20. Conforme afirmado pela unidade técnica, pode-se verificar que a alteração decorrente do art. 16 da Lei 13.103/2015 refere-se ao aumento do limite por eixo de 7,5% para 10% para os veículos que ultrapassavam o limite de 5% do Peso Bruto Total. Já para os veículos que não ultrapassavam o limite de 5% do Peso Bruto Total, o limite por eixo se manteve em 10%. Dessa forma, constata-se que, além de tal alteração legislativa atingir somente uma parte dos veículos previstos no normativo anterior (somente os que ultrapassavam o limite de 5% do PBT), o incremento de limite para essa parcela de veículos será de 7,5% para 10% por eixo. [...]

33. Como se vê, o incremento de 63% nos custos de manutenção de uma rodovia no intervalo de 4 anos (data da assinatura do contrato – 17/4/2013 – até a data da assinatura da Resolução-ANTT 5.339/2017, que autorizou a revisão contratual – 16/5/2017) em decorrência da alteração do limite de peso por eixo de 5% para 10% (premissa adotada pela ANTT) ou de 7,5% para 10% (cálculos da unidade técnica) demonstra que a previsão dos custos de manutenção adotada no ato de assinatura do contrato foi subestimada ou os efeitos da alteração legislativa nesses custos estão superestimados.”

1323. Nesse contexto, no entender do Tribunal Arbitral, a prorrogação de vigência do art. 17 da Resolução CONTRAN nº 258/2007, promovida pela Resolução CONTRAN nº 467/2013, não reúne os elementos para configurar fato do príncipe – com caráter de imprevisibilidade¹²²⁵ – para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.

1324. O contexto normativo verificado, de sucessivas prorrogações para a manutenção do limite de 7,5% (sete e meio por cento) desde o ano de 1999, não permite a conclusão de que a Resolução CONTRAN nº 467/2013 possa ter importado na criação, alteração ou extinção de encargo legal com impacto sobre o período de 30 (trinta) anos do CONTRATO DE CONCESSÃO.

¹²²³ Em análise da evolução normativa da matéria, verifica-se que a redação original do art. 5º da Resolução CONTRAN nº 258/2007 foi alterada pelo art. 1º da Resolução CONTRAN nº 489, de 05 de junho de 2014, ainda na vigência da redação dada ao art. 17 da Resolução CONTRAN nº 258/2007 pela Resolução CONTRAN nº 467/2013. Na sequência, o art. 16 da Lei Federal nº 13.103/2015 alterou os limites previstos no art. 1º da Lei Federal nº 7.408/1985 e o art. 4º da Resolução CONTRAN nº 526/2015 adaptou a redação do art. 5º da Resolução CONTRAN n. 258/2007 à redação da lei aprovada pelo Congresso Nacional.

¹²²⁴ O Acórdão nº 290/2018 do TCU foi referido nos itens 746, 747 e 748 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹²²⁵ Cf. nota 688, *supra*.

1325. A despeito do argumento da REQUERENTE, suscitado em Alegações Finais¹²²⁶, no sentido de que o item 9.3, “i”, do edital da licitação que precedeu o ajuste exigia que a proposta levasse em conta o regime normativo vigente no momento da celebração do CONTRATO DE CONCESSÃO, não parece possível ignorar que a edição da Resolução CONTRAN nº 467/2013 apenas preservou o padrão normativo observado no setor rodoviário há quase 15 (quinze) anos.

1326. Por essa mesma razão, não se vislumbra o potencial prejuízo que adviria, em relação aos concorrentes no certame e mesmo aos usuários. Como a Resolução CONTRAN nº 467/2013 apenas manteve o percentual de tolerância aplicado desde o ano de 1999 em 7,5% (sete e meio por cento) sobre os limites de peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas, não houve advento de surpresa ou imprevisibilidade com a sua edição.

1327. Dessa forma, por configurar padrão normativo vigente desde o ano de 1999, o Tribunal Arbitral entende que a Resolução CONTRAN nº 467/2013 não configura fato do princípio capaz de impactar o CONTRATO DE CONCESSÃO de forma imprevisível para fins de reconhecimento de direito ao seu reequilíbrio econômico-financeiro, o que afasta a incidência do art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995, e da sua cláusula 21.2.5.

1328. O mérito 3 (três), por seu turno, envolve a análise do impacto no aumento de custo do pavimento motivado pela Resolução CONTRAN nº 489/2014 e pela Resolução CONTRAN nº 526/2015. Afirmar a REQUERENTE que essas normas teriam promovido uma flexibilização do tráfego de veículos ao ampliar o limite percentual de transbordo. Na audiência realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024, o patrono da REQUERIDA admitiu explicitamente a existência de estudo técnico no âmbito da agência reguladora, ainda não concluído, para reconhecimento desse pedido específico¹²²⁷:

“Dr. Milton Gomes [Adv. Reqda.]: [...] E o segundo ponto que também está na discussão na agência é que houve, de fato um primeiro aumento da tolerância por eixo e isso foi reequilibrado, esse é o ponto de discussão aqui. E houve um segundo aumento. Esse segundo aumento é que está em discussão na agência, que também tende um novo um reequilíbrio, uma nova metodologia, um novo cálculo. Isso está acontecendo concomitantemente à discussão aqui do Tribunal Arbitral e, provavelmente a agência vai fazer um novo reequilíbrio desse novo percentual. Que é algo que tende também a impactar no que está sendo julgado aqui. Só para

¹²²⁶ Cf. itens 334 e 335 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹²²⁷ Cf. linhas 8251/8286 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

esclarecer esses dois pontos que eu acho que tem uma influência grande no que vai ser decidido e no resultado da perícia. E eu passo para o meu colega Nilo para prosseguir aqui nas perguntas.

Dra. Patrícia Batista [Coárbitra]: Esse novo reequilíbrio é algum desses méritos?

Dr. Milton Gomes [Adv. Reqda.]: É o segundo percentual que foi aumentado. Teve o dois... seja o mérito... [Sobreposição de vozes] mérito três.

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Que é de 10 para 12, 5, que está na resolução 526, que veio posterior à lei de 2015. Um mês depois teve uma resolução, dizendo que estava permitido 12,5, então faz parte da legislação, por isso que a gente também acredita que tem que ser reconhecido.

Dra. Patrícia Batista [Coárbitra]: Mas isso significa que a agência reconhece, pelo menos em tese um dos outros méritos?

Dr. Milton Gomes [Adv. Reqda.]: Exatamente--

Dra. Patrícia Batista [Coárbitra]: Qual é o mérito, gente?

[Sobreposição de vozes].

Dr. Milton Gomes [Adv. Reqda.]: É o que está em discussão exatamente nesse momento na agência.

Dra. Roberta Negrão C. Wachholz [Adv. Reqda.]: A agência está discutindo, ela não reconhece o mérito três, ela está em discussão e analisando a possibilidade de reequilíbrio em relação a esse aumento de 10 para 12,5%.

Dr. Milton Gomes [Adv. Reqda.]: Não existe uma decisão da agência ainda sobre esse ponto, mas é o que se discute hoje na criação de uma metodologia para que isso possa ser incorporado."

1329. De fato, ao se fazer o cotejo entre a redação original do art. 9º da Resolução CONTRAN nº 258/2007 e aquela adotada após as modificações introduzidas pela Resolução CONTRAN nº 489/2014 e pela Resolução CONTRAN nº 526/2015, verifica-se inovação no regime normativo até então previsto. Com a edição dessas normas, houve limitação ao exercício do poder de polícia dos agentes públicos fiscalizadores, que passaram a não poder exigir o transbordo ou o remanejamento de carga em situações até então não previstas na legislação de trânsito.

1330. Dessa forma, ao impedir o transbordo ou o remanejamento de carga pela fiscalização nas condições indicadas, as Resoluções do CONTRAN referidas no mérito 3 (três) admitem, ainda que com a incidência de multa, o tráfego de veículos que ultrapassem o limite de tolerância de 10% (dez por cento), desde que estejam abaixo do limite percentual de 12,5% (doze e meio por cento). Por tratar-se de regramento atinente ao poder de polícia no trecho rodoviário concedido, a REQUERENTE não pode atuar de forma diversa daquela fixada pelo

regramento do CONTRAN. É o que confirma a perita durante a audiência de 11.06.2024 e 12.06.2024¹²²⁸:

“Dr. Sergio Nelson Mannheimer [Árbitro Presidente]: Agora nessa linha eu tenho uma dúvida. A concessionária não pode fazer nada para impedir o tráfego do veículo?”

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Não, porque a fiscalização das balanças é por conta da ANTT. Ela que é a responsável pela fiscalização. O que ele está dizendo é que os caminhões que trafegam acima de 10%, no caso aqui a gente está falando que a lei de 2015 permitia 10%, porém tem uma resolução 526, que veio um mês depois da lei de 2015 que dizia que permitiria o caminhão trafegar até 12,5%, pagando multa, mas não fazendo o transbordo.”

1331. Além disso, como apontado pela REQUERENTE, o valor das multas aplicadas não reverte à concessão nem serve, evidentemente, como meio de reparação aos danos causados ao pavimento da rodovia. O art. 320 do Código de Trânsito Brasileiro é expresso nesse sentido: *“A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, em engenharia de tráfego, em engenharia de campo, em policiamento, em fiscalização, em renovação de frota circulante e em educação de trânsito”*.

1332. Por essas razões, o Tribunal Arbitral entende que as resoluções do CONTRAN integrantes do mérito 3 (três) alteram encargos legais e, ao menos em tese, impactam de forma inédita, imprevista e direta o cumprimento das obrigações pela REQUERENTE, atraindo a aplicação do regime previsto no art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995, e na cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1333. No que se refere ao mérito 4 (quatro), a REQUERENTE alega que o impacto no aumento de custo do pavimento motivado por veículos que trafegam fora do período de fiscalização também constituiria fato do príncipe para os fins e nos limites do art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995, e da cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1334. Na visão da REQUERENTE, *“[...] não há adequada fiscalização por parte dos agentes públicos (únicos detentores de poder de polícia) nos postos de pesagem da rodovia; simplesmente, o Poder Público não disponibiliza agentes públicos – seja da ANTT, do DNIT*

¹²²⁸ Cf. linhas 9268/9277 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

ou mesmo da polícia rodoviária federal para conferir efetividade à fiscalização exercida nos postos de pesagem”¹²²⁹.

1335. Ocorre que, para a configuração de fato do príncipe, e para a incidência do regime previsto no artigo 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995, exige-se a criação, alteração ou extinção de encargos legais por ato do Poder Público. A equipe pericial, durante a audiência ocorrida nos dias 11.06.2024 e 12.06.2024, esclareceu que o problema de adequada fiscalização nos postos de pesagem é antigo na realidade rodoviária do país¹²³⁰:

“Dr. Nilo Santos [Adv. Reqda.]: Esse cenário ele veio, mas tudo bem... independente disso, diz respeito a alguma alteração normativa o fato de não ter operação do PPV 24 horas por dia?

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: O que eu vejo como engenheira de pavimentos. Eu vejo que tem uma fragilidade nas balanças. Tem uma fragilidade, porque quando eu trabalhava em concessionária, quando a gente às vezes precisava pegar um histórico por conta desse mesmo claim, vamos falar assim, de excesso de carga, que já vem lá de 1999, então eu já participei desses claims pela CCR, no caso. E aí o que acontecia? A gente não tinha os dados 100%, continuamente. Isso é uma problemática, é uma fragilidade das balanças. Dos postos de pesagem. Então eu acho que como o Hamilton... desculpa.

Dr. Nilo Santos [Adv. Reqda.]: Doutor Milton é ao meu lado, eu sou o Nilo.

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Ele colocou no começo a metodologia Win[?], que é uma metodologia que você... que existem nos outros países, mas aqui no Brasil ANTT vem tentando implementar, inclusive eu acho que tem o RDT, se não me engano, não é? Um RDT?

Dr. Milton Gomes [Adv. Reqda.]: É um sandbox regulatório.

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: E acho que no RDT também acho que já teve alguma coisa nesse sentido, acho que em 2011, se não me engano. Porque é uma tecnologia que consegue capturar essas informações alheias a pessoas, entendeu? Que estão monitorando. E então eu vejo que tem uma fragilidade nas balanças e a gente precisaria, nós como engenheiros de pavimento, precisamos dimensionar esses pavimentos e compreender melhor essas cargas que estão passando, até para dimensionar os pavimentos de forma correta, porque a luta do concessionário é o seguinte: Ele vai ter que cumprir com os parâmetros. E os parâmetros são muitos. Principalmente o de irregularidade, que não está nesse estudo aqui, que é o principal parâmetro internacional de avaliação de pavimentos. Que mede o conforto do usuário. E esse parâmetro não foi estudado aqui. Infelizmente. Porque é um parâmetro extremamente importante para quem faz a avaliação de pavimentos.”

1336. Nesse sentido, o assistente técnico da REQUERIDA, na audiência ocorrida em junho de 2024, também confirma que o mérito 4 (quatro) não configura fato novo que decorreria de

¹²²⁹ Cf. item 240 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹²³⁰ Cf. linhas 9407/9440 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

resoluções do CONTRAN ou de outro ato específico do Poder Público. Ao contrário, em suas palavras, trata-se de evento previsível no contexto das concessões rodoviárias do país. Observe-se excerto da transcrição da assentada¹²³¹:

“Dr. Sergio Nelson Mannheimer [Árbitro Presidente]: Eu tenho uma pergunta, fugindo aqui ao que a gente vem fazendo até agora, mas é uma pergunta que eu dirijo aos técnicos da ANTT: Qual é a posição da ANTT em relação ao mérito IV? Falando assim genericamente em relação a todas as concessões rodoviárias?”

Sr. Fernando de Freitas Bezerra: Eu entendo que o mérito IV, ele não é um fato novo, porque o infrator contumaz, ele sempre existiu, não é por conta da lei que ele surgiu. Então já era previsível. Então assim, no âmbito da gestão de contrato, eu estou há dez anos trabalhando com isso, a gente não teve pleitos assim analisados e reconhecido mérito sobre essa questão. Surgiram pleitos recentes, por conta da lei, do aumento da tolerância. Mas do caminhoneiro que passa em excesso de peso, é novidade. Então o nosso entendimento é que já era algo previsto, não foi assim um fato superveniente no decorrer do contrato, para estar nessa equação e representa 50 milhões, 50 milhões você consegue duplicar aí mais de 10 quilômetros de rodovia. Então.

[Sobreposição de vozes].

Dr. Sergio Nelson Mannheimer [Árbitro Presidente]: ANTT jamais reequilibrou o mérito IV para qualquer rodovia?

Sr. Fernando de Freitas Bezerra: Jamais, no âmbito administrativo...

Dra. Patrícia Batista [Coárbitra]: O que você está me dizendo é que quando o limite era cinco já tinha veículo passando em oito. Quando o limite era sete e meio, já tinha veículo passando em nove. Quer dizer, isso é uma realidade das rodovias e que não... já tinha, como é que eu vou dizer... essa situação de ilicitude, ela é uma constante na realidade das rodovias. Isso então a lei nova não piorou e, portanto, não é um evento de desequilíbrio decorrente desta lei. Então é uma situação, vocês normalizam a ilicitude nas rodovias, é isso. Basicamente é isso, não é.

[Sobreposição de vozes]

Sr. Fernando de Freitas Bezerra:... normaliza, é que era algo previsto...”

1337. Assim, não encontra amparo na instrução probatória a alegação de que a falha na fiscalização nos postos de pesagem seria agravada pela autorização conferida pela Resolução CONTRAN nº 489/2014 e pela Resolução CONTRAN nº 526/2015, ou por outro ato normativo específico, como alegado pela REQUERENTE. Tal liame causal seria essencial para o reconhecimento de fato do príncipe para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. Não há evidência probatória nos autos que sustente que o nível de descumprimento dos limites de carga no tráfego rodoviário teria se aprofundado após o advento das resoluções do CONTRAN

¹²³¹ Cf. linhas 9558/9589 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

referidas no mérito 4 (quatro). Por essas razões, o Tribunal Arbitral deixa de acolher o mérito 4 (quatro) suscitado pela REQUERENTE em suas Alegações Iniciais.

1338. Após a análise a respeito da configuração dos méritos de cada um dos atos normativos suscitados pela REQUERENTE como fato do príncipe em suas Alegações Iniciais, passa-se ao exame da procedência ou não dos pedidos de reequilíbrio quanto aos méritos 2 (dois) e 3 (três) que restaram acolhidos.

1339. Consoante a literalidade do artigo 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995, invocado nas Alegações Iniciais, o fato do príncipe para fins de reequilíbrio econômico-financeiro apenas se verifica “*quando comprovado seu impacto*”. Nesse sentido, o TCU reconheceu no Acórdão nº 290/2018, nos autos da Representação nº TC 012.831/2017-4, referida nas Alegações Iniciais¹²³², a necessidade de demonstração de impacto na composição econômico-financeira da concessionária. Observe-se, em razão de sua relevância, o teor dos parágrafos 26 a 28 da decisão:

“26. No que concerne à necessidade de reequilíbrio contratual, não há divergências entre esta Corte e os interessados a respeito da existência de fundamentos contratuais e legais que autorizem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da BR-101/ES/BA no caso de alterações legislativas que impactem na composição econômico-financeira da concessionária.

27. No entanto, de acordo com o que consta da instrução à peça 51, ‘esse impacto deve estar devidamente mensurado na decisão que reconhece o desequilíbrio contratual, sob o risco de incorrer em afronta ao princípio da motivação dos atos administrativos (art. 2º da Lei 9.784/1999)’.

28. Além disso, é importante destacar que a revisão tarifária é um instrumento necessário na medida em que condições extraordinárias possam surgir ao longo do prazo da concessão, influenciando nos custos ou nas receitas. No entanto, os cálculos para essa revisão devem demonstrar expressamente a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, o que não ocorreu no presente caso.” (grifou-se)

1340. Em igual sentido, colhe-se recente precedente firmado pela Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em situação análoga à dos autos,

¹²³² O Acórdão nº 290/2018 do TCU foi referido nos itens 746, 747 e 748 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

envolvendo potenciais impactos do aumento da tolerância para cargas em contrato de concessão de rodovia. Observe-se o teor da ementa abaixo transcrita¹²³³:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO Pretensão fundada no direito à revisão econômico-financeira de contrato de concessão Alegação de rompimento do equilíbrio contratual Inocorrência Inicial fundamentada no ‘fato do príncipe’, situação não configurada Manutenção das pistas em condições adequadas e seguras que revela obrigação inerente ao objeto contratual Requisitos previstos em lei, no edital e no contrato que não foram preenchidos para fins de comprovação do desequilíbrio contratual Alegação genérica de que o aumento da tolerância para cargas gerou desequilíbrio contratual, sem apontamento quanto ao contexto contratual e a análise específica e comparativa de custos e fluxo econômico/financeiro Encargos correspondentes ao objeto do contrato e distribuição proporcional dos riscos assumidos - Sentença mantida Recurso não provido.”

1341. A despeito das especificidades das cláusulas do contrato de concessão analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no caso citado, bem como da amplitude da instrução realizada naquele processo judicial, destaca-se a premissa adotada pela maioria do colegiado de desembargadores, comungada por este Tribunal Arbitral, de que o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro apenas deve ser reconhecido quando comprovado o seu impacto. Nesse sentido, transcrevem-se trechos relevantes da fundamentação que compõe o voto que conduziu a maioria dos julgadores integrantes da Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹²³⁴:

“Superadas tais questões, o pedido inicial aponta como causa de pedir as alterações normativas que resultaram no aumento de tolerância de sobrecargas de veículos nas rodovias que administra, resultando em aumento de custos de manutenção das pistas, a autorizar a revisão pretendida. As alterações normativas são incontroversas, bem como mostra-se intuitivo que desgaste maior nas pistas pode implicar elevação de custos na respectiva manutenção, todavia, o rompimento do equilíbrio contratual alegado exige, nos termos da legislação e do contrato, demonstração de que tal evento estava fora da ‘normalidade’ do objeto do contrato com a indicação específica dos custos e despesas estimados quando da contratação e após as alterações, condições não atendidas. [...]”

A alegação genérica de que o aumento da tolerância para cargas gerou desequilíbrio contratual, sem apontar todo o contexto contratual e a análise específica e comparativa de custos e fluxo econômico/financeiro, é muito frágil.”

¹²³³ TJSP, Apelação Cível 1073399-80.2023.8.26.0053; Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, 1ª Câmara de Direito Público, j. 28.01.2025; grifou-se.

¹²³⁴ TJSP, Apelação Cível 1073399-80.2023.8.26.0053; Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, 1ª Câmara de Direito Público, j. 28.01.2025; grifou-se.

1342. No caso desta arbitragem, houve extensa fase de produção de provas de índole documental, testemunhal e pericial, proporcionando às partes o exercício pleno das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

1343. Nesse sentido, o laudo pericial foi categórico em afirmar que “*com relação aos valores que caberiam reequilíbrio, essa perícia ressalta que não houve por parte da Concessionária custos a maior decorrentes desse pedido*”¹²³⁵. E prossegue: “*Isso ocorreria caso a concessão permanecesse sobre todo o período indicado no Edital*”¹²³⁶. Na “*Tabela 1 – Resumo da Conclusão dos pedidos*”¹²³⁷ novamente essa informação é veiculada:

Pedido	Capítulo	Perícia	Resumo da Conclusão
Aumento do Limite de Peso Bruto Por Eixo - Lei Nº 13.103/2015	4.5	Engenharia	Os estudos elaborados pela LAPAV contratados pela ANTT são baseados em dados nacionais enquanto que os estudos contratados pela Concebra utilizam-se de dados específicos da concessão. A ANTT reconhece o direito ao reequilíbrio econômico financeiro da Concebra e a divergência encontra-se em qual estudo deve ser utilizado. <u>No entanto, até o momento não existe custo incorrido pela Concebra.</u>

1344. Após a apresentação de impugnações e quesitos suplementares pelas partes, a equipe pericial se manifestou, nos esclarecimentos de 20.12.2023, de forma conclusiva, que “*não houve, por parte da Concessionária, custos a maior decorrentes desse pedido, porque isso ocorreria somente caso a concessão permanecesse sobre todo o período indicado no Edital*”¹²³⁸. A referida assertiva da equipe pericial foi, ainda, reiterada na audiência ocorrida em 11.06.2024 e 12.06.2024¹²³⁹:

“Dr. Sergio Nelson Mannheimer [Árbitro Presidente]: Doutor Milton, eu vou um pouco além. Aqui eu tenho... fiquei com dúvida se a questão se resume apenas à valores ou para o cenário de uma relicitação ou se resume também à existência de danos. Porque caso a concessionária não tenha feito investimentos, não há danos. É correto esse meu entendimento?

¹²³⁵ Cf. item 238 do laudo pericial de 06.02.2023.

¹²³⁶ Cf. item 238 do laudo pericial de 06.02.2023.

¹²³⁷ Cf. laudo pericial de 06.02.2023, p. 6-8.

¹²³⁸ Cf. item 313 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

¹²³⁹ Cf. linhas 8950/8957 da transcrição da audiência arbitral de 11.06.2024 e 12.06.2024.

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Se ela não fez os investimentos, se ela não recuperou o pavimento, se ela não fez nada, realmente ela não tem o reequilíbrio, é isso?

Dr. Sergio Nelson Mannheimer [Árbitro Presidente]: Exatamente.

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Se ela não fez nada, ela não tem direito a ser reequilibrada.

Dr. Sergio Nelson Mannheimer [Árbitro Presidente]: E há a hipótese de que ela não tenha feito nada?

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: É, o que eles estão falando aqui é que eles fizeram, mas a gente não tem conhecimento dessa informação detalhada.

Dr. Sergio Nelson Mannheimer [Árbitro Presidente]: Sim mas assim como vocês não têm, o Tribunal também não têm, correto?

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Sim, exatamente.

Dr. Sergio Nelson Mannheimer [Árbitro Presidente]: Então com o que nós temos hoje na Arbitragem, o Tribunal não tem elementos para sequer considerar que há danos a serem indenizados, caso haja uma relicitação?

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Exatamente. E como foi dito aqui pelo doutor Milton e talvez a senhora possa confirmar, se a licitação... a concessão perdurar até o final haverá que ser abatido desse valor algo a ser mensurado por esses dez anos.

Sr. Hilton Ferreira [SWOT Global]: Nós fizemos o cálculo global para os 30 anos, que deu os 107 milhões, sendo que já foi reequilibrado sete milhões pela ANTT. Então a conta é simples, é 107 menos sete, aí ficaria um saldo de reequilíbrio de 100 milhões de reais. Essa é a visão da perícia.

Dr. Flávio Amaral Garcia [Coárbitro]: 100 milhões ao longo do contrato inteiro.

Sr. Hilton Ferreira [SWOT Global]: Ao longo do contrato inteiro. É o impacto..."

1345. A prova pericial concluiu, portanto, que a REQUERENTE não incorreu em custos adicionais em razão das referidas alterações normativas, em especial considerando o 2º TERMO ADITIVO firmado, que delimita o escopo da presente arbitragem, conforme já decidido no capítulo XII.1 desta sentença. No ponto, não se ignora a alegação da REQUERENTE, deduzida em audiência e em Alegações Finais, no sentido de que a documentação do RTE-044 evidenciaria a realização de investimentos entre março de 2014 a dezembro de 2019.

1346. Ocorre que, como afirmado em suas Alegações Iniciais e após análise do referido documento, verifica-se que apenas os seguintes investimentos estariam contemplados no dossiê do documento RTE-044: (i) obras de duplicação de rodovia, (ii) trabalhos iniciais; (iii) recuperação do pavimento (pistas e terceiras faixas); (iv) implantação de interseções – Diamantes; (v) implantação de interseções – trombetas; (vi) implantação das praças de pedágio; (vii) implantação das edificações das bases operacionais e serviços de atendimento ao usuários;

(viii) reformas, ampliação e construção de postos da Polícia Rodoviária Federal; e (ix) reformas em postos de pesagem.

1347. A leitura do documento permite inferir o cumprimento de obrigações contratuais previstas e necessárias ao início da concessão, sem que dele se possa extrair que a REQUERENTE tenha incorrido em custos a maior do que os previstos decorrentes dos eventos apontados nos méritos 2 (dois) e 3 (três). Não houve a devida comprovação do nexo de causalidade entre os investimentos contemplados no documento contido no documento RTE-044 e os eventos apontados como fato do príncipe. Ao contrário, a prova pericial foi conclusiva no sentido de que não houve custo adicional incorrido pela REQUERENTE a ensejar direito ao reequilíbrio econômico-financeiro¹²⁴⁰:

“Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Então o que a gente entendeu? O primeiro ano estava lá seguindo normal, trabalhos iniciais. E os trabalhos iniciais não consideram adequação estrutural, ok? São frisagens descontínuas ou algum tipo de solução funcional. Não estrutural. Então não tem camadas de reforço em cima desse pavimento. Aí, entrou o período de recuperação do pavimento. Pelo tudo que a gente leu aqui, não houve esse período, CONCEBRA não executou os serviços de recuperação. O que significa esse ano, o segundo ano até o quinto ano, na verdade até o sexto ano, são cinco anos de recuperação do pavimento, que a CONCEBRA não executou, ok? Está de acordo essa...”

Dr. Nilo Santos [Adv. Reqda.]: De acordo, de acordo.

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Só que também nós não sabemos o que ela fez. Ela ficou... há dez anos ela está no trecho e acredito que ela esteja fazendo algum tipo de manutenção. A gente também não tem informação de quando começou esse aditivo, esse novo acordo que vocês fizeram para que ela continuasse no trecho, fazendo alguma coisa, fazendo conservação, fazendo uma manutenção, mas não os trabalhos de recuperação estrutural. [...]”

1348. Dessa forma, inexistindo a comprovação de efetivo impacto sobre o CONTRATO DE CONCESSÃO, por ausência de demonstração dos custos extraordinários incorridos, não se tem como reconhecer o direito ao seu reequilíbrio econômico-financeiro.

1349. Em razão disso e do 2º TERMO ADITIVO firmado, que delimita o escopo da presente arbitragem, conforme já decidido no capítulo XII.1, resta prejudicada a análise específica da controvérsia existente entre as partes quanto à metodologia a ser aplicada para apurar o

¹²⁴⁰ Cf. linhas 8380/8398 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

montante do reequilíbrio resultante do reconhecimento dos méritos 2 (dois) e 3 (três) como fatos do príncipe, tema que também foi objeto da produção da prova pericial.

1350. A bem de ver, a discussão em torno da metodologia de cálculo de reequilíbrio econômico-financeiro relativo aos méritos 2 (dois) e 3 (três) apenas se colocaria se houvesse sido comprovado o efetivo desembolso de valores pela REQUERENTE ou o CONTRATO DE CONCESSÃO prosseguisse vigente, tal como pactuado, pelo período remanescente dos 30 (trinta) anos de prazo fixados no contrato. No caso dos autos, embora o mérito 2 (dois) tenha sido reconhecido como evento de desequilíbrio suscetível de recomposição por ambas as partes e o mérito 3 (três) tenha sido acolhido pelo Tribunal Arbitral, a prova pericial concluiu que a REQUERENTE não incorreu em custos adicionais em decorrência desses eventos até o momento.

1351. Assim, dado o limite temporal adotado no capítulo XII.1 desta sentença, o reequilíbrio econômico-financeiro não será realizado porque não houve comprovação desembolso de valores pela REQUERENTE até agora, de modo que não se faz necessário, para os fins desta sentença, definir a metodologia adequada para a apuração de eventual valor que devesse ser reequilibrado.

1352. De qualquer forma, embora, em função das particularidades do CONTRATO DE CONCESSÃO, não se reconheça direito à indenização, há necessidade de avaliação do pedido subsidiário do item 989 das Alegações Iniciais. Nesse pleito, a REQUERENTE pretende que o impacto dos méritos 2 (dois) e 3 (três), ora reconhecidos como fatos do príncipe pelo Tribunal Arbitral, repercuta, ao menos, no exercício do poder sancionatório, modulando o nível de descumprimento de suas obrigações contratuais. Nesse sentido, nos esclarecimentos de 20.12.2023, a equipe pericial concluiu que “[...] o desequilíbrio referente ao aumento do limite de peso bruto por eixo tem relação direta com as condições do pavimento e, portanto, produzirá efeitos até o seu eventual reequilíbrio”¹²⁴¹.

¹²⁴¹ Cf. item 313 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

1353. Os referidos danos também foram explicitamente reconhecidos nas respostas da equipe pericial aos quesitos nºs 133¹²⁴² e 135¹²⁴³ formulados pela REQUERENTE, tanto em relação à redução da vida útil e aos gastos adicionais de recuperação e manutenção do pavimento, quanto em relação ao número de acidentes no trecho rodoviário concedido. Na audiência ocorrida em 11.06.2024 e 12.06.2024, a equipe pericial também teve oportunidade de aprofundar a sua compreensão sobre o tema¹²⁴⁴⁻¹²⁴⁵⁻¹²⁴⁶.

“Dr. Fernando Reis [Adv. Reqte.]: Muito obrigado. Prometo ser muito breve, nós estamos chegando a conclusões que eu acho que são muito pertinentes. Vamos terminar agora o seguinte, se os quatro méritos forem analisados, ANTT concorda apenas com o mérito 2, é correto concluir e eu vi isso nos esclarecimentos dos laudos, que esse efeito é sentido até hoje, correto?”

¹²⁴² “Quesito133. Queira o il. Perito informar se o aumento na tolerância máxima sobre o limite de peso bruto transmitido por eixo, conforme o ocorrido no presente caso, impacta diretamente: (i) na redução da vida útil do pavimento; (ii) em gastos adicionais de recuperação e manutenção do pavimento. Resposta: Sim, o aumento na tolerância máxima sobre o limite de peso bruto transmitido por eixo, conforme o ocorrido no presente caso, impacta diretamente na redução da vida útil do pavimento e em gastos adicionais de recuperação e manutenção do pavimento. O próprio Tribunal de Contas da União em sua Instrução Técnica TCU nº 014.618/2015, mostrou seu entendimento sobre esta questão ao diretor geral da ANTT, Jorge Bastos, citando: “A Lei 13.103/15 trouxe duas possíveis implicações às concessões. A primeira foi introduzida no art. 16, que aumenta as margens de tolerância do peso bruto total e por eixo. O impacto dessa medida nas despesas das concessionárias é óbvio, eis que o aumento do peso permitido dos veículos de carga diminui a vida útil do pavimento, o que exigiria das concessionárias maiores aportes de recursos na manutenção das vias. A redução da vida útil do pavimento e os gastos adicionais de recuperação e manutenção do pavimento em função do aumento na tolerância máxima sobre o limite de peso bruto transmitido por eixo, são confirmadamente verídicos, tendo havido diversas reuniões, fóruns e criação de grupos de estudos compostos por diversos especialistas renomados nacionalmente para discutir o assunto.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 133 da REQUERENTE, p. 138).

¹²⁴³ “Quesito 135. [...] Queira o il. Perito confirmar o entendimento que o excesso de cargas tende a levar a um aumento no número de acidentes. Resposta: Sim, o entendimento desta perícia vai ao encontro do entendimento do autor do trabalho ‘Efeitos dos Excessos de Carga sobre a Durabilidade de Pavimentos’ na qual o excesso de cargas pode tender a levar a um aumento no número de acidentes nas rodovias. O excesso de cargas deixa os caminhões menos estáveis, potencializando sobremaneira o risco de tombamento. É comprovado que veículos mais pesados tendem a ter um tempo maior de frenagem e a sobrecarga nos freios acabam colocando em risco não somente o condutor, bem como a segurança dos demais usuários da rodovia. Os caminhões com excesso de peso de carga causam maior desgaste nas rodovias e, conseqüentemente, aumenta os riscos de acidentes com veículos leves. Segundo um estudo realizado pela NTC (Agência Nacional do Transporte de Carga), o excesso de peso em 10% já é o suficiente para aumentar em 46% o desgaste das rodovias. Segundo a especialista em pavimento Dr^a Liedi Bernucci (atual diretora presidente do IPT/Professora Titular da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo), ‘Transitar com excesso de peso em caminhões traz problemas como aumento de custos do transporte e maior desgaste da infraestrutura viária, mas também prejudica muito a segurança.’ Pelo informe da Confederação Nacional do Transporte, no Brasil, apenas nas rodovias federais, foram registrados 382 acidentes causados por carga excessiva e/ou mal acondicionada, em 2018. Esses acidentes deixaram 233 pessoas feridas e 11 mortas. Os registros fazem parte do banco de dados da Polícia Rodoviária Federal e são feitos a partir do agrupamento do número de acidentes causados por excesso de peso e carga mal acondicionada na mesma categoria, não sendo possível separá-los.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 135 da REQUERENTE, p. 139-140).

¹²⁴⁴ Cf. linhas 8105/8123 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

¹²⁴⁵ Cf. linhas 8154/8169 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

¹²⁴⁶ Cf. linhas 8173/8201 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Sim.

Dr. Fernando Reis [Adv. Reqte.]: Até porque, se está discutindo reequilíbrio. Ou seja, o dano ao pavimento das condições de pavimento, esses danos podem ser sentidos até hoje, correto?

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Sim.

Dr. Fernando Reis [Adv. Reqte.]: Isso pode afetar então o desempenho da concessionária, correto? Porque se a concessionária é medida o desempenho dela pela qualidade do pavimento e pela qualidade das coisas, tecnicamente essa é uma consequência lógica, correto?

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Os cálculos demonstraram que tem esse dano. Então a gente não está nem falando aqui do que eu acho e o que eu não acho. [...]"

* * *

“Dr. Fernando Reis [Adv. Reqte.]: [...] Eu só vou fazer uma pergunta sobre uma conclusão dos esclarecimentos ao laudo sobre esse dano contínuo, que é muito importante para este caso. Ou seja, o dano é sentido, vamos dizer hoje literalmente. Está passando ali um caminhão e esse dano é sentido. E aí tem uma conclusão e isso afeta o desempenho da concessionária, afetando, por sinal outros fatores, como a análise do pavimento. Eu queria só apenas confirmar uma última conclusão por parte dos esclarecimentos ao laudo, que está no parágrafo... se esse efeito então sentido até hoje, que ainda não foi devidamente reequilibrado, ele afetando o desempenho da concessionária, nós temos que analisá-la de uma forma global, há os efeitos indiretos. O efeito indireto é aplicação de multas, o aumento dos acidentes, que eu vi que foi objeto até de questionamento do perito, porque se você tem um limite maior de eixo. Então esses efeitos indiretos são sentidos na concessionária, correto?

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Sim.”

* * *

“Dr. Fernando Reis [Adv. Reqte.]: [...] Porque embora vai haver uma discussão aí sobre 30 anos ou não, mas o importante é: A questão de reequilibrar não quer dizer que o dano não é sentido hoje. Não quer dizer que o dano vai ser sentido amanhã enquanto não for produzido um reequilíbrio. Se forem acolhidos os quatro pleitos reconhecidos pela perícia. Então, eu só quero apenas confirmar, ali no item 3 do parágrafo 313, há uma afirmação muito contundente que eu quero confirmar para esclarecer esse pensamento meu. Caso o Tribunal Arbitral reconheça esse pleito, o desequilíbrio referente ao aumento do limite do peso bruto por eixo tem relação direta com as condições de pavimento, e, portanto, produzirá efeitos até o seu eventual reequilíbrio. É isso que tudo o que a gente estava conversando até agora: Enquanto não houver o reequilíbrio, o meu pavimento está sofrendo um dano e isso vai afetar de múltiplas formas o desempenho da concessionária, correto?

Sra. Valéria Faria [SWOT Global]: Sim, tem que ter esse reequilíbrio para equiparar os danos com as verbas. Que o dano continua, está lá. A sobrecarga está passando, no passado a gente não tinha essa sobrecarga, mas como vieram essas novas leis, essas novas legislações, o pavimento está sofrendo com esses excessos de carga. E é necessário que seja reconhecido que existe uma sobrecarga. Que inclusive os dimensionamentos não estavam levando isso em consideração. Então, por exemplo, se esse pavimento aqui ele foi construído, feito um dimensionamento que levou em consideração um [ininteligível] zero ou 5% ou até mesmo 7%, hoje não é mais. Então esse pavimento, se ele não foi adequado estruturalmente falando, ele

vai sofrer muito uma degradação muito acelerada. Então o que precisa fazer? Um cálculo da vida restante desse pavimento, fazer essa adequação estrutural para que equipare isso e que o pavimento suporte essas novas cargas que estão passando agora. Então é mais ou menos isso.”

1354. Dessa forma, à luz da prova pericial produzida sob o crivo do contraditório, houve reconhecimento de dano que pode impactar o cumprimento dos parâmetros exigidos pelo CONTRATO DE CONCESSÃO. A equipe pericial entendeu que existe liame causal entre os méritos 2 (dois) e 3 (três) e o aumento da deterioração em nível maior do que aquele que decorreria exclusivamente do inadimplemento contratual da REQUERENTE.

1355. Da análise dos autos, porém, verifica-se que, no documento RTE-045, a REQUERENTE apenas apresentou cópias de 9 (nove) autos de infração, todos eles relacionados ao não cumprimento de obrigações de ampliação de capacidade previstas no PER (o documento se destinou, então, a demonstrar o curso de processos sancionatórios pela não realização de investimentos em decorrência da frustração de financiamento e embasou, dentre outros, o deferimento da liminar por ocasião do início da arbitragem).

1356. Para além desse, encontra-se no anexo XXI do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023, logo após o item 31, uma relação de processos sancionatórios e multas aplicadas à REQUERENTE pelos mais diversos fundamentos. Tal anexo, porém, não se encontra instruído com cópias dos referidos processos. Nem a REQUERENTE estabeleceu o nexo de causalidade entre cada uma das autuações administrativas e os eventos listados neste tópico. Na verdade, na fase postulatória, as partes não se ocuparam dessa demonstração, de tal forma que existe uma deficiência instrutória que inviabiliza a apreciação do pleito

1357. O Tribunal Arbitral, assim, julga improcedentes, por falta de prova, os pleitos de anulação das penalidades aplicadas, de extinção dos processos sancionatórios correlatos e de ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades, por ausência de prova.

1358. Por outro lado, ante o reconhecimento do fato do príncipe nos méritos 2 (dois) e 3 (três), embora não seja cabível o reequilíbrio via indenização, a REQUERIDA deverá se abster de aplicar novas penalidades à REQUERENTE em decorrência de inexecuções contratuais que tenham causa nos eventos de desequilíbrio em questão.

1359. Por fim, quanto ao impacto sobre a aplicação do Fator D, é preciso ter presente, em primeiro lugar, que não foi formulado pedido expresso a respeito nas Alegações Iniciais¹²⁴⁷. Igualmente, não se identificou em qualquer das peças da fase postulatória debate a respeito dos eventuais impactos que o desgaste acelerado do pavimento asfáltico possa ter tido sobre a aplicação do Fator D. Não houve contraditório a respeito. Inclusive, porque como se verá adiante e se extrai do Anexo 5 do CONTRATO DE CONCESSÃO que trata do tema, a aplicação do Fator D leva em conta a efetiva aplicação ou não do volume de investimentos previsto inicialmente no contrato para determinar eventual redução ou aumento tarifário.

1360. Note-se que, no entender do Tribunal Arbitral, não é possível considerar a discussão acerca do impacto ou não do evento de desequilíbrio de que ora se trata sobre o Fator D como inserida no pedido deduzido a respeito da aplicação das penalidades acima já enfrentado.

1361. A aplicação do Fator D expressamente não constitui penalidade conforme registrado na cláusula 2.7 do Anexo 5 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹²⁴⁸:

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

1362. Dessa forma, por se entender que não houve postulação oportuna – com comprometimento, inclusive, da formação adequada do contraditório sobre o tema – acerca de eventual impacto do evento de desequilíbrio oriundo das sucessivas alterações normativas nos

¹²⁴⁷ Apenas nas Alegações Finais, a REQUERENTE argumenta em seu parágrafo 327 que “Por fim, em que pese a Requerente não tenha realizado a totalidade da recuperação prevista para o pavimento do trecho, houve uma penalização indireta até o momento (além da “penalização” direta, consistente na aplicação do Fator D) que deve ser levada em consideração, que consiste na aceleração da degradação do pavimento, resultando em alta incidência de multas, aplicação de Fator D em excesso, deterioração do ativo não amortizado, bem como aumento dos valores associados à conservação do trecho (custos operacionais)”. Mais adiante, no item (iii) do parágrafo 346 das Alegações Finais, pretende o “(...) cancelamento de atos de natureza fiscalizatória punitiva praticados e futuros, como também da aplicação de mecanismos contratuais inerentes ao atingimento de parâmetros de desempenho referentes às intervenções de manutenção e recuperação da rodovia nas revisões contratuais;”

¹²⁴⁸ Cf. RTE-001.

limites de peso bruto por eixo e da alegada omissão em sua fiscalização no trecho rodoviário concedido, aponta-se no sentido do não conhecimento da postulação.

1363. Não obstante, ainda que se admitisse a desconstituição de eventual impacto no Fator D como decorrência lógica do reconhecimento de desequilíbrio contratual – entendimento de que aqui não se comunga, pelas especificidades da postulação e por seu impacto na formação do contraditório –, em homenagem ao princípio da primazia da resolução de mérito, como princípio geral do processo civil brasileiro¹²⁴⁹, seria preciso reconhecer a inexistência de prova a respeito.

1364. De fato, não há prova nos autos de que o maior desgaste nas superfícies das vias concedidas causado pelos méritos 2 (dois) e 3 (três) tenha sido levado em conta pela REQUERIDA para aplicação do Fator D ao longo da vigência da concessão.

1365. Observe-se que o questionamento a respeito da aplicação do Fator D que a REQUERENTE levou à perícia por meio de seu quesito nº 74 dizia respeito à inexecução de investimentos na frente de ampliação de capacidade e melhorias e manutenção de nível de serviços do PER, e nos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção em razão da frustração do financiamento de longo prazo (o quesito nº 74 faz expressa referência ao quesito nº 73, que trata desses investimentos). E é, aliás, na resposta da empresa perita ao quesito nº 74 formulado pela REQUERENTE que é fornecida uma explicação a respeito do mecanismo de incidência do Fator D no CONTRATO DE CONCESSÃO¹²⁵⁰:

¹²⁴⁹ A base legal e a aplicabilidade do princípio da primazia da resolução de mérito acham-se bem delineadas no direito processual na doutrina de Alexandre Câmara: “Vale destacar que do art. 4º do CPC (e de uma grande série de outros dispositivos, como o art. 317 e o art. 488, entre muitos outros exemplos que poderiam ser indicados) se extrai um outro princípio – infraconstitucional – fundamental para o sistema processual brasileiro: o princípio da primazia da resolução do mérito. É que, como se vê pela leitura do art. 4º, ‘as partes têm o direito de obter [a] solução integral do mérito’. O processo é um método de resolução do caso concreto, e não um mecanismo destinado a impedir que o caso concreto seja solucionado. Assim, deve-se privilegiar, sempre, a resolução do mérito da causa. Extinguir o processo sem resolução do mérito (assim como decretar a nulidade de um ato processual ou não conhecer de um recurso) é algo que só pode ser admitido quando se estiver diante de vício que não se consiga sanar, ou por ser por natureza insanável, ou por se ter aberto a oportunidade para que o mesmo fosse sanado e isso não tenha acontecido. Deve haver, então, sempre que possível, a realização de um esforço para que sejam superados os obstáculos e se desenvolva atividade tendente a permitir a resolução do mérito da causa. É por isso, por exemplo, que (...) se afirma que ‘desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485’. Há, pois, no moderno direito processual civil brasileiro, um princípio da primazia da resolução do mérito, o qual, espera-se, seja capaz de produzir resultados bastante positivos no funcionamento do sistema de prestação de justiça civil.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 5ª edição, 2019, p. 7).

¹²⁵⁰ Cf. adendo ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 74 da REQUERENTE, p. 66.

“Também previsto pelo Contrato de Concessão, o ‘FATOR D’ é um elemento utilizado para avaliar o atendimento de obrigações previstas no contrato de concessão, sendo formado por: (i) Frente de ampliação de capacidade e melhorias e manutenção de nível de serviços do Programa de Exploração da Rodovia - PER, e (ii) Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção.

De forma prática, o ‘FATOR D’ corresponde a um percentual equivalente aos investimentos realizados pela Concessionária em relação aos investimentos previstos na concessão, a ser considerado na tarifa como remuneração deste investimento realizado. Assim, quanto maior o investimento realizado, maior será o ‘FATOR D’ a ser aplicado na majoração da tarifa.

Tanto o ‘FATOR C’ e o ‘FATOR D’ consistem em elementos que compõem a fórmula de cálculo da tarifa do pedágio nas revisões ordinárias, sendo ambos, apurados a partir de investimentos realizados pela Concessionária. Logo, quanto menores forem os investimentos realizados, menores serão os valores de ‘FATOR C’ e ‘FATOR D’ considerados na composição da tarifa.

Pelo exame realizado nas Notas Técnicas listadas pelo Quesito, foi observada a inexecução de investimentos programados que influenciaram negativamente o ‘FATOR C’ e o ‘FATOR D’ considerados nas revisões ordinárias.”

1366. Portanto, dessa resposta se extrai que o mecanismo que desafia a aplicação do Fator D leva em conta a execução ou não do volume de investimentos previsto para determinar o aumento ou redução da tarifa de forma a adequar a tarifa ao nível de execução contratual apurado. Dessa forma, a aplicação deste mecanismo ao longo das revisões tarifárias realizadas não foi impactada pelos méritos 2 (dois) e 3 (três) acolhidos neste capítulo, na medida em que esses eventos/méritos demandariam investimentos extraordinários, não previstos originalmente.

1367. Na tentativa de contraditar o laudo pericial, em defesa de um pretendido impacto, o anexo XXI do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023 acaba por reconhecer que o Fator D é medido a partir da aferição do volume de investimentos que era previsto no PER e foi ou não executado.

1368. De fato, segundo os assistentes técnicos da REQUERENTE, o impacto dos eventos de desequilíbrio não equilibrados seria apenas indireto. Assim, ocorrendo eventos de desequilíbrio “*haver[ia] uma motivação intrínseca*” para que os investimentos do PER não fossem realizados¹²⁵¹:

¹²⁵¹ Cf. item 27 do anexo XXI do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023.

“Resta caracterizado, portanto, o impacto irretratável do Fator D em um contrato de concessão, pois à medida que haja desequilíbrios econômico-financeiros que resultem em atrasos nas entregas de obras ou no cumprimento dos parâmetros do PER, passa a haver uma motivação intrínseca para que o investimento não seja realizado a posteriori, uma vez que nunca mais será remunerado em sua totalidade.”

1369. Trata-se, contudo, de mera inferência não confirmada pela empresa perita, e que não se tem como convalidar. O impacto dos méritos 2 (dois) e 3 (três) reconhecidos neste capítulo como eventos de desequilíbrio demandaria da REQUERENTE a execução de investimentos não previstos, que, por essa razão, não é capturada pelo Fator D. Portanto, não há elementos para se presumir que a inexecução dos investimentos previstos tenha sido afetada *intrinsecamente* pela inexecução de investimentos não previstos.

1370. Dessa forma, ainda que fosse possível examinar eventual impacto do evento de desequilíbrio sobre mecanismos contratuais, como o Fator D, no caso em exame, a conclusão seria pela improcedência, seja porque não foi feita prova adequada dessa incidência, seja porque o Fator D mede investimentos não realizados a partir dos investimentos originalmente previstos, não captando, a princípio, os investimentos extraordinários que haveriam de ser feitos pelos méritos 2 (dois) e 3 (três) acolhidos neste capítulo pelo Tribunal Arbitral.

1371. Diante de todo o exposto, o Tribunal Arbitral reconhece a arbitrabilidade objetiva do conflito no que tange ao impacto do aumento do peso bruto por eixo, afastando a preliminar suscitada pela REQUERIDA. No mérito, o Tribunal Arbitral julga: (i) improcedente o pedido formulado nos parágrafos 985, item “vi”, e 986 das Alegações Iniciais; (ii) improcedentes, por falta de prova, os pedidos deduzidos no item 989, “i”, “ii” e “iii” das Alegações Iniciais; (iii) procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais, em relação aos méritos 02 (dois) e 03 (três), para que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades à REQUERENTE levando em conta descumprimentos atrelados aos méritos citados referentes a fatos ocorridos até 18.03.2022; e (iv) em atenção ao princípio da primazia do mérito, improcedente a existência de impacto do evento de desequilíbrio em questão sobre mecanismos contratuais, como o Fator D.

XII.7. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1.731/2017 DA RECEITA FEDERAL

1372. O Tribunal Arbitral passará a apreciar pedido da REQUERENTE contido no item 6.4.17, “VII”, da ATA DE MISSÃO – objeto do ponto controvertido constante do item 7, “vi”, da Ordem Processual nº 16 –, que tem por objetivo o reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO – ou de indenização, em caso de extinção da avença –, que decorre da superveniência da Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal.

1373. Para tanto, o Tribunal Arbitral transcreve abaixo os termos em que a pretensão foi endereçada nas Alegações Iniciais¹²⁵²:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]

- vii. O reconhecimento de que a Instrução Normativa nº 1.731/2017 criou novas obrigações tributárias de emissão de documento fiscal determinados pela Receita Federal, de natureza acessória, aos concessionários de rodovias em todo o país, e que tais obrigações estão incluídas no escopo tanto da subcláusula 21.2.5 do Contrato de Concessão quanto do artigo 9º, §3º da Lei de Concessões, que alocam ao Poder Concedente o risco de geração de novos encargos em função de alterações normativas, sejam elas veiculadas por lei em sentido estrito ou por normas infralegais, devendo ser realizado o reequilíbrio econômico financeiro relativamente a todos os custos incorridos pela CONCEBRA com tal obrigação; [...]*

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

1374. Nos termos do item 989 das Alegações Iniciais, a REQUERENTE pede que, caso venha a reconhecer o desequilíbrio contratual decorrente da Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal, o Tribunal Arbitral (i) declare a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinga

¹²⁵² Cf. itens 985, “iv”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

os correlatos processos administrativos sancionatórios; (iii) condene a REQUERIDA a ressarcir a CONCEBRA de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; e (iv) determine que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades que guardem conexão com o que é apreciado neste capítulo da sentença.

XII.7.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

1375. A REQUERENTE afirma que o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO analisado neste capítulo decorre da implementação de novos requisitos para a emissão de documento fiscal determinados pela Receita Federal por meio da Instrução Normativa nº 1.731/2017, que teria acarretado gastos não previstos originalmente.

1376. De acordo com a REQUERENTE, em 22.08.2017, a Receita Federal teria publicado a Instrução Normativa nº 1.731/2017, que posteriormente veio a ser alterada pela Instrução Normativa nº 1.768/2017. Tal norma disporia sobre a emissão de documento fiscal pelas concessionárias operadoras de rodovias.

1377. Os arts. 1º e 2º da primeira Instrução Normativa antes citada teriam (i) passado a exigir a emissão e armazenamento eletrônico do documento fiscal relativo ao serviço prestado, que deveria atender a determinadas regras; e (ii) previsto a emissão de Documento Fiscal Equivalente (“DFE”), caso o documento fiscal relativo ao serviço não fosse emitido na forma prevista em lei.

1378. Narra a REQUERENTE ter sido informada pela REQUERIDA sobre a publicação da norma da Receita Federal por meio do Ofício Circular nº 019/2017/GEFOR/SUINF¹²⁵³. Com efeito, reconhecendo que a Instrução nº 1.731/2017 poderia gerar obrigações não previstas para as concessionárias, a ANTT teria solicitado naquela missiva a apresentação de possíveis impactos operacionais e tipos de equipamentos para atender a demanda normativa.

1379. Segundo a REQUERENTE, os questionamentos da REQUERIDA teriam sido “*respondidos pela Concessionária na CBN DIR 1779/2017 (RTE 127), de 20 de setembro de 2017, que*

¹²⁵³ Cf. RTE-126.

indicou os desafios operacionais envolvidos na implementação das obrigações não previstas originalmente no Contrato de Concessão”¹²⁵⁴.

1380. Nesse contexto, a ANTT teria passado a acompanhar o cumprimento das regras determinadas pela Instrução Normativa nº 1.731/2017¹²⁵⁵, solicitando informações comprobatórias e cronograma para pleno atendimento da norma, que teriam sido devidamente prestados pela REQUERENTE¹²⁵⁶.

1381. A REQUERENTE argumenta ter contado com prazo exíguo para adequar os seus sistemas à Instrução Normativa nº 1.731/2017, o que teria exigido esforços. Não obstante, a despeito das dificuldades encontradas, afirma que teria cumprido a primeira etapa das obrigações relacionadas ao DFE previstas na norma e que teria submetido o correlato pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO. Confira-se¹²⁵⁷:

“Note-se que a Concessionária contou com prazo extremamente exíguo para adequar o seu sistema à nova norma, uma vez que era curto o espaço de tempo entre a publicação e a data exigida para cumprimento da norma. Esse fato exigiu que a Concessionária empregasse esforços imediatamente para a adequação do sistema. Desta forma, com o fim de atender à determinação imposta no art. 1º da Instrução Normativa nº 1.731/2017, a Concessionária iniciou tratativas junto às prefeituras dos municípios onde se localizam as praças de pedágio e de sua sede. Contudo, o curto prazo estabelecido pela norma impediu o prosseguimento dessa alternativa negociada. A Concessionária também informou à ANTT, na CNB-DIR 081/2018 sobre a sua disposição em iniciar procedimento de homologação junto à Secretaria de Finanças do município de Goiânia.

Além disso, a Concessionária disponibilizou aos usuários da rodovia canal para a associação da placa do veículo e CPF/CNPJ ao DFE – Documento Fiscal Equivalente, fornecido na praça de pedágio no momento da passagem, que contém um número e uma chave criptográfica para conferir segurança ao procedimento. Quanto aos usuários de pistas automáticas, que não recebem o DFE no momento de sua passagem, informou-se à ANTT que bastava aos usuários informar o número do serial do TAG e a placa do veículo para se obter o DFE de suas passagens nos últimos sete dias.

No mesmo documento, a Concessionária informou à ANTT que considerava implementadas, em sua plenitude, todas as obrigações Requeridas até 01 de janeiro de 2018, e que apresentaria os desembolsos realizados para o seu devido reequilíbrio, em pleito a ser apresentado em fevereiro de 2018. Esses investimentos englobavam a fase 1 do processo para implementação do DFE.[...]

¹²⁵⁴ Cf. item 759 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹²⁵⁵ Cf. RTE-128.

¹²⁵⁶ Cf. RTE-129.

¹²⁵⁷ Cf. itens 761 e 764 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

A Concessionária emitiu a CNB-DIR 0148/2018 (RTE 86), de 09 de fevereiro de 2018, complementado posteriormente pela carta CNB-DIR 0175/2018 (RTE 130), de 19 de fevereiro de 2018, em que apresentou, no âmbito de seu pleito de reequilíbrio, os desembolsos realizados para o cumprimento das obrigações Requeridas. No entanto, a Concessionária ainda aguardava manifestação da ANTT aprovando os desembolsos apresentados e não previstos em contrato.”

1382. Quanto aos investimentos relacionados à fase 2 (dois) das obrigações associadas ao DFE, a REQUERENTE afirma ter solicitado à REQUERIDA, por meio da carta CNB DIR 04/82/2018¹²⁵⁸, de 18.05.2018, sua anuência prévia para dar sequência ao atendimento das obrigações da segunda fase do projeto, esclarecendo ainda que somente prosseguiria com os dispêndios financeiros solicitados pela Instrução Normativa nº 1.731/2017 após receber autorização da ANTT.

1383. Relata a REQUERENTE que a REQUERIDA teria demorado a responder sua solicitação, o que, por conseguinte, teria reduzido o prazo daquela para realizar a segunda fase do disposto na Instrução Normativa nº1.731/2017, que indicava a obrigatoriedade da placa do veículo no documento fiscal equivalente recebido em pista e a coleta das placas dos veículos por LPR¹²⁵⁹.

1384. A preocupação da REQUERENTE com a mora da REQUERIDA teria, inclusive, sido externada por aquela à Receita Federal, conforme carta CNB DIR 0612/2018, acostada como RTE-132 neste procedimento arbitral.

1385. A REQUERENTE prossegue afirmando que, muito embora tenha a REQUERIDA em ato posterior novamente reconhecido a imposição de obrigações não previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO e que os correlatos investimentos são incorporados ao PER, o reequilíbrio em questão não teria sido implementado por ocasião da 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio.

¹²⁵⁸ Cf. RTE-131.

¹²⁵⁹ A REQUERENTE explica que “a sigla LPR significa, em inglês, ‘License Plate Recognition’, referindo-se a um sistema de leitura de placas realizada por uma câmera” (cf. nota de rodapé 245 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

1386. Com efeito, por meio do Ofício nº 158/2018/GEFIR/SUINF¹²⁶⁰, a ANTT teria solicitado a apresentação do projeto executivo e do orçamento referente às melhorias elencadas no pleito, o que a REQUERENTE reputa “*bastante atípico para sistemas de informática*”¹²⁶¹.

1387. A REQUERENTE aduz, assim, ter encaminhado à REQUERIDA “*os orçamentos apresentados pelas empresas a serem contratadas, as notas fiscais emitidas, bem como os comprovantes dos pagamentos efetuados*”¹²⁶², por ocasião da 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária¹²⁶³. Sem embargo, prossegue a CONCEBRA, “*segundo a Nota Técnica SEI nº 377/2019/GEFIR/SUINF/DIR (RTE 102), não teria sido identificado o recebimento, pela agência, do projeto executivo e orçamento de acordo com as exigências da Resolução 1.187/2005, solicitados pela GEFIR no Ofício nº 158/2018/GEFIR/SUINF*”¹²⁶⁴.

1388. A REQUERENTE argumenta não fazer sentido a solicitação feita pela REQUERIDA. Para ela, o art. 14 da Resolução nº 1.187/2005 exigiria a apresentação prévia de projeto executivo apenas para obras previstas no PER, o que não seria o caso. Nas palavras da CONCEBRA¹²⁶⁵:

“[...] não se trata de obras pactuadas originalmente. Pelo contrário, as adequações realizadas se referem a requisitos supervenientes ao Contrato de Concessão, estabelecidos pela Receita Federal por via de regulamentação, a serem atendidos pela Concessionária em curto prazo. Ora, tanto o referido artigo não exige a apresentação de projeto executivo para obras fora do PER como não seria razoável esperar que a Concessionária se atrasasse em relação ao cumprimento do prazo estipulado na referida instrução normativa para a execução desse projeto.”

1389. De acordo com a REQUERENTE, tal raciocínio seria corroborado pela circunstância de que o art. 14, § 2º, da mesma Resolução da ANTT dispensaria a necessidade de projeto executivo para obras de pequeno porte, quando assim solicitado.

1390. A REQUERENTE ainda argumenta que, “*apesar de não ser exigível a apresentação de projeto executivo para a efetuação do reequilíbrio em decorrência do evento de desequilíbrio*

¹²⁶⁰ Cf. RTE-133.

¹²⁶¹ Cf. item 768 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹²⁶² Cf. item 769 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹²⁶³ Cf. RTE-075.

¹²⁶⁴ Cf. item 769 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹²⁶⁵ Cf. item 771 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

descrito nesta seção, a Concessionária optou por elaborá-lo, encontrando-se o documento em anexo à presente peça [Alegações Iniciais] (RTE 134), demonstrando sua boa-fé nas interações com a agência e sua disposição em buscar resolver eventuais divergências”¹²⁶⁶.

1391. Daí que, não tendo obtido o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO para a recomposição dos encargos impostos com a superveniência da Instrução Normativa nº 1.731/2017, a REQUERENTE submete o pleito ao Tribunal Arbitral.

1392. Como fundamento jurídico, alega que o evento que embasa o pleito constitui “*mudança na regulação tributária que gerou novos encargos à Concessionária, configurando-se hipótese de criação de obrigações tributárias acessórias, estando, portanto, no escopo tanto da subcláusula 21.2.5 do Contrato de Concessão quanto do art. 9º, §3º da Lei de Concessões, que alocam ao Poder Concedente o risco de geração de novos encargos em função de alterações normativas, sejam elas veiculadas por lei em sentido estrito ou por normas infralegais*”¹²⁶⁷.

1393. A REQUERENTE afirma que a REQUERIDA teria reconhecido a ocorrência de modificação de obrigação tributária acessória imposta pela Administração Pública Federal Direta por meio da publicação da Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal.

1394. Aduz, ademais, que:

- (i) a ANTT interpreta equivocadamente as Alegações Iniciais, dado que a REQUERENTE não afirma naquela peça que a REQUERIDA indeferiu seu pleito, tendo apenas indicado que sua não efetivação decorreu da falta de documentos necessários;
- (ii) a CONCEBRA não teria se omitido em apresentar projeto executivo para a análise do pleito na via administrativa, visto que a submissão do documento não era obrigatória; e

¹²⁶⁶ Cf. item 773 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹²⁶⁷ Cf. item 775 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

- (iii) a despeito disso, a REQUERENTE teria, por liberalidade, optado por elaborar o projeto executivo e o anexado às Alegações Iniciais apresentadas nesta arbitragem.

1395. Especificamente quanto ao ponto descrito no item “ii” *supra*, que é objeto de controvérsia nesta arbitragem, a REQUERENTE afirma ter sido diligente na via administrativa, reiterando, para tanto, o relato dos fatos feito nas Alegações Iniciais.

1396. Afirma, ademais disso, que o art. 21 da Resolução nº 1.187/2005, invocado pela REQUERIDA, não poderia ser aplicado no caso. Na sua visão, o dispositivo se refere apenas a propostas de alteração no PER e sua incidência ao caso não pode ser considerada à vista da demora da REQUERIDA em autorizar previamente a REQUERENTE a dar seguimento à segunda fase das intervenções da Instrução Normativa nº 1.731/2017. Confira-se¹²⁶⁸:

“Note-se que a regra do art. 21 e parágrafo único da Resolução ANTT n. 1.187, de 2005, fundamento que a Requerida busca apontar para sua alegação sobre a obrigatoriedade de apresentação do projeto executivo pela Requerente, refere-se apenas a propostas de alteração no Programa de Exploração, conforme leitura do próprio caput do artigo referido.

O referido procedimento poderia se aplicar caso se tratasse de alteração que pudesse ser efetivada em tempo hábil para a obtenção de autorização da ANTT. Tratou-se, entretanto, de norma com prazo exíguo para seu cumprimento, circunstância agravada pela demora da ANTT em providenciar autorização prévia para que a Requerente pudesse dar prosseguimento à segunda fase das intervenções.

As intervenções realizadas, portanto, são alterações implementadas com urgência, de modo a se garantir o cumprimento da nova norma expedida pela Receita Federal do Brasil. Não poderia a Requerente aguardar indefinidamente até que a Requerida se manifestasse sobre o seu pedido de autorização prévia, já que tal atitude significaria o descumprimento da nova regra em vigor, uma vez que a implementação das medidas necessárias ao cumprimento da nova norma não ocorreria dentro do prazo estipulado pela referida Instrução Normativa.

Não se tratou, portanto, de procedimento comum de alteração do PER, mas sim da realização de intervenções com urgência para garantir o cumprimento de norma superveniente com prazo exíguo de implementação. Assim, o disposto no art. 21, apontado pela Requerida, que se refere especificamente às ‘propostas de alteração no Programa de Exploração’, não se aplica ao caso presente.

Cuida-se, sim, de custos adicionais dispendidos em caráter de urgência pela Requerente para cumprir as normas publicadas pela Receita Federal do Brasil. Por essas razões, entende-se que a apresentação de projeto executivo não é condição prévia exigível. Isso porque a própria Resolução ANTT n. 1.187, de 2005, somente indica a obrigatoriedade de apresentação de

¹²⁶⁸ Cf. itens 399 a 403 da Réplica da REQUERENTE.

projeto executivo no caso de obras e serviços previstos no PER (art. 14) ou de propostas de alteração autorizadas pela ANTT (art. 21).”

1397. Acresce a REQUERENTE que o caso implicou a realização de serviços relacionados à criação e formatação de *software*, que não demandam a implantação de elemento físico, não se tratando de realização de novas obras a serem incluídas no PER.

1398. Em relação ao art. 14, § 2º, da Resolução nº 1.187/2005, a REQUERENTE defende o seguinte¹²⁶⁹:

“[...] A Requerida alega que o art. 14 incide apenas sobre obras de pequeno porte constantes do PER. Como se trata, neste caso, de ‘obras não previstas no PER originalmente aceito pela Concessionária’ (grifos no original), a dispensa de projeto executivo por se cuidar de obras de pequeno porte não seria aplicável.

Ora, se a Resolução ANTT n. 1.187, de 2005, permite que mesmo obras de pequeno porte expressamente previstas no PER podem dispensar a apresentação de projeto executivo, seria absolutamente ilógico crer que tal dispensa não se aplicaria a obras de pequeno porte não previstas realizadas em caráter de urgência para cumprimento de norma fiscal federal.”

1399. A REQUERENTE também afirma que, ainda que o dispositivo confira à ANTT capacidade discricionária de dispensar a entrega do projeto executivo no caso de obras de pequeno porte, *“essa disposição reforça a ideia de que não existe uma indispensabilidade de apresentação do projeto executivo”*¹²⁷⁰.

1400. Em complemento, a REQUERENTE aduz que a perita nomeada nesta arbitragem teria manifestado entendimento *“em linha com a posição sustentada pela Requerente”*¹²⁷¹, no sentido da dispensabilidade do projeto executivo.

1401. De outro lado, a REQUERENTE argumenta que a REQUERIDA estaria a tentar tratar do pleito na via administrativa, mesmo após a instauração desta arbitragem, conforme documento R-112. Para aquela, dita conduta desconsideraria a competência desse Tribunal Arbitral.

¹²⁶⁹ Cf. itens 406 e 407 da Réplica da REQUERENTE.

¹²⁷⁰ Cf. item 410 da Réplica da REQUERENTE.

¹²⁷¹ Cf. item 352 das Alegações Finais da REQUERENTE.

1402. A REQUERENTE afirma que, no curso da instrução, o laudo pericial teria “*confirma[do] a existência do direito ao reequilíbrio pleiteado nesta arbitragem*”¹²⁷² – conforme itens 321 a 324 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023 – e que isto teria sido “*reconhecido pela própria Requerida*”¹²⁷³.

1403. Aduz também que, “*além de reconhecer o mérito técnico a equipe pericial apreciou e afastou as questões levantadas pela Requerida durante a realização dos trabalhos periciais*”¹²⁷⁴, atestando “*a aderência entre o serviço implementado pela Requerente e as novas obrigações acessórias decorrentes da IN RF 1.731, de 2017, bem como a adequação dos valores praticados pela Concessionária aos valores de mercado*”¹²⁷⁵.

1404. Para a REQUERENTE, ademais, “*a avaliação pretendida pela Requerida – que abrangeria uma análise da ‘imprescindibilidade’ dos custos e a ‘adequação aos valores de mercado – é matéria estranha ao objeto da perícia*”¹²⁷⁶.

1405. Por isso, a REQUERENTE conclui em Alegações Finais nos seguintes termos:

“Assim, é devido o reequilíbrio econômico-financeiro no presente caso, tendo os peritos calculado os custos impostos à Concessionária, em razão da alteração normativa superveniente, no montante de R\$ 616.497,58 (seiscentos e dezesseis mil quatrocentos e noventa e sete reais e cinquenta e oito centavos).

Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo que haja:

- (i) o reconhecimento do direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro no valor liquidado pela Equipe Pericial, de R\$ 445.978,27 (quatrocentos e quarenta e cinco mil novecentos e setenta e oito reais e vinte e sete centavos) (data-base maio/2012);*
- (ii) a condenação da Requerida à realização do reequilíbrio econômico-financeiro no valor referido no item (i) acima, ou, caso extinta a concessão, a condenação da Requerida a indenizar a Concessionária no valor referido no item (i).”*

¹²⁷² Cf. item 353 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹²⁷³ Cf. item 353 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹²⁷⁴ Cf. item 355 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹²⁷⁵ Cf. item 357 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹²⁷⁶ Cf. item 33 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE datado de 01.06.2023.

XII.7.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

1406. A REQUERIDA se contrapõe ao pleito da REQUERENTE, esclarecendo que a Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal teria disposto sobre a emissão de documento fiscal pelas concessionárias de rodovias e estabelecido a obrigatoriedade de emissão e armazenamento do documento fiscal relativo às suas receitas em todo país a partir de 01.01.2018. Nos dizeres da ANTT, tratou-se “*de modificação de obrigação tributária acessória imposta pela Administração Pública Federal direta a toda uma categoria de contribuintes*”¹²⁷⁷.

1407. A REQUERIDA “*confirma que a Requerente identificou os custos de adaptação ao novo ato da RFB como risco atribuído ao Poder Concedente e, portanto, solicitou sua consideração pela ANTT no cálculo da 3ª Revisão Ordinária da Tarifa Básica do Pedágio, ocorrida em 2018 (p. 32-34 da Carta CNB-DIR 0148/2018 - RTE 86)*”¹²⁷⁸.

1408. Não obstante, afirma não ser verdadeira a afirmativa da REQUERENTE de que a ANTT teria indeferido o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência dos custos de adaptação à Instrução Normativa nº 1.731/2017. Segundo a REQUERIDA, “*o pedido formulado não foi examinado conclusivamente no processo relativo à 3ª RO e 7ª RE por deficiência instrutória, uma vez que não foi apresentado projeto executivo para a modificação do PER, tal como exigido pela Resolução ANTT n. 1.187, de 09 de novembro de 2005 (R-86)*”¹²⁷⁹.

1409. De fato, argumentando que a REQUERENTE não teria atendido de forma tempestiva o pedido de instrução, a REQUERIDA assenta que o pleito não foi apreciado na Deliberação nº 628/2018 sobre a 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio.

1410. Ainda segundo a REQUERIDA, “*a omissão da Requerente em instruir corretamente seu pedido de reequilíbrio permaneceu inclusive quando do processo relativo à 4ª Revisão*

¹²⁷⁷ Cf. item 305 da Resposta da REQUERIDA.

¹²⁷⁸ Cf. item 307 da Resposta da REQUERIDA.

¹²⁷⁹ Cf. item 310 da Resposta da REQUERIDA.

Ordinária e à 8ª Revisão Extraordinária, transcorrido durante o ano de 2019”¹²⁸⁰, conforme se poderia depreender dos documentos RTE-075 e RTE-133.

1411. Daí que a REQUERIDA conclui que a omissão teria sido suprida apenas após a instauração desta arbitragem, como reconhecido pela REQUERENTE em suas Alegações Iniciais.

1412. A REQUERIDA defende a exigência de projeto executivo para a análise do pleito de reequilíbrio, na forma da Resolução nº 1.187/2005. Para ela, o art. 3º, parágrafo único, da Resolução “*exige anuência prévia da ANTT para qualquer alteração do PER original, sem distinguir entre as decorrentes de proposta autônoma da concessionária daquelas necessárias ao atendimento de imposições legais ou administrativas, como é o caso ora examinado*”¹²⁸¹.

1413. Também de acordo com a REQUERIDA, o art. 21, parágrafo único, da Resolução estabelecerá que, uma vez aprovada a proposta de alteração do PER, a concessionária deveria apresentar o respectivo projeto executivo, a fim de que seus custos possam ser considerados para as revisões tarifárias subsequentes. Ou seja, “*a regra geral quanto às modificações de qualquer natureza no PER é a exigência de apresentação de projeto executivo*”¹²⁸².

1414. Quanto ao art. 14, § 2º, da Resolução nº 1.187/2005, a REQUERIDA defende que a norma incidiria para obras constantes do PER, e não para obras não previstas, como seria o caso. Além disso, prossegue¹²⁸³:

“[...] o dispositivo é claro ao conceder a ANTT uma competência discricionária (‘poderá dispensar a apresentação’), não conferindo à Concessionária qualquer direito subjetivo quanto à dispensa do projeto executivo exigido como regra geral.

Desse modo, e tendo-se em conta que o Ofício n. 158/2018/GEFIR/SUINF (RTE 133) foi expresso ao solicitar o projeto executivo, se fosse o caso de se entender cabível a aplicação do citado § 2º do art. 14 da Resolução ANTT n. 1.187, de 2005, seria forçoso concluir que a Agência julgou não conveniente dispensar a apresentação do documento, atuando de acordo com a discricionariedade prevista na norma.”

¹²⁸⁰ Cf. item 315 da Resposta da REQUERIDA.

¹²⁸¹ Cf. item 322 da Resposta da REQUERIDA.

¹²⁸² Cf. item 323 da Resposta da REQUERIDA.

¹²⁸³ Cf. itens 327 e 328 da Resposta da REQUERIDA.

1415. Dessa forma, aduz que a REQUERENTE teria incorrido em mora em cumprir seu ônus de instruir o pleito administrativo e, por conseguinte, que a REQUERIDA não teria dado causa à instauração da arbitragem, não devendo arcar com as respectivas despesas processuais.

1416. Em acréscimo, a REQUERIDA informa que:

- (i) seus órgãos técnicos, em 06.07.2020¹²⁸⁴, teriam solicitado à REQUERENTE “a apresentação de documentação para a continuação da análise dos custos decorrentes da Instrução Normativa RFB nº 1.768/2017, e com isso possibilitar o reequilíbrio do Contrato de Concessão”¹²⁸⁵; e que, não obstante,
- (ii) “a Requerente quedou-se inerte na apresentação da documentação exigida pela Requerida, demonstrando o desinteresse na resolução administrativa”¹²⁸⁶.

1417. Sob a ótica da REQUERIDA, ademais, ainda que a perita tenha manifestado entendimento pela desnecessidade de apresentação do projeto executivo para apreciação do pleito, tal decisão caberia ao Tribunal Arbitral, “não podendo a perícia adentrar neste aspecto”¹²⁸⁷.

1418. Afirma ainda que “o perito embasa este entendimento nas análises do Ofício nº 158/2018/GEFIR (RTE-133), da ANTT e do normativo Resolução ANTT nº 1.187/2005, compreendendo que o pleito não se enquadra nos quesitos de obra de engenharia, cuja apresentação de projetos é necessária, conforme instruções previstas no Anexo I da referida Resolução”¹²⁸⁸. Não obstante, segundo esclarece, sua alegação residiria “na não apresentação de projeto de implantação do projeto de sistema, conforme a necessidade, no que se aplique, do que trata o Art. 21 do referido normativo”¹²⁸⁹.

1419. A REQUERIDA também comenta a afirmação da perita de que não haveria sido detectada notificação por parte daquela quanto à omissão da REQUERENTE em apresentar projeto

¹²⁸⁴ Cf. R-112.

¹²⁸⁵ Cf. item 178 da Tréplica da REQUERIDA.

¹²⁸⁶ Cf. item 179 da Tréplica da REQUERIDA.

¹²⁸⁷ Cf. item 455 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁸⁸ Cf. item 131 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

¹²⁸⁹ Cf. item 132 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

executivo. Reitera que “a ANTT solicitou a apresentação do projeto executivo e informou que sem este não haveria possibilidade de avaliação quanto ao mérito de inclusão dos custos no contrato de concessão”¹²⁹⁰.

1420. Em caráter subsidiário, a REQUERIDA defende que, “mesmo afastando a aplicação da exigência de projeto executivo ao caso, subsiste o dever da Requerente de detalhar o serviço a ser implantado[...], de forma a possibilitar à Requerida a avaliação da pertinência: o entre o serviço a ser inserido no PER e as novas obrigações acessórias decorrentes da IN RF 1.731, de 2017; e o entre os custos apresentados e os valores usualmente praticados no mercado”¹²⁹¹.

1421. Do mesmo modo, a REQUERIDA suscita a necessidade de uma avaliação “no tocante (i) ao objeto do(s) contrato(s) eventualmente firmados pela Requerente, (ii) ao detalhamento de suas obrigações, (iii) à imprescindibilidade dos novos custos e (iv) à sua adequação aos valores de mercado”¹²⁹², bem como para a existência ou não de pagamentos em duplicidade.

1422. Na sua argumentação, mesmo após a instauração desta arbitragem, a REQUERENTE não teria comprovado adequada e tempestivamente os custos alegados.

1423. No ponto, a REQUERIDA ainda busca infirmar os valores que foram validados pela prova pericial, que somam R\$ 445.978,27 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, novecentos e setenta e oito reais e vinte e sete centavos), na data-base de maio de 2012. Segundo afirma, “ao avaliar a documentação constante dos autos, a equipe técnica da ANTT verificou algumas inconsistências”, que se encontram detalhadas no quadro reproduzido abaixo do item 362 de sua manifestação de 11.03.2024 e do item 462 de suas Alegações Finais.

1424. Daquela tabela, continua a REQUERIDA, poder-se-ia verificar não terem sido identificados comprovantes de pagamento para diversas notas fiscais, sendo que “não é razoável concluir que a apresentação de notas fiscais desacompanhadas dos respectivos

¹²⁹⁰ Cf. item 357 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

¹²⁹¹ Cf. item 457 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁹² Cf. item 137 da manifestação da REQUERIDA de 24.03.2023.

comprovantes de pagamento seja meio hábil e suficiente para comprovar a realização do gasto”¹²⁹³.

1425. A REQUERIDA ainda impugna a validade de uma nota fiscal específica – de nº 100008659 –, no valor de R\$ 274.661,35 (duzentos e setenta e quatro mil, seiscentos e sessenta e um reais e trinta e cinco centavos), por ter sido emitida por outra concessionária de rodovias que não a REQUERENTE, “*cuja finalidade é a prestação de serviços públicos e não o fornecimento de equipamentos ou sistemas de tecnologia*”¹²⁹⁴.

1426. Demais disso, a REQUERIDA:

- (i) impugna o fato de a perita ter deflacionado os valores calculados no laudo para a data-base maio de 2012, a pedido da REQUERENTE. Alega que, além de a REQUERENTE não ter apresentado justificativa para tanto, “*conforme o item 1.1.1. (xxvii) do Contrato de Concessão, deve-se utilizar como referência o mês de março/2012*”¹²⁹⁵; e
- (ii) questiona a análise comparativa realizada pela empresa perita “*entre os valores requeridos pela Concebra e os valores aprovados no pedido de equilíbrio econômico-financeiro apresentado pela Concessionária Autopista Litoral Sul (ALS)*”¹²⁹⁶. Para a ANTT, no caso utilizado como paradigma para comparação, a concessionária apresentou projeto executivo para fins de prestação de contas.

1427. Diante das inconsistências apontadas quanto ao laudo pericial, assim, a REQUERIDA apresenta tabela contendo “*o comparativo entre os valores indicados pela empresa perita, a preço de maio/2012, e os valores considerados válidos pela equipe técnica da ANTT, a preços de março/2012*”¹²⁹⁷, que apontam que “*o valor proposto pela Perícia deveria ser de R\$ 86.510,21 (oitenta e seis mil, quinhentos e dez reais e vinte e um centavos), considerando a*

¹²⁹³ Cf. item 463 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁹⁴ Cf. item 464 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁹⁵ Cf. item 466 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁹⁶ Cf. item 467 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹²⁹⁷ Cf. item 470 das Alegações Finais da REQUERIDA.

ausência de comprovantes de pagamento e a origem questionável da nota fiscal 100008659”¹²⁹⁸.

1428. E conclui em Alegações Finais requerendo a improcedência do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO formulado pela REQUERENTE.

XII.7.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

1429. As partes controvertem nesta arbitragem acerca dos impactos resultantes da edição da Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal para o cumprimento das obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO.

1430. Com efeito, referido ato normativo – que revogou a Instrução Normativa nº 1.099/2010 da Receita Federal – dispõe sobre a emissão de documento fiscal pelas concessionárias e operadoras de rodovias, estabelecendo que, a partir de 01.01.2018, referidas empresas passariam a ter a obrigação de emitir e armazenar documento fiscal relativo ao serviço prestado.

1431. Consoante se depreende do art. 1º da Instrução Normativa nº 1.731/2017, passou a ser exigido o documento fiscal impresso em equipamento e *software* homologado pela Secretaria de Finanças do Município onde se localiza a praça de pedágio ou, havendo anuência por parte daquele Município, homologado pela Secretaria de Finanças do Município em que se situa a sede da concessionária:

“Art. 1º As pessoas jurídicas que auferirem receitas decorrentes de prestação de serviços públicos de concessionárias operadoras de rodovias mediante a cobrança de pedágio ficam obrigadas, a partir de 1º de janeiro de 2018, a emitir e armazenar eletronicamente documento fiscal relativo ao serviço prestado.

§ 1º O documento fiscal de que trata o caput deverá ser impresso em equipamento e software homologados pela Secretaria de Finanças do município onde se localiza a praça de pedágio ou, se houver concordância por parte daquele município, a homologação poderá ser efetivada pela Secretaria de Finanças do município onde se localiza a sede da concessionária.

§ 2º Salvo disposição em sentido diverso determinada pela Secretaria de Finanças do município onde se localiza a praça de pedágio, o equipamento de que trata o § 1º deverá ser instalado:

¹²⁹⁸ Cf. item 471 das Alegações Finais da REQUERIDA.

I - em cada cabine de arrecadação nas praças de pedágio, para a emissão do documento fiscal no momento da passagem do veículo e do pagamento do pedágio; e

II - em cada dispositivo de sistema de livre passagem de veículos, hipótese em que é facultada a emissão do documento fiscal de forma consolidada.”

1432. O art. 2º do mesmo ato, por sua vez, estabeleceu a possibilidade de emissão de um documento fiscal equivalente, contendo determinados dados específicos, caso não fosse possível a emissão pela concessionária do documento fiscal relativo ao serviço prestado na forma do art. 1º:

“Art. 2º Se o documento fiscal relativo ao serviço prestado pela concessionária não for emitido na forma prevista nos §§ 1º e 2º do art. 1º, deverá esta emitir documento fiscal equivalente, que deverá conter, no mínimo:

I - identificação do estabelecimento emissor no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - número sequencial do documento;

III - placa do veículo;

IV - descrição dos serviços objeto da operação, ainda que resumida ou por códigos;

V - local, data, horário e valor da operação;

VI - valor dos tributos, discriminados na forma prevista no art. 1º da Lei nº 12.741, de 8 de dezembro de 2012; e

VII - número de eixos para fins de cobrança.

§ 1º A concessionária deverá incluir o número de inscrição no CNPJ ou no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do tomador de serviço ou do consumidor, quando este o solicitar.

§ 2º O documento fiscal equivalente, a que se refere o caput, deverá ser entregue ao tomador do serviço.”

1433. A norma em questão ainda foi subsequentemente modificada em parte pela Instrução Normativa nº 1.768/2017 da Receita Federal, que fez acrescentar os §§ 3º a 6º ao art. 2º da Instrução Normativa nº 1.731/2017, para estabelecer, dentre outros, a obrigatoriedade do registro da placa do veículo no documento fiscal equivalente a partir de 01.07.2018. Confira-se:

“Art. 1º Os arts. 2º e 4º da Instrução Normativa RFB nº 1.731, de 22 de agosto de 2017, passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art 2º

.....

§ 3º O número de inscrição no CNPJ ou no CPF do tomador poderá ser incluído posteriormente à prestação do serviço, em terminais de autoatendimento (totens), localizados na praça de

pedágio, ou mediante acesso ao portal eletrônico a que se refere o § 5º, em até 7 (sete) dias contados da data da operação.

§ 4º Se o documento fiscal equivalente a que se refere o caput não for emitido pela concessionária no momento da passagem do veículo, poderá o consumidor fazê-lo na forma e no prazo previstos no § 3º, mediante inserção, no ato da emissão, de informações que possam individualizar a operação, inclusive dos algarismos da placa e do número de inscrição no CNPJ ou no CPF.

§ 5º Em relação aos documentos fiscais emitidos consoante a sistemática de que trata este artigo, a concessionária deverá implantar e manter portal eletrônico por meio do qual o tomador do serviço ou consumidor poderá acessar, conferir, recuperar ou, sendo o caso, contestar os dados da transação registrada.

§ 6º O registro da placa do veículo no documento fiscal equivalente será obrigatório a partir de 1º de julho de 2018.’ (NR)”

1434. A REQUERENTE sustenta que a superveniência da norma fiscal em questão teria rompido o equilíbrio das obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO, impondo-lhe custos adicionais, dada a necessidade de cumprimento de obrigações tributárias acessórias não existentes ao tempo da formulação de sua proposta vencedora do certame originário.

1435. Afirma ainda a REQUERENTE que, diante do curto prazo disposto na norma fiscal, a multiplicidade de Municípios por onde passam as rodovias a ela concedidas e suas respectivas dificuldades tecnológicas, teve que adotar medidas para operar mediante a emissão de documento fiscal equivalente¹²⁹⁹, na forma do art. 2º da Instrução Normativa nº 1.731/2017, o que teria sido implementado em duas fases:

¹²⁹⁹ Dentre as medidas, consta da missiva enviada pela REQUERENTE à REQUERIDA em 22.01.2018 o seguinte: “2. Iniciou-se tratativas junto às prefeituras dos municípios onde se localizam as praças de pedágio e da sede da concessionária com o objetivo de atendimento ao artigo 1º, contudo, o curto prazo estipulado pela referida Instrução Normativa foi impeditivo para prosseguimento dessa alternativa e consequente adoção ao artigo 2º. Informamos ainda a nossa disposição em iniciar procedimento de homologação junto a Secretaria de Finanças do município de Goiânia, onde, inclusive, já temos ato normativo publicado por essa administração. 3. Foi disponibilizado aos usuários da rodovia no site da Concessionária, canal para a associação da placa e CPF/CNPJ ao DFE – Documento Fiscal Equivalente já fornecido na praça de pedágio no momento de sua passagem (Anexo I), onde estão o número e uma chave criptográfica visando conferir segurança ao procedimento (Anexo II). Quanto ao usuário de pista automática, que não recebe o DFE no momento de sua passagem, basta informar o número do serial do TAG e a placa do veículo para obter o DFE de suas passagens nos últimos sete dias (Anexo III). Dessa forma, a Concessionária considera implementada, em sua plenitude, todas as obrigações requeridas até 01 de janeiro de 2018. Desembolsos realizados para o cumprimento dessa obrigação serão apresentados no próximo reequilíbrio.” (cf. RTE-129).

- (i) uma primeira destinada à emissão do documento fiscal equivalente no prazo de 01.01.2018¹³⁰⁰; e
- (ii) uma segunda voltada ao registro da placa do veículo no documento fiscal equivalente a partir de 01.07.2018¹³⁰¹.

1436. Defende a REQUERENTE, assim, que a hipótese se enquadra no suporte fático descrito na cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO e no art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995, que asseguram o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro da avença na hipótese de sobrevirem obrigações tributárias que impactem a adequada consecução do programa contratual.

1437. O Tribunal Arbitral examinou as manifestações das partes e provas produzidas nesta arbitragem e constatou que a REQUERIDA não controverte propriamente o alegado direito da

¹³⁰⁰ A propósito, confira-se o seguinte trecho de missiva encaminhada pela REQUERENTE à REQUERIDA em 22.01.2018: “1. A Concessionária implementou o disposto no artigo 2º da IN SRF 1731/2017, o Documento Fiscal Equivalente, em virtude do exíguo prazo entre a publicação e a vigência da nova norma. [...] 4. Os investimentos realizados englobam a fase 1 do processo de DFE o qual permite o usuário a emissão do referido documento, os custos desta fase inicial referente as obrigações não previstas em contrato e serão encaminhadas para processo de reequilíbrio a ser protocolado até 9 de fevereiro de 2018, conforme ofício circular 12/2016/GEINV/SUINF e resolução nº 675 de 4/08/2004, em atendimento ao conforme reza o contrato de concessão. 5. O futuro custo para otimização, readequação e automatização do sistema e/ou aumento de quando que se façam necessários serão oportunamente enviados para reequilíbrio, referindo-se a fase 2 do processo de emissão DFE.” (cf. RTE-129).

¹³⁰¹ Confira-se o seguinte trecho da carta enviada pela REQUERENTE à REQUERIDA em 18.05.2018: “A Concessionária implementou e está em operação os requisitos e obrigações do artigo 2º da IN SRF 1731/2017, o Documento Fiscal Equivalente. Os Desembolsos realizados para o cumprimento das obrigações requeridas até dia 01 de janeiro de 2018 foram apresentados no pleito de reequilíbrio conforme determina ofício circular 12/2016/GEINF/SUINF e resolução 675 de 4/08/2004 solicitado pela CNBDIR-0148 de 09 de fevereiro de 2018 que foi posteriormente complementada pela CNBDIR-0175 de 19 de fevereiro de 2018. A qual a concessionária aguarda manifestação da r. Agência aprovando os desembolsos apresentados não previstos em contrato. Nesse sentido, visto o apresentado acima, solicitamos anuência previa desta r. Gerência para sequência no atendimento das obrigações da fase 2º do projeto DFE conforme instrução normativa RFB Nº 1731 e complementada pela instrução normativa RFB Nº 1768; envolvendo desafios técnicos a serem realizados para o cumprimento do processo DFE o qual obriga o registro da placa do veículo no documento fiscal equivalente a partir de 1º de julho de 2018.” (cf. RTE-131).

REQUERENTE ao reequilíbrio do CONTRATO DE CONCESSÃO em razão da edição da Instrução Normativa nº 1.731/2017 pela Receita Federal¹³⁰²⁻¹³⁰³.

1438. A disputa reside, substancialmente, em torno do fato de que a REQUERIDA entende que a análise e posterior reequilíbrio dos custos adicionais incorridos em decorrência da sobrevivência do ato normativo da Receita Federal dependeria da apresentação prévia, pela REQUERENTE, de um projeto executivo¹³⁰⁴.

1439. Após a análise dos autos, porém, o Tribunal Arbitral concluiu que o reconhecimento do direito da REQUERENTE não pode ser obstado pela exigência formal invocada pela REQUERIDA.

¹³⁰² A propósito, isto restou atestado no laudo pericial produzido nesta arbitragem, à vista das interações realizadas entre a equipe de peritos e os assistentes técnicos das partes. Confira-se: “*Em relação ao mérito do pedido, após análise da documentação disponibilizada e reuniões com os Assistentes Técnicos é possível afirmar que ambas as partes concordam com o mérito do pedido. A ressalva da ANTT para o pagamento dos custos incorridos se baseia no argumento de que a Concebra não apresentou o Projeto Executivo, conforme solicitado à época. A questão do Projeto Executivo será tratada mais adiante. Durante as diligências dessa Perícia a SWOT enviou planilha com o seu entendimento sobre os pedidos até então, anexada na forma do SW-30 tendo a ANTT devolvido a planilha com algumas alterações (fonte em vermelho). Essa planilha confirma o entendimento que foi exposto no parágrafo anterior.*” (cf. itens 250 e 251 do laudo pericial de 06.02.2023).

¹³⁰³ No próprio Ofício Circular nº 019/2017/GEFOR/SUINF, de 08.09.2017, que participa a REQUERENTE da publicação da Instrução Normativa nº 1.731/2017, a REQUERIDA afirma que “*a referida instrução pode gerar obrigações não previstas às concessionárias de rodovias federais*”, solicitando, assim, a apresentação dos “*possíveis impactos operacionais ocasionados pela referida instrução, bem como listagem sucinta dos tipos de equipamentos que por ventura sejam necessários para atender a demanda gerada e que a implantação esteja correlacionada diretamente à operacionalização no atendimento nas praças de pedágio*” (cf. RTE-126). No mesmo sentido, confira-se o que consta do Despacho proferido pelo Coordenador da Fiscalização Operacional das Rodovias Concedidas – COFOR/GEFIR/SUINF em 26.02.2019: “*a) Sobre a implantação do Documento Fiscal Eletrônico DFE: 2. Esclarecemos que tal desequilíbrio foi gerado pelas Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil nº 1731/2017 e 1768/2017., sendo que estas substituíram a Instrução Normativa nº 1.099, de 15 de dezembro de 2010, incumbindo, basicamente, novas obrigações constantes no processo de emissão de documento fiscal por parte de concessionárias de rodovias federais. Ressalta-se que tais obrigações, além de não previstas em contrato, podem gerar impactos operacionais na praça de pedágio, ensejando a aquisição de equipamentos como forma de mitigar prejuízo aos parâmetros de desempenho no processo de cobrança tarifária.*” (cf. RTE-101).

¹³⁰⁴ Isto é possível aferir, dentre outros, da seguinte passagem das Alegações Finais da REQUERIDA: “*Diante de tudo quanto foi apresentado neste procedimento arbitral, conclui-se que a controvérsia gira em torno da instrução necessária para o deferimento do pleito de recomposição de equilíbrio. Isso porque, em sede administrativa, a ANTT exigiu a apresentação de projeto executivo, nos termos do art. 14, § 2º, da Resolução ANTT nº 1.187, de 2005, o que não foi observado pela Requerente.*” (cf. item 451 das Alegações Finais da REQUERIDA).

1440. Apesar de o documento não ter sido submetido na via administrativa ao tempo das revisões tarifárias pertinentes¹³⁰⁵ – como solicitado pela REQUERIDA¹³⁰⁶ –, denota-se que a REQUERENTE optou por elaborar o projeto executivo em tela e apresentá-lo nesta arbitragem como anexo às suas Alegações Iniciais, na forma do documento RTE-134.

1441. Nesse sentido, no juízo do Tribunal Arbitral, o óbice suscitado pela REQUERIDA ao longo deste procedimento ao pleito de recomposição dos custos incorridos com a Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal afigura-se meramente formal, não compatível com a boa-fé objetiva.

1442. Se o projeto executivo então solicitado pela REQUERIDA veio a ser apresentado pela REQUERENTE nesta arbitragem, nada obstava àquela de se debruçar sobre a aludida documentação e, se fosse caso, apontar eventuais deficiências e/ou necessidade de correções ou complementações – o que não fez.

1443. Acresce-se que o Tribunal Arbitral não logrou extrair dos arts. 14 e 21 da Resolução nº 1.187/2005 da ANTT, invocados pelas partes, obrigação da REQUERENTE de elaborar projeto executivo e apresentá-lo à autarquia para postular a recomposição de custos especificamente decorrentes da superveniência das obrigações tributárias acessórias em questão.

1444. Conforme se verifica de seu texto abaixo transcrito, o art. 14 da citada Resolução dispõe sobre o envio à ANTT de projeto executivo pela concessionária para a execução de obras constantes do PER, sendo que o § 2º do mesmo dispositivo permite a dispensa da apresentação do aludido documento no caso de determinadas obras de pequeno porte¹³⁰⁷:

¹³⁰⁵ A propósito “108. [...] a GEFIR, por meio do Ofício nº 158/2018/GEFIR/SUINF, de 18/06/2018, solicitou o Projeto Executivo e orçamento referente à implantação das melhorias relacionadas na Carta CNB DIR 0482/2018, cujo escopo das intervenções propostas deverá estar devidamente justificado. 109. Por meio da Proposta de Revisão Tarifária, Carta CNB DIR 0092/2019, de 07/02/2019, a Concebra encaminhou os orçamentos apresentados pelas Empresas a serem Contratadas, as Notas Fiscais emitidas bem como os comprovantes dos pagamentos efetuados pela Concessionária. 110. No entanto, não foi identificado o recebimento por esta Agência do projeto executivo e orçamento de acordo com as exigências da Resolução 1.187/2005, solicitados pela GEFIR por meio do Ofício citado anteriormente. 111. Ante o exposto, até que o referido projeto e orçamento seja enviado pela Concebra e analisado pela ANTT, sugere-se o indeferimento do pleito de reequilíbrio da Concessionária.” (cf. RTE-102; p. 13).

¹³⁰⁶ Cf. RTE-133.

¹³⁰⁷ Cf. R-086.

“Art. 14. Para execução das obras constantes do Programa de Exploração, a concessionária deverá encaminhar à ANTT o Projeto Executivo, conforme previsto no Anexo I, com antecedência de sessenta dias da data de início prevista no Planejamento Anual para sua execução.

§1º O Projeto Executivo apresentado para determinada obra não deverá extrapolar os valores dos itens previstos no Programa de Exploração.

§2º A ANTT poderá dispensar a apresentação do Projeto Executivo para obras de pequeno porte, não alcançadas pelo disposto no art. 27, mediante solicitação fundamentada da concessionária.”

1445. Os arts. 3º e 21 da mesma Resolução, de sua parte, estabelecem que a concessionária há de submeter à ANTT projeto básico seguido de projeto executivo para propostas de alteração no PER. Confira-se¹³⁰⁸:

“Art. 3º A concessionária executará as obras e os serviços que constarem do Programa de Exploração e que tiverem seu início autorizado pela ANTT.

Parágrafo único. Eventuais modificações no Programa de Exploração para inclusão, exclusão ou alteração de obras e serviços, em caráter excepcional ou em regime de urgência, dependem de prévia autorização da Diretoria da ANTT.”

* * *

“Art. 21. As propostas de alteração no Programa de Exploração, apresentadas pela Concessionária, deverão conter Projeto Básico, suas justificativas e avaliação dos custos e benefícios, considerados os requisitos indicados no Anexo IV desta Resolução.

Parágrafo único. Após autorizada pela ANTT a alteração no Programa de Exploração, a concessionária deverá apresentar Projeto Executivo, cujo custo de elaboração será considerado em futura revisão.”

1446. Na hipótese, não se está diante da execução de obras constantes do PER, mas de atendimento a uma norma tributária não existente ao tempo da elaboração da proposta da REQUERENTE e da celebração do CONTRATO DE CONCESSÃO, o que afasta a aplicação do art. 14 da Resolução nº 1.187/2005 da ANTT.

1447. E, quanto ao art. 21 acima reproduzido, a REQUERIDA não logrou demonstrar especificadamente como e em que medida o cumprimento do disposto na Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal importaria em modificação do PER. Segundo consta do RTE-

¹³⁰⁸ Cf. R-086.

133, a REQUERIDA solicitou da REQUERENTE a apresentação do projeto executivo nos seguintes termos¹³⁰⁹:

- “1. Reportamo-nos às cartas CNB DIR 0148/2018, de 09/02/2018 e CNB DIR 0482/2018, de 25/05/2018, por meio da qual a Concessionária apresenta o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro referente aos custos operacionais advindos da alteração de regulamentação de emissão do Documento Fiscal Equivalente (DFE).
2. Sobre o assunto, por meio do Despacho de 18/06/2018, cópia em anexo, o Coordenador da Fiscalização Operacional das Rodovias Concedidas (COFOR) expôs que as Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil nº 1.731/2017 e nº 1.768/2017 substituíram a Instrução Normativa nº 1.099/2010, incumbindo novas obrigações constantes no processo de emissão de documento fiscal por parte de concessionárias de rodovias federais.
3. Assim, tais obrigações, além de não previstas em contrato, podem gerar impactos operacionais na praça de pedágio, ensejando a aquisição de equipamentos de forma a mitigar prejuízos aos parâmetros de desempenho no processo de cobrança tarifária.
4. Considerando que os investimentos são incorporados ao Programa de Exploração da Rodovia (PER), via fluxo de caixa marginal, mediante análise e aprovação dos projetos executivos, conforme previsto no artigo 22 da Resolução ANTT nº 1.187/2005, no Capítulo VI – Das Alterações do Programa de Exploração.
5. Considerando que a Portaria SUINF nº 121, de 09/06/2017, delega à Gerência de Engenharia e Investimentos de Rodovias (GEINV), a competência para autorizar a elaboração de projetos executivos no âmbito dos contratos de concessão de rodovias federais concedidas.
6. Solicitamos a apresentação do projeto executivo e orçamento referente à implantação das melhorias relacionadas na Carta CNB DIR 0482/2018, cujo escopo das intervenções propostas deverá estar devidamente justificada.”

1448. Em sentido contrário à posição da REQUERIDA, contudo, a prova pericial produzida neste procedimento apontou que as “as atividades de implantação dos sistemas de informação em questão [advindas da necessidade de cumprimento da norma tributária] não se enquadram em projetos executivos para obras de engenharia, conforme Anexo I da Resolução nº 1.187/2005 da ANTT”¹³¹⁰.

¹³⁰⁹ Cf. RTE-133.

¹³¹⁰ Cf. item 255 do laudo pericial de 06.02.2023. No mesmo sentido, confira-se a resposta da perita ao quesito nº 168 da REQUERENTE: “Queira o il. Perito informar, com base em normas técnicas de engenharia, se projetos executivos para execução de obras de engenharia, tais quais os exigidos pelo Art. 14 da Resolução nº 1.187/2005 da ANTT, são pertinentes às atividades de implantação dos sistemas de informação em questão. Resposta: Os sistemas de informação em questão não se enquadram em projetos executivos para execução de obras de engenharia, conforme Anexo I da Resolução nº 1.187/2005 da ANTT.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, p. 161).

1449. Desse modo, o Tribunal Arbitral afasta a objeção da REQUERIDA concernente à necessidade de projeto executivo e reconhece o direito da REQUERENTE, por aplicação da cláusula 21.2.5 do ajuste¹³¹¹ e do art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995, *in verbis*:

“21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...]

21.2.5 alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda;”

* * *

“Art. 9º [...]

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

1450. Afinal, como reconhece a própria REQUERIDA¹³¹², a superveniência da Instrução Normativa da Receita Federal à proposta apresentada no certame originário demandou da REQUERENTE o dispêndio de custos adicionais não previstos, desequilibrando a equação econômico-financeira do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1451. O Tribunal Arbitral passa, assim, a deliberar sobre o valor do desequilíbrio causado pela superveniência da norma tributária.

¹³¹¹ Cf. RTE-001.

¹³¹² A propósito, embora tenha contestado o valor apurado no laudo pericial, em suas Alegações Finais, a REQUERIDA indicou que, na sua visão, os custos incorridos pela REQUERENTE relacionados à Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal seria da ordem de R\$ 86.510,21 (oitenta e seis mil, quinhentos e dez reais e vinte e um centavos). Confira-se: “[...] a Requerente mesmo após a instauração desta arbitragem, na qual discute suposto desequilíbrio advindo da edição da Instrução Normativa, não comprovou adequada e tempestivamente os custos alegados. Caso o Tribunal entenda pelo reequilíbrio a partir da comprovação de gastos por meio de notas fiscais e comprovantes de pagamentos, é importante tecer considerações em relação aos custos validados pela empresa perita. [...] Assim, tendo em vista as inconsistências observadas na documentação constante nos autos, apresenta-se a tabela abaixo contendo o comparativo entre os valores indicados pela empresa perita, a preços de maio/2012, e os valores considerados válidos pela equipe técnica da ANTT, a preços de março/2012: [...] Em conclusão, a ANTT reitera a necessidade de apresentação do projeto executivo e que os valores despendidos sejam detalhados. Outrossim, a agência reguladora impugna os valores apresentados na perícia, tal como acima detalhado, entendendo que o valor proposto pela Perícia deveria ser de R\$ 86.510,21 (oitenta e seis mil quinhentos e dez reais e vinte e um centavos), considerando a ausência de comprovantes de pagamento e a origem questionável da nota fiscal 100008659.” (cf. itens 460, 461, 470 e 471 das Alegações Finais da REQUERIDA).

1452. Nesse *mister*, o Tribunal Arbitral verificou que a REQUERENTE submeteu à REQUERIDA em sede administrativa, por ocasião do processo de revisão da tarifa de pedágio do ano 4 (quatro) da concessão, a discriminação dos custos incorridos com a implementação da fase 1 (um) da obrigação de emissão de documento fiscal equivalente prevista no art. 2º da Instrução Normativa nº 1.731/2007 da Receita Federal, na forma da carta acostada como documento RTE-086, datada de 09.02.2018.

1453. Referida carta, que indicava como valor da pretensão R\$ 489.282,48 (quatrocentos e oitenta e nove mil, duzentos e oitenta e dois reais e quarenta e oito centavos)¹³¹³, veio a ser complementada em 19.02.2018¹³¹⁴, de onde se extrai nova tabela dos custos com a implementação com o documento fiscal equivalente, no valor de R\$ 491.989,48 (quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e oitenta e nove reais e quarenta e oito centavos)¹³¹⁵.

1454. Posteriormente, por ocasião da revisão da tarifa de pedágio do ano 5 (cinco) da concessão, a REQUERENTE submeteu novamente o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência da Instrução Normativa nº 1.731/2007, com a respectiva documentação de suporte¹³¹⁶. Na oportunidade, a concessionária apresentou novos valores para a fase 1 (um), bem como discriminou os custos da fase 2 (dois) do processo de emissão do documento fiscal equivalente^{1317 1318}.

1455. No curso da instrução, os assistentes técnicos da REQUERENTE ainda apresentaram notas fiscais complementares para a empresa perita¹³¹⁹, que, de sua parte, procedeu a um escrutínio na documentação recebida, visando a apurar o valor efetivamente despendido e a eliminar as

¹³¹³ Cf. RTE-086; p. 35.

¹³¹⁴ Cf. RTE-130.

¹³¹⁵ Cf. RTE-130; p. 6.

¹³¹⁶ Cf. RTE-075.

¹³¹⁷ Cf. RTE-075; p. 36-37.

¹³¹⁸ Como a discriminação dos valores encontrava-se ilegível no RTE-075, a perita solicitou aos assistentes técnicos da REQUERENTE uma reprodução daquelas planilhas (cf. item 261 do laudo pericial de 06.02.2023).

¹³¹⁹ “*Além desses, foram enviadas Notas Fiscais pela empresa Tendências (SW-05), que assessorou os Assistentes Técnicos da Requerente (LFS), após reunião entre Perito e Assistentes Técnicos, em 30/09/2022, para a comprovação dos custos relacionados a adequação a IN da RFB e uma reprodução das planilhas apresentadas no RTE-075 (que estavam ilegíveis), referentes a fase um (Tab 1) e dois (Tab 2) da implementação.*” (cf. item 261 do laudo pericial de 06.02.2023).

divergências existentes entre as planilhas constantes dos documentos RTE-086, RTE-130, e RTE-075 assim como da documentação recebida por ocasião da produção da prova.

1456. Como resultado, conforme consta do laudo pericial, a empresa perita “*planilhou e validou as NFs chegando ao montante de R\$ 616.497,58 referente aos custos despendidos da Fase 1 e 2 da implementação das adequações da IN nº 1.731, conforme tabela abaixo*”¹³²⁰:

Tabela 26 – Mapa NFs IN n 1.731.xlsx – (SW-31)						
	Item	NF	Emissão	Valor do Serviço		
Tab 1	1	2017/56	27/11/2017	R\$	1.960,82	
		2018/9	18/01/2018	R\$	1.959,92	
		2018/19	08/02/2018	R\$	2.295,01	
	2	100008659	05/09/2017	R\$	274.661,35	
	3	1328	08/12/2017	R\$	30.900,00	
	4	316446	17/10/2017	R\$	71.795,08	
	5	512	13/12/2017	R\$	11.000,00	
		520	02/01/2018	R\$	11.000,00	
	6	2082085	16/11/2017	R\$	7.203,20	
		2082132	17/11/2017	R\$	18.908,27	
	7	76	02/02/2018	R\$	6.613,75	
	8	28416	27/12/2017	R\$	1.600,00	
	9	10	07/11/2017	R\$	20.000,00	
		15	05/02/2018	R\$	8.500,00	
	10	6792	11/12/2017	R\$	4.845,00	
	11	2017/134	13/12/2017	R\$	8.250,00	
		2018/2	15/01/2018	R\$	8.250,00	
		2018/23	08/02/2018	R\$	900,00	
		2018/21	05/02/2018	R\$	1.800,00	
		Subtotal			R\$	492.442,40
Tab 2	1	2018/28	06/03/2018	R\$	2.531,41	
		2018/39	02/04/2018	R\$	2.414,29	
		2018/58	21/05/2018	R\$	2.567,06	
		2018/73	29/06/2018	R\$	2.799,97	
		2018/91	13/08/2018	R\$	2.769,97	
		2018/96	27/08/2018	R\$	2.846,39	
		2018/123	24/10/2018	R\$	2.916,35	
		2018/144	27/11/2018	R\$	2.788,88	
		2018/148	03/12/2018	R\$	2.769,86	
	2	2019/14	01/02/2019	R\$	400,00	
	3	332271130069054	Não localizada			
	4	6937	11/01/2018	R\$	52.100,00	
	5	90	23/06/2018	R\$	19.981,00	
	6	91855	24/08/2018	R\$	7.170,00	
	7	593	18/10/2018	R\$	15.000,00	
	8	6942	Enviada a 7154 em duplicidade			
		7154	22/03/2018	R\$	5.000,00	
		Subtotal			R\$	124.055,18
		Total			R\$	616.497,58

¹³²⁰ Cf. item 269 do laudo pericial de 06.02.2023.

1457. Referido montante foi deflacionado pela perita para a data-base de maio de 2012, a pedido da REQUERENTE, resultando no valor de R\$ 445.978,27 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, novecentos e setenta e oito reais e vinte e sete centavos), na forma das planilhas abaixo¹³²¹:

Item	NF	Emissão	Valor do Serviço	Emitente	RTE 86	Tendências	mai/12
Tab 1	1	2017/56	27/11/2017 R\$ 1.960,82	Cloud2go	✓	✓	R\$ 1.392,89
		2018/9	18/01/2018 R\$ 1.959,92	Cloud2go	✗	✓	R\$ 1.382,28
		2018/19	08/02/2018 R\$ 2.295,01	Cloud2go	✓	✓	R\$ 1.613,93
	2	100008659	05/09/2017 R\$ 274.661,35	Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A	✓	✗	R\$ 196.242,22
	3	1328	08/12/2017 R\$ 30.900,00	OXS S Wagon Informática Eireli	✗	✓	R\$ 21.888,92
	4	316446	17/10/2017 R\$ 71.795,08	Brasoftware informatica Ltda	✓	✓	R\$ 51.214,83
	5	512	13/12/2017 R\$ 11.000,00	Meta Systems Ltda	✓	✓	R\$ 7.792,17
		520	02/01/2018 R\$ 11.000,00	Meta Systems Ltda	✓	✓	R\$ 7.758,03
	6	2082085	16/11/2017 R\$ 7.203,20	TOTVS SA	✓	✓	R\$ 5.116,89
		2082132	17/11/2017 R\$ 18.908,27	TOTVS SA	✓	✓	R\$ 13.431,74
	7	76	02/02/2018 R\$ 6.613,75	Gwaya do Brasil Eireli - ME	✓	✓	R\$ 4.651,03
	8	28416	27/12/2017 R\$ 1.600,00	Ipanema grafica e Editada Ltda	✓	✓	R\$ 1.133,41
	9	10	07/11/2017 R\$ 20.000,00	Matheus de Paula Guimaraes	✓	✓	R\$ 14.207,26
		15	05/02/2018 R\$ 8.500,00	Matheus de Paula Guimaraes	✗	✓	R\$ 5.977,51
	10	6792	11/12/2017 R\$ 4.845,00	Mapah Auditores Independentes S/S Ltda	✓	✓	R\$ 3.432,10
	11	2017/134	13/12/2017 R\$ 8.250,00	Isul Tecnologia Produtores e Soluções em Informática Ltda	✓	✓	R\$ 5.844,13
		2018/2	15/01/2018 R\$ 8.250,00	Isul Tecnologia Produtores e Soluções em Informática Ltda	✓	✓	R\$ 5.818,52
		2018/23	08/02/2018 R\$ 900,00	Isul Tecnologia Produtores e Soluções em Informática Ltda	✓	✓	R\$ 632,91
		2018/21	05/02/2018 R\$ 1.800,00	Isul Tecnologia Produtores e Soluções em Informática Ltda	✓	✓	R\$ 1.265,82
	Subtotal		R\$ 492.442,40				R\$ 350.796,61
Tab 2	1	2018/28	06/03/2018 R\$ 2.531,41	Cloud2go	✗	✓	R\$ 1.774,50
		2018/39	02/04/2018 R\$ 2.414,29	Cloud2go	✗	✓	R\$ 1.690,88
		2018/58	21/05/2018 R\$ 2.567,06	Cloud2go	✗	✓	R\$ 1.793,93
		2018/73	29/06/2018 R\$ 2.799,97	Cloud2go	✗	✓	R\$ 1.948,89
		2018/91	13/08/2018 R\$ 2.769,97	Cloud2go	✗	✓	R\$ 1.897,76
		2018/96	27/08/2018 R\$ 2.846,39	Cloud2go	✗	✓	R\$ 1.950,11
		2018/123	24/10/2018 R\$ 2.916,35	Cloud2go	✗	✓	R\$ 1.990,29
		2018/144	27/11/2018 R\$ 2.788,88	Cloud2go	✗	✓	R\$ 1.894,77
		2018/148	03/12/2018 R\$ 2.769,86	Cloud2go	✗	✓	R\$ 1.885,81
	2	2019/14	01/02/2019 R\$ 400,00	Isul Tecnologia Produtores e Soluções em Informática Ltda	✗	✓	R\$ 271,06
	3	332271130069054	Não localizada		✗	✗	R\$ -
	4	6937	11/01/2018 R\$ 52.100,00	Pumatronix Equipamentos Eletrônicos Ltda	✗	✓	R\$ 36.744,87
	5	90	23/06/2018 R\$ 19.981,00	Newsystems Tecnologia e Infraestrutura Ltda EPP	✗	✓	R\$ 13.907,59
	6	91855	24/08/2018 R\$ 7.170,00	Horus Telecomunicações Ltda	✗	✓	R\$ 13.689,35
	7	593	18/10/2018 R\$ 15.000,00	Meta Systems Ltda	✗	✓	R\$ 10.236,89
	8	6942	Enviada a 7154 em duplicidade		✗	✗	R\$ -
		7154	22/03/2018 R\$ 5.000,00	Mapah Auditores Independentes S/S Ltda	✗	✓	R\$ 3.504,96
	Subtotal		R\$ 124.055,18				R\$ 95.181,67
	Total		R\$ 616.497,58				R\$ 445.978,27

Figura 76 - Mapa NFs IN n. 1.731 Deflacionada (SW-65)

1458. Em que pese a REQUERIDA alegue ser necessária a comprovação da relação de pertinência entre os serviços contratados pela REQUERENTE e a implementação das obrigações previstas na Instrução Normativa nº 1.731/2017, nota-se que a *expert*, ao validar os valores *supra*, verificou documentalmente se os descritivos das notas fiscais correlatas tinham relação com a natureza do serviço.

¹³²¹ Cf. esclarecimentos periciais de 20.12.2023, p. 134-135.

1459. É o que consta dos esclarecimentos prestados pela *expert* na fase de complementação do trabalho técnico. Confira-se¹³²²:

“Apesar de não ter discriminado em seu Laudo Pericial, a SWOT, quando validou as Notas Fiscais apresentadas pela Requerente, no intuito de comprovar os gastos do pedido, verificou documentalmente se o discriminativo das NFs tinha relação com a natureza do serviço.

Dessa forma, no intuito de sanar as dúvidas existentes, a SWOT elaborou, na ocasião da apresentação do Laudo Pericial, uma planilha com a descrição de cada Nota Fiscal analisada (‘SW-65 Mapa NFs IN n 1.731 Deflacionada’) para apreciação do Tribunal Arbitral e das Partes desta Disputa. A relação apresentada supre a questão da relação do custo com o objeto do serviço.”

1460. Sobre o tema, reproduza-se também a resposta da perita ao quesito complementar nº 13.b da REQUERIDA, de onde se extrai a conclusão de que os serviços contratados pela REQUERENTE se faziam necessários para a adequação à Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal¹³²³:

“13. Queira o Sr. Perito enumerar quais serviços foram contratados e quais equipamentos foram adquiridos pela Requerente em razão das novas obrigações decorrente da edição da Instrução Normativa RF nº 1.731, de 2017, respondendo as seguintes questões: [...]

b. O novo serviço/nova aquisição era efetivamente necessário para o cumprimento das novas obrigações tributária acessórias? (Analisar a aquisição de 16 memórias RAM CISCO (Nota Fiscal 1328 – Emitente: OXSS Wagon), impressão de flyers (Nota Fiscal 28416 – Emitente: Gráfica Ipanema), aquisição de biblioteca para reconhecimento de placas veiculares (Nota Fiscal 6937 – Emitente: Pumatronix), serviço de fixação de câmeras (Nota Fiscal 90 – Emitente: Newsystems), aquisição de cabeamento eletrônico (Nota Fiscal 91855 – Emitente: Horus))

Resposta: De acordo com o SW-05, o RTE-86 e o Relatório Tendências, os novos serviços contratados e suas respectivas aquisições foram necessários para a adequação ao previsto na IN nº 1.731/2017 e alterações. Atendendo ao pedido no quesito, apresenta-se abaixo tabela com o detalhamento: [...]”

1461. O Tribunal Arbitral não acolhe, por outro lado, (i) o argumento da REQUERIDA de que não teria sido possível identificar, em relação a algumas notas fiscais cujos valores foram computados pela perita, os respectivos comprovantes de pagamentos; e (ii) a impugnação dirigida especificamente à nota fiscal nº 100008659, que teria sido emitida por outra concessionária.

¹³²² Cf. itens 329 e 330 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

¹³²³ Cf. esclarecimentos periciais de 20.12.2023, resposta ao quesito complementar nº 13.b da REQUERIDA, p. 191-193.

1462. No momento oportuno, a REQUERIDA não indicou à empresa perita especificadamente quais notas fiscais estariam desprovidas dos correlatos comprovantes de pagamento, tampouco impugnou a nota fiscal nº 100008659¹³²⁴. Essas matérias, assim como o valor de R\$ 86.510,21 (oitenta e seis mil, quinhentos e dez reais e vinte e um centavos) por ela reputado correto na base de março de 2012, somente foram trazidos pela REQUERIDA após a perita apresentar seu complemento ao laudo pericial, por ocasião de manifestação de 11.03.2024¹³²⁵, quando já havia se operado a preclusão.

1463. De fato, possuindo os pretensos vícios de natureza congênita ao laudo pericial, a REQUERIDA deveria ter apresentado as impugnações correlatas na primeira oportunidade, de modo a permitir sua análise pela *expert*.

1464. E, embora tenha suscitado o tema após a complementação do trabalho técnico – reiterando-o em suas Alegações Finais –, nota-se que a REQUERIDA também optou por não proceder àquela impugnação durante a audiência de instrução realizada especificamente para a oitiva dos representantes da empresa perita¹³²⁶, inviabilizando a eventual complementação da análise técnica pertinente.

1465. Ademais, denota-se que a empresa perita efetivamente afirma ter realizado um exame da documentação apresentada pela REQUERENTE como comprobatória dos custos alegados, tendo identificado divergências e expurgado valores¹³²⁷, inclusive de nota fiscal que tinha como destinatária outra concessionária de rodovias que não a REQUERENTE¹³²⁸.

¹³²⁴ Ao se manifestar sobre o laudo pericial, a REQUERIDA não suscitou o tema da ausência de comprovantes de pagamento em relação a notas fiscais validadas pela perita (cf. manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023, p. 37-40, e manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023, p. 92-93).

¹³²⁵ Cf. manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024, p. 121-126.

¹³²⁶ Conforme manifestação conjunta das partes de 22.05.2024, REQUERENTE e REQUERIDA postularam ao Tribunal Arbitral uma delimitação dos temas que seriam objeto de inquirição da perita na audiência realizada 11.06.2024 e 12.06.2024. Com a redução, que foi acolhida pelo Tribunal Arbitral na Ordem Processual nº 43, as partes deliberaram que a perita não seria inquirida sobre sua análise em torno do pedido da REQUERENTE de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO relacionado à Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal.

¹³²⁷ Cf. itens 262 a 270 do laudo pericial de 06.02.2023.

¹³²⁸ Sobre o tema: “A diferença entre a tabela 1 RTE-86 e a tabela 1 do RTE-75/Tendências é referente ao seu segundo item. O segundo item da planilha RTE-86 faz referência a NF 10008659, no valor de R\$ 274.661,35, tendo como proponente a Concessionária de Rodovias Galvão BR - 153 SPE S.A. Essa NF foi enviada no RTE-

1466. Este não foi o caso, contudo, da nota fiscal nº 100008659, impugnada pela REQUERIDA, que, segundo consta do documento RTE-086¹³²⁹, foi emitida por outra concessionária contra a REQUERENTE em razão da venda de uma série de produtos.

1467. De outra parte, a REQUERIDA não logrou demonstrar que os serviços e produtos contratados pela REQUERENTE para adequação às obrigações previstas na Instrução Normativa nº 1.731/2017 estariam em descompasso com os referenciais de mercado.

1468. Conquanto tenha deduzido alegação genérica neste sentido, a REQUERIDA não se desincumbiu do ônus específico de comprovar a objeção, o que poderia ter feito, se fosse o caso, haja vista que, de modo geral, os descritivos dos produtos e serviços contratados e respectivos valores constam das notas fiscais que foram apresentadas pela REQUERENTE e analisadas pela equipe pericial nesta arbitragem.

1469. Em relação ao ponto, os únicos elementos que constam do laudo pericial não socorrem à argumentação da REQUERIDA, dado:

- (i) o entendimento da *expert* de que a realização de uma pesquisa de valores de mercado “*não está na alçada desta Perícia*”¹³³⁰; e
- (ii) que, no caso de outra concessão, a concessionária respectiva, que possui sob sua administração rodovias com extensão de 405,94 quilômetros, com cinco praças de pedágio, a Nota Técnica SEI nº 5703/2021/GEFIR/SUOD/DIR da REQUERIDA teria aprovado pleito semelhante ao da aqui REQUERENTE por um valor superior¹³³¹.

8649. Porém, além dela foi enviada pela equipe da Tendências a NF nº 522 no valor de R\$ 457.768,64 (SW-05), que não foi considerada pela SWOT, pois a NF em questão tem como emitente a Empresa 2S Inovações Tecnológicas S/A e como destinatária a Concessionaria de Rodovias Galvão.” (cf. item 263 do laudo pericial de 06.02.2023).

¹³²⁹ Cf. RTE-086; p. 700.

¹³³⁰ Cf. item 331 do laudo pericial de 06.12.2023.

¹³³¹ A propósito: “Por fim, quanto à pesquisa e à adequação aos valores de mercado, este Perito entende que não está na alçada desta Perícia este tipo de análise, visto que são novos argumentos e não tem relação aos assuntos tratados no Laudo Pericial, contudo, este Perito verificou a Nota Técnica SEI nº 5703/2021/GEFIR/SUOD/DIR75, que por meio do ‘...DESPACHO CPROJ (8435794), aprovou a prestação de

1470. O Tribunal Arbitral igualmente rejeita o argumento da REQUERIDA de que o laudo pericial deveria ter utilizado como referência, para fins de deflação dos valores ali apurados, o mês de março de 2012, à luz da cláusula 1.1.1, “xxvii”, do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1471. A cláusula contratual em questão tão somente atribui uma definição ao índice de reajustamento para a atualização monetária do valor da tarifa de pedágio e de outras variáveis definidas no CONTRATO DE CONCESSÃO. Confira-se¹³³²:

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

(xxvii) IRT: índice de reajustamento para atualização monetária do valor da Tarifa de Pedágio e de outras variáveis definidas no Contrato, calculado com base na variação do IPCA entre março de 2012 e dois meses anteriores à data base de reajuste da Tarifa de Pedágio ou de qualquer das variáveis, conforme a seguinte fórmula: $IRT = IPCA_i / IPCA_o$ (onde $IPCA_o$ significa o número-índice do IPCA do mês de março de 2012, e $IPCA_i$, significa o número-índice do IPCA de dois meses anteriores à data-base de reajuste da Tarifa de Pedágio ou de qualquer das variáveis).”

1472. Embora conste referência ao mês de março de 2012 na referida cláusula contratual, o Tribunal Arbitral constatou, a partir da leitura do edital da licitação originária do CONTRATO DE CONCESSÃO, que a proposta econômica da REQUERENTE vencedora do certame encontra-se efetivamente referenciada à data-base de maio de 2012. Nesse sentido, confirmam-se os itens “xlv” da parte II, 1.3 e 1.4 da parte III e 9.4 da parte V do edital de licitação e os itens 1 e 2 do seu anexo 4¹³³³:

“(xlv) Tarifa Básica de Pedágio: é o valor contido na Proposta Econômica Escrita, expresso em 5 (cinco) casas decimais, correspondente ao valor básico da Tarifa Quilométrica para a

contas no valor de R\$ 565.079,08 (quinhentos e sessenta e cinco mil, setenta e nove reais e oito centavos), data-base janeiro/2018.” do pedido de equilíbrio econômico-financeiro solicitado pela Concessionária Autopista Litoral Sul. De forma a contextualizar tal situação, a Concessionária Autopista Litoral Sul, conforme site da ANTT, tem sob trecho objeto de concessão a BR-116/376/PR e BR-101/SC – Trecho Curitiba – Palhoça, que tem 405,94 km de extensão, com 5 praças de pedágio, tendo a concessão início em 18/02/2008 e prazo de 25 anos. Desta forma, é possível observar que o valor solicitado pela Concedora de reequilíbrio para a implementação da IN é inferior ao solicitado por outra concessionária e aceito pela ANTT. [...]” (cf. itens 331 a 333 do laudo pericial de 06.02.2023).

¹³³² Cf. RTE-001, cláusula 1.1.1, “xxvii”.

¹³³³ Cf. RTE-004.

categoria 1 de veículos (veículo de rodagem simples e de dois eixos), que não poderá exceder a R\$ 0,05940 referenciado a maio de 2012.”

* * *

“1.3 A Tarifa Básica de Pedágio Teto, representando a Tarifa Quilométrica relativa ao veículo de rodagem simples e de dois eixos, referenciada a maio de 2012, é de R\$ 0,05940.

1.4 O valor estimado do Contrato, referenciado a maio de 2012 é de R\$ 22.955.758.909,34 (vinte e dois bilhões, novecentos e cinquenta e cinco milhões, setecentos e cinquenta e oito mil, novecentos e nove reais e trinta e quatro centavos).”

* * *

“9.2 Em sua Proposta Econômica Escrita, a Proponente deverá apresentar um valor de Tarifa Básica de Pedágio, que não poderá exceder a R\$ 0,05940, referenciado a maio de 2012.”

* * *

“1 Atendendo à convocação de [●] de [●] de [●] (data de publicação do Aviso de Licitação do Edital de Concessão nº 004/2013 no DOU) da ANTT, apresentamos nossa Proposta Econômica Escrita para execução do objeto do Leilão em referência.

2 Propomos, como Tarifa Básica de Pedágio a ser paga pelos usuários do Sistema Rodoviário, para exploração da Concessão objeto do presente certame licitatório conforme definido no Edital nº 004/2013, o valor de R\$ [●] ([●]), referenciado a maio de 2012.”

1473. Finalmente, a REQUERIDA concordou em outros pedidos com a data-base de maio de 2012¹³³⁴ e há de se concluir que a divergência de apenas dois meses não há de ser de tal monta que imponha maiores digressões além daquelas constantes dos itens acima sobre o tema.

1474. Por essas razões, com fundamento na cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO e no art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995, o Tribunal Arbitral resolve julgar procedente o pedido formulado no item 985, “vii”, das Alegações Iniciais desta arbitragem, para reconhecer o direito da REQUERENTE de ser indenizada pelo valor de R\$ 445.978,27 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, novecentos e setenta e oito reais e vinte e sete centavos), na data-base de maio de 2012, em decorrência dos custos adicionais suportados para atendimento às obrigações criadas pela Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal.

¹³³⁴ A título de exemplo, cite-se manifestação da REQUERIDA no curso da perícia sobre o pedido relacionado ao aumento do preço dos insumos asfálticos: “Em consequente, em manifestação sobre os comentários e pareceres críticos submetidos pela Requerente ao Laudo Técnico Pericial, datada de 05.06.2023, a Requerida abordou os seguintes tópicos acerca do ‘Aumento no Preço dos insumos Asfálticos (CAP)’: [...] • Da utilização da data-base de maio de 2012 (Preços Iniciais do EVTEA): aqui, a ANTT se colocou de acordo com a metodologia empregada pela empresa perita para o cálculo do suposto impacto financeiro pelo aumento de preços dos insumos asfálticos, mas ressaltou a necessidade de se levar em consideração a data-base de maio de 2012 (preços iniciais do EVTEA) no cenário 2B.” (cf. item 128 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024).

1475. Por fim, o Tribunal Arbitral passa à análise do pedido do item 989 das Alegações Iniciais, por meio do qual a REQUERENTE pretende que o impacto deste evento, reconhecido como fator de desequilíbrio contratual suscetível de reequilíbrio pelo Tribunal Arbitral, repercuta no exercício do poder sancionatório, modulando o nível de descumprimento de suas obrigações contratuais.

1476. A bem de ver, diferentemente de outros eventos que entende tenham causado o desequilíbrio contratual, quanto a este evento específico a REQUERENTE não reproduziu em suas Alegações Finais o pedido genérico do item 989 das Alegações Iniciais. Tampouco produziu prova documental no sentido de que a REQUERIDA tenha efetivamente exercido o seu poder sancionatório neste caso.

1477. O Tribunal Arbitral, assim, julga improcedentes, por falta de prova, os pleitos formulados no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais, (i) de anulação das penalidades aplicadas, (ii) de extinção dos processos sancionatórios correlatos e (iii) de ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades em relação ao desequilíbrio decorrente da superveniência da Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal.

1478. Por outro lado, como consequência do reconhecimento do evento de desequilíbrio associado à Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais para determinar que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades que tenham como causa o evento apreciado neste capítulo da sentença arbitral.

XII.8. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DO DECRETO FEDERAL Nº 8.395/2015

1479. Neste capítulo, será apreciado o pedido da REQUERENTE contido no item 6.4.17, “VI”, da ATA DE MISSÃO – objeto do ponto controvertido constante do item 7, “vii”, da Ordem Processual nº 16 –, que tem por objetivo o reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO – ou de indenização, em caso de extinção prematura do ajuste –, que decorre da superveniência do Decreto Federal nº 8.395/2015.

1480. O pedido foi formulado nas Alegações Iniciais no seguinte formato¹³³⁵:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]

- viii. O reconhecimento de que o Decreto nº 8.395/2015, que majorou a alíquota da CIDE (que era zero quando do momento da apresentação das propostas na Licitação e da assinatura do Contrato de Concessão) representa alteração normativa superveniente abarcada no escopo tanto da subcláusula 21.2.5 do Contrato de Concessão quanto do artigo 9º, §3º da Lei de Concessões, que alocam ao Poder Concedente o risco de geração de novos encargos em função de alterações normativas, tributárias ou não (sendo certo que a CIDE é espécie tributária) e sejam elas veiculadas por lei em sentido estrito ou por normas infralegais, devendo ser realizado o reequilíbrio econômico-financeiro relativamente a todos os custos incorridos pela CONCEBRA com tal alteração majoração de alíquota tributária; [...]*

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

1481. Aplica-se aqui também o pedido formulado pela REQUERENTE no item 989 de suas Alegações Iniciais, no sentido de *“que este Tribunal venha, em relação às sanções que tenham correlação com os desequilíbrios ora narrados, a (i) declarar a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinguir os correlatos procedimentos administrativos sancionatórios em curso; (iii) determinar que a ANTT seja condenada a ressarcir a Requerente de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; (iv) determinar que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades referentes a inexecuções contratuais que tenham como causa os Eventos de Desequilíbrio discutidos nesta arbitragem”*¹³³⁶.

¹³³⁵ Cf. itens 985, “iv”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹³³⁶ Cf. item 989 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

XII.8.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

1482. A REQUERENTE narra que, quando da publicação do edital originário do CONTRATO DE CONCESSÃO, em outubro de 2013, a alíquota da Contribuição sobre Intervenção no Domínio Econômico (“CIDE”) incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool etílico combustível era zero. Com efeito, encontrava-se em vigor o então Decreto Federal nº 7.764/2012, que havia modificado o Decreto Federal nº 5.060/2004, para reduzir a zero as alíquotas da contribuição em questão.

1483. Prossegue a REQUERENTE afirmando que os licitantes não consideraram o pagamento do aludido tributo como elemento da composição de seus custos ao oferecerem suas propostas no certame.

1484. A REQUERENTE afirma, porém, que, em 28.01.2015, fora publicado o Decreto Federal nº 8.395 para alterar novamente a redação do Decreto Federal nº 5.060/2004 e, assim, restabelecer a cobrança da CIDE com alíquota específica de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por metro cúbico para óleo diesel e suas correntes e de R\$ 100,00 (cem reais) por metro cúbico para gasolina e suas correntes.

1485. Na visão da REQUERENTE, a cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO seria clara ao estabelecer que quaisquer alterações na legislação e regulamentação capazes de alterar a composição econômico-financeira da concessão geram direito a reequilíbrio. Para ela, *“estes desequilíbrios poderão ser gerados por diversos tipos de alteração normativa, dentre os quais se incluem a alteração ou extinção de tributos ou encargos, mas não se limitam a estes meios”*¹³³⁷.

1486. Diante disso, afirma a REQUERENTE ter solicitado na primeira oportunidade após a entrada em vigor do Decreto Federal nº 8.395/2015 o correspondente reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO, o que fez por ocasião da 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária¹³³⁸.

¹³³⁷ Cf. item 777 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹³³⁸ Cf. RTE-064 e RTE-065.

1487. O pleito, contudo, não teria sido contemplado naquelas revisões tarifárias, conforme os documentos RTE-066, RTE-068, RTE-069 e RTE-135. Com efeito, os órgãos técnicos da REQUERIDA teriam manifestado entendimento de que (i) variação de preços da gasolina e do óleo diesel – e respectivos tributos – estaria contida no IPCA, utilizado como base para a atualização da tarifa de pedágio; e (ii) o CONTRATO DE CONCESSÃO seria de longo prazo, de modo que o aumento do combustível seria algo previsível, não cabendo reequilíbrio.

1488. À vista dessa circunstância, a REQUERENTE relata ter reafirmado seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO no âmbito da 2ª Revisão Ordinária e da 5ª Revisão Extraordinária¹³³⁹, tendo a questão sido submetida à Procuradoria Federal junto à ANTT, que fez sua análise no parecer nº 00573/2017/PF-ANTT/PGF/AGU¹³⁴⁰.

1489. Em sua análise, prossegue a REQUERENTE, a Procuradoria teria apontado dois óbices ao acolhimento do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro em favor não só da CONCEBRA, mas também de outras concessionárias, a saber:

- (i) *“a CIDE, assim como o PIS e a COFINS, ‘são contribuições sociais, e não tributos, como exige a Cláusula Contratual e, também, o §3º do art. 9º, da Lei n. 8.987/1995’ e ‘por tributos somente são considerados os impostos, as taxas, em razão do exercício do poder de polícia, e as contribuições de melhoria, decorrente de obras públicas (art. 145, da CF e art. 5º, do CTN)’”¹³⁴¹; e*
- (ii) *“teria ocorrido ‘preclusão lógica’ do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro por parte das concessionárias já que, alegadamente, as concessionárias não teriam solicitado o reequilíbrio na primeira oportunidade que teve (sic) para tanto, passando desde a majoração da CIDE dois anos (2015 e 2016) e consequentes processos revisionais”¹³⁴².*

¹³³⁹ Cf. RTE-070.

¹³⁴⁰ Cf. RTE-136.

¹³⁴¹ Cf. item 782 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹³⁴² Cf. item 782 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1490. O reequilíbrio, assim, não teria sido implementado na 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, conforme se poderia depreender da Nota Técnica nº 098/2017/GEROR/SUINF¹³⁴³, do Voto DMR nº 066/2017¹³⁴⁴ e da Resolução nº 5.363/2017¹³⁴⁵.

1491. A REQUERENTE ainda afirma que submeteu novamente o pleito no âmbito da 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária e, subsequentemente, na 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária, sem obter êxito em qualquer das ocasiões, contudo.¹³⁴⁶

1492. Nesse sentido, a REQUERENTE dirige o pleito de reequilíbrio ao Tribunal Arbitral e, para tanto, busca refutar os argumentos que teriam sido utilizados na via administrativa pela REQUERIDA, quais sejam: (i) que o impacto da majoração da CIDE estaria incluído no reajuste promovido pelo IPCA; (ii) que a CIDE não seria um tributo, o que afastaria a aplicação da cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO; e (iii) que teria ocorrido preclusão lógica.

1493. Em relação ao primeiro argumento, a REQUERENTE advoga que o item “transportes” componente do IPCA não seria representativo do impacto decorrente da mudança da legislação do CIDE. Apresentando dados, afirma que “a variação do índice inflacionário no mês de junho de 2015 – mês de entrada em vigor da alteração tributária da CIDE – demonstra um impacto de 0,79% contrata [sic] uma variação dos insumos gasolina e óleo diesel respectivamente de 6,87% e 4,77%”¹³⁴⁷.

1494. Quanto ao segundo argumento, a REQUERENTE assevera que “a própria procuradoria reconheceu, em 24 de março de 2017, a sua invalidade, pelo Despacho 04485/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (RTE 137), ressaltando que ‘as contribuições sociais (PIS e COFINS), bem

¹³⁴³ Cf. RTE-072.

¹³⁴⁴ RTE-073.

¹³⁴⁵ RTE-074.

¹³⁴⁶ A propósito: “Consequentemente, a Concessionária pleiteou novamente o reequilíbrio no âmbito da 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária, na CNB-DIR 0148/2018 (RTE 86) - cuja revisão tarifária foi implementada segundo o Voto DSL 239/2018 (RTE 87) e a Deliberação 628/2018 (RTE 31) sem a devida implementação do reequilíbrio – e 4ª Revisão Ordinária e da 8ª Revisão Extraordinária por meio da CNB-DIR 0092/2019 (RTE 75), contra-argumentando as justificativas da ANTT para negativa anterior do pleito, em especial o argumento da procuradoria federal de que haveria preclusão do direito da Concessionária. Da mesma forma que nas revisões anteriores, o pleito não foi incluído no reequilíbrio considerado no Voto DMV 249/2019 (RTE 46) e na Deliberação 964/2019 (RTE 46).” (cf. item 784 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

¹³⁴⁷ Cf. item 787 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

como as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE-Combustíveis) têm sim natureza tributária”¹³⁴⁸. Defende a CONCEBRA, aliás, que essa conclusão estaria alinhada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“STF”).

1495. E, ainda que não se considerasse a natureza tributária da CIDE, a REQUERENTE alega que o escopo de aplicação da cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO não estaria adstrito a alterações tributárias. Nas suas palavras¹³⁴⁹:

“[...] Ao mencionar alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, o Contrato de Concessão deixa claro que qualquer alteração normativa – legislativa ou em regulamentação infralegal – dá ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro. A subcláusula 21.2.5 dispõe de modo exemplificativo sobre as alterações na legislação e regulamentação que versem sobre tributo. Ou seja, a argumentação da Procuradoria baseia-se tanto em interpretação contratual equivocada quanto no desconhecimento da jurisprudência consolidada do STF de que a CIDE constitui espécie tributária.”

1496. Já no que se refere ao argumento contido no item “iii” acima, a REQUERENTE defende ter solicitado o reequilíbrio contratual na primeira oportunidade que teve para tanto, por ocasião da 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária, que versavam sobre a revisão tarifária de 2015/2016, não havendo que se falar em preclusão.

1497. E assim arremata no particular¹³⁵⁰:

“Em síntese, portanto, é evidente o direito da Concessionária ao reequilíbrio que vem sendo pleiteado desde as revisões relativas aos anos de 2015/2016 até o presente momento. Isto ocorre porque o Contrato de Concessão é explícito, em sua subcláusula 21.2.5, em alocar ao Poder Concedente o risco decorrente de alterações legislativas ou regulamentares que impactem o equilíbrio econômico-financeiro da Concessão. O montante devido deverá ser atualizado oportunamente no momento de liquidação da sentença arbitral, sendo certo que este cálculo, uma vez atualizado oportunamente, dirá respeito apenas aos desequilíbrios já incorridos. A ele deve ser acrescida a obrigação de a ANTT anualmente considerar, nas revisões ordinárias da Concessão, o impacto anual da CIDE de acordo com a alíquota então vigente.”

¹³⁴⁸ Cf. item 788 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹³⁴⁹ Cf. item 789 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹³⁵⁰ Cf. item 791 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1498. A REQUERENTE também afirma ser incontroverso que a alteração legislativa tributária gera o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO por força da alocação de risco prevista no art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995 e no art. 65, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/1993. Nas palavras da REQUERENTE¹³⁵¹:

“[...] a norma em questão é bastante ampla ao assegurar o reequilíbrio econômico-financeiro para a alteração de quaisquer tributos, independentemente da forma como afetam a concessão. Não trata a questão, portanto, de mera variação ordinária de preços de insumos da concessão, como quer fazer parecer a Requerida, mas de um tipo específico de sobrecusto, irresistível e imprevisível, que possui alocação legal do respectivo risco ao Poder Concedente. A norma do artigo 9º, §3º não pode ser derogada tacitamente por interpretação contratual da Requerida.”

1499. Quanto ao argumento da REQUERIDA de que o IPCA teria capturado a majoração da CIDE imposta pelo Decreto Federal nº 8.395/2015, reiterado pela ANTT nesta via arbitral, a REQUERENTE ainda:

- (i) diz que o IPCA *“não capta de forma adequada os impactos da majoração da CIDE nas tarifas de pedágio pois, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA tem por objetivo medir a inflação de um conjunto de produtos e serviços comercializados no varejo, referentes ao consumo pessoal das famílias”*¹³⁵²;
- (ii) explica como se dá a composição do IPCA;
- (iii) esclarece que a participação do item combustível na composição do IPCA fica próxima de apenas 5% (cinco por cento); e
- (iv) reitera que *“o índice inflacionário no referido mês da aplicação demonstra um impacto de 0,79% contra uma variação dos insumos derivados do petróleo mensurados pela ANP de 6,87% para gasolina e 4,77% para o diesel”*¹³⁵³.

1500. Ainda no que diz com o ponto, a REQUERENTE aponta que a matéria teria sido submetida ao escrutínio da prova pericial deferida nesta arbitragem e que *“as conclusões da Equipe Pericial rechaçaram completamente os argumentos das Requeridas [sic] no sentido de que o*

¹³⁵¹ Cf. item 415 da Réplica da REQUERENTE.

¹³⁵² Cf. item 418 da Réplica da REQUERENTE.

¹³⁵³ Cf. item 424 da Réplica da REQUERENTE.

IPCA captaria integralmente os efeitos do aumento da alíquota da CIDE”¹³⁵⁴ promovida pelo Decreto Federal nº 8.395/2015.

1501. Com efeito, invocando o laudo pericial e tabela reproduzida nos esclarecimentos prestados pela *expert* em 20.12.2023, a REQUERENTE busca demonstrar que, “*como a variação do preço decorrente do aumento da CIDE refletiu-se em apenas 1,8% da variação do IPCA, o reajuste da tarifa pelo IPCA não foi capaz de compensar os impactos desse evento*”¹³⁵⁵.

1502. A REQUERENTE também argumenta que a REQUERIDA falta com boa-fé ao afirmar que a Procuradoria Federal junto à ANTT não teria se posicionado no sentido de que a CIDE não teria natureza tributária. Segundo a CONCEBRA, a análise do Parecer nº 00573/2017/PF-ANTT/PFG/SUINF seria suficiente para desmentir a afirmação da REQUERIDA.

1503. No que diz respeito ao argumento afeto à preclusão, apresentado nesta arbitragem pela REQUERIDA sob a forma de coisa julgada administrativa, a REQUERENTE se posiciona no sentido de que “*a coisa julgada administrativa significa imutabilidade das decisões proferidas neste âmbito para a Administração Pública*”¹³⁵⁶, que “*não implica a impossibilidade de recurso ao Poder Judiciário ou de Tribunal Arbitral, em havendo, como no caso cláusula arbitral*”¹³⁵⁷.

1504. De fato, conclui a CONCEBRA, “*a existência de decisão em âmbito administrativo não é fato impeditivo, mas é condição necessária para que se instaure litígio arbitral*”¹³⁵⁸, conforme art. 31, *caput*, da Lei Federal nº 13.448/2017.

1505. A REQUERENTE afirma que o laudo pericial teria buscado apurar e quantificar os impactos econômico-financeiros sofridos pela REQUERENTE em razão da elevação da CIDE pelo Decreto Federal nº 8.395/2015.

¹³⁵⁴ Cf. item 370 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹³⁵⁵ Cf. item 373 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹³⁵⁶ Cf. item 429 da Réplica da REQUERENTE.

¹³⁵⁷ Cf. item 430 da Réplica da REQUERENTE.

¹³⁵⁸ Cf. item 431 da Réplica da REQUERENTE.

1506. Esclarece, nesse sentido, que a empresa nomeada como perita teria inicialmente realizado o cálculo no laudo pericial de 06.02.2023 a partir das notas fiscais de compras de combustíveis, no período de junho de 2015 a agosto de 2020, disponibilizadas pela REQUERENTE e constantes do SW-003, chegando a um valor de R\$ 822.546,24 (oitocentos e vinte e dois mil, quinhentos e quarenta e seis reais e vinte e quatro centavos).

1507. Quanto aos achados do laudo pericial de 06.02.2023, os assistentes técnicos da REQUERENTE apontaram necessidade de complementação substancialmente para que fosse reconhecido *“que a elevação da alíquota da CIDE tem não apenas impactos passados, mas também impactos futuros, que perduram até a extinção da alíquota”*¹³⁵⁹.

1508. A REQUERENTE indica, não obstante, que posteriormente a perita teria realizado um segundo cálculo, a pedido da REQUERIDA¹³⁶⁰, em seu laudo pericial complementar, o qual *“supostamente representaria o impacto do aumento da alíquota CIDE líquido da parcela já compensada pelo reajuste do IPCA”*¹³⁶¹. Nesse novo cálculo, que chegou ao valor de R\$ 159.733,04 (cento e cinquenta e nove mil, setecentos e trinta e três reais e quatro centavos) – na data-base de maio de 2012 –, a equipe pericial teria considerado o impacto econômico-financeiro sofrido apenas no ano de 2015, externando entendimento de que os outros anos já teriam sido reequilibrados pelo reajuste da tarifa.

1509. A REQUERENTE não concorda com esse segundo cálculo, notadamente pela circunstância de ter desconsiderado o período temporal posterior ao ano de 2015. Para ela:

- (i) *“a premissa de que o impacto dos anos subsequentes já teria sido compensado pelo reajuste da tarifa só seria verdadeira se o IPCA fosse capaz de capturar integralmente o aumento de preço que decorreu do aumento da alíquota da CIDE”*¹³⁶²; e

¹³⁵⁹ Cf. item 80 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023.

¹³⁶⁰ Os assistentes técnicos da REQUERENTE buscaram contrapor os pontos suscitados pela REQUERIDA para a realização do novo cálculo, conforme se pode depreender dos itens 35 a 42 do parecer de engenharia daqueles datado de 01.06.2023.

¹³⁶¹ Cf. item 376 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹³⁶² Cf. item 379 das Alegações Finais da REQUERENTE.

- (ii) “essa mesma premissa já foi refutada pela própria perícia – que, como visto acima, reconheceu que o impacto do aumento da alíquota CIDE não foi integralmente capturado pela variação do IPCA, tendo em vista que a gasolina e o diesel têm um peso muito pequeno no cálculo desse índice (v., p. ex., o parágrafo 285 e a Tabela 1 dos pedidos do Laudo Técnico Pericial, a resposta ao quesito nº 171 da Requerente e a resposta ao quesito complementar 15 da Requerida)”¹³⁶³.

1510. A REQUERENTE defende, nessa linha, que a *expert* não haveria de ter desconsiderado o ano de 2016 e subsequentes, “mas sim aplicado a todos os anos um desconto referente ao peso da variação do preço dos combustíveis sobre o índice do IPCA – que, de acordo com o parágrafo 285 do Laudo Técnico Pericial, corresponde a 1,8%”¹³⁶⁴.

1511. Por conseguinte, argumentando que o risco de alterações legais ou regulamentares é alocado pelo CONTRATO DE CONCESSÃO integralmente à REQUERIDA, a REQUERENTE haveria de ser compensada pela integralidade dos impactos sofridos com a superveniência do Decreto Federal nº 8.395/2015, o que ensejaria a necessidade de se utilizar o valor histórico calculado no laudo pericial original de R\$ 822.546,24 (oitocentos e vinte e dois mil, quinhentos e quarenta e seis reais e vinte e quatro centavos). Até porque o laudo pericial teria calculado tal valor com base nas notas fiscais da REQUERENTE que atestariam que os combustíveis foram utilizados na concessão.

1512. Sobre o tema, vale a transcrição das seguintes passagens do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 11.03.2024¹³⁶⁵:

“Ao afirmar que, a partir de 2016, o impacto da CIDE já teria sido ‘reequilibrado’ pelo cálculo apresentado no laudo complementar, a Equipe Pericial parte da premissa de que, uma vez aplicado, o mecanismo de reajuste contratual seria capaz de substituir o reequilíbrio pelos impactos sofridos pelo aumento do tributo. Essa premissa, no entanto, não se verifica.

Em primeiro lugar, porque o mecanismo de reajuste anual, previsto na Cláusula 18.3 do Contrato de Concessão, destina-se a preservar o valor da tarifa frente à inflação – ou seja, ao aumento generalizado de preços que ocorre regularmente. Por isso mesmo, o reajuste é feito

¹³⁶³ Cf. item 380 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹³⁶⁴ Cf. item 381 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹³⁶⁵ Cf. itens 29 a 34 do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 11.03.2024.

por meio da correção do valor da tarifa por índices gerais de preços, que medem os preços de uma cesta de produtos que buscam refletir os itens de consumo pessoal das famílias.

Já o mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro busca compensar a Concessionária pelos impactos de eventos específicos, cujo risco foi alocado contratualmente ao Poder Concedente, como é o caso do aumento de tributos. No presente caso, o impacto do evento de desequilíbrio (o aumento de tributo) ocorre por meio do aumento de preços de insumos específicos, os combustíveis. Como o risco em questão foi atribuído integralmente ao Poder Concedente, a função do mecanismo de reequilíbrio é medir e compensar a totalidade do impacto econômico-financeiro sofrido pela Concessionária em razão do aumento dos tributos desses insumos específicos. A aplicação de reajuste pelo IPCA não cumpre essa função, porque, como mencionado, o IPCA busca refletir o aumento generalizado de preços, a partir de uma amostra de itens de consumo pessoal das famílias. Assim, pela sua própria natureza, o reajuste pelo IPCA não compensa a integralidade do impacto do aumento dos preços dos combustíveis causado pelo aumento da alíquota da CIDE sobre a Concessionária.

Esse fato foi reconhecido pela Equipe Pericial no laudo pericial original e também no complementar. Na resposta ao quesito nº 171 da Requerente, a Equipe Pericial afirmou que ‘ambas variações, do diesel e gasolina, provocadas pela incidência da CIDE foram superiores a variação apurada no período para o IPCA’. No laudo pericial, a Equipe Pericial afirmou que ‘o peso da variação da CIDE-combustível reflete um peso de 1,8% dentro da variação total do IPCA, podendo concluir que percentualmente apenas uma pequena parcela dessa alteração de alíquota é consumida pelo reajuste do IPCA’ (§ 245). Ainda, no laudo complementar, na resposta ao quesito complementar nº 15 da Requerida, a Equipe Pericial afirmou que ‘a CIDE impacta em alguma medida a “inflação” apurada pelo IPCA, ainda que este índice não reflita, em termos nominais, a integralidade da variação da alíquota de tal tributo’.

Assim, a aplicação do reajuste anual pelo IPCA não é capaz de substituir o reequilíbrio pelos efeitos do aumento da CIDE sobre os custos da Concessionária. Para se efetivar o direito ao reequilíbrio pelo aumento de tributo, deve ser compensado o impacto integral da alteração da CIDE sobre a Concessionária – algo que o aumento do IPCA não é capaz de refletir, conforme reconhecido pela Equipe Pericial. Dessa forma, não é devida a desconsideração do impacto sofrido nos anos 2016 a 2020 que foi procedida pela Equipe Pericial.

Por esses motivos, o cálculo alternativo apresentado pela Equipe Pericial no laudo complementar, em que se pretendeu mensurar o impacto do aumento da CIDE ‘líquido’ da parcela já refletida no IPCA, precisa ser refeito para que, para os anos de 2016 a 2020, apenas essa parcela (que já teria sido refletida no IPCA) seja descontada do valor de desequilíbrio alternativo apurado pela Equipe Pericial. E, de todo modo, espera-se que esse cálculo alternativo, a ser corrigido pela Equipe Pericial, seja considerado inadequado pelo Tribunal Arbitral, por conta das razões mencionadas acima, de forma a se adotar, como valor de desequilíbrio, o cálculo apresentado originalmente no laudo pericial, que resulta no valor de R\$ 822.546,24 (valor histórico).”

1513. Em outra perspectiva, a REQUERENTE argumenta ser desprovida de sentido a tese da REQUERIDA de que se faria necessário perquirir se os combustíveis foram vertidos para atividades essenciais da concessão.

1514. Conforme argumenta, “os combustíveis são materiais necessários ao cumprimento das obrigações do Contrato – por exemplo, tais combustíveis são utilizados com veículos para monitorar as condições da via, veículos pesados como caminhões e tratores, geradores a diesel, veículos para transporte de funcionários e veículos administrativos, entre outros (parágrafo 357 dos Esclarecimentos aos Contralaudos)”¹³⁶⁶.

1515. Assim, complementa a REQUERENTE, “esses insumos estão relacionados às atividades abrangidas pela Concessão e o seu uso foi devidamente comprovado por meio da apresentação de notas fiscais”¹³⁶⁷.

1516. Por essas razões, invocando novamente a cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO, o art. 65, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/1993 e o art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995, a REQUERENTE conclui em Alegações Finais¹³⁶⁸:

“Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo que haja:

- (i) o reconhecimento do direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro no valor calculado pela Equipe Pericial na Tabela 1 – Resumo da Conclusão dos pedidos constante do Laudo Técnico Pericial, de R\$ R\$ 822.546,24 (oitocentos e vinte e dois mil quinhentos e quarenta e seis reais e vinte e quatro centavos) (valor histórico), apurado pela Equipe Pericial com base nas notas fiscais que comprovam a aquisição de combustíveis até agosto de 2020,
- (ii) a condenação da Requerida à realização do reequilíbrio econômico-financeiro no valor referido no item (i) acima, ou, caso extinta a concessão, a condenação da Requerida a indenizar a Concessionária no valor referido no item (i);
- (iii) o reconhecimento do direito ao reequilíbrio pelos impactos do aumento da alíquota da CIDE ocorridos nos períodos a partir de setembro de 2020, até a extinção do Contrato de Concessão, e a condenação da ANTT a realizar o respectivo reequilíbrio periodicamente, mediante a mesma metodologia definida pela Equipe Pericial.”

¹³⁶⁶ Cf. item 383 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹³⁶⁷ Cf. item 383 das Alegações Finais da REQUERENTE. Sobre o tema, os assistentes técnicos da REQUERENTE ainda reafirmaram “que (i) o consumo de combustível da frota da Requerente em cada período é proporcional ao volume de serviços necessários e em execução, sendo que os valores mais altos no período inicial de apuração se devem à execução de um volume de execução de obras maior; e que (ii) o pedido de detalhamento das atividades específicas nas quais foram empregados os combustíveis, além de inviável, conforme destacado no laudo pericial complementar (§ 357), é absolutamente injustificado, tendo em vista que foi demonstrado e verificado pela Equipe Pericial (§ 359 do laudo pericial complementar) que eles foram empregados na Concessão” (cf. item 117 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 26.04.2024).

¹³⁶⁸ Cf. item 386 das Alegações Finais da REQUERENTE.

XII.8.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

1517. A REQUERIDA apresenta objeção à pretensão da REQUERENTE de obter reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência do Decreto Federal nº 8.395/2015.

1518. Alegando a necessidade de retificar afirmação feita pela REQUERENTE, a REQUERIDA informa que rejeitou o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO originalmente ao fundamento de que o IPCA já captaria de forma adequada a variação do preço dos combustíveis observada em decorrência do aumento da CIDE.

1519. Este teria sido o fundamento elencado no Ofício nº 087/2016/GEROR/SUINF, que embasou a Nota Técnica nº 103/2016/GEROR/SUINF, o Voto nº 136/2016 e a Resolução nº 5.142/2016, referentes à 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária, não se podendo extrair de tais documentos referência à natureza não-tributária da CIDE ou à ocorrência de preclusão.

1520. Buscando esclarecer os fatos e demonstrar não ter rejeitado o pleito com base na tese de que a CIDE não teria natureza tributária, a REQUERIDA apresenta o seguinte relato¹³⁶⁹:

“No decorrer do processo relativo à 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres – PF/ANTT foi provocada em processo alheio ao pedido da ora REQUERENTE (como de fato admitido por esta última no parágrafo 781 de suas alegações), produzindo, em resposta à indagação da área técnica da Agência, o Parecer nº. 00573/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (RTE 136).

Em sua manifestação, a PF/ANTT ressaltou, de modo expresso, que o fenômeno do desequilíbrio econômico-financeiro é fático, e não propriamente jurídico, cabendo à área técnica da Agência aferir, no caso concreto e segundo os parâmetros regulatórios em vigor, sua ocorrência

De igual maneira, ainda que sem se manifestar sobre o caso concreto levado ao seu conhecimento (que, ressalte-se, não era o da ora Requerente), a PF/ANTT indicou a possibilidade em tese de a variação da alíquota da CIDE ocasionar desequilíbrio em contratos de concessão.

¹³⁶⁹ Cf. itens 344 a 348 da Resposta da REQUERIDA.

Veja-se, contudo, que, distintamente do afirmado pela Requerente, a PF/ANTT não se posicionou no sentido de não ser a CIDE tributo. Atente-se, nesse passo, à ressalva expressada no Despacho n. 04485/2017/PF-ANTT/OGF/AGU (fl. 21 do RTE 136):

‘Cabe, todavia, ressaltar que as contribuições sociais (PIS e CONFINS), bem como as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE-Combustíveis) têm sim natureza tributária, conforme bem sintetiza o seguinte precedente do Supremo TRIBUNAL Federal (...)’.[...]

Dessa forma, fica demonstrado o equívoco da Requerente ao indicar que seu pleito haveria sido indeferido sob o argumento de que a CIDE não seria tributo e, portanto, sua eventual majoração não poderia, ainda que em tese, ser eventualmente considerada como evento de desequilíbrio. Maior equívoco cometeu a Requerente ao imputar à Procuradoria Federal junto à ANTT a autoria de tal tese, como sobejamente se comprova com a simples leitura do Parecer n. 00573/2017/PF ANTT/PGF/AGU tal como aprovado pelo Despacho n. 04485/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (fl. 21 do RTE 136).”

1521. Feito o esclarecimento, a REQUERIDA busca demonstrar a procedência da sua tese de que o aumento da CIDE, provocado pelo Decreto Federal nº 8.395/2015, seria capturado pelo IPCA e, por conseguinte, estaria contemplado nas revisões tarifárias.

1522. Argumenta, nessa linha, que a modelagem contratual adotada na 3ª Etapa do PROCROFE – no qual se insere o CONTRATO DE CONCESSÃO – *“não admite qualquer variação nos custos associados à prestação do serviço delegado implique aumento automático na tarifa praticada”*¹³⁷⁰, sob pena de afronta ao contido no art. 9º da Lei Federal nº 8.987/1995.

1523. E, no caso, continua a REQUERIDA, *“o preço da gasolina e do óleo diesel é um dos custos associados à exploração do serviço público concedido”*¹³⁷¹, visto que tais insumos são necessários à *“operação de veículos pela Requerente para a prestação de socorro aos usuários da rodovia, bem como para a realização de atividades acessórias ou secundárias em relação ao objeto da concessão”*¹³⁷².

1524. A REQUERIDA também afirma que os dispositivos invocados pela REQUERENTE em seu pleito – art. 9º, §3º, da Lei Federal nº 8.987/1995 e cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO – exigem a comprovação do impacto da alteração tributária sobre o equilíbrio da concessão, não bastando a mera alegação de sua ocorrência, o que não teria ocorrido no caso.

¹³⁷⁰ Cf. item 356 da Resposta da REQUERIDA.

¹³⁷¹ Cf. item 355 da Resposta da REQUERIDA.

¹³⁷² Cf. item 354 da Resposta da REQUERIDA.

1525. A REQUERIDA aduz que, no processo administrativo referente à 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária, a REQUERENTE teria apenas indicado a variação da alíquota da CIDE e solicitado a revisão da tarifa, sem, porém, apresentar prova do correlato impacto na equação econômico-financeira da concessão.

1526. Ainda de acordo com a REQUERIDA, a “*Requerente não opera concessão de serviços de transporte rodoviário de passageiros, em que o preço de combustível é fator primordial na atividade outorgada, mas serviços de exploração de infraestrutura rodoviária, em que o peso do custo de combustível na ordem geral do contrato decerto não é tão relevante*”¹³⁷³.

1527. De outro lado, quanto à ocorrência da preclusão do direito ao reequilíbrio contratual, a REQUERIDA diz ser incontroverso que o pleito da REQUERENTE foi examinado pela ANTT e indeferido em 2016, sob o fundamento de que o impacto do aumento no custo do combustível em decorrência da variação da alíquota da CIDE já haveria sido capturado na variação do IPCA utilizado no reajuste anual tarifário.

1528. Sem prejuízo, prossegue aquela, a REQUERENTE teria insistentemente submetido pleitos com igual conteúdo nos processos de revisão tarifária subsequentes, sem trazer fatos novos¹³⁷⁴.

1529. Para a REQUERIDA, “*em que pese eventual irresignação de alguma das partes envolvidas, as questões discutidas em processos (administrativos, judiciais ou arbitrais) precisam ter um termo final. O processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento de pacificação de um conflito de acordo com as normas pré-definidas em determinada ordem jurídica*”¹³⁷⁵.

1530. Daí a sua conclusão de “*que o pleito de recomposição tarifária em decorrência da variação da alíquota da CIDE operada em 2015 já havia sido resolvido na revisão de 2016*

¹³⁷³ Cf. item 362 da Resposta da REQUERIDA.

¹³⁷⁴ Sobre o tema: “*De fato, percebe-se que a ora Requerente não trouxe qualquer fato novo em seus pleitos pós 2016, simplesmente escolhendo insistir em argumentos já apreciados e rejeitados pela órgão máximo da ANTT em seu pleito originário. Não indicou em 2017, 2018 ou 2019 novo impacto, mas procurou simplesmente rediscutir matéria já decidida em 2016, numa atitude completamente desprovida de fundamento jurídico.*” (cf. item 371 da Resposta da REQUERIDA).

¹³⁷⁵ Cf. item 372 da Resposta da REQUERIDA.

*com seu indeferimento em definitivo pela Diretoria Colegiada da ANTT, tratando-se de matéria preclusa, atingida pela estabilidade imposta pelo artigo 63, IV, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, norma geral aplicável a todo processo administrativo no âmbito federal*¹³⁷⁶.

1531. Ou seja, entende a REQUERIDA haver “*decisão de mérito com trânsito em julgado administrativo*”¹³⁷⁷, o que, aliado aos seus demais argumentos, deveria levar o Tribunal Arbitral a julgar improcedente o pedido da REQUERENTE de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO à conta da superveniência do Decreto Federal nº 8.395/2015.

1532. Com efeito, para a REQUERIDA:

- (i) a REQUERENTE não teria demonstrado o impacto gerado pela majoração da alíquota da CIDE sobre os combustíveis na atividade objeto da concessão;
- (ii) a ANTT rejeitou o pleito de reequilíbrio sob o fundamento de que o IPCA já captaria adequadamente a variação do preço dos combustíveis decorrentes do aumento da CIDE;
- (iii) esclareceu que “*o IPCA é o índice utilizado para a atualização monetária da tarifa do pedágio e que a segunda maior participação em sua composição (com peso de 20,54%) é precisamente a variação do preço dos combustíveis no Brasil. Desse modo, o que a área técnica da ANTT ressaltou no trecho acima transcrito foi que a variação dos preços dos combustíveis em decorrência da alteração da alíquota da CIDE já haveria sido satisfatoriamente captada pelo IPCA, não havendo que se falar em desequilíbrio adicional causado à concessão*”¹³⁷⁸;
- (iv) institucionalmente, a Procuradoria Federal da ANTT não teria afirmado que a CIDE não seria tributo, sendo certo que o parecer citado pela REQUERENTE não teria sido aprovado em sua totalidade, conforme Despacho nº 04485/2017/PF-ANTT/PGF/AGU¹³⁷⁹, devendo ser considerado apenas nos limites de sua aprovação;

¹³⁷⁶ Cf. item 377 da Resposta da REQUERIDA.

¹³⁷⁷ Cf. item 381 da Resposta da REQUERIDA.

¹³⁷⁸ Cf. item 191 da Tréplica da REQUERIDA.

¹³⁷⁹ Cf. R-021.

- (v) “*em nenhum momento afirmou que a ocorrência de coisa julgada administrativa impediria a apreciação da matéria pelo Tribunal Arbitral ou pelo Poder Judiciário*”¹³⁸⁰, mas sim “*que a reapreciação da matéria no âmbito administrativo estava vedada, apesar da insistência desarrazoada da Concessionária*”¹³⁸¹; e
- (vi) haveria de ser julgado improcedente o pleito de reconhecimento de desequilíbrio do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência da variação da alíquota da CIDE promovida pelo Decreto Federal nº 8.395/2015.

1533. A REQUERIDA afirma que, no curso da fase instrutória – particularmente na produção da prova pericial – muito teria sido debatido “*acerca da adequação do IPCA enquanto índice de reajuste, qual seria sua composição, e se captaria ou não os impactos da majoração da CIDE nas tarifas de pedágio*”¹³⁸².

1534. Com efeito, a REQUERIDA discorre que a *expert* teria apresentado quadro da evolução da alíquota CIDE-combustíveis entre os anos de 2002 e 2015, constando que, ao tempo da licitação que precedeu o CONTRATO DE CONCESSÃO, a alíquota era nula, somente tendo sido alterada pelo Decreto Federal nº 8.395/2015, que definiu os valores de R\$ 0,10 (dez centavos) e R\$ 0,05 (cinco centavos), por litro, para a gasolina e diesel.

1535. Ato seguinte, prossegue, a *expert*: (i) teria analisado a estrutura do IPCA e apurado que apenas uma parcela dessa mudança de alíquota teria sido absorvida pelo índice; e (ii) “*ao final, apresentou um cálculo de impacto financeiro da CIDE, a partir da quantidade de combustíveis, diesel e gasolina, adquiridos para cada mês, no período de junho/15 a agosto/2020, que se encontra listada no SW-03*”¹³⁸³, apontando para um valor histórico final de R\$ 822.546,24 (oitocentos e vinte e dois mil, quinhentos e quarenta e seis reais e vinte e quatro centavos).

1536. A REQUERIDA afirma ter impugnado o aludido cálculo constante do laudo pericial de 06.02.2023, à vista da necessidade de se descontar a parcela da variação já capturada pelo IPCA

¹³⁸⁰ Cf. item 200 da Tréplica da REQUERIDA.

¹³⁸¹ Cf. item 200 da Tréplica da REQUERIDA.

¹³⁸² Cf. item 480 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹³⁸³ Cf. item 483 das Alegações Finais da REQUERIDA.

para destacar “o impacto financeiro ‘líquido’, [...] com fulcro na subcláusula 21.1.19 do contrato de concessão”¹³⁸⁴.

1537. Além disso, a REQUERIDA indicou a necessidade da *expert* de:

- (i) “informar, em termos nominais e percentuais, qual o impacto dos custos incorridos pela Requerente a título de CIDE em relação à totalidade das receitas obtidas no bojo da concessão no período avaliado pelo Laudo Técnico Pericial”¹³⁸⁵;
- (ii) indicar “as atividades em que foi utilizado o quantitativo de combustível apurado, apontando, de forma individualizada, quanto de combustível foi empregado em cada uma dessas atividades”¹³⁸⁶; e
- (iii) esclarecer a razão pela qual considerou em seu cálculo um período temporal “superior àquele a que se referia o pleito original da Requerente”¹³⁸⁷⁻¹³⁸⁸.

1538. A REQUERIDA destaca que, por ocasião do laudo pericial complementar, a empresa perita teria afirmado “que a interpretação da subcláusula 21.1.19 do contrato de concessão seria questão jurídica a ser decidida pelo Tribunal Arbitral”¹³⁸⁹, mas que, de todo modo, teria aquela apresentado “o impacto da receita relativo aos custos incorridos pela Requerente em referência ao CIDE, considerando a receita do ano de 2015 (ano em que ocorreu o início da cobrança da CIDE)”¹³⁹⁰.

¹³⁸⁴ Cf. item 484 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹³⁸⁵ Cf. manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023, quesito complementar 16, p. 47.

¹³⁸⁶ Cf. item 155 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

¹³⁸⁷ Cf. item 158 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023. Após a apresentação dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023, o ponto foi reiterando pela REQUERIDA, conforme se extrai dos itens 385 e 386 de sua manifestação de 11.03.2024.

¹³⁸⁸ A propósito, ao comentar a manifestação dos assistentes técnicos da REQUERENTE ao laudo pericial, a REQUERIDA afirmou que, “em relação ao pleito de que o impacto seja calculado não apenas para o passado, mas projetado para o futuro, é nítido que se trata de questão a ser apreciada pelo Tribunal Arbitral, e não pelos peritos” (cf. item 387 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023).

¹³⁸⁹ Cf. item 486 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹³⁹⁰ Cf. item 487 das Alegações Finais da REQUERIDA.

1539. De fato, a REQUERIDA aponta para os itens 353 e 354 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023, onde constaria o novo valor calculado pela *expert* de R\$ 127.151,38 (cento e vinte e sete mil, cento e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos), na data-base de maio de 2012, acompanhado do entendimento de que o montante devido em razão do pleito em questão há de corresponder apenas ao ano de 2015, já que os demais anos teriam sido reequilibrados pelo IPCA.

1540. Ainda sobre o trabalho pericial, a REQUERIDA aponta que:

- (i) *“sobre os quantitativos apresentados, a empresa perita informou que se baseou nos documentos apresentados pela Requerente (RTE-065), que ‘não foram avaliados para a valoração do presente pleito, uma vez que não tinham documentação suporte, como as Notas Fiscais’ (grifamos, p. 141 dos Esclarecimentos aos Contralaudos)”*¹³⁹¹; e
- (ii) que a *expert* teria indicado não ser possível realizar uma análise segregada da utilização individualizada do combustível, de modo que não seria possível afirmar se há compatibilidade na relação entre o nível de execução contratual e o consumo de combustível constante dos documentos apresentados.

1541. A despeito das conclusões periciais, entretanto, a REQUERIDA manifesta entendimento de que o exame do pleito estaria centrado, substancialmente, em questões jurídicas, particularmente no que se refere ao alcance das cláusulas 21.1.6, 21.1.19 e 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO e do art. 9, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995.

1542. Consoante reitera a REQUERIDA, o art. 9, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995 condicionaria a recomposição da equação contratual em razão da alteração do regramento tributário à comprovação do correlato impacto no CONTRATO DE CONCESSÃO.

1543. Ademais, a REQUERIDA defende a necessidade de se distinguir tributos diretos e indiretos, na medida em que a cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO visaria ao reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste apenas nas situações de alteração de tributos

¹³⁹¹ Cf. item 489 das Alegações Finais da REQUERIDA.

incidentes diretamente sobre o faturamento da concessionária ou em decorrência das atividades exercidas na exploração da rodovia. Confira-se¹³⁹²:

“E mais: há que se distinguir os tributos diretos, incidentes sobre o faturamento das concessionárias de serviço público, tais quais ISS, PIS, COFINS, dos tributos indiretos, que incidem sobre insumos adquiridos pelas concessionárias para a execução de obras e serviços atrelados à exploração da infraestrutura rodoviária.

No tocante aos tributos indiretos, a tese defendida pela Requerida é que a matriz de riscos do contrato (estabelecida nas suas subcláusulas 21.1.6 e 21.1.19) aloca à concessionária o risco pelos custos excedentes relacionados às obras e serviços objeto da concessão e também por eventual ocorrência de inflação em nível superior ou inferior ao índice de reajuste da Tarifa de Pedágio definido como sendo o IPCA (subcláusula 18.3.3 do contrato de concessão).

O entendimento que vem sendo adotado administrativamente pela Requerida, em todos os contratos de concessão rodoviária, é no sentido de reequilibrar o contrato de concessão nas situações de alteração de tributos incidentes diretamente sobre o faturamento da própria concessionária, ou que afetem diretamente os serviços por ela prestados.

Ou seja: aplica-se o disposto na subcláusula 21.2.5 do contrato de concessão nas situações em que a remuneração auferida pelas concessionárias seja diretamente afetada por tributação incidente sobre ou em decorrência das atividades exercidas na exploração da rodovia.

Compreender a subcláusula 21.2.5 do contrato de concessão em sentido amplo, de forma a alcançar a interpretação apresentada pela Requerente, inviabilizaria a própria gestão destes contratos pela Requerida, e isso porque em todas as revisões ordinárias deveriam ser aferidos eventuais impactos tributários sobre todos os insumos adquiridos, entre eles: veículos adquiridos, combustíveis, uniformes de funcionários, impressoras, papéis e demais equipamentos e materiais de escritório, além de todos os insumos utilizados na construção.

É certo que ao longo de 30 anos de contrato de concessão, os preços destes insumos irão oscilar não somente em razão de alterações tributárias, mas também em razão de custos de fabricação, de logística, de forças concorrenciais de mercado, entre diversos outros fatores.

Inviável seria discutir a legitimidade do IPCA enquanto índice de reajuste estabelecidos no contrato de concessão, avaliando a sua composição e com isso definir – em avaliações contábeis e estatísticas complexas – de que forma este índice absorveu determinada alteração tributária para cada insumo.

Neste ponto, temos que rememorar o contexto que justificou a criação das Agências Reguladoras: a finalidade não era e nunca será delegar a exploração de um serviço público para a iniciativa privada e, em paralelo, prosseguir em uma regulação de custos dos serviços prestados.

A regulação que é feita, nos termos do art. 9º, caput, da Lei n. 8.987, de 1995, é uma regulação quanto ao preço da tarifa definido na proposta comercial apresentada no leilão, com foco nos eventos que impactam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato a partir de uma análise de sua matriz de riscos.

¹³⁹² Cf. itens 494 a 503 das Alegações Finais da REQUERIDA.

Mesmo considerando, em um extremo, a incidência do art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987, de 1995, para tributos indiretos, ou melhor, para tributos recolhidos por fornecedores de insumos e não diretamente pela concessionária, ainda assim necessário seria avaliar o impacto desta alteração tributária no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Definitivamente esta não foi a situação em concreta. Conforme foi demonstrado pela empresa perita (p. 141 dos Esclarecimentos aos Contralaudos), a alteração da CIDE sobre o diesel e a gasolina representou somente 0,02% da receita auferida pela Requerente no ano de 2015.”

1544. A REQUERIDA também argumenta que, pautando sua atuação em uma regulação por preços – e não por custos –, não lhe seria possível auditar os documentos apresentados pela REQUERENTE como comprobatórios do combustível adquirido.

1545. E, assim, complementa: “a sua utilização no presente procedimento arbitral sem uma conferência pela empresa perita da consistência do quantitativo apresentado e sem atestar a sua correlação com os serviços efetivamente prestados pela Requerente, representam situação de total assimetria de informações, o que dificulta até mesmo a produção de prova em sentido contrário, pela Requerida”¹³⁹³.

1546. A REQUERIDA ainda suscita dúvidas sobre o volume de combustível apresentado pela REQUERENTE à perita como utilizado na concessão, haja vista o nível de inexecução do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1547. Para ela, o trabalho pericial não teria sido “capaz de explicar as atividades nas quais foram empregados os quantitativos de combustível e a relação de consumo com o nível de execução contratual. A SWOT afirma que não há relação entre o nível de execução do contrato e o consumo de combustíveis. Nesse sentido, não há como atestar qual o nível de participação do consumo foi utilizado no exercício da atividade vinculada ao serviço público”¹³⁹⁴.

¹³⁹³ Cf. item 506 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹³⁹⁴ Cf. item 387 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024. Sobre o tema, confira-se também o que disse a REQUERIDA em 26.04.2024: “[...] as manifestações periciais não especificam a finalidade do combustível consumido, nem se o quantitativo apresentado foi de fato empregado em atividades essenciais do contrato de concessão ou em outros tipos de atividades, o que poderia diminuir os custos associados e desviar-se da matriz contratual” (cf. item 41 da manifestação da REQUERIDA de 26.04.2024).

XII.8.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

1548. As partes controvertem nesta arbitragem sobre o direito e a quantificação de reequilíbrio em decorrência de elevação da alíquota da CIDE pelo Decreto Federal nº 8.395/2015.

1549. Com efeito, quando da publicação do edital e da apresentação da proposta pela REQUERENTE, estava em vigor o Decreto Federal nº 7.764/2012 que reduzia a zero as alíquotas da referida contribuição. No entanto, em 28.06.2015, foi publicado o Decreto Federal nº 8.395/2015, que restabeleceu a cobrança da CIDE com alíquota específica de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por metro cúbico para óleo diesel e suas correntes e de R\$ 100,00 (cem reais) por metro cúbico para gasolinas e suas correntes, vigorando a partir de junho de 2015.

1550. Na visão da REQUERENTE, a alteração legislativa superveniente da alíquota pelo Decreto Federal nº 8.395/2015 lhe confere direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO, com fundamento nos art. 65, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/1993; art. 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995 e na subcláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1551. A REQUERIDA, por sua vez, defende que o IPCA já captaria de forma adequada a variação do preço dos combustíveis observada em decorrência do aumento da CIDE. Além disso, argumenta que a modelagem contratual adotada na 3ª Etapa do PROCROFE, na qual se insere o contrato da REQUERENTE, não admite que qualquer variação nos custos associados à prestação do serviço delegado implique aumento automático na tarifa praticada.

1552. O Tribunal Arbitral entende que assiste razão à REQUERENTE. A alteração promovida pelo Decreto Federal nº 8.395/2015 enquadra-se como fato do príncipe¹³⁹⁵, uma vez que se trata de medida geral e imprevisível editada pelo Governo Federal, exterior ao CONTRATO DE CONCESSÃO, que aumentou os custos de cumprimentos das obrigações da REQUERENTE, interferindo no equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1553. O pleito encontra amparo legal e contratual¹³⁹⁶. A Lei Federal nº 8.666/1993 dispõe sobre o chamado fato do príncipe tributário em seu art. 65, § 5º, e a Lei Federal nº 8.987/1995

¹³⁹⁵ Cf. nota 688, *supra*.

¹³⁹⁶ Cf. itens 715 a 719 das Alegações Iniciais da REQUERENTE e itens 414 e 415 da Réplica da REQUERENTE.

em seu art. 9º, §3º. O CONTRATO DE CONCESSÃO aloca o risco de alterações na legislação e regulamentação tributária ao Poder Concedente. Pela relevância, cumpre transcrever, respectivamente:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...]”

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.”

* * *

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...]”

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

* * *

“21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...]”

21.2.5 alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda.”

1554. Embora as partes tenham iniciado aparente controvérsia sobre ser a CIDE espécie de tributo e, como consequência, no seu enquadramento no escopo da cláusula 21.2.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO, REQUERENTE¹³⁹⁷ e REQUERIDA¹³⁹⁸ acabaram por concordar sobre a natureza tributária da contribuição. Do mesmo modo, convergiram no entendimento de que a questão pode ser submetida à apreciação deste Tribunal Arbitral¹³⁹⁹.

¹³⁹⁷ Cf. item 788 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹³⁹⁸ Cf. item 348 das Respostas da REQUERIDA às Alegações Iniciais.

¹³⁹⁹ Cf. itens 430, 431 e 432 da Réplica da REQUERENTE e item 200 da Tréplica da REQUERIDA.

1555. A despeito disso, durante todo o procedimento arbitral, defendeu a REQUERIDA que a “variação de um dos custos associados à exploração dos serviços concedidos já estaria devidamente neutralizada pela aplicação de índice de reajuste ordinário, não identificando impacto capaz de caracterizar desequilíbrio da concessão”¹⁴⁰⁰.

1556. A esse respeito, e para subsidiar este Tribunal Arbitral, o laudo produzido pela perita nomeada nesta arbitragem analisou a composição do IPCA para apurar a relevância da parcela de combustíveis dentro de sua variação, a fim de identificar se o índice seria capaz de contemplar tal impacto. Confira-se, no particular, o seguinte trecho do laudo pericial¹⁴⁰¹:

“Analisando a estrutura de ponderação do IPCA foi possível identificar que a parcela de ‘Transportes’ representa 20,6% da variação do IPCA. E, dentro deste grupo, a participação dos combustíveis, gasolina e diesel, foi de 5,1% e 0,2%, respectivamente, totalizando uma participação de 5,3% na cesta do IPCA.

Em um levantamento realizado junto ao site do IBGE, verificou-se que em jun/15, mês em que houve o início da alteração da CIDE, foram apuradas as seguintes variações:

Tabela 27 – Variações em junho/15				
	Preço Inicial	Preço Final	Var.	Var. (%)
Diesel	3,044	3,194	0,150	4,93%
Gasolina	3,204	3,424	0,220	6,87%
IPCA	4276,60	4310,39	-	0,79%

Entretanto, segregando a variação dos preços dos combustíveis, pode-se identificar e mensurar o impacto da incidência da CIDE.

Tabela 28 – Impacto Variação CIDE						
	Pr. Inicial	Pr. Final	CIDE	CIDE(%)	Var.Preço	Var.Preço (%)
Diesel	3,044	3,194	0,05	1,64%	0,100	3,29%
Gasolina	3,204	3,424	0,10	3,12%	0,120	3,75%
IPCA	4276,60	4310,39	-	-	-	0,79%

Conforme demonstrado pela Tabela acima, observa-se que a aplicação da CIDE foi responsável pela variação de 1,64% e 3,12% sobre os preços do diesel e gasolina, respectivamente, sendo o restante da variação dos preços provocada pelas forças do mercado, oferta e demanda.

Ou seja, o peso da variação da CIDE-combustível reflete um peso de 1,8% dentro da variação total do IPCA, podendo concluir que percentualmente apenas uma pequena parcela dessa

¹⁴⁰⁰ Cf. item 364 das Respostas da REQUERIDA às Alegações Iniciais.

¹⁴⁰¹ Cf. item 281 a 285 do laudo pericial de 06.02.2023.

alteração de alíquota é consumida pelo reajuste do IPCA. Uma vez que eles são um subgrupo do grupo de combustíveis que é subgrupo do grupo transportes (onde são avaliados vários outros itens), seu impacto acaba sendo dispersado dentro da cesta analisada.”

1557. Sobre as conclusões do laudo pericial, os assistentes técnicos da REQUERENTE, em sua manifestação de 24.04.2023, concordam com a metodologia e com a conclusão da perita, observando apenas que o impacto da CIDE se dá de forma contínua e que, portanto, deveriam ser considerados os seus impactos até a redução a zero da alíquota¹⁴⁰².

1558. Sobre esse aspecto, o Tribunal Arbitral entende que os impactos promovidos pelo fato do príncipe, consubstanciado no aumento imprevisível da alíquota da CIDE pelo Decreto Federal nº 8.395/2015, devem ser integralmente reequilibrados. Desse modo, o reequilíbrio deve considerar os impactos até a data de 18.03.2022, limite dos efeitos dos pedidos formulados pela REQUERENTE, uma vez que não houve redução a zero até essa data.

1559. Por outro lado, a REQUERIDA, em sua manifestação sobre o laudo pericial, também datada de 24.04.2023, fez duas críticas principais. Em primeiro lugar, argumentou que a perícia não teria descontado do montante final a parcela da CIDE já contemplada pelo IPCA, devendo a perícia apresentar o impacto financeiro “líquido” da elevação da CIDE¹⁴⁰³. Em segundo lugar, sustenta que, de acordo com a cláusula 21.1.19 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁴⁰⁴, seria risco exclusivo da concessionária o fato de a inflação divergir, para mais ou para menos, da variação do índice utilizado para reajuste da tarifa de pedágio.

1560. Além disso, alega que o custo com combustíveis seria acessório e que, por conseguinte, não deveria implicar aumento automático na tarifa praticada¹⁴⁰⁵, assim como que a perícia não apresentou detalhamento de como os quantitativos de combustível apurados foram empregados

¹⁴⁰² Cf. itens 79 e 80 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023.

¹⁴⁰³ Cf. itens 145 e 146 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

¹⁴⁰⁴ “21.1. Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: [...] 21.1.19 possibilidade de a inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa de Pedágio ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período;” (cf. RTE-001).

¹⁴⁰⁵ Cf. itens 151, 152 e 153 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

pela concessionária, de forma a possibilitar que seja verificado se estes foram de fato aplicados em atividades essenciais do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁴⁰⁶.

1561. Em relação ao primeiro aspecto, o Tribunal Arbitral entende que assiste razão à REQUERIDA. Da análise do item 289 do laudo pericial e do seu anexo SW-032, depreende-se que, apesar de o laudo ter reconhecido que 1,8% (um vírgula oito por cento) do IPCA reflete o aumento da CIDE, não houve desconto do quanto já fora absorvido pelo IPCA do montante final apurado. Dessa forma, caso acolhidos integralmente os valores apurados no laudo técnico pericial, estar-se-ia autorizando uma reparação em duplicidade no que diz respeito aos 1,8% (um vírgula oito por cento) já captados pelo IPCA.

1562. Nos esclarecimentos periciais de 20.12.2023, a *expert*, ao tratar sobre o questionamento a respeito do impacto “líquido” da CIDE, desconsiderou os anos de 2016 em diante, realizando cálculo apenas referente ao ano de 2015¹⁴⁰⁷:

“345. Como o reajuste das tarifas, pelo índice de inflação (IPCA), ocorre anualmente em data determinada no contrato, o impacto da CIDE somente foi compensado e, portanto, refletido nas tarifas no ano posterior a sua incidência.

346. Desta maneira, como impacto líquido da CIDE deve ser considerado somente a parcela de variação (%) no preço dos combustíveis à época da sua aplicação. Ou, seja, o impacto somente ocorre, e somente é devido, para o ano de 2015, pois os outros anos já foram reequilibrados pelo reajuste da tarifa. [...]

353. Reforçando o entendimento deste Perito, já elaborado nos § 345 e 346, o montante devido corresponde somente ao ano de 2015, tendo os demais anos sido reequilibrados pelo IPCA.”

1563. Ao assim proceder, no juízo do Tribunal Arbitral, a perícia avançou em matéria de direito, extrapolando o limite da avaliação técnica. Dessa forma, assume premissa que depende de interpretação jurídica do caso concreto frente à matriz de risco do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1564. A premissa de que todos os anos a partir de 2016 não deveriam ser considerados para fins de reequilíbrio apenas poderia ser utilizada se procedente o argumento da REQUERIDA de

¹⁴⁰⁶ Cf. item 154 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

¹⁴⁰⁷ Cf. itens 345, 346 e 353 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

que, com fundamento nas cláusulas 21.1.6¹⁴⁰⁸ e 21.1.19 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁴⁰⁹, seria risco da REQUERENTE a assunção dos custos excedentes relacionados às obras e serviços objeto da concessão e também por eventual ocorrência de inflação em nível superior ou inferior ao índice de reajuste da avença.

1565. No entanto, o pleito da REQUERENTE relativo ao Decreto Federal nº 8.395/2015 não trata de custos ordinários excedentes ou das variações ordinárias de custos relacionados à concessão ou a divergências entre a inflação e o IPCA. O pedido formulado, como consta das Alegações Iniciais, diz respeito ao *“reconhecimento de que o Decreto nº 8.395/2015, que majorou a alíquota da CIDE (que era zero quando do momento da apresentação das propostas na Licitação e da assinatura do Contrato de Concessão) representa alteração normativa superveniente”*¹⁴¹⁰.

1566. E, como já tratado acima, o CONTRATO DE CONCESSÃO atribuiu ao Poder Concedente, em sua cláusula 21.2.5, o risco relacionado a *“alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão”*¹⁴¹¹, sendo esta a cláusula específica e pertinente ao presente pleito. Desse modo, se o IPCA não captura todos os efeitos decorrentes da majoração da alíquota da CIDE, como concluiu o laudo pericial, este índice não pode ser considerado como capaz de ter reequilibrado o CONTRATO DE CONCESSÃO para os anos de 2016 em diante.

1567. O Tribunal Arbitral, considerando as premissas acima e as conclusões do próprio laudo pericial sobre o impacto da alteração da CIDE no IPCA, entende que desde junho de 2015 até 18.03.2022 – limite dos efeitos dos pedidos formulados pela REQUERENTE –, deverá ser

¹⁴⁰⁸ “21.1. Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: [...] 21.1.6 custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 21.2 abaixo” (cf. RTE-001).

¹⁴⁰⁹ “21.1. Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: [...] 21.1.19 possibilidade de a inflação de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa de Pedágio ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período;” (cf. RTE-001).

¹⁴¹⁰ Cf. item 985, “viii”, das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁴¹¹ Cf. RTE-001.

calculado o impacto da majoração da alíquota, descontando-se a parcela de variação já capturada pelo IPCA, evitando ressarcimento em duplicidade de 1,8% (um vírgula oito por cento), de acordo com o item 285 do laudo pericial. Este valor será apurado em fase de liquidação de sentença, considerando que não foi aferido pela perícia.

1568. O argumento da REQUERIDA¹⁴¹² de que o custo com combustíveis é acessório e que a CIDE representaria tributo indireto¹⁴¹³ e, portanto, não deveria fundamentar pedido de reequilíbrio também não convence o Tribunal Arbitral. As Leis Federais n^{os} 8.666/1993 e 8.987/1995 não estabelecem a necessidade de que a alteração legal ou regulamentar superveniente à proposta seja de tributos incidentes diretamente sobre o faturamento da concessionária, assim como não ressalva os custos acessórios da obrigação de reequilibrar.

1569. No mesmo sentido, a cláusula 21.2.5 limita-se a dispor que a REQUERENTE não é responsável por alterações na legislação que alterem a composição econômico-financeira, sem promover qualquer distinção quanto a tributos diretos ou indiretos. O fundamental é que a alteração normativa deve ter impacto imprevisível no contrato, ou seja, deve ser possível demonstrar nexo de causalidade entre a alteração normativa e o aumento imprevisível dos custos do contratado.

1570. Desse modo, infere-se que cabia à REQUERENTE comprovar o impacto da alteração normativa no preço ajustado, o que foi demonstrado nesta arbitragem por meio da apresentação de notas fiscais relativas à compra de combustíveis na perícia e da comprovação de que o IPCA foi incapaz de reequilibrar os custos decorrentes do aumento da alíquota da CIDE. Os combustíveis são materiais necessários ao cumprimento das obrigações do CONTRATO DE CONCESSÃO e os seus custos sofreram, comprovadamente, impactos em razão de alteração normativa.

1571. Na resposta ao quesito n^o 173 da REQUERENTE, a empresa perita deixa claro que os impactos da alteração da alíquota da CIDE puderam ser aferidos pelos documentos disponibilizados pela REQUERENTE¹⁴¹⁴:

¹⁴¹² Cf. itens 151, 152 e 153 dos da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

¹⁴¹³ Cf. itens 493 a 498 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁴¹⁴ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito n^o 173 da REQUERENTE, p. 166-167.

“173. Queira o il. Perito estimar qual tem sido o impacto, em valores atualizados, sofrido pela Requerente com a variação do preço nos combustíveis, causado pelo aumento da alíquota da CIDE, a partir junho de 2015, considerando metodologia utilizada na RTE 75.

Resposta: Considerando as informações das notas fiscais relativas à compra de combustíveis, no período de jun/15 a ago/20, disponibilizadas pela Requerente, foram levantadas a quantidade de combustíveis adquiridos. A quantidade de combustíveis, diesel e gasolina, adquiridos para cada mês se encontra listada no Anexo SW-32.

A partir da quantidade de combustíveis foi calculado o impacto financeiro da CIDE, considerando os valores de R\$ 0,05 e R\$ 0,10, para cada litro de Diesel e Gasolina, respectivamente, a partir de jun/15.

Sendo, então, conhecido o impacto financeiro da CIDE para cada mês do período analisado, este valor foi atualizado pelo IPCA acumulado até a dez/22. Sendo o montante atualizado do impacto financeira da CIDE calculado em R\$ 1.100.271,46. [...]”

1572. Neste ponto, cabe esclarecer que, embora as Leis Federais nºs 8.666/1993 e 8.987/1995 determinem a comprovação da repercussão da alteração normativa nos preços contratados, o legislador não dimensionou o impacto do fato do príncipe, obrigando que seja “relevante”. Não importa que “a alteração da CIDE sobre o diesel e a gasolina representou somente 0,02% da receita auferida pela Requerente no ano de 2015”¹⁴¹⁵, uma vez que não cabe ao intérprete fazer distinção onde o legislador não fez.

1573. Nesse sentido, a 1ª Turma do STF decidiu que o reequilíbrio proveniente de fato do príncipe independe da demonstração de que houve onerosidade excessiva¹⁴¹⁶:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. FATO DO PRÍNCIPE. DESEQUILÍBRIO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DO CONTRATO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO.

1. Os fundamentos apontados no recurso não são aptos a alterar a conclusão da decisão agravada.

2. Conforme já reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional do equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo, derivada do princípio da segurança jurídica, busca conferir estabilidade ao ajuste, garantindo à contratada viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes que motivaram a celebração do contrato (RE 571.969/DF, Relª. Minª. Cármen Lúcia).

3. **Caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de nova e imprevisível incidência tributária, é desnecessário perquirir acerca de sua onerosidade excessiva para justificar a reparação dos danos daí decorrentes.**

¹⁴¹⁵ Cf. item 503 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁴¹⁶ STF, RE 902910, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, j. em 19.12.2017, DJe 28.02.2018; grifou-se.

4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 10% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

1574. O Tribunal Arbitral acolhe o entendimento da perita no sentido de que “*não há uma relação entre o nível de execução contratual e o consumo de combustível, sem poder, portanto, afirmar essa compatibilidade. No entanto, é importante ressaltar que, independentemente de sua aplicação individualizada, o custo foi incorrido para o empreendimento*”¹⁴¹⁷. Como esclarecido no laudo pericial, não seria possível a partir das notas fiscais, sob as quais a REQUERIDA não apresentou nenhuma prova de irregularidade, verificar onde o insumo foi aplicado, sendo certo que a REQUERENTE tem apenas uma rodovia sob concessão.

1575. Por essas razões, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado no item 985, “viii”, das Alegações Iniciais desta arbitragem, reconhecendo o direito da REQUERENTE de ser indenizada relativamente aos custos incorridos com a majoração da alíquota tributária. Para cálculo do impacto líquido da CIDE, que gerará o valor devido a título de indenização, o Tribunal Arbitral determina que, em fase de liquidação de sentença, seja realizado cálculo que considere os anos de 2015 até a data de 18.03.2022 – limite dos efeitos dos pedidos formulados pela REQUERENTE –, descontando a parcela de variação de preços dos combustíveis que já teria sido capturada pelo IPCA, correspondente a 1,8% (um vírgula oito por cento).

1576. Por fim, o Tribunal Arbitral passa à análise do pedido do item 989 das Alegações Iniciais, por meio do qual a REQUERENTE pretende que o impacto deste evento, reconhecido como fator de desequilíbrio contratual suscetível de reequilíbrio pelo Tribunal Arbitral, repercuta no exercício do poder sancionatório, modulando o nível de descumprimento de suas obrigações contratuais.

1577. A bem de ver, diferentemente de outros eventos que entende tenham causado o desequilíbrio contratual, quanto a este evento específico a REQUERENTE não reproduziu em suas Alegações Finais o pedido genérico do item 989 das Alegações Iniciais. Tampouco produziu prova documental no sentido de que a REQUERIDA tenha efetivamente exercido o seu poder sancionatório neste caso.

¹⁴¹⁷ Cf. item 359 do laudo pericial de 06.02.2023.

1578. O Tribunal Arbitral, assim, julga improcedentes, por falta de prova, os pleitos formulados no item 989, “i”, “ii” e “iii” das Alegações Iniciais, (i) de anulação das penalidades aplicadas, (ii) de extinção dos processos sancionatórios correlatos e (iii) de ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades em relação ao desequilíbrio decorrente da superveniência do Decreto Federal nº 8.395/2015.

1579. Por outro lado, como consequência do reconhecimento do evento de desequilíbrio associado ao Decreto Federal nº 8.395/2015, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais para determinar que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades que tenham como causa o evento apreciado neste capítulo da sentença arbitral.

XII.9. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DO ATRASO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

1580. Este tópico será dedicado à apreciação do pedido da REQUERENTE descrito no item 6.4.17, “III”, da ATA DE MISSÃO – objeto do ponto controvertido constante do item 7, “viii”, da Ordem Processual nº 16 –, que visa ao reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO – ou de indenização, em caso de extinção antecipada do instrumento –, relacionado ao atraso no licenciamento ambiental.

1581. O pedido foi formulado nas Alegações Iniciais no seguinte formato¹⁴¹⁸:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]

ix. O reconhecimento de que houve relevante atraso do Poder Concedente em cumprir sua obrigação de fornecer as licenças para a realização das obras de ampliação de capacidade, prevista nas subcláusulas 5.2 e 10.3.2, sendo também risco alocado ao Poder Concedente na forma da subcláusula 21.2.10, de modo

¹⁴¹⁸ Cf. itens 985, “iv”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

que os custos adicionais da CONCEBRA decorrentes da necessidade de desmobilização adicional e imprevisível das frentes de trabalho devem ser reequilibrados em valor muito superior ao reequilíbrio implementado pela ANTT, tendo em vista os falhos argumentos apresentados pela agência para limitar o reequilíbrio a somente os custos relativos à instalação necessária para a execução de 76,40 km de duplicação da rodovia; [...]

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

1582. Há de ser referido, também neste capítulo, o pedido já dantes mencionado, contido no item 989 das Alegações Iniciais, no sentido de que, reconhecendo o desequilíbrio contratual, o Tribunal Arbitral (i) declare a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinga os correlatos processos administrativos sancionatórios; (iii) condene a REQUERIDA a ressarcir a CONCEBRA de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; e (iv) determine que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades que guardem conexão com o que é apreciado neste capítulo da sentença.

XII.9.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

1583. A REQUERENTE narra que, dentre as medidas que seriam adotadas após a celebração do CONTRATO DE CONCESSÃO, estava o início mais breve possível das obras de ampliação de capacidade e melhorias das rodovias concedidas. Para tanto, aquela afirma ter contratado a Construtora Triunfo S.A., que, por sua vez, teria iniciado a mobilização de equipes e a formação de canteiro de obras nos diversos trechos das rodovias que seriam duplicados.

1584. A REQUERENTE afirma, todavia, que a realização das obras dependia de que o Poder Concedente lhe disponibilizasse as licenças ambientais cabíveis, conforme previsto na cláusula 5.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1585. Relata, ademais, ter ocorrido demora na emissão e na transferência da Licença de Instalação (“LI”), o que teria causado impacto ao planejamento da REQUERENTE, que havia sido diligentemente organizado considerando o previsto na cláusula 10.3.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO, segundo a qual a disponibilização da LI, pelo Poder Concedente, deveria ocorrer no prazo de até 12 (doze) meses contados da assunção do Sistema Rodoviário.

1586. De acordo com a REQUERENTE, como a assunção do Sistema Rodoviário se deu em 05.03.2014, com a assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens¹⁴¹⁹, seu planejamento anual considerava que a LI estaria disponível em março de 2015.

1587. Sem embargo, prossegue a REQUERENTE, “a Licença de Instalação nº 1088/2015 (RTE 138) foi emitida pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA) em 04 de novembro de 2015, tendo sido transferida para a Concessionária em 29 de abril de 2016. Já a comunicação formal da Concessionária em relação à transferência apenas foi realizada em 06 de junho de 2016”¹⁴²⁰.

1588. A REQUERENTE afirma que, em 30.04.2015, alertara a REQUERIDA de que a descontinuidade na liberação das licenças ambientais poderia causar prejuízos à equação econômico-financeira da concessão, em razão de custos de desmobilização adicionais da empresa contratada para as obras de duplicação e melhoria das rodovias.

1589. Nesse sentido, diante do atraso na transferência da LI, a REQUERENTE afirma ter apresentado pleito de revisão tarifária à REQUERIDA, por meio da carta CNB-DIR 0182/2016¹⁴²¹. Com efeito, a Construtora Triunfo vinha comunicando a CONCEBRA sobre a necessidade de ressarcimento dos danos sofridos em razão de desmobilização adicional¹⁴²².

1590. A REQUERENTE aduz que a REQUERIDA teria reconhecido que o CONTRATO DE CONCESSÃO atribuiu ao Poder Concedente a obtenção da LI, por meio do Ofício nº 290/2016/GEINV/SUINF, de 10.05.2016¹⁴²³. Afirma também que a Procuradoria Federal junto à ANTT teria sido consultada sobre a data a ser considerada para início do cômputo das metas anuais estabelecidas no item 3.2.1.1 do PER, dado o atraso no processo de licenciamento, tendo

¹⁴¹⁹ Cf. RTE-138.

¹⁴²⁰ Cf. item 795 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁴²¹ Cf. RTE-065.

¹⁴²² Cf. RTE-141.

¹⁴²³ Cf. RTE-142.

emitido sua resposta pelo Parecer nº 00052/2016/PF-ANTT/PGF/AGU¹⁴²⁴. Do aludido parecer, constaria que o órgão:

- (i) reconheceu que o Poder Concedente não vinha obtendo as licenças ambientais, em especial a LI, no prazo contratual de 12 (doze) meses contados da assunção da rodovia concedida;
- (ii) afirmou que a REQUERENTE não poderia responder pelo atraso no cumprimento das metas contratadas, diante do contido na cláusula 10.3.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO; e
- (iii) assentou, quanto ao entendimento sobre o termo inicial, ser razoável admitir que o prazo somente teria início a partir da efetivação da transferência da titularidade da licença, à vista do fato de que a REQUERENTE não é responsável por sua obtenção.

1591. Prosseguindo em sua narrativa, a REQUERENTE afirma que, em 15.03.2016, após mais de um ano do prazo contratual, teria enviado carta ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (“IBAMA”) para solicitar a transferência de titularidade da LI, que se encontrava em nome da Empresa de Planejamento e Logística S.A. (“EPL”), relativa ao projeto de duplicação, melhorias e instalação de fibra óptica dentro dos limites da faixa de domínio das rodovias federais BR-153 e BR-232 em determinados subtrechos.

1592. Ato seguinte, relata a REQUERENTE que a REQUERIDA teria novamente reconhecido que o licenciamento ambiental seria de responsabilidade do Poder Concedente, quando da 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio. Entretanto, na nota técnica produzida na ocasião¹⁴²⁵, a ANTT teria assentado que “a estrutura mobilizada pela Concessionária para execução do plano de ataque seria de responsabilidade da Concessionária, e que deveriam ser considerados para reequilíbrio apenas os custos relativos à mobilização relacionada ao trecho de 76,4 km, já liberado pelo órgão ambiental para início das obras”¹⁴²⁶.

¹⁴²⁴ Cf. RTE-143.

¹⁴²⁵ Cf. RTE-145.

¹⁴²⁶ Cf. item 802 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1593. Diante disso, a REQUERENTE diz ter enviado à REQUERIDA a carta CNB-DIR/048/2016¹⁴²⁷, dentre outros, para:

- (i) informar que a LI fora emitida pelo IBAMA em 04.11.2016, já com atraso, e o ato de transferência da titularidade à CONCEBRA se dera em 29.04.2016;
- (ii) reiterar seu pleito de custos adicionais com desmobilização devido ao atraso no processo de licenciamento;
- (iii) contestar “a argumentação apresentada pela ANTT, segundo a qual a Concessionária seguiria tendo frente de trabalho para obras de duplicação, supostamente não ficando com equipamentos ou pessoal ociosos, bem como refutou a extensão de frentes de trabalho indicada pela ANTT”¹⁴²⁸. Afirmou, nesse contexto, que os recursos destinados à execução da duplicação não teriam aplicação em segmento reduzido;
- (iv) esclarecer ser “incorreta a afirmação de que a desmobilização adicional se referisse a frente de trabalho de apenas 76,4 km, como afirmou a ANTT, destacando que o dimensionamento da mobilização considerava a métrica do item 3.2 do PER, de 103,6 km para o ano 01 e 155,5 km para o ano 02”¹⁴²⁹;
- (v) apresentar o detalhamento dos procedimentos para mobilização e desmobilização¹⁴³⁰;
- (vi) explicar que “o atendimento à vultosa obra no prazo contratual estabelecido pelo PER teve como consequência a mobilização de contratantes que adquiriram máquinas, equipamentos, dimensionaram equipes e as treinaram, mobilizaram seis canteiros de obra estrategicamente posicionados e tornaram cativa uma fábrica de pré-moldados inaugurada somente para a obra em questão”¹⁴³¹; e

¹⁴²⁷ Cf. RTE-146.

¹⁴²⁸ Cf. item 804 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁴²⁹ Cf. item 804 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁴³⁰ Cf. RTE-147.

¹⁴³¹ Cf. item 804 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

- (vii) alertar que as perdas iriam além de rescisões de contrato de trabalho, incluindo o custo de recrutamento, seleção, treinamento, integração, mobilização e desmobilização, já que os equipamentos, a mão de obra, a fábrica de pré-moldado, as pedreiras etc. ficaram paralisados e improdutivos à espera da liberação de frentes de serviços.

1594. A argumentação da REQUERENTE, contudo, não veio a ser acolhida pela REQUERIDA, que, em 17.06.2016, expediu a Nota Técnica nº 015/2016/GEINV/SUINF¹⁴³², conforme assim narrado nas Alegações Iniciais¹⁴³³:

“No dia 17 de junho de 2016, a ANTT expediu a Nota Técnica nº 015/2016/GEINV/SUINF (RTE 148), em que afirmou, acerca dos custos de mobilização relacionados aos atrasos na emissão das licenças necessárias ao início das obras, que ‘em nenhum momento, a ANTT solicitou e indicou o quantitativo de equipamento e pessoal da mobilização da empreiteira para construção, onde o risco de mobilizar a construtora, bem como usa estrutura, antes da emissão da licença ambiental é total da Concessionária’. Na referida nota, a ANTT se recusou a reconhecer que o estabelecimento de prazos definidos para a realização das obras, para partes de boa-fé e interessadas no devido cumprimento tempestivo das obrigações previstas, significa a realização de preparação para que as obras possam iniciar na data prevista. Assim, a ANTT indicou que ‘o valor total que a Concessionária faz jus devido a Mobilização / Desmobilização e Instalação / Manutenção de Canteiro de Obras é de R\$ 3.896.538,99 (três milhões, oitocentos e noventa e seis mil, quinhentos e trinta e oito reais noventa e nove centavos)’, valor muito inferior aos efetivos custos incorridos pela Concessionária.”

1595. À vista disto, em 26.09.2016, a REQUERENTE relata ter enviado nova carta à REQUERIDA¹⁴³⁴ reiterando o pedido de reequilíbrio em questão e indicando que abriu frentes paralelas de ataque, visando ao atingimento da meta contratual, com a comprovação da desmobilização respectiva.

1596. Relata também que, no ano seguinte, submeteu novamente a questão no âmbito da 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, reafirmando que seu planejamento prévio para cumprir o cronograma de obras, frustrado pelo atraso no processo de licenciamento ambiental, não estava adstrito ao primeiro ano da concessão. Dessa forma, em sua perspectiva, o

¹⁴³² Cf. RTE-148.

¹⁴³³ Cf. item 806 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁴³⁴ Cf. RTE-149.

reequilíbrio, em relação aos custos de desmobilização, deveria ser estendido aos demais segmentos de obras de duplicação apresentados à ANTT, à luz dos prejuízos causados.¹⁴³⁵

1597. Informa a REQUERENTE que inicialmente a REQUERIDA teria reconhecido o direito ao reequilíbrio devido à interrupção das obras de duplicação das rodovias e, assim, calculado o custo adicional a ser reequilibrado em R\$ 8.590.376,09 (oito milhões, quinhentos e noventa mil, trezentos e setenta e seis reais e nove centavos), dos quais R\$ 1.301.572,14 (um milhão, trezentos e um mil, quinhentos e setenta e dois reais e quatorze centavos) se refeririam à “mobilização/desmobilização” e R\$ 7.288.803,96 (sete milhões, duzentos e oitenta e oito mil, oitocentos e três reais e noventa e seis centavos) diriam respeito à rubrica “instalação de canteiros”, conforme Nota Técnica nº15/2017/GEINV/SUINF¹⁴³⁶.

1598. Ao estabelecer referido valor, que seria ainda inferior ao pretendido pela REQUERENTE, a ANTT teria assentado “*que ‘não seria necessário a Concessionária mobilizar uma estrutura nos dois anos iniciais do contrato igual à estrutura da época do pico de obras (Ano 3 da meta - 4º ano de concessão, conforme premissas contratuais). Além disso, entende-se que o risco de mobilizar a construtora, bem como sua estrutura, antes da emissão da licença ambiental é de responsabilidade da Concessionária.*”¹⁴³⁷.

1599. Segundo a REQUERENTE, naquela oportunidade, além dos R\$ 8.590.376,09 (oito milhões, quinhentos e noventa mil, trezentos e setenta e seis reais e nove centavos), a REQUERIDA também teria reconhecido o direito da CONCEBRA à remuneração de custos administrativos, na taxa de 6,24% para as novas obras e serviços inseridos no fluxo de caixa marginal, o que corresponderia a R\$ 536.039,47 (quinhentos e trinta e seis mil, trinta e nove reais e quarenta e sete centavos).

1600. Não obstante, subsequentemente, a REQUERIDA teria manifestado entendimento de que não deveria integrar o cálculo do reequilíbrio o custo com a desinstalação do canteiro de obra para a duplicação do trecho de 76,40 km impactado pelo atraso na emissão da licença ambiental,

¹⁴³⁵ Cf. RTE-70 e RTE-151.

¹⁴³⁶ Cf. RTE-071.

¹⁴³⁷ Cf. item 808 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

haja vista que o dispêndio da dita rubrica ocorreria durante a execução da obra, estando prevista no PER.

1601. Narra a REQUERENTE, assim, que a ANTT acabou por refazer seus cálculos, o que reduziu o valor do reequilíbrio que já havia sido deferido pela 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária. Confira-se¹⁴³⁸:

“[...] Em 22 de março de 2017, a ANTT emitiu a Nota Técnica nº 15/2017/GEINV/SUINF (RTE 71), sobre a 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária. Nessa nota, a ANTT mencionou ter sido aprovado o reequilíbrio no valor de R\$ 3.896.538,99 em relação aos custos adicionais de desmobilização, conforme seu posicionamento anterior. Entretanto, propôs alteração do valor a ser reequilibrado, em relação aos custos adicionais de desmobilização e desinstalação dos canteiros, para o montante revisado de R\$ 8.590.376,09 (oito milhões, quinhentos e noventa mil, trezentos e setenta e seis reais e nove centavos), a preços iniciais. A ANTT aduziu, ao estabelecer, novamente, valor de reequilíbrio muito inferior ao representativo dos custos da Concessionária, que ‘não seria necessário a Concessionária mobilizar uma estrutura nos dois anos iniciais do contrato igual à estrutura da época do pico de obras (Ano 3 da meta - 4º ano de concessão, conforme premissas contratuais). Além disso, entende-se que o risco de mobilizar a construtora, bem como sua estrutura, antes da emissão da licença ambiental é de responsabilidade da Concessionária.’ [...]

A ANTT também destacou, fazendo referência à Resolução nº 3651/2011/ANTT, que a Concessionária possui direito à remuneração de custos administrativos, na taxa de remuneração de 6,24% para as novas obras e serviços inseridos no Fluxo de Caixa Marginal. Nesse sentido, a agência propôs o valor de R\$ 536.039,47 (quinhentos e trinta e seis mil e trinta e nove reais e quarenta e sete centavos), a ser reequilibrado para inclusão dos custos administrativos do custo adicional de desmobilização e desinstalação do canteiro. Em 18 de maio de 2017, pela Nota Técnica nº 025/2017/GEINV/SUINF (RTE 151), a ANTT reconheceu que ‘segundo a matriz de riscos do Contrato de Concessão, fica evidente que o risco no atraso do licenciamento ambiental é de responsabilidade do Poder Concedente e, no caso de atraso, a Concessionária faz jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.’ Assim, indicou: ‘para o caso em concreto, em que a Concessionária não pôde dar continuidade às obras de duplicação devido ao atraso de responsabilidade do Poder Concedente na emissão da licença ambiental, entende-se que a Concessionária deve ser remunerada no custo para desmobilizar os recursos humanos, bem como todos os equipamentos utilizados na execução da obra.’

Em resumo, foi reconhecido que após a conclusão da duplicação do trecho com liberação ambiental (76,40 km) a Concessionária teve de desmobilizar os recursos humanos, bem como todos os equipamentos utilizados na execução da obra, uma vez que os recursos mobilizados não poderiam ser utilizados para a continuidade das obras. Sob esse raciocínio, a ANTT indicou o direito da Concessionária ao reequilíbrio desses custos. Contudo, nessa ocasião, a ANTT decidiu reduzir, ainda mais, o valor passível de reequilíbrio. A ANTT entendeu que o custo relativo ao canteiro de obras seria o da instalação necessária para a execução de 76,40

¹⁴³⁸ Cf. itens 808 a 814 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

km de duplicação da rodovia. Sobre a desinstalação do canteiro de obras construído para a duplicação do trecho com liberação ambiental (76,40 km), a ANTT afirmou que, 'como a composição desta rubrica prevê que o dispêndio ocorrerá durante a execução da obra, não cabe reequilíbrio do contrato, pois trata-se de obra que está prevista originalmente no PER.'

O valor a ser reequilibrado indicado nesse ofício pela ANTT se referiu ao percentual do valor da obra definido na Portaria SUINF nº 247/2014. Para a definição do valor da obra, foi adotado o Custo Médio Gerencial do DNIT (base de maio/2015). Assim, a ANTT retificou a proposta apresentada em análise anterior para o cálculo de reequilíbrio, usando a metodologia e valores a seguir: [...]

A esse valor foi somada a remuneração de custos administrativos, na taxa de remuneração de 6,24%, com fundamento na Resolução nº 3651/2011/ANTT, em novo valor de R\$ 81.218,10, a preços iniciais, a ser reequilibrado para inclusão dos custos administrativos do custo de desmobilização do canteiro.

Ou seja, em 2017, na 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária a ANTT reduziu o valor do reequilíbrio que havia sido deferido pela 1ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária, em 2016.”

1602. Ainda no relato da REQUERENTE, teria ela submetido novamente o pleito à REQUERIDA, em 2018, por ocasião da 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária¹⁴³⁹, bem como, em 2019, no âmbito da 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária¹⁴⁴⁰, sem obter êxito, todavia.¹⁴⁴¹⁻¹⁴⁴² Noutros termos, a REQUERENTE diz não ter obtido o reequilíbrio integral dos custos associados à desmobilização decorrente do atraso no processo de licenciamento ambiental, conforme descrição dos fatos acima e planilha contida no RTE-154.

1603. A REQUERENTE argumenta, sem embargo, que a cláusula 10.3.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO era expressa em determinar a obrigação do Poder Concedente de disponibilizar à CONCEBRA a LI prevista na cláusula 5.2.1 em prazo compatível com o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1 do PER, além de estabelecer prazo de 12 (doze) meses, contados da data da assunção da rodovia, para a disponibilização da primeira LI.

1604. Aduz, também, que essas obrigações foram descumpridas, esclarecendo que o CONTRATO DE CONCESSÃO, em suas cláusulas 21.2.10 e 21.2.3, atribui o risco por eventuais

¹⁴³⁹ Cf. RTE-086.

¹⁴⁴⁰ Cf. RTE-075.

¹⁴⁴¹ Cf. RTE-152, RTE-153, RTE-087 e RTE-031.

¹⁴⁴² Cf. RTE-105.

atrasos no licenciamento ao Poder Concedente¹⁴⁴³, bem como “o risco de descumprimento de suas obrigações contratuais, inclusive pelo descumprimento de prazos previstos no Contrato”¹⁴⁴⁴. Nesse contexto, defende a REQUERENTE fazer jus ao reequilíbrio pelos custos de desmobilização.

1605. A REQUERENTE busca refutar o argumento utilizado pela REQUERIDA na via administrativa de que a CONCEBRA “deveria somente se mobilizar para executar as obras nos trechos que já tivessem licenciamento regularizado, devendo, portanto, aguardar o licenciamento de cada trecho para que pudesse se mobilizar”¹⁴⁴⁵. Com efeito, dito argumento teria sido “usado pela ANTT para considerar inicialmente apenas o trecho de 76,4km já liberado para realização das obras em seu cálculo”¹⁴⁴⁶. Para a REQUERENTE¹⁴⁴⁷:

“[...] A ANTT desconsiderou, com essa argumentação, o fato de que a consecução de obras vultosas, como as que cabiam à Concessionária, demanda planejamento com antecedência, e que, para o devido cumprimento de suas obrigações dentro do prazo previsto, a Concessionária não poderia planejar-se apenas para o início das obras daquele trecho. Destaca-se que o dimensionamento da mobilização considerava as métricas do item 3.2 do PER, de 103,6 km para o ano 01 e 155,5 km para o ano 02. Nesse sentido, a Concessionária ponderou que o cumprimento do cronograma de obras, como originalmente previsto, demandava, ao longo do 1º ano da concessão, grande mobilização (usinas de asfalto, jazidas, canteiros e demais unidades industriais), não apenas para atender a meta de duplicação daquele ano, mas, sobretudo, para dar início às atividades que atenderiam as metas de duplicação e demais obras nos 5 anos consecutivos, conforme prazo para duplicação integral da rodovia constante do item 3.2.1 do PER, sendo evidente, portanto, que a Concessionária precisava, com antecedência, organizar os esforços necessários à integralidade dos investimentos em duplicação, não apenas na sua parcela inicial.

Não há fundamento para sugerir que a Concessionária deveria prever que as licenças não seriam transferidas no momento determinado contratualmente e que, de alguma forma, deveria

¹⁴⁴³ Consoante argumenta a REQUERENTE: “é condição necessária para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro a observância das alocações legal e contratual de riscos. A lógica de elaboração da matriz de riscos envolve compreender que os riscos devem ser alocados à parte que tem melhor condições de gerenciá-los, o que inclui, em eventos significativos como esses, (i) prevenir sua ocorrência e (ii) minimizar os prejuízos resultantes de eventual ocorrência. Assim, a parte responsável pelos riscos terá os incentivos para tomar as ações possíveis para evitar sua ocorrência, e caso ele ocorra, poderá remediá-lo a menor custo. Isso traz uma diminuição dos custos de contratação e maior eficiência na gestão contratual”. Nessa lógica, prossegue, deveriam ser compreendidos os “eventos relacionados à alocação de riscos referente ao processo de licenciamento ambiental necessário para o início das obras planejadas para cumprimento do Contrato de Concessão” (cf. item 792 das Alegações Iniciais da REQUERENTE).

¹⁴⁴⁴ Cf. item 392 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁴⁴⁵ Cf. item 819 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁴⁴⁶ Cf. item 820 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁴⁴⁷ Cf. itens 819 e 820 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

ter-se prevenido não mobilizando a construtora para realizar as obras necessárias. Pelo contrário, a conduta da Concessionária demonstra seu interesse em cumprir as obrigações que lhe foram atribuídas pelo Contrato de Concessão. Não poderia a Concessionária presumir que o Poder Concedente descumpriria sua obrigação, aguardando quando houvesse apenas a efetiva transferência da licença para mobilizar suas equipes. A lógica sugerida pela agência de que a Concessionária deveria aguardar a licença para depois se mobilizar é completamente oposta aos procedimentos usuais e mais eficientes de engenharia rodoviária, e mesmo ao interesse público de que as obras de ampliação fossem tempestivamente concluídas. Além disso, a própria Licença de Instalação nº 1.088/2015 fora emitida pelo IBAMA em 04 de novembro de 2015 – já com bastante atraso em relação aos prazos contratuais.”

1606. Da mesma maneira, a REQUERENTE desenvolve argumentação para se contrapor à tese apresentada pela REQUERIDA na via administrativa para negar o reequilíbrio em relação aos custos relativos à desinstalação do canteiro de obras para a duplicação do trecho que já contava com licença ambiental, qual seja, a de que tais obras já estariam previstas no PER. Conforme aduz a CONCEBRA¹⁴⁴⁸:

“[...] a Concessionária não estava ou está a demandar os custos que ela já incorreria para manter as equipes mobilizadas e prontas para execução das obras durante o prazo contratualmente previsto, que correspondem ao risco efetivamente assumido pela Requerente. O que a Concessionária está a demandar é o reequilíbrio pelos custos adicionais decorrentes da necessidade de suspensão das atividades de construção, advindos da desmobilização adicional causada pelo atraso. Que ao fim das obras de duplicação seria necessária a desmobilização isso é óbvio – e seria custo incorrido pela Concessionária ao fim de tais obras. Caso o Poder Concedente não tivesse descumprido suas obrigações e disponibilizado as licenças a tempo, a Concessionária teria tido a oportunidade de aproveitar as estruturas e pessoal mobilizados. Como explicado, a desmobilização já prevista na dinâmica regular obras não é objeto do pleito, mas apenas a desmobilização causada pela necessária suspensão das atividades decorrente do descumprimento pelo Poder Concedente de suas obrigações.”

1607. Desse modo, considerando que as revisões tarifárias promovidas na via administrativa não abrangeram todos os custos com desmobilização adicional que entende devidos, a REQUERENTE submete ao Tribunal Arbitral pleito para que seja reconhecido o correspondente desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO decorrente do atraso no licenciamento ambiental.

¹⁴⁴⁸ Cf. item 822 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1608. Com efeito, a REQUERENTE argumenta ter submetido à REQUERIDA “o *Planejamento Anual de Obras, que foi subsequentemente aceito pela Requerida*”¹⁴⁴⁹. Para aquela, acaso a REQUERIDA houvesse identificado mobilização superior a efetivamente necessária, não deveria ter aceitado os projetos de obras apresentados pela CONCEBRA.

1609. A REQUERENTE advoga também que não antecipou o cronograma das obras. Conforme sustenta, sua mobilização não teria relação com “*antecipação do cronograma de obras, mas sim da preparação necessária para que as obras planejadas fossem executadas de acordo com o cronograma previsto pelo PER*”¹⁴⁵⁰, pelo que “*não havia qualquer obrigação de comunicação à ANTT das medidas empregadas*”¹⁴⁵¹.

1610. Quanto ao ponto, a REQUERENTE também afirma que sua mobilização não se voltou à consecução da meta do primeiro ano da concessão, visto que “*o cumprimento devido das metas dos anos subsequentes também exige mobilização para os trechos subsequentes*”¹⁴⁵². Para ela, se não tivesse realizado a mobilização de mão de obra e materiais como fez, não lograria executar as obras no prazo contratual.

1611. No que diz respeito à alegação da REQUERIDA de que o atraso na disponibilização da LI teria impactado a execução de apenas parcela das obras, não impedindo a Frente de Recuperação, Manutenção e Conservação previsto no PER, a REQUERENTE afirma que:

- (i) “*as Frentes de Manutenção e de Conservação não se aplicam ao presente caso e não foram consideradas pela Requerente para fazer a análise do valor devido a título de reequilíbrio. A primeira ocorre apenas em período posterior ao 5º Ano de Concessão e a segunda representa custo operacional*”¹⁴⁵³; e
- (ii) seria impraticável dissociar a Frente de Recuperação da Frente de Duplicação, já que a construtora realizaria o serviço de recuperação em conjunto com a

¹⁴⁴⁹ Cf. item 158 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

¹⁴⁵⁰ Cf. item 436 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁴⁵¹ Cf. item 436 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁴⁵² Cf. item 437 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁴⁵³ Cf. item 441 da Réplica da REQUERENTE.

duplicação¹⁴⁵⁴, “o que significa que essa frente de fato foi impactada pelo atraso no licenciamento ambiental”¹⁴⁵⁵.¹⁴⁵⁶

1612. Para a REQUERENTE, o fato de o PER indicar data de início dos trabalhos distintas para cada uma das frentes “*não invalida o fato de que, de acordo com as melhores práticas para o setor de rodovias, essas obras deveriam ser realizadas complementarmente*”¹⁴⁵⁷.

1613. A REQUERENTE também impugna a tese da REQUERIDA de que aquela não teria agido de boa-fé, deixando de respeitar o dever de mitigar o próprio prejuízo. Além de indicar a inaplicabilidade da decisão cuja ementa foi trazida pela ANTT em sua Resposta às Alegações Iniciais, a CONCEBRA aduz não ter incorrido em ação comissiva ou omissiva que pudesse qualificar negligência de sua parte; ao contrário, defende que inclusive alertou a REQUERIDA sobre os potenciais prejuízos que poderiam ser ocasionados caso houvesse descontinuidade na liberação das licenças ambientais, conforme RTE-140.

1614. Ainda neste particular, a REQUERENTE defende que:

- (i) caso “*tivesse buscado desmobilizar antecipadamente a frente de trabalho, isso teria obstruído o cumprimento tempestivo de suas obrigações contratuais, o que significaria uma perda considerável para si. Desse modo, tal ação não poderia ser exigida da Requerente*”¹⁴⁵⁸; e
- (ii) “*a consequência última do argumento da ANTT equivaleria à afirmação absurda de que as concessionárias de serviços públicos deveriam antecipar o*

¹⁴⁵⁴ Como explica a REQUERENTE, “*enquanto se duplica a via, o tráfego permanece na pista antiga; terminada a duplicação, é realizada a recuperação da pista antiga e o tráfego passa a fluir pela pista duplicada. É apenas desta forma possível que a Concessionária ofereça aos usuários uma rodovia em condições adequadas desde o início da concessão. Não há sentido lógico ou técnico em primeiro realizar apenas a obra de duplicação de toda a rodovia e ignorando a recuperação das pistas anteriormente existentes, ou o inverso.*” (cf. item 442 da Réplica da REQUERENTE).

¹⁴⁵⁵ Cf. item 442 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁴⁵⁶ A REQUERENTE esclarece que, “*enquanto é realizada a ampliação da rodovia, a pista já existente é mantida em funcionamento; conforme se prossegue ao próximo segmento de rodovia, realiza-se a recuperação do trecho antes em operação, mantendo-se a pista recém ampliada em funcionamento para o tráfego de veículos*” (cf. item 162 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021).

¹⁴⁵⁷ Cf. item 162 da manifestação da REQUERENTE de 20.04.2021.

¹⁴⁵⁸ Cf. item 451 da Réplica da REQUERENTE.

*descumprimento das obrigações pelo Poder Concedente e deixar de cumprir com as suas obrigações de acordo com o cronograma estabelecido de modo a ‘mitigar prejuízos’ desse inadimplemento futuro do Poder Concedente. O acolhimento dessa conclusão, claramente, traria efeitos desastrosos para a consecução dos objetivos ditados pelos contratos de concessão de serviços públicos e para o interesse público”*¹⁴⁵⁹.

1615. Assim, reiterando que o CONTRATO DE CONCESSÃO alocou ao Poder Concedente o risco relacionado à obtenção das licenças em questão, que houve descumprimento do prazo contratual para sua disponibilização e que isto resultou em custos adicionais relacionados à mobilização, a REQUERENTE reitera seu pedido de reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro.

1616. A REQUERENTE aduz que, no curso da fase instrutória deste procedimento, as conclusões externadas pela perita teriam apontado para o fato de que *“a mobilização promovida pela Requerente era adequada para o volume de obras de ampliação de capacidade, e que, caso ela aguardasse a licença para o início das obras, provavelmente teria dificuldades no cumprimento do cronograma do PER”*¹⁴⁶⁰. Invoca, nesse contexto, as respostas prestadas pela expert nos quesitos n^{os} 184 e 185 da CONCEBRA e ao quesito complementar n^o 41 da REQUERIDA.

1617. Assim, complementa a REQUERENTE¹⁴⁶¹:

“[...] a partir dos achados da perícia, é possível concluir que não tem qualquer fundamento a alegação da Requerida de que era risco da Requerente a mobilização para atender às metas de duplicação dos trechos que ainda não tinham a liberação ambiental. Afinal, se a mobilização promovida pela Requerente foi adequada para o volume de obras previsto no PER – conforme reconhecido pela perícia –, e se ela provavelmente teria dificuldade de cumprir tal cronograma caso aguardasse a efetiva transferência da licença – conforme também reconhecido pela perícia –, não lhe restava outra opção senão partir da premissa de que o Poder Concedente cumpriria o Contrato de Concessão e disponibilizaria a licença ambiental no prazo previsto. Decerto, não poderia a Concessionária presumir que o Poder Concedente descumpriria sua obrigação, do contrário, colocaria em risco o cumprimento das suas próprias obrigações e ficaria exposta à aplicação de sanções.”

¹⁴⁵⁹ Cf. item 452 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁴⁶⁰ Cf. item 400 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁴⁶¹ Cf. item 403 das Alegações Finais da REQUERENTE.

1618. A REQUERENTE também aduz que o trabalho pericial produzido nesta arbitragem teria realizado o cálculo do impacto econômico-financeiro decorrente do atraso no licenciamento ambiental, a partir da documentação fornecida por aquela do pagamento de multa contratual à construtora pela desmobilização de canteiros.

1619. Conforme se poderia extrair dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023, assim, teria ficado apurado na perícia que a REQUERENTE “sofreu um impacto de R\$ 33.077.518,83 (data-base maio de 2012) por esse evento, compreendendo a multa contratual paga à construtora e os custos administrativos”¹⁴⁶².

1620. A REQUERENTE esclarece que o cálculo realizado pela *expert* abrangeria tão somente os gastos com a desmobilização adicional ocorrida como consequência dos atrasos na emissão da licença ambiental, e não custos que já estariam no planejamento original de execução das obras. Segundo aquela, “isso fica evidente quando se tem em conta que o valor de desequilíbrio considerado pela perícia corresponde ao pagamento de uma multa contratual à construtora, que, evidentemente, não ocorreria se a desmobilização tivesse ocorrido ao final da execução das obras na forma planejada”¹⁴⁶³.

1621. Do mesmo modo, a REQUERENTE afirma ser incorreta a tese da REQUERIDA de que os custos de desmobilização decorrentes do atraso na emissão da licença ambiental seriam compensados por aqueles que já ocorreriam com a desmobilização ao final do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1622. Na sua visão, dita tese “desconsidera os efeitos no tempo sobre os custos incorridos dentro de um fluxo de caixa”, sendo que “o impacto financeiro de custos com desmobilização

¹⁴⁶² Cf. item 405 das Alegações Finais da REQUERENTE. A posição da perita teria sido alterada no laudo complementar pericial, dentre outros à luz das considerações feitas pelos assistentes técnicos da REQUERENTE nos itens 84 a 97 do seu parecer de engenharia de 24.04.2023, bem como dos documentos que instruíram o referido parecer. A propósito, os assistentes técnicos da REQUERENTE afirmaram que, “atendendo à solicitação da própria empresa perita, a Requerente apresentou, em conjunto com o seu parecer técnico sobre o laudo pericial, os documentos que evidenciam os custos efetivamente desembolsados pela Requerente com a desmobilização dos canteiros de obra em decorrência dos atrasos na obtenção das licenças ambientais (anexos ao parecer técnico da Requerente enviados ao Tribunal Arbitral)” (cf. item 45 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE datado de 01.06.2023).

¹⁴⁶³ Cf. item 408 das Alegações Finais da REQUERENTE.

*de canteiros em momento inicial do Contrato, no qual se concentra o seu maior valor de investimentos, é muito maior do que o impacto financeiro da desmobilização ao final da realização das obras, quando entradas de caixa já foram viabilizadas para fazer frente às obrigações financeiras da Concessionária”*¹⁴⁶⁴.

1623. Ademais, prossegue a REQUERENTE, a tese também desconsideraria a circunstância de que uma desmobilização imprevista possui impactos diferentes daqueles advindos de uma desmobilização planejada que ocorre ao final das obras.

1624. Nas suas palavras: *“além de haver gerado custos adicionais imprevisíveis (pelo pagamento de uma multa contratual à construtora, que, evidentemente, não teria ocorrido se a desmobilização houvesse ocorrido ao fim da obra, no momento previsto contratualmente) e pela manutenção dos recursos mobilizados, sem atividade e aguardando frente de serviço até serem desmobilizados, o atraso no licenciamento ambiental surpreendeu o planejamento da Requerente e, com isso, impediu a realização de uma desmobilização gradual e refletida, que permitisse a otimização dos ativos”*¹⁴⁶⁵.

1625. Nessa linha, a REQUERENTE conclui em Alegações Finais¹⁴⁶⁶:

“Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo que haja:

- (i) o reconhecimento do direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro no valor liquidado pela Equipe Pericial, de R\$ 31.134.712,75 (trinta e um milhões cento e trinta e quatro mil setecentos e doze reais e setenta e cinco centavos) relativos à multa contratual paga à construtora, mais R\$ 1.942.806,08 (um milhão novecentos e quarenta e dois oitocentos e seis reais e oito centavos) relativos aos custos administrativos (ambos em data-base maio/2012), totalizando R\$ 33.077.518,83 (trinta e três milhões setenta e sete mil quinhentos e dezoito reais e oitenta e três centavos) (data-base maio/2012);*
- (ii) a condenação da Requerida à realização do reequilíbrio econômico-financeiro no valor referido no item (i) acima, ou, caso extinta a concessão, a condenação da Requerida a indenizar a Concessionária no valor referido no item (i).”*

¹⁴⁶⁴ Cf. item 409 das Alegações Finais da REQUERENTE. Em sentido semelhante, cite-se o item 47 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE datado de 01.06.2023.

¹⁴⁶⁵ Cf. item 410 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁴⁶⁶ Cf. item 411 das Alegações Finais da REQUERENTE.

XII.9.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

1626. A REQUERIDA esclarece que: (i) nos termos da cláusula 5 do CONTRATO DE CONCESSÃO, as licenças ambientais geralmente seriam obtidas pela REQUERENTE; (ii) excepcionalmente, seriam de responsabilidade do Poder Concedente aquelas licenças previstas na cláusula 5.2 da avença; e (iii) as licenças necessárias ao cumprimento da primeira meta anual deveriam ser disponibilizadas em até 12 (doze) meses da data da assunção das rodovias concedidas.

1627. Informa que o PER teria disposto sobre a lista de obras que dependeriam da obtenção de licenciamento pelo Poder Concedente, prevendo o respectivo cronograma de execução. Conforme se poderia extrair do PER, para o primeiro ano da concessão, estaria prevista a execução de 103,6 km (cento e três vírgula seis quilômetros) de duplicação.

1628. A REQUERIDA também destaca ser incontroverso que:

- (i) estariam disponíveis para execução de obras de ampliação de capacidade e melhorias 76,4 km (setenta e seis vírgula quatro quilômetros) dentro do prazo estabelecido no CONTRATO DE CONCESSÃO, já que para tais não se fazia necessária a prévia emissão da licença a cargo do Poder Concedente¹⁴⁶⁷;
- (ii) teria ocorrido reconhecimento administrativo de atraso no licenciamento em relação ao restante necessário para o cumprimento da meta do primeiro ano da concessão;
- (iii) por força do atraso, teria havido readequação dos prazos para o cumprimento das metas anuais, bem como reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO pelos custos adicionais compatíveis com as obras passíveis de

¹⁴⁶⁷ A REQUERIDA esclarece que o CONTRATO DE CONCESSÃO previu, em sua cláusula 5.1, “a obrigação da Concessionária em obter concordância do Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA para as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias que se enquadrem nas condições do art. 8º, inciso III, da Portaria nº 288/MT/MMA. E, para tanto, deveria protocolar junto ao IBAMA os documentos necessários que comprovem o enquadramento nas condições do referido normativo: [...]”. E complementa: Como foi dito na Audiência de Instrução, o art. 8, III, da Portaria nº 288/MT/MMA, permitiu à Requerente duplicar os 10% da rodovia que era considerado como meta para início de cobrança de pedágio (linhas 4783 a 4785 da Estenotipia), tal qual previsto na subcláusula 18.1.1 do contrato de concessão. Decerto, conforme narrado nas próprias Alegações Iniciais da Requerente (v.g. p. 296), 76,4km que representariam mais de 647,8km, ou seja, mais de 10% de trechos a serem duplicados (647,8km) já estavam liberados para duplicação, independentemente da obtenção da licença de instalação a cargo do Poder Concedente.” (cf. itens 532 a 534 das Alegações Finais da REQUERIDA).

execução no trecho liberado de 76,4 km (setenta e seis vírgula quatro quilômetros);

- (iv) “o valor desse reequilíbrio foi de R\$ 1.301.572,14 (um milhão, trezentos e um mil, quinhentos e sessenta e dois reais e quatorze centavos), a título de desmobilização, e R\$ 81.218,10 (oitenta e um mil, duzentos e dezoito reais e dez centavos), a título de custos administrativos”¹⁴⁶⁸; e
- (v) a divergência entre as partes residiria no valor a ser objeto de reequilíbrio contratual, já que a REQUERENTE entende que os prejuízos suportados com o atraso no licenciamento ambiental seriam superiores aos considerados pela ANTT na via administrativa.

1629. A REQUERIDA passa então a rebater o argumento apresentado pela REQUERENTE de que teria se mobilizado não somente para a execução das obras dos 76,4 km (setenta e seis vírgula quatro quilômetros) de rodovia que já estariam liberados, mas para o cumprimento de toda a meta do primeiro e segundo anos da concessão, o que teria resultado em custos adicionais de desmobilização. Afirma a ANTT, nessa esteira:

- (i) não ter havido demonstração dessa mobilização extraordinária ao tempo dos pleitos administrativos;
- (ii) que, “caso, de fato, estivesse no planejamento da Requerente uma antecipação de obras, tal fato deveria ter sido comunicado à ANTT, nos termos estabelecidos pela Resolução nº 1.187/2005”¹⁴⁶⁹ (cf. art. 5º, § 1º);
- (iii) que a decisão de antecipar a mobilização dos canteiros da obra – do segundo ao quinto ano da concessão – decorreria de uma opção estratégica da REQUERENTE, que deve ser por ela assumida “por sua conta e risco”¹⁴⁷⁰;
- (iv) que o estudo apresentado como RTE-223 teria englobado “os serviços de mobilização, projetos e trabalhos iniciais e obras de duplicação, inclusive com a instalação de quatro canteirões de obra, uma unidade de usina de asfalto, uma

¹⁴⁶⁸ Cf. item 386, “5”, da Resposta da REQUERIDA.

¹⁴⁶⁹ Cf. item 389 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁴⁷⁰ Cf. item 19 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

*unidade central de concreto e uma central de britagem, para cada um dos lotes 1, 3 e 4*¹⁴⁷¹, afirmando que todos teriam ocorrido já no segundo ano da concessão;

- (v) que, na lógica do CONTRATO DE CONCESSÃO, especialmente para obras já previstas, a ANTT não realizaria um acompanhamento simultâneo enquanto não vencido o respectivo prazo;
- (vi) que, *“pelas próprias dificuldades narradas pela Requerente em suas Alegações Iniciais para obtenção de recursos de terceiros, não parece crível que teria condições de estabelecer uma meta mais arrojada do que a prevista no PER*”¹⁴⁷²;
- (vii) que o atraso no processo de licenciamento impactou a execução de apenas parcela das obras, relacionadas à Frente de Ampliação de Capacidade, não impedindo as Frentes de Recuperação, Manutenção e Conservação, que *“utilizariam certamente a estrutura mobilizada*”¹⁴⁷³;
- (viii) que as mobilizações maiores ocorrem próximo ao cumprimento das metas dos terceiro e quarto anos da concessão, não fazendo sentido, tecnicamente, a antecipação da mobilização, conforme Nota Técnica SEI nº 377/2019/GEFOR/SUINF/FI¹⁴⁷⁴; e
- (ix) que *“a Requerente vinha acompanhando o trâmite do licenciamento ambiental e certamente já teria condições de antecipar os atrasos e mitigar as próprias perdas (duty to mitigate the loss)*”¹⁴⁷⁵, em linha com a boa-fé objetiva.

1630. A REQUERIDA reitera, ademais, ter procedido ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO na via administrativa, nos seguintes termos¹⁴⁷⁶:

¹⁴⁷¹ Cf. item 17 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

¹⁴⁷² Cf. item 391 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁴⁷³ Cf. item 392 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁴⁷⁴ Cf. R-088.

¹⁴⁷⁵ Cf. item 394 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁴⁷⁶ Cf. itens 206 a 210 da Tréplica da REQUERIDA.

“[...] cabe mais uma vez apontar para esse Tribunal que esta Agência considerou que ‘após a conclusão da duplicação do trecho com liberação ambiental (76,40 km) a Concessionária teve que desmobilizar os recursos humanos, bem como todos os equipamentos utilizados na execução da obra, uma vez que o mobilizado não poderia ser utilizado para a continuidade das obras, pois a Licença de Instalação ainda não tinha sido emitida’ (vide Nota Técnica nº 10/2018/GEINV/SUINF - R-24).

Esses custos de desmobilização relacionados aos 76,40 km foram reequilibrados no valor de R\$ 1.301.572,14 (um milhão, trezentos e um mil, quinhentos e setenta e dois reais e quatorze centavos), a preços iniciais, no 2º ano de concessão, calculado de acordo com o CUSTO MÉDIO GERENCIAL DO DNIT – MAIO/2015, acrescido do valor de R\$ 81.218,10 relacionado a remuneração dos custos administrativos na taxa de remuneração de 6,24% conforme estabelece a Resolução n.º 3.651/2011 (R-89).

O detalhamento dos valores obtidos utilizando-se o CUSTO MÉDIO GERENCIAL DO DNIT – MAIO/2015 (doc. R-75 – pág. 33) encontram-se no quadro abaixo: [...]

No que se refere à remuneração pelos custos administrativos do detalhamento dos valores obtidos encontram-se no quadro abaixo (doc. R-75 – pág. 34): [...]

No que se refere aos eventuais valores relacionados à desinstalação do canteiro de obras construído para a duplicação do trecho com liberação ambiental (76,40 km) estão não foram objeto de reequilíbrio, uma vez que se trata de obra que está prevista originalmente no PER cujo custo já se encontra inserido. E, em relação a estes, não houve qualquer pleito da Requerente, uma vez que seu pedido se limita aos custos de desmobilização, sendo, portanto, incontroverso a ausência de direito a reequilíbrio por custos incorridos relacionados a desinstalação do canteiro de obras.”

1631. Quanto ao argumento da REQUERENTE de que sua mobilização não teria se dado para antecipação de obras, a REQUERIDA:

- (i) afirma não haver prova de que houve anuência da autoridade competente no âmbito da ANTT para antecipação do cronograma de obras;
- (ii) reitera que não aprovava ou validava as obras da REQUERENTE, visto que o planejamento respectivo seria “*matéria inerente a sua administração interna no exercício da sua gestão empresarial*”¹⁴⁷⁷;
- (iii) ratifica sua posição de que a antecipação do cronograma de obras previsto no PER depende de anuência da ANTT, o que não teria ocorrido;
- (iv) aduz que, “*por mais que a Requerente entenda que não se trata de antecipação de cronograma das obras do PER, não parece crível realizar mobilização em*

¹⁴⁷⁷ Cf. item 215 da Tréplica da REQUERIDA.

*grau superior e totalmente em descompasso com as metas contratuais estabelecidas no PER sem que a condição sine qua non para início das obrigações relacionadas à Frente de Ampliação de Capacidade estivesse implementada: data da expedição da Licença de Instalação (vide item 3.2.1 do PER)”*¹⁴⁷⁸;

- (v) ser “no mínimo estranho que a Requerente, antes mesmo de ter recebido a transferência da licença ambiental do Poder Concedente antecipasse a mobilização de obras dos anos seguintes”¹⁴⁷⁹, conforme observado na nota técnica contida no R-088; e
- (vi) a SeinfraRodoviaAviação do TCU teria entendimento de que o dispêndio de recursos pela empresa, com montagem de canteiro mesmo sem estar de posse das licenças ambientais e sem conseguir os financiamentos necessários, revelaria um ato de imprudência por parte da concessionária¹⁴⁸⁰.

1632. Em relação à tese da REQUERENTE de que não seria possível dissociar a Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço da Frente de Recuperação, a REQUERIDA:

- (i) invoca a nota informativa acostada como documento R-059;
- (ii) explica detalhadamente os objetos e prazos de cada uma das frentes da concessão previstas no PER, conforme itens 518 a 530 de suas Alegações Finais;
- (iii) aduz que o PER seria claro ao estabelecer os momentos em que tais frentes devem ser iniciadas, dispondo como marco inicial da Frente de Recuperação a data da assunção do Sistema Rodoviário e como marco da Frente de Ampliação de Capacidade a data da expedição da LI, o que comprovaria que as obrigações não são indissociáveis;
- (iv) afirma que “a realização dos serviços de recuperação simultaneamente com a duplicação em um mesmo trecho é tecnicamente inviável, visto a necessidade de

¹⁴⁷⁸ Cf. item 217 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁴⁷⁹ Cf. item 218 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁴⁸⁰ Cf. R-104.

tráfego em ao menos uma das pistas (pista antiga ou pista nova) durante a realização de um dos dois tipos de serviço”¹⁴⁸¹;

(v) registra que “a Concessionária não executou qualquer recuperação da pista antiga, mesmo nos locais onde houve a implantação de duplicação, o que reforça ser improcedente a argumentação da imprescindibilidade de tais serviços serem simultâneos”¹⁴⁸²; e

(vi) assevera não haver nexos entre o atraso da licença ambiental para parte das obras da Frente de Ampliação de Capacidade e eventual direito de reequilíbrio a custos associados a obras da Frente de Recuperação.

1633. E, no que diz com a argumentação da REQUERENTE acerca da inaplicabilidade do dever de mitigar seus próprios prejuízos, a REQUERIDA assim aduz¹⁴⁸³:

“Embora a Requerente alegue no § 454 de sua Réplica que possuía expectativa legítima a respeito da transferência das licenças ambientais nos prazos contratuais, tal assertiva não merece guarida na medida que o processo de licenciamento ambiental envolve a participação direta da Requerente.

A esse respeito colaciona-se abaixo, as etapas do licenciamento ambiental a cargo da EPL: [...]

Observa-se que, após a emissão da Licença Prévia (LP) pelo órgão ambiental (passo 5), a EPL recebe o projeto de engenharia da concessionária (passo 6), atende as condicionantes da LP (passo 7), submete o projeto básico ambiental (PBA) e o inventário florestal para avaliação do órgão ambiental e solicita a Licença de Instalação (LI).

No caso da Requerente, em 05.03.2015, data em que deveria ter sido transferida a Licença de Instalação ainda não tinha disso emitida a Licença Prévia. O que só veio a ocorrer em 31.05.2015, data de emissão da Licença Prévia n.º 505/2015.

Ainda que por suposição a Requerente não estivesse acompanhando o processo de licenciamento ambiental, certo é que, somente após a licença prévia é que a EPL deveria ter solicitado à Requerente o encaminhamento do projeto de engenharia. E se tal fato não tinha ocorrido, não deveria haver expectativa legítima por parte da Requerente de que o prazo de 12 (doze) meses da data de assunção do sistema rodoviário seria cumprido.

A Licença de Instalação foi emitida pelo IBAMA em 04.11.2015 e transferida à Requerente em 29.04.2016. A data de 29.04.2016 foi, portanto, considerada para início da contagem do prazo previsto para cumprimento das metas anuais estabelecidas no item 3.2.1 do PER.

¹⁴⁸¹ Cf. item 225 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁴⁸² Cf. item 226 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁴⁸³ Cf. itens 230 a 239 da Tréplica da REQUERIDA.

Ora, se a Requerente era conhecedora de que havia atraso do Poder Concedente na transferência da Licença de Instalação e que tal data era o marco de início do dever de realizar as obras de ampliação de capacidade e melhorias, o ato da Requerente de mobilizar além do necessário para realização das obras previstas para o primeiro ano que possuíam licença ambiental em razão do enquadramento no art. 8º, inciso III da Portaria nº 288/MT/MMA, mas, inclusive para os anos seguintes, se deu por sua conta e risco e em total contradição com o dever de mitigar os danos. [...]

Por certo, se o dies a quo para início da Frente de Ampliação de Capacidade era a data de transferência da Licença de Instalação para a Requerente, e este fato ainda não tinha ocorrido não havia qualquer razoabilidade na mobilização nos moldes realizados pela Requerente a atrair a responsabilidade da Requerida.

Ainda que não se discuta que a responsabilidade pela obtenção da licença ambiental era de competência do Poder Concedente, é inegável que em diversos momentos há participação direta da Requerente neste processo, sendo inconteste a sua ciência sobre o atraso. Assim, se de fato houve uma mobilização na magnitude pleiteada pela Requerente, em total descompasso com o cronograma de obras, e não foi expressamente deferida por esta Agência qualquer antecipação no cronograma de obras, tal ato decorre de exclusiva estratégia do negócio da Requerente e se deu por sua conta e risco. Em outras palavras, se ela – por conta própria – agravou o seu dano ao realizar mobilização em total incompatibilidade com os trechos que já possuía licenciamento ambiental não cabe pleitear reequilíbrio além do que já foi concedido por esta Requerida.”

1634. Para a REQUERIDA, ademais, o fato de a REQUERENTE ter formulado pedido de relicitação das rodovias prejudicaria a pretensão de reequilíbrio contratual. Segundo advoga, o reequilíbrio se faria necessário caso a desmobilização ocorresse por duas vezes: (i) quando do atraso no licenciamento ambiental; e (ii) no momento da desmobilização após a conclusão total da obra. Como afirma, “somente neste caso teríamos custos adicionais e duplicados”¹⁴⁸⁴⁻¹⁴⁸⁵.

¹⁴⁸⁴ Cf. item 21 da manifestação da REQUERIDA de 20.04.2021.

¹⁴⁸⁵ Em suas Alegações Finais, a REQUERIDA tornou ao ponto. Aduz que a cláusula 10.3.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO teria cuidado de prever as consequências para a situação de atraso na emissão da licença de instalação pelo Poder Concedente. Para ela, “se o atraso na obtenção da licença de instalação impactou 10% das Obras de Ampliação da Capacidade e Melhorias, deverá ser promovida a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (subcláusula 10.3.2 (i) (b))”. Já “após o início da cobrança da Tarifa de Pedágio – que depende da duplicação de 10% do total estimado – o desatendimento da meta de duplicada de cada ano em razão do atraso na obtenção da licença ambiental não acarretará responsabilização da concessionária, sem prejuízo da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio (subcláusula 10.3.2 (i) (c))” (cf. item 536 das Alegações Finais da REQUERIDA). A REQUERIDA afirma que a hipótese diz respeito a atraso na licença ambiental sem impacto no início da cobrança do pedágio e nas receitas da concessionária, pelo que não caberia reequilíbrio nesse aspecto. Não obstante, ao examinar o pleito da REQUERENTE, considerou inicialmente que, embora os custos de mobilização e desmobilização já constassem do PER e da proposta comercial apresentada na licitação, ali não haveria previsão de despesas para desmobilização e remobilização. Dessa forma, admitiu a possibilidade de reequilibrar o CONTRATO DE CONCESSÃO na hipótese de a REQUERENTE demonstrar a incidência desses custos para “a) mobilização do canteiro de obra para execução das obrigações de duplicação da rodovia; b) desmobilização do referido canteiro em razão do atraso no licenciamento ambiental; c) remobilização do canteiro para a execução das obras de duplicação; d) execução das obrigações de duplicação da rodovia; e) desmobilização do canteiro após a conclusão da rodovia” (cf. item 540 das Alegações Finais da REQUERIDA).

1635. Por essas razões, sustenta em Tréplica a improcedência do pedido e pede, em caráter subsidiário *“seja adotado para cálculo do valores relacionados a desmobilização dos recursos humanos e equipamentos deve ser adotado o percentual do valor da obra definido na Portaria SUINF nº 247/2014, observado o Custo Médio Gerencial do DNIT e em relação aos custos administrativos estes devem observar a taxa de remuneração de 6,24% conforme estabelece a Resolução n.º 3.651/2011 (R-89)”*¹⁴⁸⁶.

1636. No curso da fase instrutória, a REQUERIDA aponta que a perícia teria inicialmente concluído que não haveria documentação de suporte para os valores apresentados pela REQUERENTE como desembolsados pela desmobilização adicional nos anos 1 (um) e 2 (dois) da concessão. Com efeito, a *expert* teria manifestado a necessidade de apresentação de documentos como relatórios e cronogramas de obras, plano de ataque, correspondências entre empreiteira e concessionária, notas fiscais, dentre outros.

1637. A REQUERIDA indica também que, no laudo pericial original datado de 06.02.2023, a perita teria:

- (i) afirmado a necessidade de *“apresentação do histórico de comunicações entre as partes a respeito do andamento da licença ambiental para melhor avaliar a possível participação da CONCEBRA no referido processo de licenciamento”*¹⁴⁸⁷; e
- (ii) *“quanto à proporcionalidade entre os custos apresentados e as metas de duplicação que se pretendia executar, a empresa destacou que apenas a*

Assim, conclui: *“mesmo considerando a informação apresentada pela empresa perita na p. 218 dos Esclarecimentos aos contralaudos, certo é que a Requerente somente teria duplicado um total de 82,76 km - sendo que deste total 66,14km foi no ano de 2015, 6,42km no ano de 2018 e 10,20km no ano de 2019 –, e considerando que em razão do advento do termo de relicitação a Requerente não irá apresentar nenhuma outra duplicação, a Requerida também já asseverou que no momento de análise do Ajuste de Contas necessário para o encerramento do contrato, poderá ser reconsiderada a recomposição de equilíbrio deferida na esfera administrativa”* (cf. item 451 das Alegações Finais da REQUERIDA). Em sentido semelhante, confirmam-se os itens 249 a 257 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023.

¹⁴⁸⁶ Cf. item 241 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁴⁸⁷ Cf. item 513 das Alegações Finais da REQUERIDA.

mobilização de 1 canteiro seria suficiente para atender ao determinado no PER (duplicação do Ano 1 de 103,6km)”¹⁴⁸⁸;

- (iii) sustentado “*a necessidade de levantar ‘todas as obras executadas pela CONCEBRA e quais canteiros foram utilizados para definir percentual de dano decorrente da falta da LP’¹⁴⁸⁹; e*
- (iv) refutado diversos documentos submetidos pela REQUERENTE como comprobatórios dos custos reclamados, conforme quadro reproduzido nas páginas 146 e 147 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

1638. Particularmente quanto ao item “i” acima, a REQUERIDA fez acostar a esta arbitragem os documentos R-154 a R-166, de onde constariam registros de reuniões e comunicações entre a REQUERENTE e os órgãos ambientais, bem como documentos afetos ao procedimento de emissão da licença ambiental.

1639. Para a REQUERIDA, aquelas interações entre a REQUERENTE e o órgão ambiental e a cronologia do procedimento de emissão da licença indicariam que a concessionária teria ciência de que a licença de instalação não seria emitida no prazo previsto no CONTRATO DE CONCESSÃO.¹⁴⁹⁰

1640. Sem prejuízo, de acordo com a REQUERIDA, a perita teria revisado seu entendimento na fase de esclarecimentos periciais, considerando o documento apresentado pela REQUERENTE no RTE-270, “*que ‘comprovaria’ que a CONCEBRA reconheceu e pagou à Construtora Triunfo o valor de R\$ 42.600.000,00 referente a custos supostamente incorridos em razão da suspensão parcial da execução das obras em função da não liberação da LP’¹⁴⁹¹.*

1641. Para a REQUERIDA, a conclusão final apresentada pela *expert* quanto à necessidade de reequilíbrio do valor acima estaria equivocada. Dita conclusão estaria “*baseada apenas em comunicações trocadas entre Concebra e Triunfo, sem qualquer detalhamento real dos custos*

¹⁴⁸⁸ Cf. item 514 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁴⁸⁹ Cf. item 515 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁴⁹⁰ Cf. itens 546 a 555 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁴⁹¹ Cf. item 517 das Alegações Finais da REQUERIDA.

de cada canteiro, bem como sem correspondência às obras previstas aos trechos de influência de cada local”¹⁴⁹².

1642. Aliás, a REQUERIDA registra que “*transferências de recursos financeiros entre Concebra e Triunfo foram alvo de investigação da Polícia Federal e são objeto de auditoria do TCU no bojo do TC 039.581/2019-5 onde foram levantadas suspeitas de fraude em documentação da Requerente e que não tinham qualquer relação com a execução do contrato de concessão aqui discutido*”¹⁴⁹³.

1643. Além disso, a REQUERIDA sustenta sobre a conclusão pericial:

- (i) a circunstância de que a REQUERENTE não teria apresentado documentação comprobatória dos custos extras com os canteiros de obras, “*considerando a necessidade de demonstrar quais obras foram efetivamente executadas com o apoio de cada canteiro*”¹⁴⁹⁴ – até para verificação de se “*os canteiros de obras consideradas como custos a serem reequilibrados não teriam sido utilizados para outras finalidades, como obras previstas nesta fase inicial do contrato de concessão*”¹⁴⁹⁵⁻¹⁴⁹⁶; e
- (ii) o fato de que a mobilização dos canteiros seria responsabilidade exclusiva da REQUERENTE.

1644. A REQUERIDA alega que, a despeito da conclusão da *expert*, o resultado final da perícia teria indicado que a mobilização realizada pela REQUERENTE “*só seria razoável no caso de execução de todas as obras de duplicação previstas no contrato de concessão*”¹⁴⁹⁷, o que não

¹⁴⁹² Cf. item 407 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024. Em sentido semelhante, confira-se item 118 da manifestação da REQUERIDA de 08.08.2023.

¹⁴⁹³ Cf. item 408 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024. Em sentido semelhante, citem-se os itens 394 a 396 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

¹⁴⁹⁴ Cf. item 410 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

¹⁴⁹⁵ Cf. item 562 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁴⁹⁶ No ponto, a REQUERIDA afirma que documento juntado pela REQUERENTE no curso da produção da prova técnica indicariam a existência de “*outras obras paralelas*” que poderiam fundamentar a instalação de canteiros de obra ou estrutura de apoio aos municípios (cf. item 400 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023).

¹⁴⁹⁷ Cf. item 413 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

teria ocorrido no caso, em que “até o momento atual somente foram duplicados 82,76km, correspondendo a 12,85% do trecho total previsto para duplicação”¹⁴⁹⁸.

1645. Ainda segundo a REQUERIDA, “a complementação de informações apresentadas pela empresa perita confirma que apenas a mobilização de 1 (um) canteiro seria suficiente para as obras até então previstas no contrato de concessão, sendo assim, pode ter ocorrido uma antecipação por parte da Requerente que se insere no seu âmbito decisório empresarial, não cabendo juízo da ANTT, e muito menos eventual reequilíbrio relativo a esse fato”¹⁴⁹⁹.

1646. A REQUERIDA também invoca o documento R-167 e o Parecer Técnico nº 151/2015/GEINV/SUINF¹⁵⁰⁰ para apontar que determinados canteiros de obra indicados pela REQUERENTE “tinham por finalidade o atendimento do mínimo necessário para início da cobrança de pedágio”¹⁵⁰¹ e de que, em relação a outros canteiros, “havia previsão não somente em razão da duplicação”¹⁵⁰² das rodovias concedidas.

1647. Por essas razões, a REQUERIDA assim conclui em Alegações Finais¹⁵⁰³:

“O certo é que, mesmo considerando eventual comprovação de mobilização de canteiros na véspera do prazo inicialmente fixado para a obtenção da Licença de Instalação (março de 2015), exclusivamente para a finalidade de duplicar a rodovia, a Requerente deveria, como parte interessada no cumprimento do contrato concessão ter remanejado a execução das suas obras e, por conseguinte, toda a infraestrutura de apoio, mormente se considerado: (i) que houve reprogramação do cumprimento deste prazo (cujo termo inicial dependia da obtenção da Licença de Instalação), (ii) que a Requerente sempre participou ativamente do processo de licenciamento ambiental, eis que a obtenção da licença dependia de projetos e informações por ela repassados, (iii) que a Requerente tinha a prerrogativa de escolher os trechos a serem duplicados, a cada meta anual de duplicações, e (iv) o planejamento da obra é de responsabilidade exclusiva da Requerente, devendo ser solicitada eventual antecipação de obra à Requerida, nos termos do art. 3º da Resolução ANTT nº 1.187, de 2005 (R-86).

E mais: a Requerida reitera a necessidade de revisar os custos adicionais de mobilização e instalação de canteiros outrora deferidos:

¹⁴⁹⁸ Cf. item 555 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁴⁹⁹ Cf. item 412 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

¹⁵⁰⁰ Cf. R-168.

¹⁵⁰¹ Cf. item 558 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁵⁰² Cf. item 558 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁵⁰³ Cf. itens 565 e 566 das Alegações Finais da REQUERIDA.

- *seja por considerar que o custo de mobilização e desmobilização, bem como instalação de canteiros já estava inserido na tarifa apresentada no âmbito da proposta comercial para as obras e serviços previstos no PER,*
- *seja por considerar que, após a desmobilização não houve uma remobilização e reinstalação de canteiros, sobretudo em razão do pleito de relicitação, não tendo a Requerente sequer avançado na entrega de duplicação prevista como meta 1 das Obras de Ampliação de Capacidade.”*

XII.9.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

1648. As partes controvertem na presente arbitragem sobre o direito de reequilíbrio/indenização em favor da REQUERENTE em razão dos custos adicionais que teriam sido causados pelo atraso na obtenção das licenças ambientais, responsabilidade contratualmente atribuída à REQUERIDA.

1649. Com efeito, para a realização das obras previstas no PER¹⁵⁰⁴, que incluía obras de duplicação da via, era necessário o licenciamento ambiental. O CONTRATO DE CONCESSÃO, conforme estipulado na cláusula 5.2.1, atribuiu a responsabilidade de obtenção de “*licença prévia e licença de instalação das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias*” à REQUERIDA, obrigação essa cumprida com atraso¹⁵⁰⁵.

1650. A cláusula 10.3.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁵⁰⁶ determinava a disponibilização da licença de instalação pelo Poder Concedente no prazo de 12 (doze) meses, contados da “*Data da Assunção*”¹⁵⁰⁷. A assunção do Sistema Rodoviário ocorreu em 05.03.2014, data da assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens¹⁵⁰⁸, nos termos da cláusula 1.1.1, “xii”, do CONTRATO DE CONCESSÃO, de modo que a licença deveria ter sido disponibilizada até 05.03.2015. No entanto, de acordo com os documentos disponibilizados durante o

¹⁵⁰⁴ Cf. RTE-014.

¹⁵⁰⁵ Cf. itens 793 e 794 das Alegações Iniciais e itens 384 e 386 das Respostas às Alegações Iniciais.

¹⁵⁰⁶ “10.3.2 A licença de instalação prevista na subcláusula 5.2.1 será disponibilizada a Concessionária em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1.1. do PER, de acordo com as seguintes condições. (i) A licença de instalação necessária ao cumprimento da primeira meta anual das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias prevista no item 3.2.1 do PER será disponibilizada a Concessionária em até 12 (doze) meses contados da Data da Assunção” (cf. RTE-001)

¹⁵⁰⁷ A “Data da Assunção” é definida pela cláusula 1.1, “xii”, do CONTRATO DE CONCESSÃO, como a “data da assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens (anexo 1 do Contrato)”.

¹⁵⁰⁸ Cf. RTE-138.

procedimento arbitral, a Licença de Instalação nº 1088/2015¹⁵⁰⁹ foi emitida pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA) em 04.11.2015 e transferida para a REQUERENTE em 29.04.2016.

1651. A REQUERENTE alega que, desde 30.04.2015, alertava a REQUERIDA sobre prejuízos decorrentes de custos de desmobilização adicionais¹⁵¹⁰, não previstos no CONTRATO DE CONCESSÃO em razão da descontinuidade na liberação de licenças ambientais¹⁵¹¹. A REQUERIDA, por meio do Ofício nº 290/2016/GEINV/SUINF¹⁵¹², datado de 10.03.2016, e da Nota Técnica nº 011/2016/GEINV/SUINF¹⁵¹³ reconheceu que o CONTRATO DE CONCESSÃO instituiu como responsabilidade do Poder Concedente a obtenção da Licença de Instalação das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias do item 3.2.1 do PER¹⁵¹⁴.

1652. As partes estão de acordo sobre os seguintes pontos: (i) a responsabilidade da REQUERIDA na obtenção da licença; (ii) o atraso na obtenção do licenciamento ambiental; (iii) houve reequilíbrio deferido pela REQUERIDA no valor de R\$ 1.301.572,14 (um milhão, trezentos e um mil, quinhentos e setenta e dois reais e quatorze centavos), a título de desmobilização de recursos humanos e equipamentos utilizados após a conclusão da duplicação do trecho com liberação ambiental (76,40 km), e de R\$ 81.218,10 (oitenta e um mil, duzentos e dezoito reais e dez centavos), a título de custos administrativos.

1653. Não obstante, as partes controvertem sobre se o montante reequilibrado em razão do atraso na disponibilização da licença foi suficiente, uma vez que discutem a efetiva necessidade da mobilização do quantitativo de equipamentos e pessoal realizada pela REQUERENTE.

¹⁵⁰⁹ Cf. RTE-138.

¹⁵¹⁰ Cf. RTE-140.

¹⁵¹¹ Cf. itens 796 e 797 das Alegações Iniciais.

¹⁵¹² C. RTE-142.

¹⁵¹³ Cf. RTE-145.

¹⁵¹⁴ “3.2.1 Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias • Objeto: conjunto de obras e serviços de duplicação da Rodovia, implantação de vias marginais, viadutos e passagens inferiores, trevos em nível, correções de traçado, passarelas e melhorias de acessos, implantação de barreiras divisórias de pistas e implantação de pórticos, observados os Parâmetros Técnicos. • Período: inicia-se a partir da data de expedição da Licença de Instalação e deve ser concluída em até 48 (quarenta e oito) meses, salvo as exceções expressamente indicadas abaixo. [...]” (cf. RTE-014).

1654. De um lado, a REQUERENTE entende que o reequilíbrio administrativo¹⁵¹⁵ promovido foi apenas parcial e informa que abriu frentes paralelas de ataque visando a garantir o atingimento das metas contratuais¹⁵¹⁶ referentes aos anos 1 (um) e 2 (dois) da concessão¹⁵¹⁷. A REQUERENTE defende que, se não tivesse realizado a mobilização de mão de obra e materiais, não lograria realizar as obras no prazo exigido contratualmente¹⁵¹⁸.

1655. A REQUERIDA, de sua parte, sustenta que estavam disponíveis para execução de Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias 76,40 km dentro do prazo estabelecido CONTRATO DE CONCESSÃO e que houve reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO pelos custos adicionais compatíveis com as obras a serem realizadas no trecho liberado¹⁵¹⁹. Argumenta que não se pode considerar a alegação da REQUERENTE de que teria se mobilizado para o referente aos primeiros 2 (dois) anos de obra, pois uma antecipação de obras deveria ter sido comunicada à ANTT¹⁵²⁰, nos termos do art. 5º, §1º da Resolução nº 1.187/2005¹⁵²¹ e que a REQUERENTE tinha o dever de mitigar os seus prejuízos, uma vez que vinha acompanhando o trâmite do licenciamento ambiental e teria condições de antecipar os atrasos¹⁵²².

1656. A REQUERIDA alega, ademais, que não houve qualquer validação ou aprovação sua para a implantação de canteiros de obras da REQUERENTE, uma vez que o planejamento de obras é inerente a sua administração interna no exercício da sua gestão empresarial¹⁵²³. Considera que a mobilização foi demasiada e em descompasso com as metas contratuais estabelecidas no PER¹⁵²⁴.

¹⁵¹⁵ Conforme definido no RTE 151.

¹⁵¹⁶ Cf. item 807 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵¹⁷ Cf. item 820 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵¹⁸ Cf. item 438 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁵¹⁹ Cf. item 386 das Respostas da REQUERIDA às Alegações Iniciais.

¹⁵²⁰ Cf. itens 389 e 390 das Respostas da REQUERIDA às Alegações Iniciais e itens 216 a 220 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁵²¹ “Art. 5º A Concessionária observará os cronogramas de execução de obras e serviços estabelecidos no Programa de Exploração. §1º A antecipação dos cronogramas estabelecidos no Programa de Exploração, sem prévia autorização da Diretoria da ANTT, será de integral responsabilidade da concessionária, sem que isto possa gerar qualquer direito à compensação dos valores na tarifa ou modificações dos encargos do Programa de Exploração.” (Cf. R-086)

¹⁵²² Cf. item 394 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵²³ Cf. itens 215 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁵²⁴ Cf. item 217 da Tréplica da REQUERIDA.

1657. O Tribunal Arbitral entende que assiste razão à REQUERENTE, eis que a mobilização efetivada era compatível com a execução das metas nos prazos previstos contratualmente, que envolviam complexas obras de duplicação e recuperação do Sistema Rodoviário. O planejamento da REQUERENTE mirava cumprir o cronograma previsto no PER. Essa premissa foi atestada na resposta da *expert* aos quesitos nºs 184 e 185 da CONCEBRA¹⁵²⁵:

“184. Queira o il. Perito informar se a efetiva mobilização dos canteiros, unidades industriais, concreteira e britagens, conforme apresentado no RTE 147, é compatível com o volume e cronograma contratual de obras de ampliação de capacidade, aderente às obrigações impostas pelo PER para as obras dos primeiros 5 anos de concessão.

Resposta: O documento RTE 147 é um relatório feito pela Concebra para apresentar o plano de ataque das obras e os custos decorrentes do atraso das licenças ambientais. O documento indica que para atender as metas dos primeiros 5 anos de concessão, foram mobilizados 6 canteiros de obras, além de uma fábrica de pré-moldados, conforme mostrado na imagem abaixo.

Desta forma, para atender a enorme gama de obrigações e exíguo prazo de investimentos estabelecidos em Contrato a Concebra contratou empresa para realização destes investimentos que adquiriram máquinas e equipamentos, contratou mão de obra e realizou os devidos treinamentos para possibilitar que estes realizassem atividades inerentes aos serviços, e mobilizou 06 canteiros de obras estrategicamente alocados no sistema rodoviário que integra a concessão, e também implantou uma fábrica de pré moldados na cidade de Uberaba/MG.

Os canteiros de obras estão localizados nas cidades e são responsáveis pelos correspondentes segmentos homogêneos conforme listado abaixo:

- Canteiro de Obras de Goiânia/GO – Segmentos Homogêneos A, B, C, D, E, F e G.
- Canteiro de Obras de Morrinhos/GO – Segmentos Homogêneos H, I, J e K
- Canteiro de Obras do Prata/MG – Segmentos Homogêneos L, M e N
- Canteiro de Obras de Bom Despacho/MG – Segmentos Homogêneos O, P, Q e R
- Canteiro de Obras de Araxá – Segmentos Homogêneos S, T e U
- Canteiro de Obras de Uberaba/MG – Segmentos Homogêneos V e W
- Fábrica de Pré Moldados Uberaba/MG

Figura 120 – Canteiros mobilizados (RTE 147 p.2)

Essa mobilização de canteiros é compatível com o volume e cronograma contratual de obras de ampliação de capacidade.”

* * *

“185. Considerando os parâmetros técnicos referenciais acima, queira o il. Perito confirmar a adequação, sob ponto de vista técnica, da implantação de 4 canteiros de obras visando a execução das obras de obrigação da Requerente, conforme item 3.2 do PER.

Resposta: Os canteiros implantados eram adequados para a execução de todas as obras da Requerente.”

¹⁵²⁵ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta aos quesitos nºs 184 e 185 da REQUERENTE, p. 175-176.

1658. Nos esclarecimentos prestados em 20.12.2023 e na audiência arbitral realizada nos dias 11.06.2024 e 12.06.2024, a perita aprofunda a sua análise sobre a adequação da mobilização promovida pela REQUERENTE, como é possível ver, respectivamente abaixo¹⁵²⁶⁻¹⁵²⁷:

“41. Se eventual canteiro de obras com custo adicional não previsto no PER tinha extensão e magnitude imprescindível para a execução da obra respectiva?”

Resposta: De acordo com o Laudo Pericial, pelo tamanho dos canteiros e volumes de obras a executar, caso a empreiteira aguardasse a licença para início das obras, provavelmente teria dificuldades no cumprimento do volume de obras previstos no PER e estaria exposta a multas.

Além disso, a mobilização de todos os canteiros feitos pela Concebra seria adequada para a execução de todas as obras da Requerente, conforme o volume e cronograma contratual de obras de ampliação de capacidade.”

* * *

“Sr. Rodrigo Pereira [SWOT Global]: [...] É importante a gente começar apresentando quais eram as previsões do PER. A gente pode ver que as obras que qualquer concessionária que ganhasse esse leilão teria que fazer, ela teria um desafio para executar essas obras. A gente pode ver 647 km de duplicação para quatro anos. Então, realmente era desafiador a quantidade de obras que deveriam ser executadas. Nesse sentido, a CONCEBRA mobilizou seis canteiros de obras e uma fábrica de pré-moldados; e, na opinião da perícia, essa mobilização de canteiros é compatível com o volume/cronograma contratual de obras de ampliação e capacidade. [...]”

Bom, em primeiro lugar, não há nenhuma correspondência da ANTT impedindo a CONCEBRA de se mobilizar, então, é claro que a CONCEBRA tinha que partir da premissa de que ela teria LI na data em que está em contrato. Como a gente já falou, as obras a serem executadas eram um desafio que ela ia ter que conviver, então, ela fez bem em se mobilizar e se preparar para receber na data prevista. Além disso, a mobilização massiva e antecipada visava o melhor planejamento, ou seja, cronograma, custo e prazo otimizados.”

1659. As conclusões da perícia atestam que a decisão de mobilização da REQUERENTE foi necessária para o cumprimento do cronograma previsto no PER, o que autoriza esse Tribunal Arbitral a concluir que a REQUERENTE não tomou nenhuma decisão empresarial irrazoável, mas alinhada com a execução das suas obrigações que, a rigor, foram obstadas em razão do atraso na obtenção da licença listada na cláusula 5.2.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1660. A partir das referidas conclusões do laudo pericial e, em especial das manifestações da empresa perita na audiência arbitral realizada nos dias 11.06.2024 e 12.06.2024, admitir o

¹⁵²⁶ Cf. esclarecimentos periciais de 20.12.2023, p. 220-221.

¹⁵²⁷ Cf. linhas 3060/3069 e 3114/3121 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

contrário seria punir a REQUERENTE por ter estabelecido uma estratégia de execução das obras que priorizava o cumprimento do objeto contratual e das metas que lhe incumbiam. Em termos práticos, seria penalizar a REQUERENTE por uma conduta que se mostrava atenciosa com os princípios da eficiência, do planejamento e da boa-fé.

1661. Se a estratégia empresarial da REQUERENTE se revelou alinhada com as boas práticas de mercado para o cumprimento das obrigações previstas no PER, conforme assentado no laudo pericial, e se a sua concretização não foi possível em razão do atraso na obtenção das licenças ambientais, evidenciado está o nexo de causalidade entre o dano causado e a responsabilidade contratualmente assumida pela REQUERIDA.

1662. O Tribunal Arbitral entende que a afirmação da perícia de que apenas a mobilização de 1 (um) canteiro seria suficiente para atender ao determinado no PER para o ano 1 (um) da concessão¹⁵²⁸ não pode ser analisada de forma isolada, uma vez que a própria perita concluiu que o *“volume de obras a executar era desafiador, então, caso a empreiteira aguardasse a licença para início das obras, provavelmente teria dificuldade no cumprimento do volume das obras previstas no PER e estaria exposta a multas”*¹⁵²⁹.

1663. Não convence o Tribunal Arbitral o argumento da REQUERIDA de que a REQUERENTE deveria ter mitigado os seus prejuízos, desacelerando a mobilização¹⁵³⁰. Se a licença fosse disponibilizada conforme o prazo contratual, poderia a REQUERENTE estar sujeita a prejuízos por atrasos no cumprimento de suas obrigações caso não promovesse tal volume de mobilização, não apenas em relação ao ano 1 (um) de concessão, como também em relação a todos os demais anos.

1664. Na visão do Tribunal Arbitral, a mobilização era necessária para garantir o cumprimento das metas contratuais, sob o risco de que essas não fossem atendidas. A REQUERENTE, no âmbito da sua liberdade empresarial, promoveu a mobilização a partir de um cronograma regular e aderente às boas práticas de planejamento de obras.

¹⁵²⁸ Cf. item 101 do laudo pericial de 06.02.2023.

¹⁵²⁹ Cf. linhas 3121/3124 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

¹⁵³⁰ Cf. itens 226 a 239 da Tréplica da REQUERIDA.

1665. A mobilização ocorreu para o cumprimento contratual e não de forma antecipada.

1666. É assim que o Tribunal Arbitral entende que não era exigível que a REQUERENTE mitigasse os potenciais danos da REQUERIDA se concretizado o atraso, sob o risco de não conseguir cumprir suas próprias obrigações. Nesse sentido, o STJ, ao tratar do princípio *duty to mitigate the loss*, reconhece que “[é] claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda **ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial**, porquanto aí não haverá razoabilidade”¹⁵³¹.

1667. A participação da REQUERENTE no processo de licenciamento ambiental¹⁵³², comunicando-se com o IBAMA quando demandada, não tem o condão de alterar a matriz de riscos contratual, que aloca expressamente a obrigação de obtenção da licença de instalação à REQUERIDA, com observância dos prazos definidos no CONTRATO DE CONCESSÃO.

1668. Ao contrário, sendo a obtenção das licenças risco e responsabilidade atribuídos à REQUERIDA, ela poderia ter agido preventivamente para evitar a ocorrência do dano ou, quando menos, minimizar as suas consequências. Oportuno lembrar que a lógica na distribuição de riscos é a sua alocação ao parceiro que puder melhor gerenciá-lo e prevenir os danos que dele podem advir. Nesse sentido, esclarece a doutrina¹⁵³³:

“A regra fundamental que deve orientar a alocação dos riscos está em atribuir o risco à parte com melhores condições para gerenciar a sua prevenção ou, não sendo isso possível, minimizar os prejuízos na hipótese de sua materialização. Uma vez que a composição de custos do contrato é diretamente influenciada pela partilha de riscos, o fundamento desta regra está em minimizar o somatório dos custos envolvidos numa contratação administrativa, gerando-lhe maior eficiência. Se cada parte absorver os riscos que consegue suportar a um custo menor do que a outra, o resultado será o menor valor global possível para a matriz de riscos. Se assim for, a tendência será o alcance de sua formação mais eficiente – entendendo-se por eficiência, aqui, as economias que possam ser geradas ao somatório de custos do contrato.”

¹⁵³¹ STJ, REsp 1.201.672/MS, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), 4ª Turma, j. em 21.11.2017, DJe 27.11.2017; grifou-se.

¹⁵³² Cf. R-154 a R-166.

¹⁵³³ JUSTEN FILHO, Marçal, WALLBACH, Rafael Schwind. *Parcerias Público-Privadas*. Ed. 2015, Revista dos Tribunais <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103796012/v1>.

1669. Havia uma obrigação da REQUERIDA no gerenciamento do risco a ela alocado, o que implicaria no dever de empregar os melhores esforços não apenas na obtenção das licenças no prazo, mas como para interagir com a REQUERENTE acerca das etapas e cronogramas de obras e mesmo do planejamento adotado.

1670. Entendido que o reequilíbrio promovido pela REQUERIDA com base no valor de R\$ 1.301.572,14 (um milhão, trezentos e um mil, quinhentos e setenta e dois reais e quatorze centavos), acrescido do valor de R\$ 81.218,10 (oitenta e um mil, duzentos e dezoito reais e dez centavos) relativo à remuneração dos custos administrativos¹⁵³⁴, partiu de premissas restritivas relacionadas exclusivamente com os custos de desmobilização de recursos humanos e equipamentos utilizados após a conclusão da duplicação do trecho com liberação ambiental (76,40 km), mostra-se necessário ao Tribunal Arbitral decidir sobre os custos que devem efetivamente ser indenizados.

1671. Em fase administrativa¹⁵³⁵ e durante o procedimento arbitral¹⁵³⁶, diversos foram os entendimentos sobre o montante a ser reequilibrado.

1672. No laudo pericial, a empresa perita informou que não havia documentação de suporte dos valores apresentados pela REQUERENTE, tais como cronograma das obras, plano de ataque, correspondências trocadas com a empreiteira, notas fiscais, contratos, folhas de pagamento e negociação do pleito¹⁵³⁷.

1673. Diante disso, como anexo ao parecer de engenharia submetido por seus assistentes técnicos em 24.04.2023, a REQUERENTE apresentou documentos produzidos a partir de comunicações entre a CONCEBRA e a construtora Triunfo sobre os custos decorrentes do atraso na liberação da licença.

¹⁵³⁴ Cf. R-089.

¹⁵³⁵ Cf. RTE-064, RTE-071, RTE-086, RTE-147, RTE-148, RTE-149, RTE-151 e R-089.

¹⁵³⁶ Cf. RTE-223, Nota Técnica da LFS Perícias com base no RTE-86 e no RTE-065.

¹⁵³⁷ Cf. item 301 do laudo pericial de 06.02.2023. Isso foi reiterado pela perita, em sua resposta ao quesito 9.4 formulado pela REQUERIDA: “*Porém, não temos nenhuma comprovação ou evidência dos custos incorridos apresentados, ou das datas de mobilização e desmobilização, como por exemplo RDO's, cronograma das obras, cartas entre construtora e Concessionária, plano de ataque ou contrato com fornecedores. Portanto, não temos as devidas comprovações das datas de mobilização e desmobilização dos recursos.*” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 9.4 da REQUERIDA, p. 279-280).

1674. A Triunfo, inicialmente, apresentou o valor de R\$ 86.682.296,47 (oitenta e seis milhões, seiscentos e oitenta e dois mil, duzentos e noventa e seis reais e quarenta e sete centavos) a título de compensação contratual pelos danos sofridos em decorrência do atraso na liberação do licenciamento ambiental¹⁵³⁸. A REQUERENTE comprova que debateu com a Triunfo os valores efetivamente relacionados ao atraso na emissão da licença¹⁵³⁹ e que, ao final, validou o valor de R\$ 42.565.650,61 (quarenta e dois milhões, quinhentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta reais e sessenta e um centavos).

1675. Nos esclarecimentos prestados em 20.12.2023, a empresa perita apresenta a tabela nº 37, na qual demonstra resumo dos valores cobrados e daqueles validados¹⁵⁴⁰:

Tabela 37 - Resumo valores pleiteados pela Construtora e valores validados pela Concebra		
Canteiro	Pleito Construtora Triunfo	Validado pela Concebra
Goiânia		
Custos demissões	R\$ 1.325.771,43	R\$ 782.292,54
Manutenção de canteiro e responsabilidade técnica	R\$ 5.174.209,50	R\$ 0,00
Custo equipamento a disposição	R\$ 3.454.534,77	R\$ 0,00
Morrinhos		
Custos demissões	R\$ 2.321.963,10	R\$ 1.052.330,67
Manutenção de canteiro e responsabilidade técnica	R\$ 2.352.062,70	R\$ 931.238,26
Custo equipamento a disposição	R\$ 5.820.123,98	R\$ 688.093,44
Prata		
Custo demissões	R\$ 1.273.689,88	R\$ 1.153.333,75
Manutenção de canteiro e responsabilidade técnica	R\$ 7.711.713,00	R\$ 4.557.918,13
Custo equipamento a disposição	R\$ 4.327.047,03	R\$ 3.053.244,09
Uberaba		
Custo demissões	R\$ 2.764.795,13	R\$ 2.764.795,13
Manutenção de canteiro e responsabilidade técnica	R\$ 8.365.341,03	R\$ 5.019.009,67
Custo equipamento a disposição	R\$ 11.393.852,44	R\$ 6.127.474,79
Araxá		
Custo demissões	R\$ 2.572.814,95	R\$ 2.572.814,95
Manutenção de canteiro e responsabilidade técnica	R\$ 7.567.909,92	R\$ 3.978.868,06
Custo equipamento a disposição	R\$ 3.421.586,24	R\$ 2.640.564,03
Bom Despacho		
Custo demissões	R\$ 2.993.920,63	R\$ 2.993.920,63

¹⁵³⁸ Cf. RTE-270-7.

¹⁵³⁹ Cf. RTE-270-11.

¹⁵⁴⁰ Cf. esclarecimentos periciais de 20.12.2023, p. 148-149.

Canteiro	Pleito Construtora Triunfo	Validado pela Concebra
Manutenção de canteiro e responsabilidade técnica	R\$ 2.309.613,17	R\$ 2.309.613,17
Custo equipamento a disposição	R\$ 9.491.667,88	R\$ 1.085.402,35
Filial Uberaba Pré-moldados		
Custo demissões	R\$ 854.736,95	R\$ 854.736,95
Total:	R\$ 85.497.353,73	R\$ 42.565.650,61

1676. A REQUERENTE sustenta ter pago valores à Triunfo conforme descritos no Relatório Análise de Custos¹⁵⁴¹ a título de demissões, manutenção de canteiro, responsabilidade técnica e custos com equipamentos à disposição¹⁵⁴².

1677. A REQUERENTE fez constar que foi firmado com a Triunfo um Instrumento Particular de Transação¹⁵⁴³ em 10.10.2016, por meio do qual as partes acordaram que, “*em decorrência da suspensão das obras, serviços e fenecimentos, ocorrida a partir de 28/06/2015, as PARTES aceitam e reconhecem que a CONTRATADA sofreu danos distintos do preço global, a serem ressarcidos pela CONTRATANTE conforme determinado na cláusula 34.2 do CONTRATO no valor de R\$ 42.600.000,00 (quarenta e dois milhões, seiscentos mil reais);*”¹⁵⁴⁴. Este valor foi pago em 30.11.2016¹⁵⁴⁵ e foi o único comprovado¹⁵⁴⁶ neste procedimento arbitral como decorrente do atraso na emissão da licença de instalação pelo Poder Concedente.

1678. Quanto ao ponto, assim se manifestou a perita nos esclarecimentos de 20.12.2023¹⁵⁴⁷:

“Todavia, sobre as afirmações de que a perícia ‘(iii) possui as informações e premissas para a realização do cálculo do impacto econômico-financeiro relacionado a este pleito e (iv) possui a comprovação dos valores efetivamente pagos à Construtora pela Requerente, tal como solicitado pela perícia, vale destacar que essa foram conclusões da Requerente, pois a equipe pericial não afirmou isso em seu Laudo. [...]”

¹⁵⁴¹ Cf. RTE-270.11.

¹⁵⁴² Cf. RTE-270.

¹⁵⁴³ Cf. RTE-270-9.

¹⁵⁴⁴ Cf. cláusula 2.1 do Triunfo um Instrumento Particular de Transação (RTE-270.9).

¹⁵⁴⁵ Cf. RTE-270-10.

¹⁵⁴⁶ No Quadro 2 constante das páginas 146 e 147 dos esclarecimentos de 20.12.2023, a empresa perita apresentou seus comentários sobre outros documentos que supostamente justificariam os custos incorridos pela REQUERENTE.

¹⁵⁴⁷ Cf. itens 369 e 378 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

Dada a verificação das tratativas entre a Concebra e a Triunfo, concluímos que administrativamente, a Concebra reconheceu e pagou à Triunfo um valor de R\$ 42.600.000,00 referente aos impactos na execução da obra devido a não obtenção da LI. Assim, esse foi o único valor efetivamente incorrido pela Concebra devido ao atraso na emissão da LI que temos prova.”

1679. O Tribunal Arbitral entende que o Relatório Análise de Custos¹⁵⁴⁸ foi documento produzido unilateralmente pela REQUERENTE e que a comprovação de pagamentos à Triunfo sob o fundamento do atraso no licenciamento ambiental não leva ao necessário reconhecimento de que o valor de R\$ 42.600.000,00 (quarenta e dois milhões, seiscentos mil reais) deve ser integralmente ressarcido. Este valor apenas comprova que na relação privada estabelecida entre REQUERENTE e Triunfo este foi o negociado e entendido como devido, sendo que a empresa perita não verificou detidamente a validação dos custos feita pela REQUERENTE.

1680. A validação do valor de R\$ 42.600.000,00 (quarenta e dois milhões, seiscentos mil reais) sem a necessária verificação detalhadas dos custos que o compõem pode, por exemplo, levar ao pagamento em duplicidade à REQUERENTE, considerando que já foram reequilibrados R\$ 1.301.572,14 (um milhão, trezentos e um mil, quinhentos e setenta e dois reais e quatorze centavos), acrescido do valor de R\$ 81.218,10 (oitenta e um mil, duzentos e dezoito reais e dez centavos) relacionado à remuneração dos custos administrativos¹⁵⁴⁹, em razão do mesmo fato causador de desequilíbrio, o que não poderia ser admitido sob pena de enriquecimento sem causa da REQUERENTE.

1681. Para além disso, o Tribunal Arbitral acolhe a argumentação da REQUERIDA de que está ausente a comprovação das informações contidas nas tabelas no tocante a valores, quantitativos de pessoas, equipamentos, instalações industriais e aquisições diversas¹⁵⁵⁰.

1682. Aliás, a própria empresa perita corrobora, no laudo pericial, que “[é] necessário que sejam levantadas todas as obras executadas pela Concebra e quais canteiros foram utilizados para definir o percentual de dano decorrente da falta da LI, o que não foi possível com a

¹⁵⁴⁸ Cf. RTE-270.11

¹⁵⁴⁹ Cf. R-089.

¹⁵⁵⁰ Cf. itens 407 e 409 da manifestação sobre os esclarecimentos da empresa perita ao laudo técnico pericial de 11.03.2024 e itens 561 a 562 das Alegações Finais da REQUERIDA.

documentação disponibilizada”¹⁵⁵¹. Mesmo após a documentação apresentada para a produção dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023 também não foi possível inferir com exatidão os quantitativos e os reais custos desembolsados relacionados ao atraso da obtenção da licença ambiental.

1683. Diante disso, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado pela REQUERENTE no item 985, “ix”, das Alegações Iniciais reconhecendo que houve atraso do Poder Concedente em cumprir sua obrigação de fornecer a licença de instalação para a realização das obras e que o planejamento empresarial da REQUERENTE estava aderente ao cumprimento das metas previstas no PER.

1684. Sendo o risco de obtenção de licença alocado à REQUERIDA, conforme definido nas cláusulas 5.2¹⁵⁵², 10.3.2¹⁵⁵³ e 21.2.10¹⁵⁵⁴ do CONTRATO DE CONCESSÃO, decide o Tribunal Arbitral que a REQUERENTE deve ser indenizada em valor a ser apurado em liquidação de sentença pelos custos decorrentes da necessidade de desmobilização adicional em razão do atraso da licença ambiental.

1685. A liquidação deverá levar em consideração o *quantum* de reequilíbrio econômico-financeiro que já foi deferido e pago na via administrativa, bem como a apuração detalhada dos

¹⁵⁵¹ Cf. item 301, VIII do pericial de 06.02.2023.

¹⁵⁵² “5.2 O Poder Concedente deverá: 5.2.1 Obter licença prévia e licença de instalação das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias no item 3.2.1 do PER, nas condições previstas na subcláusula 10.3.2. 5.2.2 Elaborar o inventário florestal e os Planos Básicos Ambientais.” (cf. RTE-001).

¹⁵⁵³ “10.3.2. A licença de instalação prevista na cláusula 5.2.1 será disponibilizada à Concessionária em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1.1 do PER de acordo com as seguintes condições. (i) A licença de instalação necessária ao cumprimento da meta anual das Obras de Ampliação e Melhorias prevista no item 3.2.1. do PER, de acordo com as seguintes condições: (a) Para o cálculo da extensão equivalente ao cumprimento da primeira meta anual das Obras de Ampliação da Capacidade e Melhorias prevista no item 3.2.1. do PER será descontada a extensão passível de enquadramento no art. 8º, inciso III da Portaria nº 288/MT/MMA, nos termos da subcláusula 5.1.1(i)(a) e (b) A não obtenção da licença de instalação no prazo previsto na cláusula 10.3.2 (i) para os 10% (dez por cento) das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, na forma prevista na subcláusula 22;5 (c) Após o início da cobrança de Tarifa de Pedágio, o desatendimento da meta de duplicação de cada ano prevista no item 3.2.1.1. do PER, por força da ausência da obtenção da licença de instalação, não acarretará responsabilização da Concessionária, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mediante aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio previsto na subcláusula 22.6 deste Contrato.” (cf. RTE-001).

¹⁵⁵⁴ “21.2.10 atraso nas obras decorrentes da demora da obtenção de licenças ambientais à cargo do Poder Concedente” cf. RTE-001).

valores apresentados no documento RTE-270, observado o limite do valor pago para a Triunfo, e, ainda, a vinculação destes custos com o atraso na obtenção da licença ambiental.

1686. Por fim, o Tribunal Arbitral passa à análise do pedido do item 989 das Alegações Iniciais, por meio do qual a REQUERENTE pretende que o impacto deste evento, reconhecido como fator de desequilíbrio contratual suscetível de reequilíbrio pelo Tribunal Arbitral, repercuta no exercício do poder sancionatório, modulando o nível de descumprimento de suas obrigações contratuais.

1687. A bem de ver, diferentemente de outros eventos que entende tenham causado o desequilíbrio contratual, quanto a este evento específico a REQUERENTE não reproduziu em suas Alegações Finais o pedido genérico do item 989 das Alegações Iniciais. Tampouco produziu prova documental no sentido de que a REQUERIDA tenha efetivamente exercido o seu poder sancionatório neste caso.

1688. O Tribunal Arbitral, assim, julga improcedentes, por falta de prova, os pleitos formulados no item 989, “i”, “ii” e “iii” das Alegações Iniciais, (i) de anulação das penalidades aplicadas, (ii) de extinção dos processos sancionatórios correlatos e (iii) de ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades em relação ao desequilíbrio decorrente do atraso no licenciamento ambiental.

1689. Por outro lado, como consequência do reconhecimento do evento de desequilíbrio associado ao atraso no licenciamento ambiental, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais para determinar que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades que tenham como causa o evento apreciado neste capítulo da sentença arbitral..

XII.10. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DE INTERVENÇÕES EMERGENCIAIS EM TRECHO COM OBRAS SOB RESPONSABILIDADE DO DNIT

1690. Neste capítulo, será apreciado o pedido da REQUERENTE contido no item 985, “x”, das Alegações Iniciais – objeto do ponto controvertido constante do item 7, “ix”, da Ordem Processual nº 16 –, pelo qual se almeja o reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-

financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO – ou de indenização, em caso de extinção antecipada do instrumento –, em decorrência de intervenções emergenciais realizadas em trecho com obras sob a responsabilidade do DNIT. Eis os termos da pretensão¹⁵⁵⁵:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]

- x. O reconhecimento de que a Requerente foi obrigada a incorrer em custos não previstos para a realização de obras emergenciais no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana, cuja responsabilidade era do Poder Concedente, em virtude da omissão do Poder Concedente em realizar adequadamente as intervenções, a despeito dos reiterados avisos da CONCEBRA, sendo esse risco alocado ao Poder Concedente, de modo que todos os custos incorridos pela CONCEBRA com as intervenções necessárias à manutenção da trafegabilidade e segurança dos usuários devem ser reequilibrados; [...]*

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

1691. Também neste capítulo, deve ser mencionado o pedido formulado pela REQUERENTE no item 989 de suas Alegações Iniciais, no sentido de que, reconhecendo o desequilíbrio contratual, o Tribunal Arbitral (i) declare a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinga os correlatos processos administrativos sancionatórios; (iii) condene a REQUERIDA a ressarcir a CONCEBRA de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; e (iv) determine que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades que guardem conexão com o que é apreciado neste capítulo da sentença.

XII.10.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

1692. A REQUERENTE explica que o CONTRATO DE CONCESSÃO atribuiu a responsabilidade pela realização de obras em determinados subtrechos das rodovias ao Poder Concedente, conforme Anexo B do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens¹⁵⁵⁶. Dentre tais obras,

¹⁵⁵⁵ Cf. itens 985, “x”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁵⁶ Cf. RTE-138.

estariam aquelas sob responsabilidade do DNIT no segmento compreendido entre os quilômetros 436 (quatrocentos e trinta e seis) e 446,50 (quatrocentos e quarenta e seis vírgula cinquenta) da BR-262/MG, designado como travessia urbana de Nova Serrana.

1693. Afirmar a REQUERENTE, dessa forma, que competiria ao Poder Concedente (i) realizar as obras sob sua responsabilidade conforme parâmetros exigidos no PER; e, após sua conclusão, (ii) transferi-las à CONCEBRA em conjunto com os demais bens integrantes do respectivo subtrecho, na forma da cláusula 10.5.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1694. Para a REQUERENTE, até o recebimento definitivo das obras em questão, estaria ela eximida de qualquer responsabilidade sobre os subtrechos, à luz do disposto na cláusula 21.2.14 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1695. A REQUERENTE aduz, nesse contexto, que a transferência para si da responsabilidade sobre as obras realizadas pelo Poder Concedente dependeria da emissão, em primeiro lugar, do documento de recebimento provisório e, em seguida, do documento de recebimento definitivo, na forma das cláusulas 10.5.4 e 10.5.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO. Com efeito, em tais documentos, deveria a CONCEBRA “*apontar as inconsistências entre a obra executada pelo Poder Concedente e o projeto, apontando os parâmetros de desempenho não atendidos pelas obras realizadas pelo Poder Concedente*”¹⁵⁵⁷.

1696. A REQUERENTE diz que, para que pudesse realizar a verificação das obras, seria preciso receber os documentos que integram o contrato entre o Poder Concedente e o DNIT, como projetos, medições, dentre outros. Na sua ótica, somente com essas informações poderia a CONCEBRA avaliar eventuais inconsistências na obra e, assim, elaborar os documentos de recebimento provisório e definitivo antes mencionados.

1697. A REQUERENTE afirma que, em 22.02.2016¹⁵⁵⁸, a REQUERIDA teria solicitado que aquela realizasse, no prazo de 30 (trinta) dias, o recebimento definitivo de obras do DNIT no segmento da travessia urbana de Nova Serrana, informando, se fosse o caso, eventuais inconsistências entre a obra e o projeto, bem como aquelas relativas aos parâmetros previstos no PER.

¹⁵⁵⁷ Cf. item 830 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁵⁸ Cf. RTE-155.

1698. A REQUERENTE teria respondido a REQUERIDA em 01.03.2016, por meio da Carta CNB-DIR 0174/2016¹⁵⁵⁹, solicitando “a formalização e entrega dos documentos que integram o contrato de duplicação do subtrecho DNIT, tais como projetos executivo de duplicação e restauração e demais documentos complementares (medições, planilhas de quantidades, termos aditivos etc.)”¹⁵⁶⁰, que seriam essenciais para a avaliação de possíveis inconsistências nas obras. Para ela, somente a partir do recebimento de tais documentos poder-se-ia considerar a contagem do prazo de 30 (trinta) dias concedido pela ANTT.

1699. A REQUERENTE narra ter, em 16.06.2016, enviado nova missiva à REQUERIDA, considerando que os documentos não haviam sido disponibilizados e que a ANTT não teria se pronunciado sobre a contagem do prazo para o recebimento definitivo das obras da travessia urbana de Nova Serrana¹⁵⁶¹.

1700. Naquela oportunidade, segundo alega, a despeito da omissão quanto à entrega da documentação, a REQUERENTE teria realizado “a verificação das condições funcionais e estruturais das obras de restauração, duplicação e melhoramentos da travessia urbana de Nova Serrana, ‘tomando como referência os projetos executivos e as built fornecidos informalmente pela Unidade Local do DNIT’”¹⁵⁶². E, conforme relata, teria a CONCEBRA deixado claro que a obra executada pelo DNIT necessitava de correções antes de sua transferência à concessionária, pelo que a ANTT haveria de tomar medidas junto ao órgão para solucionar as inconformidades apresentadas.

1701. A REQUERENTE afirma que a REQUERIDA persistiu omissa, pelo que, em 04.07.2016, aquela teria enviado a carta CNB-DIR 0521/2016¹⁵⁶³, alertando para a iminência de acidente no mencionado subtrecho.

¹⁵⁵⁹ Cf. RTE-156.

¹⁵⁶⁰ Cf. item 832 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁶¹ Cf. RTE-157.

¹⁵⁶² Cf. item 834 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁶³ Cf. RTE-158.

1702. Como consequência, a REQUERENTE aduz que “a SUINF enviou ao DNIT, em 12 de julho de 2016, o Ofício nº 598/2016/SUINF (RTE 159), questionando sobre ‘as inconsistências encontradas entre a obra e o projeto para que informe se pretende acionar eventuais garantias contratuais no intuito de refazimento das obras em comento, sob pena da necessidade de se proceder com um reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão caso a concessionária seja instada a fazer essas adequações”. Em resposta, o DNIT teria solicitado prazo de 60 (sessenta) dias para que o consórcio responsável pela execução das obras se manifestasse.

1703. A REQUERENTE relata ainda ter enviado uma terceira correspondência em 14.07.2016¹⁵⁶⁴ reiterando sua solicitação à REQUERIDA de que tomasse medidas junto ao DNIT para o saneamento das anomalias construtivas, alertando sobre os riscos de rompimento de contenções. Em resposta, a ANTT teria encaminhado em 27.09.2016 o Ofício nº 633/2016/GEFOR/SUINF¹⁵⁶⁵, esclarecendo que a demanda teria sido dirigida ao consórcio executor das obras, que, a seu turno, teria solicitado um prazo de 60 (sessenta) dias para manifestação.

1704. Prosseguindo sua narrativa, a REQUERENTE informa ainda ter buscado novo contato com a REQUERIDA¹⁵⁶⁶ para equacionar a questão, solicitar esclarecimentos sobre como proceder em caso de materialização de sinistros e se oferecer para realizar as medidas corretivas das não conformidades, se autorizado pelo órgão regulador.

1705. Não obstante os sucessivos alertas, contudo, a CONCEBRA afirma que apenas em 15.09.2017 “foram disponibilizadas pelo DNIT formalmente as informações solicitadas pela Concessionária desde fevereiro de 2016. E somente no Ofício nº 157/2017/COINF-MG/SUINF (RTE 163) que foram enviados formalmente à Concessionária o Contrato, Termos Aditivos, Medições, Controles de Qualidade de Obra e Licenciamento Ambiental”¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁴ Cf. RTE-160.

¹⁵⁶⁵ Cf. RTE-161.

¹⁵⁶⁶ Cf. RTE-162.

¹⁵⁶⁷ Cf. item 841 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1706. Em 12.11.2017, a REQUERENTE narra ter ocorrido “*sinistro em decorrência de fortes chuvas na região, que causaram danos ao subtrecho da travessia urbana Norte Serrana*”¹⁵⁶⁸. O fato teria sido informado à REQUERIDA na mesma data, por ocasião da carta CNB-DIR 2200/2017¹⁵⁶⁹, onde foram relatados os danos, “*como ‘um escorregamento do talude próximo à pista oeste, próximo à Passagem Inferior do km 446,6 da BR-262/MG, comprometendo importante ligação dos municípios que transitam de um lado a outro da rodovia além de colocar em risco a estabilidade do aterro da BR-262/MG’*”¹⁵⁷⁰.

1707. Diante desse fato, a REQUERENTE afirma que se viu compelida a realizar intervenções emergenciais no local, apesar de não ter ocorrido a transferência do respectivo subtrecho pelo Poder Concedente, tendo informado a respeito à REQUERIDA. Confira-se¹⁵⁷¹:

“Apesar de não ter ocorrido a transferência do subtrecho do Poder Concedente para a Concessionária – dado que, conforme explicitamos anteriormente, havia não conformidades que impediam a emissão do documento de recebimento definitivo –, a Concessionária não pôde se eximir em tomar providência de forma a eliminar o problema e ainda evitar o agravamento do mesmo com iminente atingimento da pista de rolamento sentido oeste e o comprometimento do fluxo e segurança dos usuários da rodovia e marginal, bem como na atuação da recuperação do escorregamento do talude sentido Leste. E, mais do que isso, as intervenções emergenciais foram realizadas:

de modo a minimizar os prejuízos que certamente seriam agravados caso não houvesse a intervenção imediata da Concessionária, que poderia provocar a interrupção do tráfego na rodovia, a exposição de usuários e pedestres à riscos imponderáveis além do impacto na mobilidade dos moradores de Nova Serrana, com a interrupção da principal ligação entre os dois lados do município dividido pela rodovia, a Concebra se viu obrigada a realizar obras.

Assim, a Concessionária teve que realizar obras emergenciais no subtrecho que era de responsabilidade do Poder Concedente. Para tanto, a Concessionária contratou consultor de geotecnia, que apresentou, no dia seguinte ao sinistro, solução que foi documentada na Carta CNB-DIR-2200/2017 (RTE 164). E, em seguida, a Concessionária iniciou os serviços para a recuperação do talude, que foram concluídos ainda no mês de novembro de 2017. [...]

Desse modo, a Concessionária informou, em 05 de fevereiro de 2018, na Carta CNB-DIR 0133/2018 (RTE 165), que ‘a CONCEBRA atuou de forma rápida desobstruindo a via marginal e tomando providências para estabilizar o talude e estancar a possibilidade de agravamento do problema com iminente atingimento da pista de rolamento no sentido oeste’. Contudo, mesmo após a ocorrência do sinistro, o Poder Concedente não se manifestou sobre as providências

¹⁵⁶⁸ Cf. item 842 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁶⁹ Cf. RTE-164.

¹⁵⁷⁰ Cf. item 843 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁷¹ Cf. itens 844 a 847 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

que iria tomar para a adequação do subtrecho sob responsabilidade do DNIT aos parâmetros de desempenho para que houvesse o seu recebimento definitivo pela Concessionária. E, mais uma vez, a Concessionária demonstrou boa-fé e, no ofício, noticiou que ‘decidiu contratar projeto executivo e se coloca à disposição para assumir a execução dos serviços mediante autorização’, o que representaria ‘o caminho mais rápido para chegar numa solução, além do que, esta medida está sendo motivada pelo interesse que a CONCEBRA tem de preservar as condições da rodovia e, sobretudo, resguardar a segurança dos usuários’.

É importante notar que a instabilidade do talude já era conhecida pelo Poder Concedente, conforme consta do Relatório de Recuperação dos Taludes perímetro Urbano de Nova Serrana BR262/MG km 443+600 oeste e km 444+220 Leste (RTE 166): [...]”

1708. Alegando ter incorrido em custos adicionais com a realização das obras emergenciais, a REQUERENTE assevera que submeteu o correspondente pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO por ocasião da 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio¹⁵⁷², chegando a dirigir missiva à Diretoria Geral da ANTT¹⁵⁷³.

1709. Naquela oportunidade, continua a REQUERENTE, em que pese tivesse apontado inconformidades nas informações prestadas pela CONCEBRA referentes ao serviço executado¹⁵⁷⁴, agentes da REQUERIDA teriam realizado inspeção em campo e afirmado que aquela teria direito a ser ressarcida pelos custos incorridos com as intervenções, dependendo tal procedimento apenas do exame da memória de cálculo dos retaludamentos e da manta geotêxtil utilizada¹⁵⁷⁵.

1710. Não tendo o reequilíbrio sido implementado na ocasião, contudo, a REQUERENTE afirma que submeteu novamente o pleito no âmbito da 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária¹⁵⁷⁶, o que resultou na expedição, pela REQUERIDA, da Nota Técnica SEI nº377/2017/GEFIR/SUINF/DIR, de 04.04.2019¹⁵⁷⁷. Nesse documento, a ANTT teria apresentado duas justificativas para negar, ao menos naquele momento, a pretensão da CONCEBRA, a saber:

¹⁵⁷² Cf. RTE-086 e RTE-167.

¹⁵⁷³ Cf. RTE-168.

¹⁵⁷⁴ Cf. RTE-169.

¹⁵⁷⁵ Cf. RTE-170 e RTE-171.

¹⁵⁷⁶ Cf. RTE-075.

¹⁵⁷⁷ Cf. RTE-102.

- (i) nos termos do CONTRATO DE CONCESSÃO e seus anexos, a obra de duplicação e adequações, bem como recuperação, trabalhos iniciais e intervenções necessárias para a garantia da segurança e fluidez da rodovia naquele trecho seria de responsabilidade da CONCEBRA, não existindo previsão de obras do DNIT; e
- (ii) a questão seria tratada no processo nº 50510.018403/2017-80, por tratar-se de *“um caso complexo para a devida recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, já que no edital de licitação da concessão não havia previsão de apresentação dos valores dos investimentos”*¹⁵⁷⁸.

1711. O posicionamento acima fora repetido na Nota Técnica SEI nº 1827/2019/GEFIR/SUINF/DIR, bem como fundamentou a negativa do pleito, cujo valor não foi incluído no reequilíbrio considerado no Voto DMV 249/2019 e na Deliberação nº 964/2019¹⁵⁷⁹.

1712. Diante da negativa encontrada na sede administrativa, assim, a REQUERENTE pugna que o Tribunal Arbitral reconheça seu direito à recomposição da equação econômico-financeira do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência dos custos adicionais incorridos com as intervenções emergenciais empreendidas na travessia urbana de Nova Serrana.

1713. Consoante defende, a REQUERENTE não poderia ser compelida a receber subtrecho de responsabilidade do Poder Concedente se:

- (i) não *“houvesse a disponibilização das informações para que fosse possível verificar as (i) inconsistências entre a obra e o projeto e (ii) se os Parâmetros de Desempenho relativos ao índice de irregularidade longitudinal e de deflexão característicos atendiam ao estabelecido pela subcláusula 10.5.4 do Contrato de Concessão”*¹⁵⁸⁰; e, por consequência,

¹⁵⁷⁸ Cf. transcrição contida no item 854 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁷⁹ Cf. RTE-046.

¹⁵⁸⁰ Cf. item 856 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

- (ii) identificasse “inconsistências entre a obra e seu projeto”¹⁵⁸¹ ou “em relação ao atendimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos na subcláusula 10.5.4 do Contrato de Concessão”¹⁵⁸².

1714. Noutros termos, para a REQUERENTE, o subtrecho somente poderia ser considerado transferido para si após o encaminhamento à REQUERIDA do documento de recebimento definitivo das obras, que, por sua vez, somente poderia ser emitido na hipótese de não se verificar inconsistências, conforme cláusula 10.5.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO. Isto ainda seria corroborado por esclarecimento prestado pelo Poder Concedente no Caderno de Perguntas e Respostas acostado a este procedimento arbitral como RTE-172.

1715. A REQUERENTE reitera que, no caso em questão, havia inconsistências nas obras realizadas pelo DNIT, indicadas no “Relatório de Avaliação para recebimento das obras de restauração, duplicação e melhoramento da rodovia BR-262/MG – Travessia urbana de Nova Serrana”¹⁵⁸³, que seguiu anexo à carta CNB-DIR 0474/2016¹⁵⁸⁴.

1716. Daí que, não tendo recebido as obras sob responsabilidade do DNIT na travessia urbana de Nova Serrana, a REQUERENTE afirma que teria o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em razão dos custos incorridos com as intervenções emergenciais ali realizadas (cf. cláusula 22.1.2), dado que o risco relativo às obras em questão teria sido alocado ao Poder Concedente, na forma da cláusula 21.2.8 da avença.

1717. Em reforço, a REQUERENTE ainda argumenta que:

- (i) “o direito da Concessionária já foi, inclusive, reconhecido pela própria ANTT em e-mail enviado pelo agente público Giulliano Renato Molinero no dia 10 de agosto de 2018 (RTE 171), no qual é dito que ‘a Concessionária, com muito boa vontade, atuou nesse trecho rodoviário que não está sob sua jurisdição, e que,

¹⁵⁸¹ Cf. item 859, “i”, das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁸² Cf. item 859, “ii”, das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁸³ Cf. RTE-173.

¹⁵⁸⁴ Cf. RTE-157.

em função disso, tem o pleno direito de ser ressarcida por essas atividades”¹⁵⁸⁵;
e

- (ii) haveria enriquecimento sem causa da Administração Pública caso não reconhecido o direito da CONCEBRA ao reequilíbrio contratual.

1718. A REQUERENTE também se propôs a rebater os argumentos invocados pela REQUERIDA na via administrativa para o indeferimento do pleito, no sentido de que (i) a responsabilidade pela garantia da segurança e fluidez da rodovia era da CONCEBRA, não existindo previsão de obras do DNIT no segmento viário; e (ii) o caso seria complexo, devendo ser tratado em processo apartado (proc. 50510.018403/2017-80).

1719. Em relação ao primeiro ponto, a REQUERENTE afirma o seguinte¹⁵⁸⁶:

“O primeiro argumento apresentado pela ANTT é evidentemente equivocado porque a ANTT parece confundir uma obrigação específica com uma obrigação geral. Isto é, por óbvio a Concessionária tem a obrigação de seguir os Parâmetros de Desempenho estabelecidos pelo PER, garantir a fluidez e segurança da rodovia etc., mas isto apenas pode ser aplicado a trechos cuja gestão e operação tenham sido assumidas pela Concessionária, o que não ocorreu com a travessia urbana de Nova Serrana. Assim, o argumento da ANTT busca, sob um argumento baseado em obrigação genérica da Concessionária de garantir segurança e fluidez, alocar uma obrigação específica que era do Poder Concedente à Concessionária. Isso geraria uma completa modificação da matriz de riscos do Contrato de Concessão porque sempre seria possível alegar um dever genérico da Concessionária para afastar obrigações específicas alocadas ao Poder Concedente referentes a trechos ainda não assumidos pela Concessionária.”

1720. E, quanto ao segundo, aduz que “o Processo nº 50510.018403/2017-80 trata sobre a adequação de vias sob responsabilidade do Poder Concedente”¹⁵⁸⁷, bem como não ser razoável a inércia da REQUERIDA por período tão extenso.

1721. Nesta arbitragem, a REQUERENTE critica a postura da REQUERIDA de rebater conjuntamente o pleito objeto de exame neste capítulo da sentença arbitral com aquele referente à adequação nas vias de responsabilidade do DNIT.

¹⁵⁸⁵ Cf. item 863 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁸⁶ Cf. item 866 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁵⁸⁷ Cf. item 867 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1722. Segundo defende, “a requerida parece ignorar que são dois pleitos diferentes, e em sua resposta traz apenas alegações quanto ao reequilíbrio a ser realizado para o pleito X, das obras necessárias à adequação do trecho em questão. Nada é dito no item II.9 (ou em qualquer outra parte de sua Resposta) para se defender ou explicar a injustificável demora em ressarcir a Concessionária pelos custos já incorridos para solucionar o problema havido no talude da BR-262/MG. Dessa forma, restam incontroversas todas as alegações da Concessionária em relação ao item IX da sua peça inicial”¹⁵⁸⁸.

1723. Sem prejuízo, após destacar que seu direito ao reequilíbrio contratual teria sido reconhecido na Resposta da REQUERIDA, a REQUERENTE busca refutar a tese de que o que estaria a obstar a apreciação do pleito na via administrativa seria a inércia da CONCEBRA em ajustar o projeto executivo.

1724. Na argumentação da REQUERENTE, as solicitações contidas no parecer técnico acostado como R-090 não diriam respeito às obras emergenciais realizadas na travessia urbana de Nova Serrana, mas apenas aos projetos relativos às obras de adequação do trecho, que são objeto de pleito autônomo, examinado no capítulo seguinte desta sentença arbitral.

1725. A REQUERENTE complementa aduzindo que, conforme indicado pelo item 3.2.4 do PER, para as obras emergenciais – como aquelas realizadas no trecho rodoviário em questão – sequer haveria necessidade de aceitação prévia de projeto pela ANTT. Assevera também que:

- (i) submeteu previamente o pleito ao exame administrativo da REQUERIDA, por ocasião da 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio, não se podendo cogitar de inércia de sua parte;
- (ii) a REQUERIDA já teria reconhecido na esfera administrativa o direito da REQUERENTE, esclarecendo que penderia apenas o exame da memória de cálculo dos retaludamentos e da manta geotêxtil utilizada;
- (iii) a memória de cálculo antes referida teria sido subsequentemente apresentada pela CONCEBRA na 4ª Revisão Ordinária e 8ª Revisão Extraordinária; e

¹⁵⁸⁸ Cf. item 407 da Réplica da REQUERENTE.

- (iv) a REQUERIDA teria tentado confundir os árbitros, sendo que a própria REQUERIDA teria se quedado inerte na hipótese.

1726. Segundo afirma a REQUERENTE, mesmo no curso da fase instrutória, a REQUERIDA não teria controvertido o direito daquela ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência das intervenções emergenciais realizadas nas vias sob responsabilidade do DNIT, conforme se poderia depreender da manifestação da ANTT de 11.03.2024.

1727. Com efeito, “*não há controvérsia quanto ao direito da Concessionária ao reequilíbrio em si. A controvérsia entre as partes diz respeito à (des)necessidade de apresentação e aprovação de projeto executivo como condição para o cálculo do desequilíbrio*”¹⁵⁸⁹, considerando que a REQUERIDA sustenta que, nos termos da cláusula 22.7.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO, a inclusão de obras não previstas originalmente no PER dependeria da análise daquele documento.

1728. A REQUERENTE sustenta que a cláusula acima mencionada veicularia regra geral para inclusão de novos investimentos por solicitação da REQUERIDA, a qual, contudo, não seria aplicável à hipótese de obras emergenciais para as quais há regra específica prevista no item 3.2.4 do PER. Nas suas palavras, referida disposição “*estabelece que os projetos elaborados para obras emergenciais dispensam a aceitação prévia da ANTT, exigindo apenas o encaminhamento à ANTT da sua execução e o posterior encaminhamento do projeto ‘as built’*”¹⁵⁹⁰.

1729. Além disso, a REQUERENTE afirma que, embora a definição da matéria demande uma interpretação jurídica, a perícia produzida nesta arbitragem teria apresentado dados de ordem fática que indicariam que a apresentação de projeto executivo não seria uma condição para a efetivação do reequilíbrio contratual reclamado.

1730. A REQUERENTE aponta que a perícia teria igualmente reconhecido o impacto por aquela sofrido com as intervenções emergenciais realizadas, valorado em R\$ 119.368,60 (cento e

¹⁵⁸⁹ Cf. item 423 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁵⁹⁰ Cf. item 426 das Alegações Finais da REQUERENTE.

dezenove mil, trezentos e sessenta e oito reais e sessenta centavos), na data-base de maio de 2012¹⁵⁹¹, que soma o orçamento da obra executada e os custos administrativos.

1731. Com efeito, segundo os assistentes técnicos da REQUERENTE, a expert “constatou que o trecho entre o km 436,6 e o km 446,5 estava sob a responsabilidade do DNIT à época do escorregamento do talude e que a própria Requerida reconheceu o ‘direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em função das obras emergenciais executadas pela Concessionária’ (fl.130 do laudo pericial)”¹⁵⁹².

1732. Nessa esteira, a REQUERENTE conclui em Alegações Finais nos seguintes termos:

“Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo que haja:

- (i) reconhecimento do direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro no valor liquidado pela Equipe Pericial, de R\$ 119.368,60 (cento e dezenove mil trezentos e sessenta e oito reais e sessenta centavos) (em data-base maio/2012);
- (ii) a condenação da Requerida à realização do reequilíbrio econômico-financeiro no valor referido no item (i) acima, ou, caso extinta a concessão, a condenação da Requerida a indenizar a Concessionária no valor referido no item (i).”

XII.10.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

1733. A REQUERIDA enfrenta o pleito objeto de exame neste capítulo da sentença arbitral em conjunto com o pedido articulado pela REQUERENTE de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO referente a adequações de obras de responsabilidade do DNIT.

1734. Esclarece, nesse contexto, que “a ANTT não contesta o direito ao reequilíbrio em si decorrente das intervenções emergenciais”¹⁵⁹³, ao tempo em que afirma que “tais eventos não ensejaram a modificação tarifária em razão da necessidade de apuração desses custos, em

¹⁵⁹¹ O laudo pericial teria atestado valores constantes de orçamento com base em novembro de 2016. Não obstante, os assistentes técnicos da REQUERENTE, no parecer de engenharia de 24.04.2023, suscitarão a necessidade de deflacionar o valor para a data-base de maio de 2012, o que foi feito nos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

¹⁵⁹² Cf. item 52 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE datado de 01.06.2023.

¹⁵⁹³ Cf. item 400 da Resposta da REQUERIDA.

*estrita observância à regulamentação em vigor que exige: a) elaboração de projeto, e b) orçamento elaborado utilizando o SICRO”*¹⁵⁹⁴.

1735. Com efeito, a REQUERIDA aduz que, no caso de obras realizadas pela REQUERENTE não previstas no PER, haveria alguns procedimentos prévios ao reequilíbrio, “*entre os quais a elaboração de projeto a ser avaliado pela Agência e que servirá de base para precificação do valor a ser reequilibrado*”¹⁵⁹⁵, conforme cláusula 22.7.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO e arts. 22 e 23 da Resolução ANTT nº 1.187/2005¹⁵⁹⁶.

1736. Ainda consoante a argumentação da REQUERIDA, a Resolução ANTT nº 3.651/2011¹⁵⁹⁷ estabeleceria o Sistema de Custos Rodoviários – SICRO como parâmetro aplicável ao fluxo de caixa marginal que há de ser elaborado enquanto metodologia para o reequilíbrio de obras novas referentes ao CONTRATO DE CONCESSÃO.

1737. Nessa linha, a REQUERIDA afirma ter analisado administrativamente o pleito da REQUERENTE, tendo encontrado diversas inconsistências técnicas referentes aos projetos, especialmente na elaboração do orçamento, conforme seguinte passagem do Parecer Técnico nº PL-0115.2020-GEENG-SUINF-R00¹⁵⁹⁸:

“C. ORÇAMENTO

Considerações Iniciais do Orçamento

114. A presente análise visa atender solicitação da GEFIR que requer a este apoio técnico a análise do orçamento referente as obras de restauração e melhoramento da Rodovia BR-262/MG – Travessia Urbana de Nova Serrana.

115. Observamos que a Concessionária disponibiliza no Volume IV apenas o orçamento com desoneração, com data base referente a novembro de 2016.

116. Devido ao lapso temporal transcorrido entre a data base do orçamento apresentada e a presente análise, recomendamos que o orçamento seja apresentado seguindo os moldes do Novo SICRO, bem como as diretrizes preconizadas na Portaria SUINF nº 028/2019. A data-base do orçamento não poderá estar defasada em mais de 06 (seis) meses.

¹⁵⁹⁴ Cf. item 400 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁵⁹⁵ Cf. item 397 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁵⁹⁶ Cf. R-086.

¹⁵⁹⁷ Cf. R-089.

¹⁵⁹⁸ Cf. R-090.

Recomendações Referente a Planilha Apresentada

117. Consoante alterações na tributação e a necessidade de garantir ao orçamento da Administração Pública a condição mais vantajosa, o Memorando Circular nº 03/2016- DIREX, de 02 de fevereiro de 2016, estabelece a necessidade de que os orçamentos de obras de infraestrutura de transportes no âmbito do DNIT devem ser elaborados nas duas condições de recolhimento de tributos previdenciários possíveis, onerada e desonerada, inclusive com correção do BDI diferenciado.

118. A concessionária apresentou orçamento com desoneração no valor de R\$ 16.081.006,61. Conforme parágrafo supracitado, a presente análise resta prejudicada uma vez que só foi apresentado orçamento com desoneração, não sendo possível verificar qual orçamento apresenta condição mais vantajosa.

119. Ressaltamos que a análise dos quantitativos do orçamento foi realizada pelo analista de projeto. Não sendo, desta forma, objeto da análise do orçamento. Assim, a presente análise se dá quanto aos aspectos dos custos unitários, da composição do BDI, do plano de contas, dos binômios de transporte, dos encargos adicionais.

120. No que se refere ao percentual de ISSQN adotado no BDI, informamos baseado nos termos da jurisprudência do TCU, que a alíquota do ISSQN deve incidir sobre a parcela do preço de venda exclusivamente relacionada à prestação de serviços, sendo recomendável proceder o desconto da base de cálculo a parcela referente ao fornecimento de materiais. Entretanto, o valor dos materiais fornecidos pelo prestador fora do local dos serviços e previstos deve ser suprimido, sob risco de ocorrência de duplicidade de tributação. Por sua natureza majoritariamente linear, as taxas de BDI para obras públicas de infraestrutura de transportes devem considerar a legislação tributária vigente no(s) município(s) onde serão prestados os serviços de construção civil. Consoante este entendimento sugerimos a dedução dos materiais produzidos pelo prestador dos serviços.

121. Recomendamos que a Concessionária apresente as composições das outras bases de custos de forma analítica, assim como as composições do SICRO e assim proceda de forma análoga quanto ao desconto do ISSQN, caso a base de cálculo não esteja disponibilizada na Lei Municipal.

122. Observou-se que a Concessionária faz uso de bases oficiais diferentes de onde a obra será executada, como cor exemplo, DER-SP e SEINFRA-CE. Neste caso, recomendamos que a Concessionária não faça o uso de bases oficiais alheias ao Estado onde a obra será executada, evitando assim, a defasagem regional dos custos praticados. Na impossibilidade da utilização das referências de custos dos itens anteriores, deverão ser apresentadas no mínimo três cotações de mercado para cada serviço enquadrado nesta situação.

123. Cada cotação deverá possuir a descrição da empresa com endereço administrativo, localização da ocorrência do material, telefones, e-mail de contato, data da proposta, assinatura com identificação do responsável pela cotação, cargo e função, bem como, descrição detalhada dos serviços a serem prestados contendo: quantidades, obra a ser atendida, prazos, condições de faturamento, impostos inclusos e exclusivos, além de informar se o frete e CIF ou FOB. Preferencialmente a cotação deverá possuir a mesma data base do orçamento. Na impossibilidade, admitir-se-á a utilização dos índices setoriais indicados pelo DNIT para ajuste dos valores à data-base do orçamento.

124. De forma a facilitar o entendimento, bem como a rastreabilidade das informações recomendamos que a Concessionária apresente a planilha orçamentária com os serviços enquadrados em seus respectivos grupos de trabalho. Exemplo, Plano de contas, serviços preliminares, terraplenagem, drenagem, estabilização de encosta separadas por tipo de soluções, OAE, pavimentação, sinalização, paisagismo, serviços complementares, etc.

125. Sobre o binômio ‘aquisição + transporte’, recomendamos que o fornecedor de materiais betuminosos deve ser escolhido conforme Portaria nº 1977 de 25 de outubro de 2017, adotando-se como referência a condição mais vantajosa ao erário. Não foi possível analisar a metodologia apresentada pela Concessionária, visto que a planilha disponibilizada não indica a memória de cálculo do binômio. A aquisição dos materiais asfálticos deve ser considerada junto as refinarias, bem como fábricas distribuidoras, como por exemplo para a aquisição de emulsões asfálticas e asfaltos modificados (CAP 50/70 e RR1C). Recomendamos a revisão do binômio “aquisição + transporte”, bem como justificativa quanto a solução apresentada.

126. Recomendamos que as DMT’s sejam apresentadas no linear de ocorrências, indicando todas as rotas ligadas a obra, traçadas com (link) auxílio do Google, comprovando as distâncias entre o canteiro, as refinarias e as distribuidoras, bem como memória de cálculo.

127. Quanto ao plano de contas, recomendamos que a Concessionária faça uso das diretrizes preconizadas na Portaria nº 028, de 07 de fevereiro de 2019. Administração local, canteiro de obras e mobilização/desmobilização deverão ser apresentadas de forma analíticas. Licença e compensação ambiental só serão remuneradas mediante apresentação de EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental). Cabe ressaltar que qualquer custo diferente dos citados na portaria supracitada não fará parte do escopo de futuras análises.

Considerações Finais do orçamento

128. Por se tratar de metodologias distintas entre SICRO2 e o Novo SICRO, chama-se atenção que após atendimento aos itens aqui elencados, novos itens de orçamento poderão ser pontuados, de modo a continuar a análise orçamentária.

129. Ressaltamos que a não indicação de objeções na presente análise não exige a concessionária de sanar vícios nos volumes de projeto e orçamentos apresentados.”

1738. De acordo com a REQUERIDA, em que pese notificada a sanar os vícios acima apontados por meio do Ofício nº OF-0092.2020-GEENG-SUINF-R00¹⁵⁹⁹, a REQUERENTE teria optado por “não solucionar administrativamente o problema, conforme Carta CNB-DIR 07606.2020, em razão da presente arbitragem”¹⁶⁰⁰.

1739. De fato, na visão da REQUERIDA, o que impediu o exame administrativo da questão foi a inércia da REQUERENTE “em promover os ajustes no projeto, os quais foram evidenciados pela área técnica responsável e não sanados pela Requerida, conforme se demonstra no

¹⁵⁹⁹ Cf. R-090.

¹⁶⁰⁰ Cf. item 402 da Resposta da REQUERIDA.

Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00 (R-90), principalmente na elaboração do orçamento”¹⁶⁰¹.

1740. Daí porque defende a REQUERIDA que o impeditivo à recomposição da equação econômico-financeira do CONTRATO DE CONCESSÃO estaria na inércia da REQUERENTE em promover os ajustes no projeto executivo.

1741. A REQUERIDA destaca que a prova pericial produzida nesta arbitragem teria apontado que *“a discussão acerca da necessidade do projeto executivo é jurídica”*¹⁶⁰², ao tempo em que reitera seu entendimento *“no sentido de que necessidade de apresentação do projeto executivo está ancorado no disposto no art. 22 da Resolução ANTT nº 1.187/40, assim como no item 3.2.4 do PER e na Resolução ANTT nº 3.651”*¹⁶⁰³.

1742. Na sua ótica, *“de uma leitura dos normativos acima indicados extrai-se que a apresentação de projeto executivo para a correta precificação da obra é imprescindível. O que se dispensa é a sua aceitação prévia pela ANTT, conforme disposto no art. 22 da Resolução ANTT nº 1.187, de 2005, e no item 3.2.4 do PER”*¹⁶⁰⁴.

1743. A REQUERIDA também faz referência a respostas da *expert* a quesitos formulados pelas partes, chamando atenção, dentre outros, para o fato de que não foi apresentado projeto executivo e para sua discordância *“com relação à alegação da empresa perita de que para obras emergenciais não há necessidade de apresentação de projeto executivo”*¹⁶⁰⁵.

1744. Assim, a REQUERIDA conclui pugnando pelo julgamento de improcedência do pedido formulado pela REQUERENTE e esclarece que, caso o pleito venha a ser acolhido, *“todo o suposto impacto teria ocorrido antes da data de vigência do TA de Relicitação. Desta forma,*

¹⁶⁰¹ Cf. item 248 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁶⁰² Cf. item 571 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁶⁰³ Cf. item 571 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁶⁰⁴ Cf. item 572 das Alegações Finais da REQUERIDA. No mesmo sentido: *“Entende-se, pois, que o reequilíbrio deste pleito, com a concordância da Requerida, vincula-se à apresentação, seguida de análise e aceite, do projeto executivo e orçamento, na data-base e vinculado aos normativos vigentes à época da execução dos serviços emergenciais”* (cf. item 266 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023).

¹⁶⁰⁵ Cf. item 435 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

compreende-se que a limitação temporal estabelecida pela Cláusula 16.3 do 2º TA ao Contrato de Concessão não teria o condão de impactar o presente pleito”¹⁶⁰⁶.

XII.10.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

1745. As partes controvertem nesta arbitragem a respeito do descumprimento da legislação em vigor para quantificação do equilíbrio econômico-financeiro reconhecido como devido pela REQUERIDA, em razão de obras emergenciais executadas pela REQUERENTE após escorregamento de talude na travessia urbana de Nova Serrana, entre o km 436,6 e o km 446,5 da BR-262/MG, trecho sob responsabilidade do DNIT.

1746. Em primeiro lugar, mostra-se oportuno registrar que os eventos de desequilíbrio apontados pela REQUERENTE neste capítulo e no seguinte desta sentença¹⁶⁰⁷ não se acham narrados ou relacionados na ATA DA MISSÃO¹⁶⁰⁸, dentre os que, a seu juízo, naquele momento, dariam suporte à pretensão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO. A bem de ver, o conteúdo da ATA DE MISSÃO não menciona – afora, de forma específica, o tema das inexecuções contratuais do CREMA DNIT¹⁶⁰⁹ – que haveria qualquer outro desequilíbrio resultante da assunção de obras de responsabilidade do Poder Concedente que fundasse o contencioso entre as partes.

1747. A indicação desses eventos, como ensejadores do dever de reequilíbrio contratual, apenas surge nas Alegações Iniciais, ensejando a dedução de pedidos próprios, no item 985, “x” e “xi”. A inclusão desses eventos na postulação e a dedução de pedidos específicos a respeito, eventualmente, poderia ensejar interpretação no sentido da ampliação objetiva da demanda, tal como inicialmente formulada.

1748. Não obstante, verifica-se que não houve questionamento ou impugnação por parte da REQUERIDA com relação à inclusão dos referidos fatos e postulações. Ao contrário, o contraditório a respeito dos temas se desenvolveu regularmente, com amplo debate por ambas

¹⁶⁰⁶ Cf. item 575 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁶⁰⁷ Capítulos X e XI, intervenções emergenciais em trecho com obras sob responsabilidade do DNIT e adequação de vias sob responsabilidade do DNIT.

¹⁶⁰⁸ Cf. item 6.4.17 da ATA DE MISSÃO.

¹⁶⁰⁹ Capítulo XII esta sentença.

as partes acerca do seu mérito, com regular produção probatória e total e ampla defesa por parte da REQUERIDA, em todas as suas peças de defesa¹⁶¹⁰.

1749. Nessa linha, entende o Tribunal Arbitral que se encontram reunidas as condições necessárias para a apreciação do mérito de ambas as pretensões deduzidas, tanto neste capítulo IX, como no capítulo X que segue, a respeito de riscos relacionados a intervenções e adequação nos trechos do sistema rodoviário que eram de responsabilidade do DNIT.

1750. Então, na visão da REQUERENTE, as obras emergenciais executadas após escorregamento de talude na travessia urbana de Nova Serrana, entre o km 436,6 e o km 446,5 da BR-262/MG, trecho sob responsabilidade do DNIT configurariam risco alocado contratualmente à REQUERIDA, na forma das subcláusulas 10.5.2, 21.2.3, 21.2.12, 21.2.15 e 22.1.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO. Trata-se, ainda segundo a perspectiva da REQUERENTE, de distribuição de risco em consonância com as melhores práticas de modelagem de contratos de concessão, já que, *“quanto ao tema de obras realizados por terceiros contratados pelo DNIT, a Requerente é simplesmente refém das entidades federais, não tendo qualquer possibilidade de gerenciar os riscos respectivos”*¹⁶¹¹.

1751. A REQUERENTE pretende, assim, o reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO devido à realização de obras emergenciais após escorregamento de talude na travessia urbana de Nova Serrana, entre o km 436,6 e o km 446,5 da BR-262/MG, trecho sob responsabilidade do DNIT.

1752. A REQUERIDA, de sua parte, não controverte acerca do mérito do direito ao reequilíbrio¹⁶¹², mas apenas no que se refere ao alegado descumprimento das regulamentações

¹⁶¹⁰ Nesse sentido, destaca Cândido Dinamarco que “[o]ra, a partir de quando o procedimento da arbitragem é decididamente flexível e não rígido como o do processo comum (supra, n. 12), sendo muito menos sujeito a preclusões do que este, dilui-se significativamente o valor do veto às modificações da demanda, imposto pelo art. 264 do CPC (LGL\1973\5). É natural que, ganhando força o princípio da liberdade (Chiovenda), possam as partes determinar legítimos desvios no curso do procedimento, inclusive mediante a dedução de pedidos novos, fazendo-o fora do período ordinariamente reservado a isso. O importante é a observância do contraditório.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Possibilidade de emendas e alterações a pedidos e o princípio da estabilização no procedimento arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 35, out./dez.2012, p. 241-242).

¹⁶¹¹ Cf. item 827 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁶¹² A ausência de objeção da REQUERIDA quanto ao mérito do pedido de reequilíbrio foi manifestada desde a sua Resposta às Alegações Iniciais (cf. itens 396 e 403 da referida peça). Em suas Alegações Finais expressa a

em vigor relativas à elaboração do projeto executivo e do orçamento com utilização do padrão SICRO.

1753. Segundo a REQUERIDA, o pedido não teria observado os limites da cláusula 22.7.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO, da Resolução ANTT nº 1.187/2005, e da Resolução ANTT nº 3.651/2011. O Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00¹⁶¹³ veicula, ainda, supostos ajustes apontados pela REQUERIDA como necessários, os quais teriam sido comunicados por meio do Ofício n.º OF-0092.2020-GEENG-SUINF-R00¹⁶¹⁴ à REQUERENTE.

1754. A cronologia dos fatos, sistematizada com auxílio da prova pericial produzida sob o crivo do contraditório, demonstra que a travessia urbana de Nova Serrana, entre o km 436,6 e o km 446,5 da BR-262/MG, integrou o Anexo B do termo de arrolamento e transferência dos bens utilizados para operação e manutenção do Sistema Rodoviário¹⁶¹⁵, firmado em 05.03.2014, em razão da pendência de obras sob responsabilidade do DNIT. O recebimento definitivo das obras então pendentes pelo DNIT ocorreu em 14.12.2015, o que foi objeto de notificação formal à REQUERENTE apenas em 22.02.2016, por meio do Ofício nº 088/2016/GEFOR/SUINF¹⁶¹⁶.

1755. A referida comunicação conferiu prazo de 30 (trinta) dias para que a REQUERENTE apurasse “*eventuais inconsistências entre a obra e o projeto bem como aquelas relativas aos parâmetros de desempenho previstos no PER para os ensaios de IRI e Deflexão*”¹⁶¹⁷, conforme estabelecido na cláusula 10.5.4 do CONTRATO DE CONCESSÃO. No prazo fixado contratualmente, em 02.03.2016, a concessionária informou a necessidade de complementação dos documentos inicialmente enviados para que fosse viável a análise conclusiva de eventuais

REQUERIDA o seguinte: “*Neste aspecto, como registrado desde à Resposta às Alegações Iniciais, não há controvérsia no tocante ao mérito do pleito de reequilíbrio das intervenções emergenciais realizadas no trecho entre o km 436,6 e o km 446,5 da BR-262/MG na travessia urbana de Nova Serrana – MG sob a responsabilidade do DNIT, mas, sim, em relação ao quantum, tendo em vista que a Requerente não cumpriu as regulamentações em vigor no que diz respeito à elaboração do projeto e orçamento a ser elaborado utilizando o SICRO, os quais são imprescindíveis para a análise e deferimento do pedido de reequilíbrio no âmbito da Agência*” (cf. item 568 das Alegações Finais da REQUERIDA).

¹⁶¹³ Cf. R-090.

¹⁶¹⁴ Cf. R-091.

¹⁶¹⁵ Cf. RTE-138.

¹⁶¹⁶ Cf. RTE-155.

¹⁶¹⁷ Cf. RTE-155; item 3.

inconsistências na obra, por meio da Carta CNB-DIR 0174/2016¹⁶¹⁸. Na sequência, em 16.06.2016, por meio da Carta CNB-DIR 0474/2016¹⁶¹⁹, a REQUERENTE reiterou a necessidade da documentação pendente e informou que, após verificações nas condições funcionais e estruturais das obras, identificou anomalias que impediriam o seu recebimento definitivo.

1756. A prova documental produzida demonstra que a ANTT não permaneceu inerte: (i) em 12.07.2016, a Superintendência de Exploração de Infraestrutura Rodoviária – SUINF encaminhou Ofício nº 598-2016¹⁶²⁰ ao DNIT para apuração das inconsistências apontadas pela REQUERIDA, com eventual acionamento de garantias contratuais no intuito de refazimento das obras; (ii) em 08.08.2016, o DNIT iniciou as verificações internas¹⁶²¹; e (iii) em 27.09.2016, a REQUERIDA esclareceu à REQUERENTE, por meio do Ofício nº 633-2016-GEFOR-SUINF¹⁶²², que a demanda estava sob análise junto ao DNIT.

1757. Todavia, apenas em 21.09.2017 foram recebidas pela REQUERENTE, por meio do Ofício nº 157-2017-COINF-MG-SUINF¹⁶²³, informações contratuais, termos aditivos, medições, As *Built* e controle de qualidade de obra e licenciamento ambiental disponibilizados pelo DNIT. Durante todo este período, a REQUERENTE formalizou sucessivas notificações a respeito das condições precárias do trecho rodoviário, conforme comprovam a carta CNB-DIR-0521/2016¹⁶²⁴, a carta CNB-DIR-0677/2016¹⁶²⁵, e a carta CNB-DIR-1011/2016¹⁶²⁶, recebidas, respectivamente, em 05.07.2016, em 16.09.2016 e em 09.12.2016. Esse ponto é reforçado pela empresa perita na resposta ao quesito nº 195 apresentado pela REQUERENTE¹⁶²⁷:

“195. Queira o il. Perito confirmar que a Requerente alertou sucessivamente e com antecedência a Requerida da necessidade de adequação da obra pelo DNIT aos padrões de

¹⁶¹⁸ Cf. RTE-156.

¹⁶¹⁹ Cf. RTE-157.

¹⁶²⁰ Cf. RTE-159.

¹⁶²¹ Cf. RTE-159.

¹⁶²² Cf. RTE-161.

¹⁶²³ Cf. RTE-163.

¹⁶²⁴ Cf. RTE-158.

¹⁶²⁵ Cf. RTE-160.

¹⁶²⁶ Cf. RTE-162.

¹⁶²⁷ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 195 da REQUERENTE, p. 183-184.

qualidade e segurança (RTE 158) e sobre os riscos de rompimento das contenções das passagens inferiores (RTE 160).

Resposta: Conforme apresentado no quesito anterior, não resta dúvida que a Requerente comunicou sucessivamente a Requerida da necessidade de adequação da obra pelo DNIT aos padrões de qualidade e segurança e sobre os riscos de rompimento das contenções das passagens inferiores. [...]” (grifou-se)

1758. Portanto, no momento da ocorrência do sinistro, decorrente de fortes chuvas verificadas em 12.11.2017, o trecho da rodovia permanecia sob a responsabilidade do DNIT, que tinha conhecimento dos riscos existentes, inclusive em razão das reiteradas comunicações enviadas pela concessionária. Esses fatos foram confirmados pelo laudo pericial, conforme resposta ao quesito nº 193 formulado pela REQUERENTE¹⁶²⁸:

“193. Queira o il. Perito confirmar que a responsabilidade sobre a manutenção e conservação do trecho entre o km 436,6 e km 446,5, à época do escorregamento do talude, era do DNIT.

Resposta: O conjunto de documentos integrantes deste processo arbitral evidencia que não houve até a presente data (incluindo-se o período de ocorrência do sinistro de escorregamento do talude – 12/11/2017), a transferência das obras do segmento da BR-262/MG, compreendido entre o km 436+600 ao km 446+500 na região de Nova Serrana-MG pelo Poder Concedente à Concessionária. Como constatada a não transferência das obras, a responsabilidade da manutenção e conservação do referido trecho continua sendo do DNIT.”
(grifou-se)

1759. Diante da materialização do sinistro, a REQUERENTE encaminhou a carta CNB-DIR-2200/2017¹⁶²⁹, recebida pela REQUERIDA em 17.11.2017, por meio da qual informou que:

- (i) em 13.11.2017, foi mobilizado consultor de geotecnia da Geoprojetos Engenharia Ltda., o qual apresentou solução técnica para o problema;
- (ii) em 13.11.2017, imediatamente, foi iniciada a obra de recuperação do talude, com previsão de encerramento em 24.11.2017; e
- (iii) a obra seria emergencial, pois “[...] *poderia provocar a interrupção do tráfego na rodovia, a exposição de usuários e pedestres à riscos imponderáveis, além do impacto na mobilidade dos moradores de Nova Serrana, com a interrupção da principal ligação entre os lados do município dividido pela rodovia*”¹⁶³⁰.

¹⁶²⁸ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 193 da REQUERENTE, p. 182.

¹⁶²⁹ Cf. RTE-164.

¹⁶³⁰ Cf. RTE-164; p. 6.

1760. Na sequência, em janeiro de 2018, foi elaborado o documento “Relatório - Recuperação dos Taludes Perímetro Urbano de Nova Serrana Br-262/Mg Km 443+600 Oeste E Km 444+200 Leste”¹⁶³¹ pela REQUERENTE. Nesse documento, há registros fotográficos que reforçam o caráter emergencial da obra realizada, o que, aliás, sequer é controvertido pela REQUERIDA no curso do procedimento arbitral. Diante disso, em 09.02.2018, por meio da carta CNB-DIR-0148/2018¹⁶³² houve a formalização do pedido administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro no âmbito da 3ª Revisão Ordinária e da 7ª Revisão Extraordinária.

1761. A REQUERIDA, então, deu início ao processamento do pedido administrativo, com elaboração do Memorando nº 189/2018/GEINV/SUINF¹⁶³³, do Parecer Técnico nº 096/2018/COINF-URMG/SUINF¹⁶³⁴ e do Ofício nº 157/2018/GEFIR/SUINF¹⁶³⁵. Naquela ocasião, foi realizada inspeção no local da obra por agente público, acompanhada por representantes da concessionária, em que apontou inconsistências a serem corrigidas e/ou justificadas. Em 17.07.2018, a REQUERENTE apresentou os seus esclarecimentos à agência reguladora, por meio da Carta CNB-DIR 0709/2018¹⁶³⁶, informando que “[...] só fará os demais serviços após a aprovação e inclusão na tarifa de pedágio, referente ao pleito de adequação a Classe IA, das obras de responsabilidade do DNIT, executadas no perímetro urbano de Nova Serrana/MG, conforme exposto na carta CNB/DiR/0148/2018 [...]”¹⁶³⁷.

1762. Assim, durante o mês de agosto de 2018, houve comunicação permanente entre as partes por meio de mensagens de correio eletrônico¹⁶³⁸, inclusive com a realização de nova inspeção e com a evolução das tratativas no sentido do reequilíbrio econômico-financeiro. Naquela oportunidade, o corpo técnico da agência reguladora destacou que o pleito do reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO seria devido, embora fosse necessária a

¹⁶³¹ Cf. RTE-166.

¹⁶³² Cf. RTE-086.

¹⁶³³ Cf. RTE-167.

¹⁶³⁴ Cf. RTE-169.

¹⁶³⁵ Cf. RTE-169.

¹⁶³⁶ Cf. RTE-170.

¹⁶³⁷ Cf. RTE-170; p. 3.

¹⁶³⁸ Cf. RTE-171.

análise dos padrões de qualidade e de segurança no curso do processo administrativo. Observe-se¹⁶³⁹:

“Entendo que a Concessionária, com muito boa vontade, atuou nesse trecho rodoviário que não está sob sua jurisdição, e que, em função disso, tem o pleno direito de ser ressarcida por essas atividades.

Entretanto, minha obrigação, como agente público ‘tentar’ garantir que esse ressarcimento seja realizado dentro das conformidades legais. Para isso precisamos ter segurança de que os valores apresentados, assim como a qualidade dos serviços, estejam em conformidade com as normas técnicas e dentro dos custos unitários definidos pelo governo federal.”

1763. Não obstante a evolução das tratativas registrada em agosto de 2018, da prova documental coligida ao processo arbitral não se identifica a sua continuidade. A análise do documento RTE-171 permite inferir que houve apenas mais uma tentativa de contato, em abril de 2019, pelo agente público responsável pelas diligências, sem que tenha sido possível identificar resposta da REQUERENTE. Conforme apontado nas Alegações Iniciais, a REQUERENTE optou por deduzir novo pleito de reequilíbrio econômico-financeiro no âmbito da 4ª Revisão Ordinária e da 8ª Revisão Extraordinária, por meio da carta CNB-DIR-0092/2019¹⁶⁴⁰, que foi indeferido.

1764. Assim, o que se verifica no caso dos autos é que havia um devido processo regulatório em curso que foi interrompido pelo ajuizamento do procedimento arbitral, sem que tenha sido formado juízo definitivo de legalidade pela REQUERIDA. Nesse ponto, o Tribunal Arbitral não aquiesce com a conclusão da REQUERIDA no sentido de que teria ocorrido “[...] *deliberada omissão da Requerente em sanar as inconsistências técnicas referentes aos projetos, especialmente na orçamentação, que impediu qualquer possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, dado que por vontade própria a Concessionária desistiu do prosseguimento na análise do projeto em razão da instauração da presente arbitragem*”¹⁶⁴¹.

1765. Com efeito, deve ser sopesado o contexto fático delineado neste procedimento arbitral, de um contrato administrativo frustrado, com procedimento de relicitação já em curso. Conquanto não tenha se completado o devido processo regulatório, com o atendimento das

¹⁶³⁹ Cf. RTE-171; p. 1.

¹⁶⁴⁰ Cf. RTE-075.

¹⁶⁴¹ Cf. item 570 das Alegações Finais da REQUERIDA.

condicionantes apontadas pela REQUERIDA, fato é que se tem uma obra emergencial que foi efetivamente realizada pela REQUERENTE, e que deve ser objeto de ressarcimento, conforme reconhecido pelo próprio corpo técnico da agência reguladora federal. A instauração da presente arbitragem e a posterior pactuação do 2º TERMO ADITIVO, muito embora tenham interrompido o devido processo regulatório, não podem impedir a indenização da REQUERENTE.

1766. Além disso, as objeções apontadas pela REQUERIDA no curso do procedimento arbitral não encontram respaldo na prova produzida na fase de instrução. Da leitura de suas peças de defesa, sobressaem três fundamentos para objeção ao pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO nesse ponto: (i) o Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG/SUINF-R00; (ii) a ausência de orçamentação no padrão SICRO; e (iii) a ausência de apresentação de projeto executivo.

1767. Em primeiro lugar, no que se refere ao Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG/SUINF-R00¹⁶⁴², veiculado por meio do Ofício nº 092/2020/GEENG/SUINF-R00¹⁶⁴³, como apontado pela REQUERENTE em sua Réplica, e não afastado pela REQUERIDA em nenhuma de suas manifestações, “[...] não se refere às obras emergenciais realizadas pela Concessionária”¹⁶⁴⁴. De fato, o documento em questão analisava o “*Projeto Executivo de Engenharia para a Recuperação de Anomalias Identificadas no trecho da Travessia Urbana de Nova Serrana/MG, km 436,6 ao km 446,5 da rodovia BR-262/MG*”. Portanto, envolvia pretensão distinta da ora analisada neste tópico, que se limita às obras emergenciais realizadas nesse trecho rodoviário.

1768. Em segundo lugar, no que se refere à orçamentação no padrão SICRO, a prova pericial confirma que se trata de exigência prevista na legislação setorial. Nesse sentido, em resposta ao quesito 10.5 formulado pela REQUERIDA a equipe pericial destacou¹⁶⁴⁵:

“10.5 Queira o Sr. Perito confirmar se a Resolução ANTT nº 3.651/2011 determina que seja adotado, prioritariamente, nos orçamentos de novas obras e serviços elaborados pelas

¹⁶⁴² Cf. R-090 e RTE-184.

¹⁶⁴³ Cf. R-091 e RTE-182.

¹⁶⁴⁴ Cf. item 461 da Réplica da REQUERENTE; sem os grifos no original.

¹⁶⁴⁵ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 10.5 da REQUERIDA, p. 301.

concessionárias de rodovias, composições de custos unitários oriundos do Sistema de Custos Rodoviários (SICRO), sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura.

Resposta: Primeiramente é importante esclarecer que o Decreto nº 8.054 de 15 de julho de 2013, altera o decreto nº 2.444 de 30 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a inclusão no PND das rodovias federais, as quais se encontram as rodovias sob responsabilidade da Requerente. Feito este adendo, pode-se confirmar que a Resolução ANTT nº 3.651 de 7 de abril de 2011, em seus artigos 2º e 3º, determina que seja adotado, prioritariamente, nos orçamentos de novas obras e serviços elaborados pelas concessionárias de rodovias, composições de custos unitários oriundos do Sistema de Custos Rodoviários (SICRO), sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura [...]

1769. Ocorre que o mesmo laudo pericial, em seu item 316, “[...] atesta que as quantidades e os itens apresentados são condizentes com o tipo de obra que está sendo debatido neste pleito e os valores foram extraídos do SICRO [...]”¹⁶⁴⁶. Nesse ponto, inclusive, a equipe pericial apresenta na “figura 68” excerto do documento RTE-166 que ratifica a sua afirmação:

2	SERVIÇOS					
3 S 01 200 00 - Sicro DNIT	Escavação e carga	m³	10,54	245,65		R\$ 2.589,17
3 S 09 002 05 - Sicro DNIT	Transporte local e base. 10 m³ em rod. Pav (DNIT 10 km)	tkm	1,14	319,35	10,00	R\$ 3.646,10
2 E 03 040 00 - Sicro DNIT	Compostagem manual	m³	17,34	223,06		R\$ 3.883,00

Figura 68 - Recorte RTE-166

1770. Por fim, no que se refere à necessidade de apresentação de projeto executivo, devem ser ponderados o caráter emergencial da obra realizada e a inexistência de sua previsão no PER. Assim, assiste razão à REQUERENTE, no sentido da incidência do regime específico previsto no item 3.2.4 do PER¹⁶⁴⁷, com afastamento da cláusula 22.7.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO invocada pela REQUERIDA. Desse modo, conforme destacado pelo laudo pericial na resposta ao quesito nº 197 formulado pela REQUERENTE, nessa hipótese subsiste excepcional dispensa de aprovação prévia do projeto executivo pela ANTT¹⁶⁴⁸:

“197. Queira o il. Perito indicar se neste regramento havia necessidade de aprovação prévia de projeto pela Requerida.

Resposta: De acordo com o descrito no quesito anterior, o PER em seu item 3.2.4, relativo as Obras Emergenciais, deixa claro que os projetos elaborados para essas obras dispensam a aceitação prévia pela ANTT, devendo apenas ser encaminhados à ANTT para acompanhamento de sua execução no prazo

¹⁶⁴⁶ Cf. item 316 do laudo pericial de 06.02.2023

¹⁶⁴⁷ Cf. RTE-014.

¹⁶⁴⁸ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 197 da REQUERENTE, p. 186.

de até 48 (quarenta e oito) horas da ocorrência do evento, com posterior encaminhamento do projeto 'as built'.”

1771. Conforme já destacado, a partir da cronologia dos fatos ocorridos, verificou-se que a REQUERENTE encaminhou inúmeras comunicações acerca dos riscos existentes no trecho rodoviário em questão e, quando o sinistro se materializou, prontamente realizou a obra emergencial e comunicou ao corpo técnico da agência reguladora. Nesse contexto, também deve ser considerado que houve o reconhecimento, pela própria REQUERIDA, de que havia direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, tendo o devido processo regulatório sido interrompido em razão da instauração da presente arbitragem e do procedimento de relicitação.

1772. Nesse sentido, o documento RTE-171 permite inferir que, em 21.08.2018, após realização de inspeção no local da obra, houve manifestação do corpo técnico a respeito do tema, demonstrando evolução das tratativas com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁶⁴⁹:

“Senhores, boa tarde!

Concordo com as informações apresentadas. Permaneço no aguardo da memória de cálculo dos retaludamentos, assim como da manta geotêxtil utilizada, para fecharmos o assunto.

Informo a todos que a questão da divergência do meio fio estava relacionada ao fato de que havia nos sido indicado pela Concessionária apenas a reconstrução do meio fio a bordo da pista (que citei antes com 'construção artesanal'). Nessa última inspeção foi constatado a existência de meio fio implantado também na parte inferior do talude de aterro (bordo da via marginal), esse construído dentro dos padrões normativos, que completaram a medição anteriormente apresentada.

Reitero a necessidade urgente (antes do período chuvoso) da conclusão das obras do km 444+200 Leste.

Colegas da ANTT: sugiro a adoção da Solução 2, indicada pelo Eric, em relação ao talude do km 444+200 Leste. Aguardamos a definição de vocês.”

1773. Na sequência das mensagens trocadas entre as partes, em 04.04.2019, o agente público reitera “[...] a solicitação acima apresentada, a fim de concluirmos o assunto”¹⁶⁵⁰. A prova documental produzida no curso do procedimento arbitral, portanto, confirma que havia tratativas sólidas no sentido do reequilíbrio econômico-financeiro, sem que tenha sido apontada a ausência de projeto executivo como óbice. A interrupção do processo regulatório, após a

¹⁶⁴⁹ CF. RTE-171; p. 6 – grifo no original.

¹⁶⁵⁰ Cf. RTE-171; p. 7.

execução da obra e do reconhecimento da necessidade de reequilíbrio não deve impedir, no contexto, a outorga de indenização à REQUERENTE pelos custos incorridos na referida obra, ainda mais quando inexistente prova pela REQUERIDA de que a obra realizada ainda em novembro de 2017, tenha apresentado irregularidade ou prejuízo aos usuários, à rodovia ou à própria agência reguladora decorrente de problemas na execução.

1774. Dessa forma, conclui-se que, dadas as circunstâncias de fato e o exame feito das ações regulatórias, os argumentos de defesa deduzidos pela REQUERIDA não se mostram aptos a afastar a alocação de riscos prevista no CONTRATO DE CONCESSÃO em favor da responsabilidade do Poder Concedente pelas obras. Tal como apontado pela REQUERENTE em suas Alegações Iniciais, não tendo sido efetivada a transferência do trecho rodoviário em que ocorreu o sinistro por circunstâncias que podem ser imputadas também ao Poder Concedente, recai sobre a REQUERIDA o ônus decorrente da materialização do risco, na forma das cláusulas 10.5.2, 21.2.3 e 22.1.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO. O custeio das obras emergenciais realizadas em trecho rodoviário que se encontrava sob responsabilidade do DNIT, assim, deve ser suportado pela REQUERIDA, sob pena de enriquecimento sem causa.

1775. Por essas razões, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado pela REQUERENTE no item 985, “x”, das Alegações Iniciais, reconhecendo o seu direito a ser indenizada no valor de R\$ 119.368,60 (cento e dezenove mil, trezentos e sessenta e oito reais, e sessenta centavos), já acrescidos os custos administrativos na taxa de 6,24% (seis vírgula vinte e quatro por cento, com a data-base de maio de 2012¹⁶⁵¹).

1776. Tendo isso em vista, passa-se à análise do pedido do item 989 das Alegações Iniciais, por meio do qual a REQUERENTE pretende que o impacto deste evento, reconhecido como fator de desequilíbrio contratual suscetível de reequilíbrio pelo Tribunal Arbitral, repercuta no exercício do poder sancionatório, modulando o nível de descumprimento de suas obrigações contratuais.

1777. A bem de ver, diferentemente de outros eventos que entende tenham causado o desequilíbrio contratual, quanto a este evento específico a REQUERENTE não reproduziu em suas Alegações Finais o pedido genérico do item 989 das Alegações Iniciais. Tampouco produziu

¹⁶⁵¹ O valor arbitrado observa o item 388 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

prova documental no sentido de que a REQUERIDA tenha efetivamente exercido o seu poder sancionatório neste caso.

1778. O Tribunal Arbitral, assim, julga improcedentes, por falta de prova, os pleitos formulados no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais, (i) de anulação das penalidades aplicadas, (ii) de extinção dos processos sancionatórios correlatos, (iii) de ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades em relação ao desequilíbrio decorrente das intervenções emergenciais na Travessia Urbana de Nova Serrana.

1779. Por outro lado, como consequência do reconhecimento do evento de desequilíbrio associado às intervenções emergenciais na Travessia Urbana de Nova Serrana, o Tribunal Arbitral julga procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais para determinar que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades que tenham como causa o evento apreciado neste capítulo da sentença arbitral.

XII.11. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DA ADEQUAÇÃO DAS VIAS SOB RESPONSABILIDADE DO DNIT

1780. Este capítulo terá o propósito de apreciar o pedido da REQUERENTE contido no item 985, “xi”, das Alegações Iniciais – objeto do ponto controvertido constante do item 7, “ix”, da Ordem Processual nº 16 –, pelo qual se almeja o reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO – ou de indenização, em caso de extinção antecipada do instrumento –, em decorrência da adequação de vias sob a responsabilidade do DNIT. Transcrevam-se os termos da pretensão¹⁶⁵²:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]

- xi. O reconhecimento de que a necessidade de que a CONCEBRA realize intervenções para a adequação do trecho da travessia urbana de Nova Serrana aos parâmetros do PER decorre de inexecuções do Poder Concedente, em*

¹⁶⁵² Cf. itens 985, “xi”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

gravidade tal que os trechos em questão sequer puderam ser recebidos pela CONCEBRA, de modo que (i) se realize a validação do projeto executivo apresentado pela Concessionária em âmbito administrativo – Carta CNB-DIR 0133/2018 – e (ii) reconheça o direito da Concessionária às compensações econômico-financeiras em razão dos custos que a Concessionária incorrerá com a solução das inconformidades das obras sob responsabilidade do Poder Concedente no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana, cuja responsabilidade era do Poder Concedente [...]

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

1781. Há de ser mencionado, também neste capítulo, o pedido objeto do item 989 das Alegações Iniciais, por meio do qual a REQUERENTE requer que, reconhecendo o desequilíbrio contratual, o Tribunal Arbitral (i) declare a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinga os correlatos processos administrativos sancionatórios; (iii) condene a REQUERIDA a ressarcir a CONCEBRA de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; e (iv) determine que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades que guardem conexão com o que é apreciado neste capítulo da sentença.

XII.11.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

1782. A REQUERENTE afirma que (i) a REQUERIDA teria solicitado em 22.02.2016¹⁶⁵³ que aquela realizasse, no prazo de 30 (trinta) dias, o recebimento definitivo de obras do DNIT no segmento da travessia urbana de Nova Serrana; e que, (ii) em resposta, a CONCEBRA teria informado que somente poderia proceder daquela maneira quando lhes fossem disponibilizadas as informações necessárias à verificação de eventuais inconsistências entre a obra e o projeto e “se os *Parâmetros de Desempenho relativos ao índice de irregularidade longitudinal e de deflexão característicos* atendiam ao estabelecido pela subcláusula 10.5.4 do Contrato de Concessão”¹⁶⁵⁴.

1783. Nesse contexto, a REQUERENTE relata ter solicitado, em diversos momentos, o envio formal dos documentos que integram o contrato de duplicação do subtrecho pelo DNIT e que,

¹⁶⁵³ Cf. RTE-155.

¹⁶⁵⁴ Cf. item 870 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

em paralelo, a despeito de ainda não ter recebido a documentação, teria “*busc[ado] informalmente as informações necessárias para sua análise e verific[ado] diversas não conformidades das obras*”¹⁶⁵⁵.

1784. Diversas missivas comprovariam que a REQUERENTE teria solicitado à REQUERIDA a solução das não conformidades, para que pudesse haver o recebimento definitivo das obras no subtrecho da travessia urbana¹⁶⁵⁶. Correspondências também dariam conta de que a CONCEBRA teria se colocado à disposição para solucionar as anomalias construtivas, mediante autorização da ANTT¹⁶⁵⁷, chegando aquela a informar que “*decidiu contratar projeto executivo*”¹⁶⁵⁸ na carta CNB-DIR 0133/2018¹⁶⁵⁹.

1785. Ou seja, como argumenta a REQUERENTE, “*dadas as inconformidades nas obras realizadas pelo DNIT, a Concessionária não era obrigada a proceder com o termo de recebimento definitivo até que fossem solucionadas as falhas construtivas. Porém, como alternativa mais benéfica ao usuário da rodovia, a Concessionária sugeriu ao Poder Concedente que a Concessionária assumisse as obras sob responsabilidade do DNIT, consertando as não conformidades e adequando a rodovia aos parâmetros estabelecidos no PER, desde que mediante autorização da ANTT e o consequente reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão*”¹⁶⁶⁰.

1786. Invocando a cláusula 10.5.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO, a REQUERENTE explica que haveria duas hipóteses de irregularidades nas obras a cargo do Poder Concedente.

1787. A primeira consistiria na hipótese de se verificar que as obras possuam inconsistência com o seu projeto ou (i) irregularidade longitudinal máxima (“IRI”) de 2,7m/km ou $QI \leq 35$ na totalidade da rodovia e (ii) deflexão característica máxima (“DRC”) de 50 x 10-2mm, conforme cláusula 10.5.4 do CONTRATO DE CONCESSÃO. Nestes casos, a REQUERENTE entende que

¹⁶⁵⁵ Cf. item 871 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁶⁵⁶ Cf. RTE-156, RTE-157, RTE-158, RTE-160 e RTE-162.

¹⁶⁵⁷ Cf. RTE-162.

¹⁶⁵⁸ Cf. item 908 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁶⁵⁹ Cf. RTE-165.

¹⁶⁶⁰ Cf. item 874 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

poderia não realizar o recebimento definitivo da obra ou optar por assim recebê-las e sanar as inconsistências mediante reequilíbrio econômico-financeiro da avença. Confira-se¹⁶⁶¹:

“A primeira possibilidade é de que as obras realizadas pelo poder Concedente apresentem inconsistências entre a obra e seu projeto (subcláusula 10.5.4 (i)) ou inconsistências em relação ao atendimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos na subcláusula 10.5.4 (ii) do Contrato de Concessão, quais seja, a) irregularidade longitudinal máxima de 2,7m/km ou $QI \leq 35$ na totalidade da rodovia e b) deflexão característica máxima de 50 x 10-2mm. Nestes casos, como a Concessionária apontou – antes mesmo da disponibilização formal dos documentos solicitados ao DNIT, que só ocorreu posteriormente – inconsistências nas obras realizadas pelo Poder Concedente, não seria obrigada emitir o documento de recebimento definitivo da travessia urbana de Nova Serrana.

A título exemplificativo, conforme a Concessionária apresentou em CD anexo à Carta CNB-DIR 0474/2016 (RTE 157), no qual constava o ‘Relatório de Avaliação para recebimento das obras de restauração, duplicação e melhoramento da rodovia BR-262/MG – Travessia urbana de Nova Serrana’ (RTE 173). Neste relatório, a Concessionária demonstrou que as obras realizadas pelo DNIT apresentaram sete trechos em que a irregularidade longitudinal máxima (‘IRI’) superava o valor de 2,7m/km²⁶⁹ e em todos os trechos o índice de deflexão característica máxima (‘DC’) de 50 x 10-2mm foi descumprido pelas obras do DNIT, conforme vê-se nos resumos apresentados nas tabelas a seguir: [...]

Deste modo, portanto, como os requisitos previstos na subcláusula 10.5.4 do Contrato de Concessão não foram atendidos pelas obras realizadas pelo Poder Concedente, a Concessionária não seria obrigada a assumir aquele subtrecho, que continuaria sob responsabilidade do Poder Concedente até que fossem sanadas as irregularidades. É importante notar que, caso a Concessionária eventualmente optasse por, apesar das não conformidades, receber em definitivo as obras, teria direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, tal como informado na resposta à pergunta nº 34 que consta no ‘Caderno de Perguntas e Respostas’ (RTE 172):

Minuta do Contrato Anexo 2 (PER) – Apêndice A

Pergunta 34: Os segmentos listados no Apêndice A, que se encontram na situação ‘EOD’ não foram computados na extensão das obras de duplicação do item 3.2.1.1 do PER e não estão listados no Apêndice D. É correto o entendimento de que os licitantes deverão considerar em suas propostas econômicas que os segmentos ‘EOD’ estarão duplicados antes do início da concessão?

Resposta: Conforme descrito no Apêndice A do PER, os segmentos considerados como EM OBRAS DE DUPLICAÇÃO, têm previsão de conclusão até a Assunção do Sistema Rodoviário pela Concessionária. Assim, para aqueles segmentos entregues no Termo de Arrolamento, a Concessionária deverá atender todos os parâmetros do PER, sem exceção. Caso algum destes segmentos não estejam finalizados, a concessionária não terá obrigação de recebê-los no Termo de Arrolamento, conforme a subcláusula 21.2.8, e quando do seu recebimento a concessionária deverá entregar o mesmo relatório descrito na subcláusula 10.5.4, caso haja as inconsistências descritas nos itens (i), (ii)

¹⁶⁶¹ Cf. itens 877 a 879 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

da referida subcláusula a concessionária terá direito ao reequilíbrio, em relação a estes itens, porém, será de responsabilidade da Concessionária o atendimento aos demais parâmetros do PER, a partir do recebimento. Assim, a precificação das obras necessárias dos segmentos listados como 'EOD' pelo licitante deve levar em conta estes critérios"

1788. A segunda hipótese, a seu turno, consistiria naquela em que as obras a cargo do Poder Concedente não cumprissem os outros parâmetros de desempenho previstos no PER, que não IRI e DC, conforme cláusula 10.5.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO. Nestes casos, a REQUERENTE afirma que deveria receber definitivamente as obras, mas lhe seria reservado o reequilíbrio pelos custos incorridos para a sua adequação ao PER¹⁶⁶²:

“Há, contudo, uma segunda possibilidade de não conformidades das obras realizadas pelo Poder Concedente, prevista na subcláusula 10.5.5 do Contrato de Concessão. É possível que as obras realizadas pelo Poder Concedente não cumpram os outros Parâmetros de Desempenho previstos no PER, que não IRI e DC, de modo que a Concessionária deverá receber definitivamente as obras, mas caberá direito ao reequilíbrio pelos custos incorridos para a sua adequação ao PER. Isto é, caso o Poder Concedente realize as obras que descumpram Parâmetro de Desempenho previstos no PER que não versem sobre o índice de irregularidade longitudinal máxima de 2,7m/km ou $QI \leq 35$ na totalidade da rodovia e deflexão característica máxima de 50 x 10-2mm, a Concessionária será obrigada as obras realizadas, não tendo direito, como tem em relação aos trechos em que há descumprimento de IRI e DC, de simplesmente recusar o seu recebimento. Porém, ao ser forçada a receber os trechos que descumpram os demais parâmetros de desempenho, a Requerente terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro correspondente aos gastos que terá para adequar as obras aos parâmetros estabelecidos pelo PER. Estes descumprimentos também foram objeto de apontamento pela Concessionária, no 'Relatório de Avaliação para recebimento das obras de restauração, duplicação e melhoramento da rodovia BR-262/MG – Travessia urbana de Nova Serrana' (RTE 173).

Isto é, além das irregularidades observadas no pavimento, o relatório indica irregularidades na sinalização viária implantada (placas com Retrorefletância inadequadas), falha de cobertura vegetal em taludes, falta de implantação de defesa metálica em alguns pontos próximos as OAE's, abatimentos nos encabeçamentos dos aterros das passagens inferiores implantadas causados por falhas nos serviços de compactação junto à estrutura, presença de processos erosivos nos aterro de implantação das passagens inferiores, sinais de movimentação do maciço de aterro da passagem inferior (km 443,909), existência de trincas de grande extensão longitudinal em taludes, deformações no sistema de contenção dos aterros encabeçamento das OAE's, deslocamento de ALA's das OAE's, presença de trincas no pavimento e na crista do talude, irregularidades em dispositivos de drenagem superficial e profunda implantas.

¹⁶⁶² Cf. itens 880 a 882 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

Esta segunda hipótese foi objeto da pergunta nº 20 que consta no ‘Caderno de Perguntas e Respostas’, no qual foi dito que a Concessionária deverá assinar o termo de recebimento definitivo das obras realizadas pelo DNIT cujos Parâmetros de Desempenho não previstos na subcláusula 10.5.4. do Contrato de Concessão não estejam de acordo com o PER. E, neste caso, a Concessionária realizará a adequação, cabendo reequilíbrio econômico-financeiro por Fluxo de Caixa Marginal:

Pergunta 20: A Subcláusula 10.5.6 prevê como obrigação da Concessionária a adequação dos bens recebidos em definitivo do DNIT aos Parâmetros de Desempenho. Entendemos que essa adequação ensejará o reequilíbrio econômico-financeiro, caso cause impacto na equação original do Contrato, através do Fluxo de Caixa Marginal previsto na Subcláusula 22.5. Está correto esse entendimento? Caso contrário, favor esclarecer como será ressarcido à Concessionária o valor despendido na adequação de tais parâmetros não atendidos nas obras executadas pelo DNIT.

Resposta: De acordo com a cláusula 10.5.6 do Contrato de Concessão, será obrigação da Concessionária a adequação dos demais Parâmetros de Desempenho dos bens recebidos em definitivo do DNIT, que não os previstos em 10.5.4, sendo que os itens dos Parâmetros de Desempenho a serem adequados, assim como seu valor serão aprovados pela ANTT em até 60 (sessenta) dias contados da data de recebimento do documento previsto na subcláusula 10.5.4, sendo assistido à Concessionária prazo compatível para sua execução. Em referida hipótese o reequilíbrio econômico-financeiro será realizada pelo Fluxo de Caixa Marginal.”

1789. Extrai-se dos excertos acima reproduzidos que a REQUERENTE entende que ambas as hipóteses se configuraram com as obras do Poder Concedente na travessia urbana de Nova Serrana, o que lhe permitia não apenas deixar de receber definitivamente as obras, como optar por assumi-las, mediante o direito ao reequilíbrio contratual.

1790. Tal direito, afinal, poderia ser depreendido não apenas do acima exposto, mas também das cláusulas 10.5.2 e 21.2.8 do CONTRATO DE CONCESSÃO e da pergunta nº 16 constante do “Caderno de Perguntas e Respostas” acostado como RTE-172.

1791. A REQUERENTE narra que, diante dos prejuízos causados aos usuários das rodovias em decorrência das anomalias das obras a cargo do Poder Concedente, teria solicitado “no âmbito da Revisão Ordinária e Extraordinária referente ao ano 4 da Concessão, o reequilíbrio econômico-financeiro relativo ao ‘Projeto de adequação à classe I-A no subtrecho DNIT’ por meio da CNB-DIR 0148/2018 (RTE 86)”¹⁶⁶³.

¹⁶⁶³ Cf. item 890 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1792. Ao examinar o pleito, entretanto, o Ofício nº 169/2018/GEFIR/SUINF¹⁶⁶⁴ e o parecer técnico que lhe seguiu anexo teriam acolhido posição no sentido de ser cabível a recomposição da equação contratual para remunerar a correção de apenas parte dos problemas apontados pela REQUERENTE, rejeitando, contudo, o reequilíbrio decorrente dos custos relativos ao saneamento dos vícios construtivos identificados no pavimento da travessia de Nova Serrana. Confirma-se, no particular, o relato da REQUERENTE¹⁶⁶⁵:

“[...] Para avaliar o direito ao reequilíbrio da Concessionária, a GEFIR encaminhou o Ofício nº 169/2018/GEFIR/SUINF (RTE 174), de 19 de junho de 2018, em que se esclareceu que:

Os problemas decorrentes de manutenção não são passíveis de reequilíbrio econômico-financeiro. Desta forma, a COINF/URMG, por meio do Parecer Técnico nº 103/2018/COINF-URMG/SUINF, de 11/05/2018, cópia em anexo, identificou as origens dos problemas apresentados pela Concessionária, como projeto/construtivo ou manutenção.

Isto é, caso os problemas fossem classificados como falhas de ‘manutenção’, não haveria direito a reequilíbrio; e caso fossem considerados como falhas de ‘projeto/construtivas’, haveria direito a reequilíbrio em favor da Concessionária, conforme apresentado pelo Parecer Técnico nº 103/2018/COINF-URMG/SUINF anexo ao Ofício nº 169/2018/GEFIR/SUINF:

Para a definição se o item deveria ser classificado como falha de ‘Manutenção – M’ ou de ‘Projeto/Construtiva – P/C’, foi usado o seguinte critério geral: Se o item constasse nos projetos do DNIT e não estivesse em conformidade, foi classificado como falha de ‘Manutenção’. Se o item não constou nos projetos do DNIT e, atualmente necessita ser implantado, foi classificado como falha de ‘Projeto/Construção’. Patologias identificadas em função de vícios construtivos, também foram classificadas como falhas de ‘Projeto/Construção’. Entretanto, alguns casos específicos, que fogem ao critério geral foram avaliados caso a caso em campo e devidamente classificados pelo grupo de trabalho.

Utilizando esta metodologia, o Parecer Técnico, referendado pela GEFIR no Ofício nº 169/2018/GEFIR/SUINF, entendeu cabível a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para remunerar a correção de parte dos problemas apontados pela Concessionária. Mas foi contrária ao reequilíbrio decorrente dos custos relativos ao saneamento dos vícios construtivos identificados no pavimento pela Concessionária no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana.”

1793. Para a REQUERENTE, os vícios construtivos se qualificariam como ocultos – ou seja, decorrentes de falhas nas obras sob a responsabilidade do Poder Concedente que não atenderam aos parâmetros de desempenho –, de modo que os correlatos custos deveriam ser objeto de

¹⁶⁶⁴ Cf. RTE-174.

¹⁶⁶⁵ Cf. itens 890 a 892 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO, ao contrário da posição da REQUERIDA.

1794. Essa posição teria sido externada à REQUERIDA, por meio da Carta DIR 0751/2018¹⁶⁶⁶, sendo o direito ao reequilíbrio corolário ainda do fato de que a REQUERENTE não estava obrigada a receber as obras, do teor da cláusula 10.5.7 do CONTRATO DE CONCESSÃO e da circunstância de que a entrega das obras em patamares aquém do pactuado impôs os custos de elevar o pavimento aos parâmetros exigidos no PER.

1795. Não obstante, a REQUERENTE afirma que a REQUERIDA teria expedido o Ofício nº 420/2018/GEFIR/SUINF¹⁶⁶⁷ para não apenas reiterar seu parecer técnico anterior, como acrescer o entendimento de que “conforme a subcláusula 10.5.6 do Contrato de Concessão, ‘não cabe reequilíbrio econômico-financeiro para correção dos problemas relativo [sic] ao pavimento em obras executadas pelo Poder Concedente’”¹⁶⁶⁸.

1796. A despeito da posição externada pela REQUERIDA na via administrativa, a REQUERENTE refuta a aplicabilidade da cláusula 10.5.6 do CONTRATO DE CONCESSÃO à hipótese, o que faz nos seguintes termos¹⁶⁶⁹:

“Em primeiro lugar, é possível até mesmo questionar a aplicabilidade de tal cláusula, que tem como objeto a adequação de parâmetros de desempenho em trechos ‘recebidos em definitivo do Poder Concedente’. Como o trecho em questão não foi recebido em definitivo, pendentes tais discussões, é absolutamente descabido o argumento da ANTT.

Mas, para além da tentativa de aplicar indevidamente a cláusula em questão, é possível apresentar contra-argumentos baseados no próprio dispositivo citado pela ANTT para demonstrar que a negativa de reequilíbrio dada pela agência é incorreta. Ora, contratos de concessão são em geral caracterizados por obrigações de resultados (não de meios). Suponha-se que se estivesse tratando de obrigação ou risco alocado à Concessionária; neste caso, o Contrato de Concessão apenas estabeleceria que a Concessionária deveria cumprir determinado parâmetro de desempenho, de modo que não seria relevante a aprovação de valores pela ANTT. Afinal, como dito, a regulação se dá sobre o fim (atender parâmetro de desempenho) e não sobre o meio (valor gasto).

¹⁶⁶⁶ Cf. RTE-175.

¹⁶⁶⁷ Cf. RTE-176.

¹⁶⁶⁸ Cf. item 896 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁶⁶⁹ Cf. itens 897 a 903 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

No entanto, o que acontece no presente caso é exatamente o oposto, dado que a subcláusula 10.5.6 do Contrato estabelece que a ANTT deverá aprovar os valores gastos pela Concessionária. Portanto, isso nos leva a ver que a razão pela qual o Poder Concedente deverá aprovar os valores apresentados pela Concessionária para a adequação das obras realizadas pelo Poder Concedente é justamente porque este não é um risco alocado à Concessionária. Ou seja, a Concessionária deverá apresentar tais valores para que o Poder Concedente possa garantir que o reequilíbrio seja efetuado no valor aprovado para ser gasto. Neste caso sim é necessário que os valores gastos pela Concessionária sejam referendados, para que não incorra em custos acima do que aqueles que o Poder Concedente incorreria caso ele mesmo realizasse as adequações das obras ao PER e que não foram precificadas quando da licitação, justamente pois aquelas intervenções não estavam no escopo da Concessão. Em outros termos, trata-se de uma forma de controle do Poder Público de quanto será pago ao agente privado por uma obra que antes estava a cargo da Administração.

Além disso, o direito ao reequilíbrio presente nesta cláusula fica ainda mais evidente a partir da sua análise sistemática com as subcláusulas 10.5.4 e 10.5.5. A subcláusula 10.5.4 diz respeito ao recebimento provisório, de modo que a Concessionária deve apontar as inconsistências entre projeto e obra e os descumprimentos dos Parâmetros de Desempenho que tratem sobre irregularidade longitudinal e deflexão característica. A partir desta identificação, sistematizando o procedimento apresentado anteriormente nesta seção, há quatro possibilidades que decorrem da subcláusula 10.5.5:

- a) Descumprimentos dos Parâmetros de Desempenho que tratem sobre irregularidade longitudinal e deflexão característica não sejam solucionados e, como a Concessionária não é obrigada a assinar o termo de recebimento definitivo (vide pergunta nº 34 que consta no 'Caderno de Perguntas e Respostas'), opte por não o assinar: não há recebimento definitivo nem direito ao reequilíbrio, pois é o Poder Concedente quem deverá intervir no trecho para corrigir as falhas;
- b) Descumprimentos dos Parâmetros de Desempenho que tratem sobre irregularidade longitudinal e deflexão característica não sejam solucionados e, apesar de não ser obrigada a assinar o termo de recebimento definitivo (vide pergunta nº 34 que consta no 'Caderno de Perguntas e Respostas'), opte por assinar: há recebimento definitivo, devendo a Concessionária realizar as adequações mediante reequilíbrio;
- c) Descumprimentos dos Parâmetros de Desempenho que tratem sobre irregularidade longitudinal e deflexão característica sejam solucionados e não haja outras inconformidades: obras em pleno atendimento ao PER e, portanto, não há direito a reequilíbrio; e
- d) Descumprimentos dos Parâmetros de Desempenho que tratem sobre irregularidade longitudinal e deflexão característica sejam solucionadas, mas haja outras inconformidades: Concessionária deverá realizar as adequações ao PER, cabendo direito a reequilíbrio nos valores aprovados pela ANTT.

É justamente na hipótese (d) que a subcláusula 10.5.6 se inseriria. Isto é, trataria de hipótese em que haveria a solução dos Parâmetros de Desempenho da subcláusula 10.5.4 que tratam sobre irregularidade longitudinal e deflexão característica, mas haveria outros itens que ainda descumpririam os Parâmetros de Desempenho, a Concessionária deveria adequá-los após a aprovação dos valores pela ANTT, valor este que deveria reequilibrado.

No entanto, esta não é a hipótese tratada no presente pleito de reequilíbrio, uma vez que o Poder Concedente ainda não solucionou as inconformidades dos Parâmetros de Desempenho que tratam sobre irregularidade longitudinal e deflexão característica, de modo que atualmente, a situação fática que se encontra é a hipótese (a), na qual a Concessionária não pode assinar o termo de recebimento definitivo das obras porque há inconsistências previstas na subcláusula 10.5.4 do Contrato de Concessão. O que a Concessionária pleiteia é que se passasse à hipótese (b), na qual ela assumiria o trecho sob responsabilidade do Poder Concedente, realizaria as adequações ao PER e seria reequilibrada pelos gastos incorridos para tanto.

Portanto, o argumento levantado pela ANTT de que a subcláusula 10.5.6 impede o reequilíbrio parte de dois problemas. Primeiro, parte de uma incompreensão do Contrato de Concessão, por não entender a dinâmica das hipóteses listadas acima. Segundo, não entende que o caso concreto não permite a aplicação da subcláusula 10.5.6, uma vez que ainda se está diante de inconformidades sobre irregularidade longitudinal e deflexão característica, que justificam o não recebimento das obras. Portanto, o argumento da ANTT não deve prosperar.”

1797. A REQUERENTE esclarece que permaneceu em contato com a REQUERIDA sobre a questão¹⁶⁷⁰, chegando a segunda a solicitar à primeira a proposição de um termo aditivo ao CONTRATO DE CONCESSÃO para a solução das inconformidades¹⁶⁷¹. Após solicitar prazo para concluir os levantamentos em campo e apresentar um estudo atualizado que refletisse a deterioração do pavimento nos anos em que o Poder Concedente ficou inerte¹⁶⁷², a REQUERENTE afirma ter elaborado o “Relatório de Vistoria da Travessia Urbana de Nova Serrana”¹⁶⁷³.

1798. Ato seguinte, a REQUERIDA:

- (i) em 10.01.2020, teria enviado o Ofício SEI nº 567/2020/COINFMG/URMG-ANTT determinando “a *assunção imediata por parte da CONCEBRA, a ser contada da data de recebimento deste ofício, dos referidos serviços de conservação e operação no trecho da Travessia Urbana de Nova Serrana*”¹⁶⁷⁴ – o que é criticado pela REQUERENTE; e
- (ii) em 03.04.2020, teria manifestado objeção ao projeto executivo apresentado pela REQUERENTE, determinando fosse “*enviada nova versão, com base nos*

¹⁶⁷⁰ Cf. RTE-177.

¹⁶⁷¹ Cf. RTE-178.

¹⁶⁷² Cf. RTE-179.

¹⁶⁷³ Cf. RTE-180.

¹⁶⁷⁴ Cf. item 906 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

apontamentos feitos pela área técnica da ANTT por meio do Relatório de Análise de Projeto do dia 28 de fevereiro de 2020 (RTE 183) e do Parecer Técnico nº POT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00, de dois de abril de 2020 (RTE 184)”¹⁶⁷⁵.

1799. A REQUERENTE critica a inércia da REQUERIDA¹⁶⁷⁶, alegando que “*se, por um lado, a Concessionária vem buscando a solução dos problemas, por outro lado a ANTT parece tentar a todo custo se eximir se sua própria responsabilidade, já que não soluciona as inconformidades apresentadas nas obras sob responsabilidade do DNIT nem aprova os projetos executivos para que a Concessionária possa solucioná-los*”¹⁶⁷⁷.

1800. Nesse sentido, a REQUERENTE busca o Tribunal Arbitral para que “*(i) realize a validação do projeto executivo apresentado pela Concessionária em âmbito administrativo – por meio da Carta CNB-DIR 0133/2018 (RTE 165) – e (ii) reconheça o direito da Concessionária às compensações econômico-financeiras em razão dos custos que a Concessionária incorrerá com a solução das inconformidades das obras sob responsabilidade do Poder Concedente no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana, cuja responsabilidade era do Poder Concedente*”¹⁶⁷⁸.

1801. Para a REQUERENTE, afinal:

- (i) a REQUERIDA teria reconhecido o direito ao reequilíbrio contratual em relação à adequação das vias sob responsabilidade do DNIT, apenas questionando o valor do orçamento;
- (ii) a ANTT não disputaria a aplicação da cláusula 10.5.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO ao caso, “*reconhece[ndo] em sua resposta que a Concessionária*

¹⁶⁷⁵ Cf. item 907 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁶⁷⁶ A propósito, o parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE aponta que “*o laudo pericial identificou, corretamente, que o projeto executivo elaborado pela Requerente para efetuar as adequações no trecho da Travessia Urbana de Nova Serrana foi inutilizado pelo atraso na sua análise pela Requerida (vide resposta ao quesito nº 217)*” (cf. item 107 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023).

¹⁶⁷⁷ Cf. item 909 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁶⁷⁸ Cf. item 910 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

não é obrigada a proceder com o termo de recebimento definitivo do trecho em questão, dadas as inconformidades nas obras realizadas pelo DNIT, até que fossem solucionadas as falhas construtivas”¹⁶⁷⁹;

- (iii) não haveria inércia de sua parte, tendo, desde 2018, se proposto a assumir a execução dos serviços mediante autorização da REQUERIDA e decidido contratar projeto executivo;
- (iv) o entendimento externado pela ANTT, por ocasião da Revisão Ordinária e Extraordinária do quarto ano da concessão, não questionava os orçamentos da REQUERENTE, não sendo este o fator impeditivo ao acolhimento administrativo do pleito;
- (v) apenas em abril de 2020, quando esta arbitragem já se encontrava em curso, “*que a ANTT deixou de apresentar desculpas infundadas para negar o pleito da Concessionária e finalmente se manifestou sobre o projeto executivo apresentado pela Concessionária*”¹⁶⁸⁰;
- (vi) o “*cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro a ser incorrido com as intervenções necessárias no trecho de Nova Serrana é objeto desta arbitragem, e, portanto, deve ser aqui decidido, incluindo-se aí a determinação do montante a ser reequilibrado*”¹⁶⁸¹;
- (vii) “*as cláusulas 21.2.3 e 21.2.4 alocam ao Poder Concedente, respectivamente, os riscos de descumprimento de suas obrigações contratuais e de defeitos em obras realizadas pelo poder público até o seu recebimento definitivo pela Concessionária*”¹⁶⁸²; e
- (viii) “*portanto, a Requerente tem direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pelos custos que serão incorridos caso ela execute obras para adequação aos parâmetros do PER de trechos que eram de responsabilidade do Poder*

¹⁶⁷⁹ Cf. item 468 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁶⁸⁰ Item 476 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁶⁸¹ Cf. item 477 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁶⁸² Cf. item 444 das Alegações Finais da REQUERENTE.

Concedente”¹⁶⁸³, assim como pelos custos incorridos com a elaboração do projeto executivo correlato.

1802. De fato, para a REQUERENTE, após submissão do pleito neste procedimento arbitral, não mais faria sentido a REQUERIDA “*alegar que a aprovação de projeto executivo em sede administrativa seria um pré-requisito para que o valor do desequilíbrio fosse definido*”¹⁶⁸⁴. Em sua visão, a definição de tal valor “*era justamente um dos trabalhos abrangidos pela atividade da perícia nesta Arbitragem*”¹⁶⁸⁵.

1803. E, na hipótese, a perícia teria reconhecido o impacto sofrido pela REQUERENTE em razão da elaboração do projeto executivo para adequação das vias, no valor de R\$ 579.250,09 (quinhentos e setenta e nove mil, duzentos e cinquenta reais e nove centavos), na data-base de 2012, conforme quadro reproduzido no laudo pericial complementar de 20.12.2023.¹⁶⁸⁶ Referido valor, complementa a REQUERENTE, teria sido “*calculado por meio da aplicação do percentual de 5,5% sobre o valor da obra, conforme determinado pela Portaria SUINF nº 257/2016*”¹⁶⁸⁷.

1804. Demais disso, a REQUERENTE argumenta que¹⁶⁸⁸:

“[...] também não faz sentido tratar da ausência de aprovação de projeto executivo como uma condição impeditiva à realização do reequilíbrio tendo em vista que o pedido ora veiculado em relação a este evento é a prolação de sentença parcial (i) determinando o reequilíbrio dos valores já incorridos pela Requerente com a elaboração do projeto executivo que restou inutilizado pela inércia na aprovação pela ANTT e (ii) reconhecendo o mérito do direito da Requerente ao reequilíbrio pelas adequações do subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana aos parâmetros de desempenho do Contrato caso ela venha a realizá-los, ainda que sem definir o valor de desequilíbrio correspondente. Assim, como a controvérsia sobre a

¹⁶⁸³ Cf. item 445 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁶⁸⁴ Cf. item 453 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁶⁸⁵ Cf. item 453 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁶⁸⁶ A REQUERENTE destaca que a perícia “*validou a precificação dos custos incorridos com o projeto apresentada no RTE-75*” (cf. item 108 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023). Considerando, entretanto, que o valor então apresentado no laudo pericial, de R\$ 746.006,80 (setecentos e quarenta e seis mil, seis reais e oitenta centavos), estava referenciado ao mês de novembro de 2016, os assistentes técnicos da REQUERENTE pediram a deflação do valor para a data-base de maio de 2012, “*conforme regramento do contrato*” (cf. item 112 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023).

¹⁶⁸⁷ Cf. item 456 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁶⁸⁸ Cf. item 454 das Alegações Finais da REQUERENTE.

necessidade de aprovação de projeto executivo diz respeito exclusivamente à quantificação do valor de desequilíbrio pelas adequações que serão realizadas pela Requerente, que não será objeto de sentença arbitral neste momento, fica claro que ela não confere nenhum impeditivo ao deferimento dos pedidos ora apresentados.”

1805. Com efeito, a REQUERENTE aduz que, caso o processo de relcitação não logre êxito e receba ela os trechos em questão, a perícia teria indicado que isto deveria ser acompanhado do correspondente reequilíbrio contratual, em razão dos custos que a concessionária irá incorrer para a solução das inconformidades das obras apuradas.

1806. A REQUERENTE argumenta, além disso, que a *expert* nomeada nesta arbitragem teria indicado que, na hipótese de o Tribunal Arbitral concluir pela ausência de responsabilidade da concessionária sob os trechos rodoviários objeto do pleito, haveria de ser reconhecido que, até o momento do reequilíbrio, o desempenho da CONCEBRA foi afetado.

1807. A REQUERENTE cita dentre outros, nesse contexto, os itens 404 e 405 do laudo pericial complementar e as respostas aos seus quesitos n^{os} 74, 206, 207, bem como as notas técnicas acostadas nesta arbitragem como RTE-030, RTE-071, RTE-072, RTE-110, RTE-148, RTE-210 e RTE-240, de onde se poderia extrair que “*esses vícios construtivos ocultos trouxeram prejuízos concretos à performance da Concessionária e resultaram na aplicação de penalidades decorrentes de atos fiscalizatórios, como de mecanismos contratuais pelo não atingimento de parâmetros de desempenho*”¹⁶⁸⁹.

1808. Para a REQUERENTE, tais elementos atestariam que, em razão dos vícios construtivos, houve deterioração do pavimento e, não obstante, a aplicação do Fator D se deu considerando todo o sistema rodoviário, o que abrange os subtrechos que estavam sob responsabilidade do DNIT.

1809. A REQUERENTE ainda acresce que, “*na sentença proferida pela 1ª Vara Federal Cível e Criminal de Divinópolis-MG na Ação Civil Pública nº 1004566-22.2020.4.01.3811 (RTE 287), identificou-se expressamente que o trecho da travessia urbana de Nova Serrana é um ponto crítico de acidentes, devido a diversas precariedades nas obras realizadas no trecho, e*

¹⁶⁸⁹ Cf. item 461 das Alegações Finais da REQUERENTE.

*reconheceu-se que a Concebra não era responsável pela realização das adequações, uma vez que tais trechos ainda não haviam sido transferidos a ela*¹⁶⁹⁰.

1810. Por essas razões, invocando novamente as cláusulas 10.5.2, 21.2.3, 21.2.4 e 21.2.15 do CONTRATO DE CONCESSÃO, a REQUERENTE assim conclui em Alegações Finais¹⁶⁹¹:

“Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo que:

- (i) o Tribunal Arbitral reconheça que os custos com a elaboração de projeto executivo são de R\$ 545.227,87 (quinhentos e quarenta e cinco mil duzentos e vinte e sete reais e oitenta e sete centavos) mais R\$ 34.076,74 (trinta e quatro mil setenta e seis reais e setenta e quatro centavos) referentes aos custos administrativos, totalizando R\$ 579.250,09 (quinhentos e setenta e nove mil duzentos e cinquenta reais e nove centavos) (data-base maio/2012);*
- (ii) a Requerida seja condenada à realização do reequilíbrio econômico-financeiro no valor referido no item (i) acima, ou, caso extinta a concessão, a condenação da Requerida a indenizar a Concessionária no valor referido no item (i), determinando-se, em ambas as hipóteses, a anulação dos atos de natureza fiscalizatória que tenham como consequência a aplicação de penalidades e de mecanismos contratuais inerentes ao atingimento de parâmetros de desempenho referentes a esse trecho;*
- (iii) na eventualidade de o Contrato de Concessão não se encerrar e voltarem a vigorar as suas disposições originais, seja reconhecido o direito ao reequilíbrio pelos impactos que serão sofridos pela Requerente caso tenha que realizar as adequações dos trechos sob responsabilidade do DNIT aos parâmetros de desempenho do Contrato, e a condenação da ANTT a realizar o respectivo reequilíbrio.*
- (iv) na eventualidade de o Contrato de Concessão se encerrar, o Tribunal Arbitral determine à Requerida que a Concessionária não seja responsabilizada por eventuais danos e penalidades futuros ou já reconhecidos pela ANTT relacionados às condições do pavimento, haja vista que os impactos diretos decorrentes desse evento de desequilíbrio no pavimento foram reconhecidos pela prova pericial - o que implica, portanto, o cancelamento de atos de natureza fiscalizatória – passados e futuros – que tenham como consequência a aplicação de penalidades e de mecanismos contratuais inerentes ao atingimento de parâmetros de desempenho referentes a esse trecho nas revisões contratuais.”*

¹⁶⁹⁰ Cf. item 468 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁶⁹¹ Cf. item 472 das Alegações Finais da REQUERENTE.

XII.11.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

1811. A REQUERIDA aborda o pleito em questão conjuntamente com o pedido articulado pela REQUERENTE de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO referente às intervenções emergenciais realizadas em obras de responsabilidade do DNIT.

1812. Como já visto acima, a REQUERIDA “*não contesta o direito ao reequilíbrio em si decorrente das intervenções emergenciais*”¹⁶⁹², mas afirma que o pleito não teria sido deferido na via administrativa, à vista de inconsistências técnicas referentes aos projetos encaminhados pela CONCEBRA, especialmente na elaboração do orçamento, conforme Parecer Técnico nº PL-0115.2020-GEENG-SUINF-R00¹⁶⁹³, que não foram sanadas pela REQUERENTE.

1813. Assim, aduz a REQUERIDA que o impeditivo à recomposição da equação econômico-financeira do CONTRATO DE CONCESSÃO estaria na inércia da REQUERENTE em promover os ajustes no projeto executivo.

1814. O detalhamento dos argumentos e a transcrição do trecho do aludido parecer técnico, utilizados pela REQUERIDA como contraponto à pretensão da REQUERENTE, encontram-se descritos no capítulo XII.10.2 desta sentença arbitral, não sendo aqui novamente referidos para que se evite repetição.

1815. A REQUERIDA ainda acresce que não faria mais sentido a apreciação do pedido da REQUERENTE de reequilíbrio contratual em decorrência da adequação das vias sob responsabilidade do DNIT, cujo custo respectivo ainda não teria sido incorrido pela CONCEBRA.

1816. Para a ANTT, não faria sentido o acolhimento do pleito, vez que a REQUERENTE “*solicitou a devolução consensual da concessão, por meio da relicitação*”¹⁶⁹⁴, afirmando, por

¹⁶⁹² Cf. item 400 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁶⁹³ Cf. R-090.

¹⁶⁹⁴ Cf. item 248 da Tréplica da REQUERIDA.

consequente, “*que não tem mais capacidade de executar a referida obra e apenas executará custos operacionais*”¹⁶⁹⁵⁻¹⁶⁹⁶.

1817. Esse fato, aliado à posterior assinatura do 2º TERMO ADITIVO ao CONTRATO DE CONCESSÃO – pelo qual foram reduzidas as obrigações de investimento da REQUERENTE ao mínimo necessário à garantia de segurança e trafegabilidade do usuário nas rodovias –, assim, justificariam o acolhimento da “*preliminar processual da superveniente perda de objeto*”¹⁶⁹⁷ do pedido formulado pela REQUERENTE.

1818. Como a obra objeto do pleito ainda não teria sido executada, a perda de objeto seria corroborada ainda pela circunstância de que o 2º TERMO ADITIVO teria limitado temporalmente os efeitos desta arbitragem ao início de vigência daquele instrumento.

1819. A REQUERIDA reitera, ademais, sua posição pela improcedência do mérito do pedido formulado nas Alegações Iniciais de validação do projeto executivo apresentado pela REQUERENTE, haja vista as críticas feitas ao documento, “*em especial no que concerne à orçamentação, que deve ter por base o Sistema de Custos Rodoviários – SICRO, a teor da Resolução ANTT nº 3.651/2011*”¹⁶⁹⁸.

1820. Na sua visão, a prova pericial produzida nesta arbitragem teria “*confirma[do] a tese de que não há concretamente direito de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da ocorrência do fato gerador*”¹⁶⁹⁹. Para corroborar sua percepção, a REQUERIDA cita as respostas da *expert* aos seus quesitos 10.2, 10.3 e 10.5, de onde constaria:

- (i) a afirmação de que não teria havido a transferência do trecho rodoviário objeto do pleito do DNIT por meio de Termo de Arrolamento de Bens, pelo Poder Concedente à concessionária;

¹⁶⁹⁵ Cf. item 248 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁶⁹⁶ A propósito, a REQUERIDA criticou situação aventada no laudo pericial produzido nesta arbitragem de anulação do processo de relicitação. Na sua visão, trata-se de “*situação hipotética e vaga que mereceria nova análise pericial em se concretizando*” (cf. item 269 da manifestação da REQUERIDA de 24.04.2023).

¹⁶⁹⁷ Cf. item 577 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁶⁹⁸ Cf. item 581 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁶⁹⁹ Cf. item 583 das Alegações Finais da REQUERIDA.

- (ii) a indicação de que a REQUERENTE não incorreu em custos com adequação das pistas no trecho objeto do pleito¹⁷⁰⁰ e que o reequilíbrio não seria cabível, considerando a superveniência da relicitação; e
- (iii) a confirmação de que os arts. 2º e 3º da Resolução nº 3.651/2011 da ANTT estabelece que seja adotado, prioritariamente, nos orçamentos de novas obras e serviços elaborados pelas concessionárias de rodovias, composições de custos unitários do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO.

1821. A REQUERIDA entende, assim, “*não ser cabível a definição de um valor futuro a ser eventualmente cabível em caso de recebimento dos referidos trechos pela CONCEBRA*”, mormente “*porque não haveria como definir um valor de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão em relação a um evento que sequer se concretizou (que seria a transferência dos referidos trechos sob responsabilidade do DNIT para a Concessionária)*”¹⁷⁰¹.

1822. Sem prejuízo, a REQUERIDA impugna o cálculo realizado pela empresa perita para a hipótese de o Tribunal Arbitral acolher o reequilíbrio dos custos incorridos pela REQUERENTE com a elaboração de projeto executivo, o que faz nos seguintes termos¹⁷⁰²:

“Desta feita, a ANTT discorda da equipe da SWOT quanto aos valores calculados para possível reequilíbrio dos custos com elaboração de projeto. Para levantar o custo de elaboração de projeto é necessário a aprovação do custo da obra, que neste caso, não foi aprovado. No caso, outra possibilidade para calcular os custos com elaboração de projeto seria por meio de prestação de contas, que, conforme o laudo demonstra, tampouco foram apresentados pela Concessionária.

Ademais, cabe ressaltar que o projeto executivo não foi aprovado pela Requerida, sendo que, na oportunidade a Concessionária foi informada por meio do Ofício nº OF-0092.2020-GEENG-SUINF-R00 (RTE-182), de 03/04/2020, sobre a objeção do mesmo e solicitado a reapresentação do referido PROJETO EXECUTIVO, considerando as observações apontadas no Parecer Técnico nº 0115/2020/GEENG/SUINF (RTE-184), de 28/02/2019.”

1823. Nessa linha, a REQUERIDA pugna em Alegações Finais (i) “*pela extinção do processo, sem resolução do mérito, pela perda superveniente do objeto e pela perda de arbitrabilidade, diante da limitação temporal advinda pelo início da vigência do Termo Aditivo de*

¹⁷⁰⁰ Cf. item 268 da manifestação da REQUERIDA de 24.03.2023.

¹⁷⁰¹ Cf. item 419 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

¹⁷⁰² Cf. item 454 e 455 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

Relicitação”¹⁷⁰³; ou, em caráter subsidiário, (ii) pela “*improcedência do pleito de reequilíbrio, diante da não ocorrência do evento que o ensejaria, já que, como demonstrado na perícia, a Requerente não incorreu nos custos com a adequação das pistas do trecho do DNIT*”¹⁷⁰⁴.

XII.11.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

1824. As partes controvertem nesta arbitragem sobre o cabimento do reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em função da apontada necessidade da execução de obras de adequação no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana. As obras de adequação decorreriam de inconformidades constatadas em obras realizadas sob a gestão do DNIT/Poder Concedente e que obstaculizaram o regular recebimento do subtrecho pela concessionária.

1825. A postulação da REQUERENTE a respeito se subdivide em dois pleitos¹⁷⁰⁵: (i) o reconhecimento do direito ao reequilíbrio do contrato em função dos custos em que incorrerá com a solução das inconformidades não corrigidas pelas obras sob responsabilidade do Poder Concedente no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana, que impediram o recebimento oportuno do subtrecho; (ii) a condenação da REQUERIDA a indenizar a REQUERENTE em valor correspondente aos custos com a elaboração do projeto executivo apresentado em 2018.

1826. A REQUERENTE fundamenta os pleitos deduzidos particularmente nas cláusulas 21.2.3, 21.2.8, 21.2.14, 21.2.15 e 10.5.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO, abaixo reproduzidas¹⁷⁰⁶:

“21.2 A Concessionaria não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente. [...]”

21.2.3 descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares, incluindo, mas não se limitando, ao descumprimento de prazos aplicáveis ao Poder Concedente previstos neste Contrato e/ou na legislação vigente, e a disponibilização de acesso ao Sistema Rodoviário prevista na cláusula 10.1.5; [...]

2.1.8 atraso nas obrigações conferidas ao DNIT pelo Contrato ou pelo Edital, inclusive quanto: i) à entrega do Termo de Arrolamento e transferência de bens entre a Concessionária e o DNIT; e ii) quanto à não realização ou atraso das

¹⁷⁰³ Cf. item 590 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷⁰⁴ Cf. item 590 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷⁰⁵ Cf. item 985, “xi”, das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷⁰⁶ Cf. RTE-001.

obras que estão sob responsabilidade do DNIT, identificadas no Termo de Arrolamento na ocasião da transferência dos bens; [...]

21.2.14 *defeitos em obras realizadas pelo Poder Público, conforme previsto na cláusula 10.1.7, até o recebimento definitivo destas obras pela Concessionária;*

21.2.15 *defeitos e demais aspectos expressamente indicados pela Concessionária nas obras executadas pelo Poder Concedente de que trata a cláusula 10.5;”*

* * *

“10.5.2 Caso a Concessionária seja instada a realizar obras de responsabilidade do Poder Concedente, total ou parcialmente, o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato será recomposto de acordo com os termos das subcláusulas 22.3.1 (ii) e 22.5.”

1827. De forma preliminar, o Tribunal Arbitral se reporta aqui ao que já foi anteriormente exposto capítulo XII.10 desta sentença, relativamente à possível ampliação objetiva das Alegações Iniciais com relação aos eventos que tratam das inconformidades nas obras de responsabilidade do DNIT no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana. Por considerar que, além da ausência de impugnação a respeito, a questão foi objeto do mais amplo contraditório entre as partes¹⁷⁰⁷, com ampla defesa assegurada à REQUERIDA, o Tribunal Arbitral passa ao exame do mérito da pretensão deduzida.

1828. A ocorrência do evento de desequilíbrio acha-se suficientemente demonstrada e reconhecida no laudo pericial.

1829. A narrativa da sequência dos fatos evidencia que a REQUERENTE não recebeu definitivamente o subtrecho em questão e efetuou as comunicações devidas à REQUERIDA, instaurando-se, a partir daí, um processo regulatório próprio¹⁷⁰⁸:

“Conforme já descrito e apresentado no pedido anterior, há evidências e comprovação de que as obras de duplicação da Travessia Urbana de Nova Serrana, BR-262, Segmento km 436,60 ao km 446,50 não foram transferidas oficial e definitivamente a Concessionária. [...]

No referido relatório, a Concessionária demonstrou que as obras executadas pelo DNIT apresentavam sete trechos que descumpriam os parâmetros de irregularidade longitudinal e deflexão característica máxima estabelecidos pelo Contrato de Concessão e PER, e ainda apresentavam diversas irregularidades além das citadas de pavimentação: irregularidades na sinalização viária implantada (placas com Retrorefletância inadequadas), falha de cobertura vegetal em taludes, falta de implantação de defesa metálica em alguns pontos próximos as

¹⁷⁰⁷ V. nota 1605, *supra*.

¹⁷⁰⁸ Cf. itens 319, 321 e 323 do laudo pericial de 06.02.2023.

OAE's, abatimentos nos encabeçamentos dos aterros das passagens inferiores implantadas causados por falhas nos serviços de compactação junto à estrutura, presença de processos erosivos no aterro de implantação das passagens inferiores, sinais de movimentação do maciço de aterro da passagem inferior (km 443,909), existência de trincas de grande extensão longitudinal em taludes, deformações no sistema de contenção dos aterros encabeçamento das OAE's, deslocamento de ALA's das OAE's, presença de trincas no pavimento e na crista do talude, irregularidades em dispositivos de drenagem superficial e profunda implantas. [...]

Cabe ressaltar que o Poder Concedente esclarece e evidencia, na Ata de Respostas aos Pedidos de Esclarecimentos (RTE-172), documento este que passou a integrar o Edital de Concessão nº 004/2013, que os segmentos que não estivessem com as obras de duplicação concluídas a Concessionária não terá obrigação de recebê-los no Termo de Arrolamento, conforme a cláusula 21.2.8, e quando do seu recebimento a Concessionária deverá entregar o mesmo relatório descrito na cláusula 10.5.4. Caso haja as inconsistências descritas nos itens (i) e (ii) da referida cláusula a Concessionária terá direito ao reequilíbrio. Em relação a estes itens, porém, será de responsabilidade da Concessionária o atendimento aos demais parâmetros do PER, a partir do recebimento.”

1830. A resposta da empresa perita ao quesito nº 205 da REQUERENTE, além disso, é afirmativa no sentido de que não foram realizadas intervenções no citado subtrecho pelo DNIT para sanar as inconformidades apontadas¹⁷⁰⁹:

“205. Queira o il. Perito informar se há evidências de que o Poder Concedente / DNIT tenha efetuado manutenções de qualquer natureza no trecho em questão.

Resposta: Desde a celebração em 05/03/2014 entre o DNIT, ANTT e a Concessionária, do Termo de Arrolamento e Transferência dos Bens utilizados para a operação e manutenção do Sistema Rodoviário, não há evidências de que o DNIT tenha efetuado manutenções de qualquer natureza no trecho em questão.”

1831. A constatação de inconformidades que acarretou na ausência de transferência definitiva do subtrecho para a concessionária sequer foi, na realidade, efetivamente controvertida no feito. As partes centraram a sua argumentação na dedução das consequências jurídico-contratuais possíveis de serem extraídas do fato.

1832. Dessa forma, partindo-se da premissa de que (i) havia inadequações no subtrecho rodoviário em questão a demandar correções oportunamente comunicadas, e que, (ii) por isso, ele não foi recebido definitivamente pela concessionária e (iii) que esse risco foi atribuído pelo contrato ao Poder concedente (cláusulas 21.2.3, 21.2.8, 21.2.15 e 21.2.15, acima), passa-se ao

¹⁷⁰⁹ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 205 da REQUERENTE, p. 190.

exame dos pleitos de reequilíbrio formulados a partir das ações que foram, deveriam ou poderiam ter sido tomadas pelo Poder Concedente ou pela concessionária para saná-las.

1833. Em primeiro lugar, quanto ao pleito de reconhecimento do direito ao reequilíbrio, tem origem na disposição da concessionária, expressamente manifestada à ANTT, de realizar as obras necessárias em virtude do longo tempo decorrido sem que o Poder Concedente tivesse apontado uma solução própria para os problemas encontrados. Com isso, se faria necessária a recomposição pelos custos que a REQUERENTE viesse a incorrer para a realização dessas obras (cláusula 10.5, acima).

1834. Todavia, em relação a esse pleito, o Tribunal Arbitral se reporta ao limite temporal e ao quanto mais exposto no capítulo XII.1 desta sentença, para reconhecer que, uma vez que (i) houve a interrupção do processo regulatório próprio pela superveniência da presente arbitragem e, posteriormente, (ii) foi firmado o termo aditivo de relicitação, não se faz possível reconhecer o direito postulado.

1835. Como exposto no laudo técnico pericial, a REQUERENTE não chegou a receber definitivamente o trecho rodoviário em questão ou a realizar as obras de recuperação do trecho. Não houve desembolso¹⁷¹⁰:

Pedido	Capítulo	Perícia	Resumo da Conclusão
Adequação de Vias Sob Responsabilidade do DNIT	4.10	Engenharia	A Concebra não incorreu em custos uma vez que os trechos não foram recebidos pela Concessionária. Caso venham a ser recebidos devem vir acompanhados de reequilíbrio econômico financeiro.

1836. Nos seus esclarecimentos periciais, a *expert* reafirma essa conclusão¹⁷¹¹:

“O Laudo Pericial reitera que, conforme pedido anterior, as obras de duplicação da Travessia Urbana de Nova Serrana, BR-262, Segmento km 436,60 ao km 446,50 não foram transferidas

¹⁷¹⁰ Cf. laudo pericial de 06.02.2023, p. 7.

¹⁷¹¹ Cf. item 390 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

oficial e definitivamente à Concessionária e que, apesar das irregularidades apontadas, a Requerente não tinha obrigação de receber no Termo de Arrolamento os segmentos com as obras de duplicação não concluídas. O laudo também destaca que no 2º Termo Aditivo do Contrato foram suspensas as obrigações de investimentos constantes do Contrato de Concessão Originário não previstas no Anexo I do Aditivo. Dessa forma, o laudo conclui não ser cabível o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro por obras de adequação que não serão executadas.”

1837. Idêntica manifestação foi expressa, ainda, na resposta ao quesito 10.3 da REQUERIDA¹⁷¹²:

“10.3. Queira o Sr. Perito verificar se ainda é cabível o reequilíbrio do Contrato, consequente à futura execução de obras para adequação do trecho do DNIT aos parâmetros estabelecidos no PER (pleito 2), visto que as obras não serão mais executadas diante do requerimento de relicitação da Requerente.

Resposta: Uma vez que a Concessionária não incorreu em custos com a adequação das pistas do trecho do DNIT, e considerando que não irá incorrer em virtude da relicitação, não é cabível o reequilíbrio.

Caso o processo de relicitação seja anulado e a Concebra receba os trechos citados, estes deverão vir acompanhados de reequilíbrio econômico financeiro em razão dos custos que a Concessionária irá incorrer com as soluções das inconformidades das obras.”

1838. Logo, considerando o marco temporal de eficácia do termo de relicitação consoante o capítulo XII.1 acima, bem como que a REQUERENTE não efetuou as obras de recuperação do pavimento, o Tribunal Arbitral rejeita o pedido de reequilíbrio formulado nos itens 985, “xii” (i), e 986 das Alegações Iniciais.

1839. Passa-se, então, ao exame do pedido de validação do projeto executivo que foi apresentado pela REQUERENTE para a execução das referidas obras, com a outorga da indenização correspondente ao respectivo custo.

1840. Aqui novamente mostra-se incontroverso o fato de que foi elaborado pela REQUERENTE e apresentado à ANTT um projeto para a execução das obras com vistas a permitir a correção das inconformidades descritas e constatadas no trecho, do que se seguiu o processo regulatório devido.

¹⁷¹² Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 10.3 da REQUERIDA, p. 300-301.

1841. O exame da documentação pertinente e o relato do processo regulatório colhido do laudo pericial e das manifestações das partes revelam que a análise do projeto não chegou a ser concluída pela ANTT antes do início da presente arbitragem¹⁷¹³. Observa-se, ainda, que, naquele momento, o regramento vigente para a determinação do custo do projeto era a Portaria SUINF nº 257/2016. Nos termos desta portaria, o valor a ser reembolsado à concessionária, a título do custo do projeto, corresponderia a um percentual do valor da obra (conforme os esclarecimentos periciais, seria de 5,5% sobre o valor da obra)¹⁷¹⁴.

1842. Todavia, embora o orçamento apresentado ainda estivesse em avaliação pelo ente regulador ao tempo em que se instaurou a presente arbitragem, a REQUERENTE optou por seguir com a discussão da matéria nesta via¹⁷¹⁵. Veja-se que, em 2018, a ANTT havia solicitado à REQUERIDA a correção de problemas identificados no projeto/orçamento. Na sequência, a REQUERENTE encaminhou a atualização do projeto e do orçamento que contemplariam as orientações da ANTT¹⁷¹⁶. Posteriormente, segundo apontado tanto pela REQUERENTE, como pela REQUERIDA, achando-se já em curso esta arbitragem, foi emitido pela ANTT o Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00¹⁷¹⁷, em que foram feitos questionamentos aos projetos, inclusive quanto ao respectivo orçamento.

1843. Ora, conquanto se possa reconhecer que o curso do processo regulatório em questão mostrou-se demasiado moroso, inclusive, com descumprimento de prazos pela ANTT¹⁷¹⁸; essa

¹⁷¹³ Cf. em particular os itens 395 a 399 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

¹⁷¹⁴ Cf. item 399 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

¹⁷¹⁵ Cf. R-092.

¹⁷¹⁶ Cf. RTE-176 e RTE-177.

¹⁷¹⁷ Cf. R-090.

¹⁷¹⁸ “203. Queira o il. Perito indicar, por meio do Art. 15 da Resolução nº 1.187/2005, qual o prazo previsto para a avaliação de Projeto Executivo por parte da Requerida. Resposta: A Resolução ANTT nº 1.187 de 09/11/2005, Capítulo IV – Da Aceitação dos Projetos, em seu artigo 15 estabelece que a ANTT deverá manifestar-se sobre o Projeto Executivo no prazo de 15 (quinze) dias após o seu recebimento protocolizado. Complementa ainda: § 1º Em função da complexidade ou do porte do projeto, a manifestação da ANTT conterà a estimativa de prazo para análise. § 2º A apresentação incompleta dos documentos previstos no Anexo I implicará na suspensão da análise por parte da ANTT. § 3º A aceitação do Projeto Executivo pela ANTT não significa a assunção de qualquer responsabilidade técnica sobre o mesmo.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 203 da REQUERENTE, p. 189). Cite-se também: “204. Queira o il. Perito indicar se a resposta da Requerida (R-90), na data de 02 de abril de 2020, com avaliação do projeto submetido pela Requerente, respeitou o prazo do Art. 15 da Resolução nº 1.187/2005. Resposta: A data de protocolo na qual a Requerente submeteu a análise do projeto a ANTT se deu em 11/10/2019. O relatório de análise de projeto – RAP-0124.20-FEVDuplicacao_km_436_00_ao_km_446-R00 (RTE 183) data de 28/02/2020 e o Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00 (RTE 184) no qual apresentava o referido RAP foi encaminhado a Concessionária em 02/04/2020,

morosidade não se revela bastante para se emprestar chancela ao orçamento das obras tal como apresentado, com vistas a se determinar a indenização do valor unilateralmente indicado pela REQUERENTE no RTE-075. Seria emprestar à morosidade da ANTT o efeito de um *silêncio positivo* – de reconhecimento da postulação – à múnica de disposição normativa e contratual que aponte neste sentido.

1844. Note-se que o laudo pericial – na ausência de questionamento das partes a respeito – não emitiu pronunciamento acerca da adequação do valor do orçamento apresentado pela REQUERENTE às normas vigentes, nem sobre a pertinência das objeções que lhe foram apresentadas pela ANTT no citado Parecer Técnico nº PT-0115.2020-GEENG-SUINF-R00. E, como o regramento em vigor na ocasião – a já citada Portaria SUINF 257/2016 – indicava que o custo do projeto, para efeito de reequilíbrio/reembolso ao concessionário, corresponderia a percentual sobre o valor do orçamento aprovado¹⁷¹⁹, parece necessário apurar o valor do orçamento que estaria adequado às normas vigentes para, a partir daí, determinar o custo do projeto a ser indenizado.

não respeitou ao prazo de 15 dias estabelecido na Resolução ANTT nº 1.187 de 09/11/2005.” (cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 204 da REQUERENTE, p. 189-190).

¹⁷¹⁹ “Art. 3º **O projeto executivo, após autorização, deverá ser elaborado em total obediência às diretrizes e regulamentos da ANTT, bem como às normas técnicas e critérios ambientais vigentes, inclusive o respectivo orçamento.**

Parágrafo único: O prazo para o cumprimento do disposto no caput deste artigo é de até 06 (seis) meses contados a partir da data de recebimento do comunicado de autorização, podendo ser prorrogado, em casos devidamente justificados, considerando a complexidade do projeto, conforme avaliação da unidade organizacional.

Art. 4º A remuneração máxima relativa à elaboração do projeto executivo basear-se-á nos índices referenciais, incidentes sobre o preço de venda do empreendimento e variáveis conforme o valor total da obra, consoante o Anexo I desta Portaria.

§1º Para situações específicas de projetos, que aumentem suas complexidades, poder-se-á aplicar um incremento decorrente da multiplicação do percentual citado no parágrafo anterior pelo fator de ajuste, conforme metodologia descrita no Anexo II desta Portaria.

Art. 5º Os valores atinentes à remuneração de elaboração do projeto executivo já consideram todos os estudos preliminares, ensaios comuns, ensaios especiais, levantamentos de campo, levantamentos especiais ou quaisquer especificidades necessárias ao desenvolvimento do respectivo projeto, inclusive os custos decorrentes de suas análises, não cabendo a aplicação de custos adicionais decorrentes de fatores específicos da obra em questão ou quaisquer outros.

Parágrafo único: O projeto executivo deve contemplar todas as disciplinas e volumes de projetos previstos nas diretrizes e regulamentos da ANTT.

Art. 6º **A remuneração pela elaboração do projeto executivo ocorrerá no procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão na ocasião da Revisão Ordinária subsequente à sua aceitação.**

§1º O projeto executivo de obras com valores da faixa “c” do Anexo I poderá, a critério da SUINF, ter 50 % da remuneração antecipada, tendo como base o valor da obra previsto no EVTEA aprovado, na ocasião da Revisão Ordinária subsequente à autorização de elaboração do projeto executivo.

§2º Para os casos previstos no §1º o ajuste no valor final devido à remuneração do projeto executivo **será realizado após a aprovação do mesmo**” (grifou-se).

1845. Veja-se que, se o regramento vigente na ocasião determinasse a remuneração do projeto a partir da apresentação das notas fiscais correspondentes aos custos efetivamente incorridos, o valor a ser indenizado à REQUERENTE poderia ser determinado a partir da apresentação das respectivas notas. Todavia, como já examinado anteriormente nesta sentença (capítulo XII.4), a norma vigente não era essa. Logo, para se determinar o valor indenizável do projeto elaborado, impõe-se, antes, fixar um orçamento adequado aos parâmetros aplicáveis, o que não chegou a ser concluído no processo regulatório instaurado.

1846. Sendo assim, embora o Tribunal Arbitral reconheça o direito da REQUERENTE de ser indenizada pelo custo do projeto apresentado para as obras de adequação das inconformidades verificadas no subtrecho da Travessia Urbana de Nova Serrana – já que se trata de custo efetivamente incorrido pela REQUERENTE em função de evento de desequilíbrio cujo risco foi atribuído pelo contrato ao Poder Concedente – entende que esse custo é determinável, mas não se acha ainda, neste momento, corretamente determinado nesta arbitragem. E que deverá ser apurado em liquidação de sentença que deverá indicar a adequação dos valores do orçamento apresentado às normas então aplicáveis.

1847. Resta, ainda, examinar os pedidos subsidiários do item 989 das Alegações Iniciais referentes à repercussão que as inconformidades apuradas no subtrecho de Nova Serrana de responsabilidade do DNIT – aqui reconhecidas como inseridas nos riscos imputáveis ao Poder Concedente no CONTRATO DE CONCESSÃO – possam ter tido ou venham a ter no exercício do poder sancionatório da ANTT em relação à concessionária.

1848. Recorde-se que a REQUERENTE postula ali, em relação às sanções que possam ter correlação com o evento de desequilíbrio em questão, que o Tribunal Arbitral declare a nulidade das penalidades aplicadas, julgue extintos os correlatos procedimentos administrativos sancionatórios, determine que a ANTT ressarça os valores desembolsados com a referidas penalidades e se abstenha de aplicar novas penalidades.

1849. Assim, muito embora o subtrecho de Nova Serrana não tenha sequer sido transferido à concessionária – o que torna bastante improvável que tenha havido a instauração de algum processo sancionatório por descumprimento de obrigações que lhe digam respeito – seria possível cogitar que, de forma indireta, o não recebimento do referido subtrecho possa ter

afetado algum outro parâmetro de obrigação da concessionária. E, consequentemente, impactado, de forma indireta, em algum processo sancionatório.

1850. Todavia, é preciso reconhecer que a REQUERENTE não produziu nenhuma prova nesse sentido.

1851. De fato, apenas o exame específico de processos sancionatórios correlatos poderia determinar a adequada causalidade, isto é, a conexão entre a conduta que justificou a autuação e eventual sancionamento da REQUERENTE e o não recebimento do subtrecho de Nova Serrana.

1852. O exame dos autos revela que, no documento RTE-045, a REQUERENTE juntou somente cópias de nove autos de infração, todos eles relacionados ao não cumprimento de obrigações de ampliação de capacidade previstas no PER (o documento se destinou, então, a demonstrar o curso de processos sancionatórios pela não realização de investimentos em decorrência da frustração de financiamento e embasou, dentre outros, o deferimento da liminar ao início da arbitragem).

1853. Para além desse, encontra-se no anexo XXI do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023, logo após o item 31, uma relação de processos sancionatórios e multas aplicadas à REQUERENTE pelos mais diversos fundamentos. Tal anexo, porém, não se encontra instruído com cópias dos referidos processos. Nem a REQUERENTE estabeleceu o nexo de causalidade entre cada uma das autuações administrativas e a inadequação das vias sob responsabilidade do DNIT. Na verdade, na fase postulatória, as partes não se ocuparam dessa demonstração, de tal forma que existe uma deficiência instrutória que inviabiliza a apreciação do pleito.

1854. Nessa esteira, quanto aos pleitos de (i) anulação das penalidades aplicadas, de (ii) extinção dos processos sancionatórios correlatos e de (iii) ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades, não se encontra nos autos suporte probatório para a sua apreciação.

1855. O Tribunal Arbitral, assim, julga improcedentes, por falta de prova, os pleitos de anulação das penalidades aplicadas, de extinção dos processos sancionatórios correlatos e de

ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades em relação ao evento de desequilíbrio da inadequação do subtrecho de Nova Serrana, de responsabilidade do DNIT.

1856. Por outro lado, ante o reconhecimento de que a inadequação das vias sob responsabilidade do DNIT configura risco atribuído pelo CONTRATO DE CONCESSÃO ao Poder Concedente, o Tribunal Arbitral entende que a REQUERIDA deverá se abster de aplicar novas penalidades à REQUERENTE em decorrência de inexecuções contratuais que possam ter como causa, ainda que indireta, o evento de desequilíbrio em questão.

1857. Por fim, quanto ao impacto sobre a aplicação do Fator D e outros mecanismos contratuais inerentes ao atingimento de parâmetros de desempenho da concessionária, reitera-se o que já se expôs em outros capítulos no sentido de que não foi formulado pedido expresso a esse respeito nas Alegações Iniciais¹⁷²⁰. Igualmente, não se identificou em qualquer das peças da fase postulatória debate acerca dos eventuais impactos que o evento de desequilíbrio de que trata o presente capítulo possa ter tido sobre a aplicação do Fator D ou outros mecanismos contratuais. Não houve contraditório em torno dessa questão.

1858. Note-se que, no entender do Tribunal Arbitral, não é possível considerar a discussão sobre o impacto ou não do evento de desequilíbrio de que ora se trata sobre o Fator D como inserida no pedido deduzido a respeito da aplicação das penalidades acima já enfrentado.

1859. A aplicação do Fator D expressamente não constitui penalidade conforme registrado na cláusula 2.7 do Anexo 5 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁷²¹:

¹⁷²⁰ Apenas nas Alegações Finais, a REQUERENTE argumenta que, nas respostas aos quesitos 74 e 206 do laudo, as notas técnicas pertinentes à avaliação de desempenho da concessionária que embasaram as revisões contratuais (RTE-30, RTE-72, RTE-110, RTE-148, RTE-210 e RTE-240) lá citadas e juntadas aos autos, seria incontestável o fato de que o não atingimento de parâmetros de desempenho nesses trechos teria afetado a performance da concessionária e, por consequência lógica, implicou a aplicação de Fator D e de outros mecanismos contratuais. (Parágrafo 470 das Alegações Finais). Mais adiante, no item (ii) do parágrafo 472 das Alegações Finais, pretende que a “[...] Requerida seja condenada à realização do reequilíbrio econômico-financeiro no valor referido no item (i) acima, ou, caso extinta a concessão, a condenação da Requerida a indenizar a Concessionária no valor referido no item (i), determinando-se, em ambas as hipóteses, a anulação dos atos de natureza fiscalizatória que tenham como consequência a aplicação de penalidades e de mecanismos contratuais inerentes ao atingimento de parâmetros de desempenho referentes a esse trecho;”

¹⁷²¹ Cf. RTE-001.

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

1860. Dessa forma, por se entender que não houve postulação oportuna – com comprometimento, inclusive, da formação adequada do contraditório sobre o tema – acerca de eventual impacto do evento de desequilíbrio oriundo da inadequação das vias sob responsabilidade do DNIT, aponta-se no sentido do não conhecimento da postulação.

1861. Não obstante, conforme já exposto detalhadamente no capítulo XII.6 desta sentença arbitral, ao qual se remete, ainda que se admitisse a desconstituição de eventual impacto no Fator D como decorrência lógica do reconhecimento do evento de desequilíbrio admitido nesta sentença – entendimento de que aqui não se comunga, pelas especificidades da postulação e por seu impacto na formação do contraditório –, em homenagem ao princípio da primazia da resolução de mérito, seria preciso registrar a inexistência de prova a respeito.

1862. De fato, não foi produzida prova no sentido de que a inadequação das vias sob responsabilidade do DNIT no subtrecho da travessia urbana de Nova Serrana tenha sido levada em conta pela REQUERIDA para aplicação do Fator D ao longo da vigência da concessão.

1863. Extraí-se do Anexo 5 do CONTRATO DE CONCESSÃO, que a aplicação do Fator D considera a efetiva aplicação ou não do volume de investimentos previsto inicialmente no PER para determinar eventual redução ou aumento tarifário. Assim, para verificar se a falta de recebimento do subtrecho de Nova Serrana, por inadequação de obras de responsabilidade do DNIT, impactou ou não a aplicação do Fator D nas revisões ordinárias e extraordinárias há necessidade de demonstração de que houve redução tarifária pela não efetivação dos investimentos do PER neste subtrecho. Registrando-se que se trata de um subtrecho de pouco menos de 10 km de uma extensão total concedida de 1.176,50 Km.

1864. Sucede que, ao contrário do que a REQUERENTE defende nas suas Alegações Finais, essa análise não foi feita no laudo pericial. Não houve quesitação sobre esse impacto, nem a matéria foi ali apreciada com esses contornos.

1865. Note-se que o questionamento a respeito da aplicação do Fator D que a REQUERENTE levou à perícia por meio de seu quesito nº 74 dizia respeito especificamente à inexecução de investimentos na frente de ampliação de capacidade e melhorias e manutenção de nível de serviços do PER, e nos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção em razão da frustração do financiamento de longo prazo (o quesito nº 74 faz expressa referência ao quesito nº 73, que trata desses investimentos). E é, aliás, na resposta da empresa perita ao quesito nº 74 formulado pela REQUERENTE que é fornecida uma explicação a respeito do mecanismo de incidência do Fator D no CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁷²²:

“Também previsto pelo Contrato de Concessão, o ‘FATOR D’ é um elemento utilizado para avaliar o atendimento de obrigações previstas no contrato de concessão, sendo formado por: (i) Frente de ampliação de capacidade e melhorias e manutenção de nível de serviços do Programa de Exploração da Rodovia - PER, e (ii) Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção. De forma prática, o ‘FATOR D’ corresponde a um percentual equivalente aos investimentos realizados pela Concessionária em relação aos investimentos previstos na concessão, a ser considerado na tarifa como remuneração deste investimento realizado. Assim, quanto maior o investimento realizado, maior será o ‘FATOR D’ a ser aplicado na majoração da tarifa. Tanto o ‘FATOR C’ e o ‘FATOR D’ consistem em elementos que compõem a fórmula de cálculo da tarifa do pedágio nas revisões ordinárias, sendo ambos, apurados a partir de investimentos realizados pela Concessionária. Logo, quanto menores forem os investimentos realizados, menores serão os valores de ‘FATOR C’ e ‘FATOR D’ considerados na composição da tarifa. Pelo exame realizado nas Notas Técnicas listadas pelo Quesito, foi observada a inexecução de investimentos programados que influenciaram negativamente o ‘FATOR C’ e o ‘FATOR D’ considerados nas revisões ordinárias.”

1866. Também não é possível inferir que a não realização dos investimentos do PER no subtrecho da Travessia Urbana de Nova Serrana tenha sido levada em conta para a aplicação do Fator D nas revisões do contrato pela simples e genérica afirmação que inaugura a Nota Técnica 015-2017-GEINV-SUINF¹⁷²³, reproduzida pela REQUERENTE no item 463 das Alegações Finais. Consta ali tão somente que o trecho compreendido na concessão é de 1.176,50 Km.

¹⁷²² Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 74 da REQUERENTE, p. 66.

¹⁷²³ Cf. RTE-071.

1867. Ora, para fim de revisões ordinária e extraordinária, parece necessário mesmo englobar a integralidade das rodovias concedidas. Disso, porém, não se pode extrair que o cálculo do Fator D eventualmente aplicado tenha alcançado o quantitativo de investimentos destinados àquele subtrecho em particular.

1868. Para tanto, seria preciso examinar em detalhe os cálculos feitos, avaliando-se o volume de investimentos esperado e o realizado. Não se pode afirmar nem sequer se o PER permite essa particularização de investimentos com relação a cada subtrecho concedido.

1869. Como já dito, contudo, não foi produzida prova nesse sentido. O argumento deduzido nas Alegações Finais é incipiente, meramente indiciário, carecendo de demonstração efetiva.

1870. Destacando-se, ainda, que, no RTE-181, Ofício SEI Nº 567/2020/COINFMG/URMG-ANTT, em 2020, a ANTT determinou que a concessionária assumisse de imediato os serviços de conservação e operação no subtrecho em questão. Desse modo, ao menos desde janeiro de 2020, com relação aos investimentos nesses serviços específicos, a aplicação do Fator D se mostrava possível mesmo no que toca ao citado subtrecho.

1871. Sendo assim, ainda que fosse possível examinar eventual impacto do evento de desequilíbrio sobre mecanismos contratuais, como o Fator D, no caso em exame, a conclusão seria pela improcedência da postulação, dada a ausência de prova do efetivo impacto.

1872. Diante de todo o exposto, o Tribunal Arbitral julga: (i) improcedente o pedido formulado no item 985, “xi.i”, e 986 em parte (i), das Alegações Iniciais; (ii) procedente o pedido formulado no parágrafo 985, item “xi.ii”, e 986 em parte, para reconhecer o direito da REQUERENTE à indenização correspondente aos custos com a elaboração do projeto executivo para adequação do subtrecho de Nova Serrana sob responsabilidade do DNIT, conforme vier a ser apurado em liquidação de sentença, na forma da fundamentação acima; (iii) improcedentes, por falta de prova, os pedidos deduzidos nos itens “i”, “ii” e “iii” do parágrafo 989 das Alegações Iniciais; (iv) procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais, para que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades à REQUERENTE levando em conta descumprimentos atrelados à ausência de transferência à concessionária em

razão da inadequação do subtrecho de Nova Serrana sob responsabilidade do DNIT ocorridos até 18.03.2022 e (v) em atenção ao princípio da primazia do mérito, improcedente a existência de repercussão do evento de desequilíbrio em questão sobre mecanismos contratuais, aí incluído o Fator D.

XII.12. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DA INEXECUÇÃO DOS CONTRATOS CREMA

1873. Este capítulo terá por escopo apreciar o pedido da REQUERENTE descrito no item 6.4.17, “XI”, da ATA DE MISSÃO – objeto do ponto controvertido constante do item 7, “x”, da Ordem Processual nº 16 –, que visa ao reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO – ou de indenização, em caso de extinção antecipada do instrumento –, em razão da inexecução dos contratos nºs 1059/2012 e 051/2012, integrantes do programa do DNIT de conservação, recuperação e manutenção rodoviária, firmados no final de 2012, que tinham como objeto trechos do Sistema Rodoviário (“CONTRATOS CREMA”).

1874. O pedido foi formulado nas Alegações Iniciais nos seguintes termos¹⁷²⁴:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]

- xii. O reconhecimento de que a não execução dos Contratos CREMA, de responsabilidade do DNIT, e a não rescisão de tais contratos pelo Poder Concedente (tal como determinado pela subcláusula 10.1.4 do Contrato de Concessão) representam risco atribuído ao Poder Concedente na subcláusula 21.2.8, que trata da não realização das obras de responsabilidade do DNIT, de modo que os custos adicionais incorridos pela Concessionária devem ser reequilibrados, bem como os a incorrer para a solução dos problemas no pavimento; [...]*

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

¹⁷²⁴ Cf. itens 985, “xii”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1875. No item 989 das Alegações Iniciais, a REQUERENTE também pediu que, reconhecendo o desequilíbrio contratual, o Tribunal Arbitral (i) declare a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinga os correlatos processos administrativos sancionatórios; (iii) condene a REQUERIDA a ressarcir a CONCEBRA de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; e (iv) determine que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades que guardem conexão com o que é apreciado neste capítulo da sentença.

XII.12.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

1876. A REQUERENTE relata ser característica ínsita aos contratos de concessão que integraram a 3ª Etapa do PROCROFE que determinados trechos de seus sistemas rodoviários fossem objeto de intervenções voltadas à recuperação, reestruturação e/ou manutenção por força de contratos celebrados pelo Poder Concedente, por meio do DNIT. Dentre esses instrumentos, estariam os chamados contratos CREMA, entabulados pelo DNIT com particulares sob a regência da Lei Federal nº 8.666/1993 e da Instrução de Serviço/DG nº 14, de 13.07.2011.

1877. Segundo a REQUERENTE, tais contratos CREMA possuiriam vigência de 2 (dois) anos, sendo que, *“pela lógica contratual, ao final do primeiro ano o pavimento dos trechos objeto do contrato já estaria completamente reparado”*¹⁷²⁵. Com efeito, em tais contratos haveria a obrigação de, no primeiro ano, se executar os serviços de recuperação funcional do pavimento, com o atendimento dos parâmetros de qualidade fixados, reservando-se ao segundo ano apenas serviços de manutenção e conservação.

1878. A REQUERENTE afirma que, no curso de 2012, o DNIT teria firmado dois contratos para recuperação ou conservação de pavimento, aqui referidos como CONTRATOS CREMA, que tinham por objeto os seguintes trechos rodoviários: *“(i) o trecho compreendido entre o km 108,1 e km 246,7 da Rodovia BR-153/MG, contemplado pelo Contrato CREMA 1059/2012, no valor de R\$ 70.924.496,77; (ii) o trecho compreendido entre o km 555, 2 e o km 611,2 da Rodovia BR-153/GO, contemplado pelo Contrato 051/2012, no valor de R\$ 6.416.527,50 e que, ainda*

¹⁷²⁵ Cf. item 911 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

que não propriamente incluído no escopo do projeto CREMA, pode ser a ele por este fim assemelhado”¹⁷²⁶.

1879. Nessa linha, prossegue a REQUERENTE, teria sido premissa assumida na licitação que precedeu o CONTRATO DE CONCESSÃO que, no início de 2014 – data esperada para o início da concessão –, as atividades de recuperação das rodovias deveriam estar concluídas, conforme cronograma dos CONTRATOS CREMA. Essa expectativa legítima criada nos licitantes decorreria ainda das seguintes circunstâncias:

- (i) durante vistoria realizada em junho de 2013, no curso da licitação, “os Contratos CREMA estavam em pleno vigor e as contratadas do DNIT realizavam suas atividades”¹⁷²⁷;
- (ii) não haveria, nos estudos de engenharia que balizaram o edital, registros de problemas afetos à exsudação e presença de trilhas de rodas acentuadas, dispondo o EVTEA, ao revés, que 87% (oitenta e sete por cento) do pavimento da BR-153 encontrava-se em condições de utilização consideradas boas ou ótimas; e
- (iii) não seria possível verificar, “com uso dos métodos e procedimentos convencionais (inspeção visual e defletometria) que havia problemas construtivos relativos às obras de recuperação do pavimento”¹⁷²⁸.

1880. Depois de entregues as propostas e assinado o CONTRATO DE CONCESSÃO – respectivamente em 04.12.2013 e 31.01.2014 –, a REQUERENTE narra ter ocorrido a transferência dos bens integrantes do Sistema Rodoviário. Com efeito, em 05.03.2014, teria sido assinado o Termo de Arrolamento e Transferência de Bens¹⁷²⁹, em cujo volume complementar constaria o cadastro e a descrição dos contratos vigentes na rodovia, incluindo os CONTRATOS CREMA.

¹⁷²⁶ Cf. item 912 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷²⁷ Cf. item 914 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷²⁸ Cf. item 914 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷²⁹ Cf. RTE-138.

1881. Ocorre que, de acordo com a REQUERENTE, “*após a transferência dos bens e a assunção dos serviços, a Concessionária notou que havia problemas no pavimento nos trechos objeto de ambos os contratos em discussão neste pleito, em particular problemas afetos à exsudação e presença de trilhas de rodas acentuadas, que são defeitos da instabilidade da mistura asfáltica aplicada no revestimento*”¹⁷³⁰.

1882. Para a REQUERENTE, não seria crível verificar problemas graves como a presença de trilhas de roda acentuadas e exsudação em níveis como aqueles observados, visto que a realização de obras de recuperação confere ao pavimento uma vida útil de 5 (cinco) anos. Ou seja, entende a CONCEBRA que, ainda que as obras de recuperação objeto dos CONTRATOS CREMA tivessem sido concluídas, as obrigações contidas naqueles instrumentos não teriam sido adequadamente cumpridas, visto que “*a qualidade dos serviços prestados pelas contratadas do DNIT foi muito abaixo do que era possível supor, evidenciando erros técnicos graves na realização das intervenções no pavimento*”¹⁷³¹.

1883. A REQUERENTE afirma que, em função disto, teria sido prejudicada, desde o início da concessão, no atendimento aos parâmetros de qualidade do Sistema Rodoviário¹⁷³², tendo que enfrentar uma demanda por conservação e manutenção muito superior à prevista no seu programa de investimentos. Nas suas palavras, “*a Concessionária foi obrigada a aumentar os ciclos de manutenção do pavimento para garantir o conforto e segurança do usuário e, em contrapartida, suportar um custo que não poderia ter sido sequer considerado como necessário quando ofertou o valor da tarifa de pedágio no certame licitatório*”¹⁷³³.

1884. Nessa esteira, não tendo sido possível realizar correções apenas pontuais no pavimento – visto que estava diante de um problema construtivo – a REQUERENTE diz ter notificado a REQUERIDA em 24.11.2014¹⁷³⁴ “*sobre a grave inexecução das obras do DNIT e seus contratados, destacando as obras objeto do Contrato CREMA 01059/2012*”¹⁷³⁵.

¹⁷³⁰ Cf. item 916 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷³¹ Cf. item 919 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷³² Cita, a título de exemplo, que a eliminação de flechas nas trilhas de roda faz parte dos indicadores avaliados nos Trabalhos Iniciais, conforme o PER.

¹⁷³³ Cf. item 920 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷³⁴ Cf. RTE-185.

¹⁷³⁵ Cf. item 922 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1885. À conta da ausência de retorno da REQUERIDA, a REQUERENTE afirma que, diligentemente, contratou um parecer técnico de empresa de engenharia e consultoria especializada para obter um diagnóstico dos problemas do pavimento nos trechos dos CONTRATOS CREMA. Os relatórios técnicos então produzidos¹⁷³⁶ teriam apontado que o material utilizado nas obras de restauração e duplicação do pavimento não atendia os parâmetros estabelecidos pelo próprio DNIT, qualificando a existência de vícios construtivos prévios à concessão. Confira-se¹⁷³⁷:

“[...] Os Relatórios Técnicos da consultoria contratada (RTE 186) demonstraram 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, como demonstrado nas análises técnicas constantes de ambos os relatórios, apresentados ao final de 2015.

Mais especificamente no que se refere à gênese das patologias, os estudos avaliaram as condições estruturais e de superfície do pavimento existente; das misturas aplicadas na pista; da absorção, tendo em vista a origem basáltica da rocha empregada, a existência de excesso de finos na mistura, bem como alterações no ligante asfáltico utilizado, que podem ter contribuído para a formação de exsudação/espelhamento na última camada de CBUQ aplicada. A partir dos resultados obtidos com os ensaios realizados, os especialistas concluíram que os segmentos exsudados e/ou deformados foram gerados pelo desequilíbrio causado por excesso de betume aplicado pelos contratados do DNIT. E em relação aos problemas de afundamento nas trilhas de roda, apontaram os pareceristas que as causas estão igualmente relacionadas à instabilidade e desequilíbrio volumétrico das misturas asfálticas.

Em resumo, 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. Ou seja, as patologias foram geradas por obras executadas em desconformidade com as normas técnicas do próprio DNIT, correspondendo a vícios construtivos anteriores à Concessão.”

1886. Segundo a REQUERENTE, teria ela notificado a REQUERIDA em 20.06.2016¹⁷³⁸ sobre o “fato de que havia obras do DNIT ainda sendo executadas no trecho de responsabilidade da CONCEBRA, entre eles o objeto do Contrato CREMA 01059/2012”¹⁷³⁹ e que, posteriormente,

¹⁷³⁶ Cf. RTE-186.

¹⁷³⁷ Cf. itens 923 a 925 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷³⁸ Cf. RTE-187.

¹⁷³⁹ Cf. item 926 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

teria submetido o correlato pleito de reequilíbrio contratual no âmbito da 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio¹⁷⁴⁰.

1887. Com efeito, a REQUERENTE entende que o CONTRATO DE CONCESSÃO alocou ao Poder Concedente os riscos relativos a vícios ocultos, sendo que, na hipótese, seria impossível antever a instabilidade da mistura asfáltica aplicada nas obras de restauração do DNIT. Seu pleito, assim, visaria à:

- (i) recomposição pelos “*custos estimados com as intervenções necessárias para solucionar os problemas construtivos, adotando-se como parâmetro de custos os custos médios gerenciais do DNIT em relação aos trechos que, segundo os estudos técnicos apresentados, deveriam receber as intervenções de recuperação*”¹⁷⁴¹; e
- (ii) “*não aplicação de penalidades e fatores de desconto de reequilíbrio por eventual não atingimento dos parâmetros de desempenho contratuais nos trechos em questão*”¹⁷⁴².

1888. Ao examinar o pleito na Nota Técnica nº 015/20147/GEINV/SUINF¹⁷⁴³, contudo, a REQUERIDA teria opinado pelo indeferimento, fundada nos 3 (três) argumentos a seguir descritos:

- (i) as inspeções no pavimento realizadas pela empresa que emitiu o relatório técnico apresentado pela CONCEBRA teriam ocorrido apenas em julho de 2015, um ano e quatro meses após a data da assunção da concessão, de modo que tal período seria suficiente para o desgaste natural da rodovia no estágio verificado;
- (ii) as patologias identificadas seriam comuns em pavimentos flexíveis, não sendo possível considerar que tais defeitos não seriam passíveis de previsão; e

¹⁷⁴⁰ Cf. RTE-070.

¹⁷⁴¹ Cf. item 927 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷⁴² Cf. item 927 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷⁴³ Cf. RTE-071.

- (iii) o serviço de restauração de pavimento seria obrigação da REQUERENTE para os Trabalhos Iniciais e a Fase de Recuperação, na forma do item 3.1.1 do PER.

1889. A REQUERENTE aduz que, embora tenha contestado os argumentos elencados acima na carta CNB-DIR 1404/2017¹⁷⁴⁴, a REQUERIDA teria mantido entendimento de que a hipótese não configuraria vício oculto e de que se estaria diante de obrigações previstas no PER, nos termos da Nota Técnica nº 025/2017/GEINV/SUINF¹⁷⁴⁵. Dessa forma, à vista do conteúdo das Notas Técnicas, o pleito da REQUERENTE acabou sendo indeferido no âmbito da 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, conforme Voto DMR nº 066/2017¹⁷⁴⁶ e Resolução nº 5.363/2017¹⁷⁴⁷.

1890. A REQUERENTE se contrapõe à posição da REQUERIDA e afirma seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO. Aduz que:

- (i) a cláusula 21.2.8 do CONTRATO DE CONCESSÃO teria alocado ao Poder Concedente o risco pela não realização de obras sob responsabilidade do DNIT, sendo que, *“como os Contratos CREMA são obras realizadas por contratação e supervisão do DNIT, eles inegavelmente se encaixam na categoria de ‘obrigações conferidas ao DNIT’ mencionada nesta subcláusula”*¹⁷⁴⁸;
- (ii) a menção ao “Apêndice D do PER” e ao “Termo de Arrolamento” pela cláusula 21.2.8 do CONTRATO DE CONCESSÃO seria apenas exemplificativa, de modo a frisar que todo e qualquer descumprimento ou atraso nas obrigações do DNIT está inserido no âmbito da referida disposição contratual;
- (iii) a despeito disso, haveria indicação expressa no Volume Complementar – Tomo II do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens¹⁷⁴⁹ do CONTRATO CREMA 00051/2012, conforme indicado pelo Memorando nº 002/2014; e

¹⁷⁴⁴ Cf. RTE-188.

¹⁷⁴⁵ Cf. RTE-151.

¹⁷⁴⁶ Cf. RTE-073.

¹⁷⁴⁷ Cf. RTE-074.

¹⁷⁴⁸ Cf. item 932 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷⁴⁹ Cf. RTE-138.

- (iv) o CONTRATO CREMA 01059/2012 não teria constado do Volume II por conta da não apresentação, pela unidade local do DNIT responsável pelo trecho da rodovia BR-153 (unidade de Prata-MG), de qualquer informação a respeito dos trechos de sua responsabilidade, sendo que essa omissão não pode ser imputada à REQUERENTE, devendo o referido contrato ser considerado como parte integrante do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.

1891. Rebatendo o primeiro argumento lançado pela REQUERIDA na Nota Técnica nº 015/20147/GEINV/SUINF, a REQUERENTE afirma seu entendimento de que a hipótese “*trata-se de situação que corresponde a vício oculto, cujo risco também foi atribuído pelo Contrato de Concessão ao Poder Concedente na subcláusula 21.2.12*”¹⁷⁵⁰. Consoante defende:

- (i) haveria de ser compreendido como “*vício oculto ‘aquele imperceptível a tal ponto que sequer poderia ser considerado como risco a ser precificado pela empresa concessionária no momento da elaboração da proposta econômica do leilão’, seja por visitas técnicas ou vistorias preliminares*”¹⁷⁵¹ – ou seja, o marco temporal para avaliar a ocorrência do vício seria a data da licitação da concessão, da realização das vistorias técnicas no Sistema Rodoviário, e não em julho de 2015; e
- (ii) os relatórios técnicos contidos no RTE-186 dariam conta de que as patologias identificadas seriam oriundas de atos praticados no âmbito dos contratos mantidos pelo DNIT e que não era possível prevê-los, à época da licitação.

1892. Quanto ao segundo argumento elencado na Nota Técnica nº 015/20147/GEINV/SUINF – de que os vícios relatados seriam comuns a pavimentos flexíveis, podendo ter ocorrido após assunção da concessão –, a REQUERENTE invoca análises técnicas para sustentar que o desgaste do pavimento foi extremamente precoce, não sendo razoável supor que um pavimento adequadamente recuperado, cuja vida útil esperada é de 5 (cinco) anos, sofresse com os problemas verificados em período inferior.

¹⁷⁵⁰ Cf. item 936 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷⁵¹ Cf. item 937 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

1893. No particular, a REQUERENTE ainda aduz¹⁷⁵²:

“[...] é evidente que tanto a Requerente quanto a Requerida possuíam a legítima expectativa de que os Contratos CREMA seriam adequadamente executados. Primeiro, porque simplesmente não se pode partir da premissa de que um contrato administrativo será descumprido pelo particular contratado.

Segundo, pela compatibilidade temporal da execução das atividades de recuperação rodoviária dos Contratos CREMA com o início da Concessão. Considerando o cronograma dos Contratos CREMA, quando da assinatura do Contrato de Concessão todo o trecho objeto desses contratos já deveria estar recuperado. Assim, esperava-se que tais intervenções já teriam sido realizadas quando da assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.

Por óbvio, de todo o contexto, os licitantes legitimamente consideraram que os trechos estariam recuperados. Caso fosse o entendimento de que na hipótese de concretização desse risco, os licitantes tivessem de executar as adequações necessária sem direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, os valores de deságio sobre o valor da tarifa na licitação certamente seriam menores, visto que tal risco seria precificado nas propostas.

Cumpra nesse sentido explicitar a lógica econômica da alocação de riscos presente nessa subcláusula. Conforme exposto acima, caso sejam alocados ao particular riscos sobre os quais ele não possui controle, a consequência é que eles são precificados pelo particular, encarecendo a contratação. Tendo em vista que os Contratos CREMA tratam de obrigações do DNIT, autarquia federal, a única alocação dos riscos a eles relacionados que faz sentido é ao Poder Concedente, que pode mais facilmente os prevenir e remediar. Interpretação em sentido oposto contraria também a lógica e propósito econômico da subcláusula 21.2.8.

Ou seja: ao obter tarifas mais módicas na licitação, a Requerida se beneficiou da interpretação de que os Contratos CREMA seriam plenamente executados, e caso não o fossem, haveria o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão ao futuro contratado.

Portanto, reconhecer a alocação de tal risco ao Poder Concedente, é, em verdade, um verdadeiro dever da Requerida, pois, caso contrário, a Administração Pública federal e os usuários/contribuintes estariam pagando duas vezes – primeiramente por meio do DNIT nos Contratos CREMA, e em duplicidade no âmbito da Concessão – pela recuperação dos trechos e realização das mesmas intervenções.

Tal modelagem, se apenas por hipótese adotada, é evidentemente contrária ao interesse público e fere princípios administrativos básicos como o da eficiência e economicidade, não podendo ser admitida. Essa situação poderia inclusive ser caracterizada como má gestão de recursos públicos, tornando os agentes públicos envolvidos sujeitos à responsabilização cabível. Assim, tem-se que a interpretação que a ANTT defende para a subcláusula 21.2.8 implica a admissão de uma estruturação da Concessão completamente antieconômica, o que deveria resultar em apuração de responsabilidade pelo dispêndio inadequado de recursos públicos.

E não alegue a Requerida ANTT desconhecer tal alocação de riscos: a própria ANTT já havia reconhecido em sede de esclarecimentos ao Edital que, quando fosse necessária a adequação dos bens recebidos pelo DNIT – como os trechos objeto dos Contratos CREMA – aos

¹⁷⁵² Cf. itens 943 a 951 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

parâmetros de desempenho da rodovia, como no caso, seria devido o reequilíbrio econômico-financeiro à Concessionária.

Assim, com base em seu direito contratual, em sua legítima expectativa, e na lógica econômica de tais contratações explicitadas acima, a Concessionária passou a pleitear administrativamente o reequilíbrio econômico-financeiro pelos custos adicionais decorrentes da execução das atividades de recuperação rodoviária integrantes dos Contratos CREMA, que fazem parte das condições essenciais e elementares do Contrato de Concessão, conforme previsto no art. 10 da Lei 8.987/95.”

1894. Já no que diz respeito ao terceiro argumento invocado na Nota Técnica nº 015/20147/GEINV/SUINF – de que a obrigação já estaria prevista no PER –, a REQUERENTE defende que a responsabilidade a ela imposta por realizar o reparo “*não impede a aplicação ou se sobrepõe à alocação do risco ao Poder Concedente, que é responsável por custear eventuais custos adicionais da Concessionária ao realizar o reparo*”¹⁷⁵³, mormente àqueles relacionados a vícios ocultos advindos de obras sob responsabilidade do DNIT.

1895. Assim, não tendo demovido a REQUERIDA na via administrativa a acolher o seu pleito, a REQUERENTE recorre ao Tribunal Arbitral para obter “*o reconhecimento do direito ao reequilíbrio pela execução das obras e serviços que deveriam ter sido adequadamente executados no âmbito dos Contratos CREMA*”¹⁷⁵⁴.

1896. Afinal, contrapondo-se à REQUERIDA, a REQUERENTE insiste que os vícios objeto do pleito em questão não poderiam ser qualificados como ocultos, reiterando que:

- (i) a vistoria na rodovia, durante a licitação, foi realizada em junho de 2013, enquanto os CONTRATOS CREMA estavam em vigor, de modo que os descumprimentos aos referidos contratos – e, conseqüentemente, a não realização adequada das obras – não poderiam ter sido previstos;
- (ii) do EVTEA era possível aferir que 87% (oitenta e sete por cento) do pavimento da BR-153 encontrava-se em condições de utilização consideradas boas ou ótimas;

¹⁷⁵³ Cf. item 953 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁷⁵⁴ Cf. item 955 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

- (iii) após o início da vigência do CONTRATO DE CONCESSÃO, teria a REQUERENTE constatado a má qualidade das misturas asfálticas aplicadas nas obras de restauração objeto dos CONTRATOS CREMA;
- (iv) de acordo com o Manual de Restauração do DNIT, “*os defeitos de exsudação e afundamento nas trilhas de roda decorrem exclusivamente de falhas ou vícios construtivos*”¹⁷⁵⁵, não se tratando de problemas associados ao desgaste natural do tempo;
- (v) “*as patologias foram geradas por obras executadas em desconformidade com as normas técnicas (inclusive do próprio DNIT) e com o próprio Projeto Executivo que fundamentou as intervenções dos contratados do DNIT, que demonstram que as obras de recuperação foram concebidas para uma vida útil do pavimento de 10 anos (RTE 201)*”¹⁷⁵⁶;
- (vi) o fato elencado no item acima, assim como a circunstância de que a execução dos serviços dos CONTRATOS CREMA ainda estava em curso, induziria à conclusão de que não seria possível observar à época da licitação, com uso de métodos e procedimentos convencionais (inspeção visual e deflectometria) que havia problemas construtivos nas obras de recuperação do pavimento em função da mistura inadequada utilizada pelos contratados do DNIT; e
- (vii) seria incorreta a afirmação da ANTT de que a CONCEBRA somente teria identificado os vícios um ano e quatro meses após a assunção das rodovias, em julho de 2015, visto que a concessionária teria notificado a REQUERIDA em 24.11.2014, conforme carta CNB-DIR 037/2014.

1897. Nesta arbitragem, a REQUERENTE também insiste na improcedência da tese da REQUERIDA de que o CONTRATO DE CONCESSÃO teria atribuído àquela a realização de obras de recuperação das rodovias. Dentre outros, aduziu no ponto que:

- (i) a CONCEBRA não estaria pleiteando valores referentes a gastos que já deveriam ser incorridos com atividades regulares de recuperação da rodovia, mas sim

¹⁷⁵⁵ Cf. item 484 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁷⁵⁶ Cf. item 485 da Réplica da REQUERENTE.

custos adicionais de conservação que lhe foram imputados em decorrência de vícios construtivos causados pelos contratados do DNIT; e

- (ii) *“ao alegar que o custo das intervenções de recuperação para correção dos problemas causados pela má execução dos contratos CREMA deveria ter sido precificado pela Concessionária, a ANTT está confessando uma lesão ao erário causada pelos agentes públicos que modelaram a concessão (responsabilidade essa da própria ANTT), o que não se pode admitir ou presumir”*¹⁷⁵⁷.

1898. A REQUERENTE aduz que, no curso da instrução, a perícia teria confirmado *“que os defeitos identificados no pavimento dos trechos objeto dos Contratos CREMA são característicos de vícios ocultos”*¹⁷⁵⁸, uma vez que *“não era possível identificar esses vícios no momento da vistoria realizada na licitação e que os Contratos CREMA em questão ainda estavam vigentes nessa época”*¹⁷⁵⁹. Nesse contexto, prossegue, a expert teria constatado que tais vícios ocultos não corrigidos *“afetam o desempenho da Concessionária”*¹⁷⁶⁰.

1899. Afirma que *“a perícia também reconheceu que os custos para a readequação dos trechos recebidos cujos parâmetros não atendiam ao estabelecido no CREMA não podem ser assumidos pela Concessionária, de modo que, havendo a continuidade da Concessão, a Requerente tem direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em razão dos custos que irá incorrer com as soluções das inconformidades das obras”*¹⁷⁶¹. Como consequência, a REQUERENTE entende que¹⁷⁶²:

“[...] caem por terra todas as demais objeções da Requerida quanto ao deferimento do pleito apresentadas na sua Manifestação sobre os Esclarecimentos aos Contralaudos, de 11 de março de 2024 – por exemplo, de que a exsudação do pavimento e trilha de rodas são defeitos ‘comuns

¹⁷⁵⁷ Cf. item 491 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁷⁵⁸ Cf. item 483 das Alegações Finais da REQUERENTE. No mesmo sentido, confira-se o seguinte trecho do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE: *“[...] conforme resposta ao quesito nº 212 da Requerente, a perícia constatou que, dado que não era possível identificar esses vícios no momento da vistoria realizada na licitação e que os contratos CREMA nº 1059/2012 e nº 0051/2012 ainda estavam vigentes nessa época, as licitantes deveriam, seguindo as melhores práticas licitatórias, supor que as obras seriam executadas adequadamente conforme o seu projeto executivo (resposta ao quesito nº 212).”* (cf. item 117 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023).

¹⁷⁵⁹ Cf. item 484 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁷⁶⁰ Cf. item 486 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁷⁶¹ Cf. item 485 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁷⁶² Cf. item 488 das Alegações Finais da REQUERENTE.

nas rodovias brasileiras’ e de que seria sua obrigação a ‘recuperação do pavimento’. Afinal, uma vez que se identificou que se trata de vícios ocultos, a consequência imposta pelo Contrato é o reconhecimento do direito ao reequilíbrio, não havendo nas disposições contratuais qualquer exceção ou ressalva a esse direito quando se estiver diante de ‘defeitos comuns nas rodovias brasileiras’ ou quanto à obrigação da Concessionária de ‘recuperação do pavimento’.”

1900. Ainda fazendo referência às provas produzidas, a REQUERENTE destaca que a equipe pericial teria valorado em R\$ 73.590.994,28 (setenta e três milhões, quinhentos e noventa mil, novecentos e noventa e quatro reais e vinte e oito centavos) os custos adicionais para a restauração dos vícios ocultos identificados na carta acostada como RTE-070.

1901. No entanto, na sua visão, *“o impacto sofrido pela Requerente é ainda superior a esse, visto que, em razão das inadequações das obras realizadas por meio dos Contratos CREMA”*¹⁷⁶³, teria ela sido penalizada ou sofrido a aplicação de mecanismos contratuais pelos descumprimentos dos parâmetros de desempenho do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁷⁶⁴. Em sua perspectiva, os vícios identificados afetariam o desempenho da concessionária, conforme atestado pela perícia.

1902. Nessa linha, a REQUERENTE conclui em Alegações Finais¹⁷⁶⁵:

“Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo que:

- (i) *o Tribunal Arbitral (a) reconheça que os custos adicionais de manutenção/recuperação do pavimento são de R\$ 73.590.994,28 (setenta e três milhões quinhentos e noventa mil novecentos e noventa e quatro reais e vinte e oito centavos) (data-base maio/2012); e (b) anule os atos de natureza fiscalizatória que tenham como consequência a aplicação de penalidades e de mecanismos contratuais inerentes ao atingimento de parâmetros de desempenho referentes a esse trecho;*

¹⁷⁶³ Cf. item 491 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁷⁶⁴ No ponto, a REQUERENTE faz referência a indagação feita por árbitro à equipe pericial na audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024. Também menciona que *“na Resposta ao Quesito nº 74 da Requerente, que consta do Adendo 1 ao Laudo Técnico Pericial, a equipe pericial analisou, a partir das Notas Técnicas 015/2016/GEINV/SUINF (RTE 148), 098/2017/GEROR/SUINF (RTE 72), 014/2018/GEREF/SUINF (RTE 30), 2275/2019/GEREF/SUINF/DIR (RTE 110), 4332/2020/GEGEF/SUOD/DIR (RTE 210) e 1861/2021/GEGEF/SUOD/DIR (RTE 240), se houve a aplicação de Fator D à tarifa praticada pela Requerente. A despeito de o questionamento tratar dos investimentos que foram comprometidos pela frustração do financiamento, o fato é que essas notas técnicas atestam que houve aplicação de Fator D pela ANTT considerando as condições de todo o sistema rodoviário – o que abrange os subtrechos objeto dos Contratos CREMA”* (cf. item 493 das Alegações Finais da REQUERENTE).

¹⁷⁶⁵ Cf. item 501 das Alegações Finais da REQUERENTE.

- (ii) *na eventualidade de o Contrato de Concessão não se encerrar e voltarem a vigorar as suas disposições originais, a Requerida seja condenada à realização do reequilíbrio econômico-financeiro no valor referido no item (i) acima caso tenha que realizar as adequações dos trechos abrangidos pelos Contratos CREMA aos parâmetros de desempenho do Contrato;*
- (v) *na eventualidade de o Contrato de Concessão se encerrar, o Tribunal Arbitral determine à Requerida que a Concessionária não seja responsabilizada por eventuais danos e penalidades futuros ou já reconhecidos pela ANTT relacionados às condições do pavimento, haja vista que os impactos diretos decorrentes desse evento de desequilíbrio no pavimento foram reconhecidos pela prova pericial - - o que implica, portanto, o cancelamento dos atos de natureza fiscalizatória, passados e futuros, que tenham como consequência a aplicação de penalidades e de mecanismos contratuais inerentes ao atingimento de parâmetros de desempenho referentes a esse trecho nas revisões contratuais.”*

XII.12.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

1903. A REQUERIDA se contrapõe à pretensão da REQUERENTE de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em decorrência dos problemas no pavimento de trechos objeto dos CONTRATOS CREMA.

1904. Segundo afirma, o “*pleito ora apresentado pela Requerente, de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato devido a problemas identificados pela Concessionária no pavimento nos trechos entre o km 108,1 ao km 246,7 da Rodovia BR-153/MG e entre o km 566,4 ao km 610,60 da Rodovia BR-153/GO, referentes aos contratos do DNIT nº 1059/2012 e nº 051/2012, respectivamente, já foi analisado e indeferido por meio da 2ª Revisão Ordinária e 5ª Revisão Extraordinária, aprovada por meio da Resolução nº 5.363/2017, de 23/06/2017, conforme análise constantes das Notas Técnicas nº 15/2017/GEINV/SUINF, de 22/03/2017 (R-73) e nº 25/2017/GEINV/SUINF, de 18/05/2017 (R-75)*”¹⁷⁶⁶.

1905. Os fundamentos para o indeferimento do pleito seriam os seguintes:

- (i) *na forma do CONTRATO DE CONCESSÃO, seria obrigação da REQUERENTE não apenas a manutenção do trecho, mas também a sua restauração e adequação, caso necessário ao atingimento dos parâmetros de desempenho; e*

¹⁷⁶⁶ Cf. item 407 das Resposta da REQUERIDA.

- (ii) não teria havido demonstração de vício oculto nos trechos entregues pelo DNIT.

1906. Em relação ao primeiro fundamento acima elencado, a REQUERIDA defende que não seria possível considerar os custos com a recuperação do pavimento como impossíveis de serem precificados ao tempo da licitação, pois o serviço de restauração de pavimento constaria como obrigação da REQUERENTE para a Fase de Recuperação e Manutenção, conforme item 3.1 do PER.

1907. No ponto, a REQUERIDA ainda acresce¹⁷⁶⁷:

“Não bastasse isso, o Contrato de Concessão em discussão, assim como os demais contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, adotou modelo de Reabilitação-Operação-Transferência (Rehabilitate Operate Transfer – ROT), isto é, exploração da infraestrutura mediante a execução dos serviços de recuperação, manutenção, monitoração, conservação, operação e ampliação.

O objeto do contrato, conforme item I.4.1., foi a concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço do Sistema Rodoviário, além, é claro, da implantação dos sistemas de operação e de arrecadação de pedágio de acordo com o estabelecido na Seção II do Programa de Exploração da Rodovia – PER, anexo ao Contrato de Concessão.

Nesse ponto, de fundamental importância observar que, além da concessão ser justamente para promover serviços de recuperação e manutenção da via, o contrato não previu que a Concessionária receberia os trechos do DNIT já com parâmetros de desempenho adequados. Ora, se a proposta da concessão é justamente elevar o nível de serviço entregue ao usuário, não há fundamento algum para que a requerente queira ser ressarcida de gastos que lhe competiam, não havendo falar-se em reequilíbrio do contrato neste aspecto.

Veja que o Poder Concedente (nesse caso, por intermédio do DNIT) rescindiria os contratos que porventura tivesse celebrado com vistas à prestação de serviços no Sistema Rodoviário e disponibilizaria amplo acesso para que a Concessionária ingressasse no trecho e se desincumbisse de suas obrigações: [...]

Como já ressaltado, a concessão se fez justamente para que os parâmetros de desempenho da rodovia fossem elevados. A cobrança de pedágio se dá para garantir o investimento e a manutenção constantes, necessários em trechos rodoviários estratégicos para o desenvolvimento da infraestrutura do país.

Vale dizer, o objeto das concessões rodoviárias federais é a exploração da infraestrutura e da prestação de serviços públicos e obras, abrangendo execução dos serviços de recuperação, manutenção, monitoração, conservação, operação, ampliação, melhorias e exploração, sem que em nenhum momento seja estabelecido, no contrato, que a concessionária deva receber a

¹⁷⁶⁷ Cf. itens 412 a 417 da Resposta da REQUERIDA.

rodovia com parâmetros já adequados. Ao contrário: a concessão visa justamente alcançar os parâmetros de excelência estabelecidos no contrato e no PER.”

1908. Quanto ao segundo fundamento, a REQUERIDA assevera que os elementos apresentados ao tempo do exame do pleito administrativo apontariam para a inexistência de qualquer problema estrutural decorrente da execução dos CONTRATOS CREMA que pudesse ser qualificado como vício oculto.

1909. Invocando o fato de que as inspeções que embasaram as análises técnicas da REQUERENTE seriam de julho de 2015 – um ano e quatro meses após a assunção das rodovias, em 05.03.2014 – e que os CONTRATOS CREMA teriam sido rescindidos pelo DNIT em fevereiro de 2014¹⁷⁶⁸, a REQUERIDA defende que os defeitos no pavimento dos trechos poderiam decorrer “do desgaste natural que ocorre em pavimentos flexíveis”¹⁷⁶⁹.

1910. De acordo com a REQUERIDA, “justamente em decorrência desse desgaste que se renova constantemente, que o PER, em seu subitem 3.1.1. traz parâmetros de desempenho a serem mantidos pela Concessionária e que serão monitorados pelo Regulador ao longo de toda a Concessão, tais como áreas exsudadas, superiores a 1 metro quadrado, flechas nas trilhas de roda medidas sob cordas de 1,20 metros e percentagem de área trincada entre outros”¹⁷⁷⁰.

1911. Nessa linha, argumenta ser descabida a tese da REQUERENTE de que os problemas relatados se qualificariam como vícios ocultos, haja vista “a natural necessidade de recuperação e manutenção do pavimento decorridos mais de um ano após a rescisão dos contratos CREMA”¹⁷⁷¹.

1912. Ainda em relação ao alegado vício oculto no pavimento, a REQUERIDA aduz que a tese da REQUERENTE desconsidera alguns aspectos, dentre os quais:

¹⁷⁶⁸ A REQUERIDA afirma que, à luz das cláusulas 10.1.4 e 10.1.5 do CONTRATO DE CONCESSÃO, “a medida em comento visou justamente disponibilizar amplo acesso para que a Requerente ingressasse no trecho e desincumbisse de suas obrigações” (cf. item 596 das Alegações Finais da REQUERIDA).

¹⁷⁶⁹ Cf. item 419 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁷⁷⁰ Cf. item 421 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁷⁷¹ Cf. item 422 da Resposta da REQUERIDA.

- (i) que as regras contratuais atribuiriam à CONCEBRA a obrigação não apenas de manutenção do trecho, mas também a sua restauração e adequação, incluindo os trechos que foram objeto dos CONTRATOS CREMA, caso necessário ao atingimento dos parâmetros de desempenho;
- (ii) que “*as licitantes eram responsáveis pela verificação das condições funcionais e estruturais da infraestrutura do sistema rodoviário, previamente a sua participação no Leilão*”¹⁷⁷², conforme cláusulas 11.1 e 11.2 do CONTRATO DE CONCESSÃO e itens 2.3, 2.4, 2.4.1 e 2.5 do respectivo edital;
- (iii) que, “*de acordo com o cadastro inicial dos 3 (três) meses apresentado pela Concessionária, na maior parte dos trechos, o FWD (falling weight deflectometer) encontrava-se, abaixo de 50 x 0,01 mm (parâmetro este exigido para o 5º ano de concessão)*”¹⁷⁷³, o que significaria que, “*na análise inicial da Requerente após assunção do sistema rodoviário, a exceção de alguns trechos pontuais, a estrutura do pavimento estava muito boa no início da concessão e, se houve uma deterioração, foi pela não execução dos serviços de recuperação necessários*”¹⁷⁷⁴;
- (iv) que haveria no EVTEA “*quantitativos de serviços de pavimento para as fases de Trabalhos Iniciais (1º ano) e Recuperação (2º ano ao 5º ano) para o trecho compreendido entre os kms 108,1 e 246,7 da BR-153/MG, bem como para o segmento entre os kms km 555, 2 ao km 611,2 da BR-153/GO (Vide § 525 e ss da Nota Informativa SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR – Doc. R-59)*”¹⁷⁷⁵; e
- (v) a Nota Informativa SEI nº 246/2020/NAM/DG/DIR¹⁷⁷⁶ daria conta de que os vícios suscitados pela REQUERENTE não se qualificariam como ocultos¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷² Cf. item 253 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁷⁷³ Cf. item 254 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁷⁷⁴ Cf. item 255 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁷⁷⁵ Cf. item 256 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁷⁷⁶ R-059.

¹⁷⁷⁷ Eis os argumentos transcritos pela REQUERIDA: “i. os defeitos trazidos pela Concessionária são defeitos comuns de pavimento flexíveis em países com clima tropical; ii. os serviços realizados pelo Contrato CREMA são inferiores aos parâmetros previstos no Contrato de Concessão e tão pouco foi previsto, em Contrato, qualquer garantia de qualidade de execução das obras, como por exemplo, vida de serviço; iii. os ensaios realizados em 2015, apresentados nas alegações iniciais, deveriam ter sido realizados à época da licitação para que a CONCEBRA pudesse precificar tais riscos; iv. Tais inconformidades não são incomuns ou impossíveis de serem

1913. A REQUERIDA também argumenta não proceder a alegação da REQUERENTE de que todas as ações de recuperação previstas nos CONTRATOS CREMA deveriam ser concluídas no primeiro ano de sua execução, invocando, como exemplo, o contrato nº 1059/2012 e a *“Instrução de Serviço DG/DNIT nº 01, de 17 de fevereiro de 2012, que regula os procedimentos utilizados na execução das obras do Programa CREMA 2ª Etapa – que é o caso do aludido contrato –, [que] estabelece que as obras de restauração previstas em tais contratos têm prazo de 36 (trinta e seis) meses para serem concluídas”*¹⁷⁷⁸.

1914. Assim, afirmando não ser possível aplicar à hipótese a cláusula 21.2.12 do CONTRATO DE CONCESSÃO, mas sim as cláusulas 21.1.24, 10.5.4 e 10.5.5, a REQUERIDA se posiciona pelo julgamento de improcedência do pedido.

1915. A REQUERIDA reconhece que o laudo pericial produzido nesta arbitragem teria constatado (i) inconsistências nos trechos objeto dos CONTRATOS CREMA; (ii) que os parâmetros de qualidade e desempenho de tais contratos seriam mais exigentes que o PER da concessão; e (iii) que não seria possível verificar ou prever os problemas verificados nos pavimentos. Reconhece, também, ter o laudo indicado (iv) que, *“na eventualidade de continuidade da concessão, a Concebra teria direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em razão dos custos que irá incorrer com adoção de soluções para sanar as inconformidades da obra”*¹⁷⁷⁹.

1916. Todavia, argumenta a REQUERIDA que, na prática, *“não houve nenhum desequilíbrio contratual eis que, independentemente das discussões jurídicas sobre as consequências do descumprimento dos contratos celebrados pelo DNIT no contrato de concessão em apreço, a própria Requerente informa em sua impugnação que não incorreu em nenhum custo em razão da suposta inexecução dos Contratos CREMA”*¹⁷⁸⁰. Assim, *“qualquer discussão futura sobre este ponto deverá ser apresentada, se for o caso, em procedimento arbitral específico, estando*

previstas ou precificadas, muito pelo contrário, são bastante comuns mesmo em projetos executados de acordo com as normas vigentes.” (cf. item 258 da Tréplica da REQUERIDA).

¹⁷⁷⁸ Cf. item 5598 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷⁷⁹ Cf. item 604 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷⁸⁰ Cf. item 423 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

fora do julgamento da arbitragem em apreço”¹⁷⁸¹, em especial considerando a limitação temporal imposta a este procedimento em razão da celebração do 2º TERMO ADITIVO.

1917. A REQUERIDA também destaca que, ao complementar o laudo pericial, embora tenha deflacionado os custos apontados no RTE-070 para a data-base de maio de 2012, conforme solicitado pela REQUERENTE, a perita *“negou a afirmação da Concebra de que o laudo pericial teria validado a precificação do custo adicional da restauração dos supostos vícios ocultos nos termos da RTE-070, já que, no seu entender, os valores efetivamente incorridos deverão ser demonstrados quando os serviços forem realizados*”¹⁷⁸².

1918. A REQUERIDA também se posiciona sobre o fato de que a expert *“informou que a vistoria identificou a existência de trincamentos interligados, deformações e desagregações, segmentos com reparos localizados, algumas deformações nas trilhas das rodas e exsudação do revestimento asfáltico, e que alegou que tais patologias, a despeito de serem comuns em rodovias localizadas em países tropicais, não impede que tenham sido decorrentes de vícios construtivos*”¹⁷⁸³.

1919. Na sua ótica, a perita não considerou as características e obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO, o que teria distorcido a conclusão manifestada no trabalho técnico. Com efeito, argumenta a REQUERIDA que o contrato já importaria a manutenção, recuperação e adequação do trecho concedido à REQUERENTE, incluindo aqueles segmentos objeto dos CONTRATOS CREMA.

1920. Invoca ainda a análise inicial da REQUERENTE após a assunção das rodovias e que *“os problemas identificados são ocorrências passíveis de serem enfrentados por todas as concessionárias quando iniciam as suas concessões*”¹⁷⁸⁴, ao tempo que defende não haver vícios ocultos, sobretudo quando *“a Requerente tinha totais condições de realizar*

¹⁷⁸¹ Cf. item 424 da manifestação da REQUERIDA de 05.06.2023.

¹⁷⁸² Cf. item 606 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷⁸³ Cf. item 464 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

¹⁷⁸⁴ Cf. item 615 das Alegações Finais da REQUERIDA.

levantamentos, fazer avaliações acompanhar em campo as obras, por exemplo, tanto antes como depois da assinatura do Contrato de Concessão”¹⁷⁸⁵⁻¹⁷⁸⁶.

1921. Nesse contexto, a REQUERIDA faz referências a passagens do próprio trabalho pericial para demonstrar que os defeitos verificados no pavimento seriam comuns e estariam inseridos na atividade a ser desenvolvida pela REQUERENTE no cumprimento de suas obrigações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁷⁸⁷.

1922. Dentre outros, a REQUERIDA cita a resposta da *expert* ao seu quesito nº 11.2 para comprovar que “a Requerente precificou para os segmentos em discussão, os serviços de recuperação na proposta apresentada durante o procedimento licitatório, não sendo crível imputar ao Poder Concedente a responsabilidade e custeio por obras já precificados no certame”¹⁷⁸⁸.

1923. Reiterando, desse modo, seu entendimento de que não se poderia falar de vício oculto no caso, a REQUERIDA reitera que incidem na hipótese as regras contidas nas cláusulas 21.1.24, 10.5.1, 10.5.4 e 10.5.5, em detrimento da cláusula 21.2.12 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1924. Sem prejuízo, para a hipótese de o Tribunal Arbitral entender que a REQUERENTE faz jus ao reequilíbrio pleiteado, a REQUERIDA manifesta divergência quanto aos valores que constaram do laudo pericial complementar, “seja por não haver embasamento para comprovar tais valores – que foram obtidos dos dados fornecidos pela própria Requerente –, seja porque em seu cálculo sequer foram consideradas/deduzidas as quantias já previstas contratualmente para esse tipo de serviço de recuperação”¹⁷⁸⁹. Aduz, nesse contexto, a necessidade de a

¹⁷⁸⁵ Cf. item 620 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷⁸⁶ A propósito, a REQUERIDA também menciona que “os estudos apresentados pelo Poder público no procedimento licitatório são indicativos, cabendo aos interessados em participar da licitação o levantamento e estudos necessários para quantificar e qualificar sua proposta, inclusive prevendo possíveis riscos em locais que não se há certeza da condição de determinado elemento rodoviário, se não, existe a possibilidade de adentrar em campo hipotético de que as perdedoras da licitação podem ter sido mais prudentes, eficientes e realistas com relação ao que era necessário para a recuperação da rodovia.” (cf. item 490 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024).

¹⁷⁸⁷ V.g. item 421 do laudo pericial de 06.02.2023.

¹⁷⁸⁸ Cf. item 635 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷⁸⁹ Cf. item 641 das Alegações Finais da REQUERIDA.

REQUERENTE apresentar projeto executivo e orçamento para a discussão dos valores das obras, bem como a comprovação dos custos.

1925. Quanto à alegação da REQUERENTE de que os vícios reclamados teriam lhe imposto penalidades e implicado no cálculo de mecanismos contratuais de aferição de desempenho, a REQUERIDA argumenta que “*esta também revela-se completamente descabida*”¹⁷⁹⁰. Consoante defende, “*cabe à Concessionária observar as suas obrigações e parâmetros de desempenho previstos contratualmente, realizando as obras e serviços que se fizerem necessários para tanto, ainda que eventualmente possa ser discutido o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato*”¹⁷⁹¹⁻¹⁷⁹².

1926. Por essa razão, a REQUERIDA pede em Alegações Finais o julgamento de improcedência do pedido formulado pela REQUERENTE, ao tempo em que invoca a limitação à data de 18.03.2022 dos efeitos desta arbitragem, que teria sido imposta na cláusula 16.3 do 2º TERMO ADITIVO, o que faz nos seguintes termos¹⁷⁹³:

“É de se ver, destarte, que o pleito de reequilíbrio formulado em razão da alegada inexecução dos contratos CREMA não causaram qualquer impacto até a data do termo inicial da eficácia do TA de Relicitação e, por decorrência, deve ser considerado prejudicado em virtude da cessação de sua arbitralidade.

Dessa forma, como arguido na preliminar processual que antecede às questões de mérito nestas alegações finais, conclui-se pela perda superveniente do objeto do pedido formulado neste tópico, pelo que pugna, no particular, que o processo arbitral seja extinto sem julgamento do mérito. Qualquer discussão futura sobre este ponto deverá ser apresentada, se for o caso, em procedimento arbitral específico, estando fora do julgamento da arbitragem em apreço.

Na remota hipótese de restar superada a questão acima suscitada, o que se admite apenas em atenção ao princípio da eventualidade, tem-se que, de toda sorte, como exposto ao longo deste tópico, o pedido de reequilíbrio formulado pela Requerente em razão da alegada inexecução dos contratos CREMA não tem qualquer cabimento, e deve ser julgado totalmente improcedente.”

¹⁷⁹⁰ Cf. item 648 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷⁹¹ Cf. item 648 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁷⁹² No ponto, a REQUERIDA também faz referência a explicações prestadas por seu assistente técnico no curso da audiência de 11.06.2024 e 12.06.2024

¹⁷⁹³ Cf. itens 656 a 658 das Alegações Finais da REQUERIDA.

XII.12.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

1927. Como visto, na ATA DE MISSÃO, a REQUERENTE indicou, como um dos eventos suscetíveis de ensejar a recomposição do equilíbrio financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO, as “*inexecuções contratuais do CREMA DNIT em período anterior à assunção do sistema rodoviário*”¹⁷⁹⁴.

1928. Nos itens 985, “xii”, e 986 de suas Alegações Iniciais, ao detalhar o pedido constante da ATA DE MISSÃO, a REQUERENTE pede que lhe seja reconhecido direito ao reequilíbrio econômico-financeiro – ou direito à indenização, em caso de extinção antecipada do vínculo – por alegada inexecução e não rescisão tempestiva, nos termos da cláusula 10.1.4 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁷⁹⁵, dos CONTRATOS CREMA, firmados no final de 2012, que envolviam trechos do sistema rodoviário concedido.

1929. Deduziu, ainda, no item 989 das Alegações Iniciais, para a hipótese de acolhimento dos alegados desequilíbrios, que se reconhecesse o seu impacto sobre a atividade sancionatória exercida pela REQUERIDA, de modo a que: (i) sejam anuladas as penalidades aplicadas que tenham relação com os citados desequilíbrios; (ii) sejam extintos os correlatos processos administrativos sancionatórios; (iii) a ANTT seja condenada a ressarcir-la de valores eventualmente desembolsados em razão das penalidade em questão e (iv) seja determinado à ANTT que se abstenha de aplicar novas penalidades em decorrência de inexecuções contratuais que tenham causa no evento de desequilíbrio em questão.

1930. Registra-se, desde logo, que, embora haja postulação expressa nas Alegações Iniciais no sentido do reconhecimento de que a ausência de rescisão tempestiva (cláusula 10.4.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO) dos CONTRATOS CREMA teria ensejado desequilíbrio, a REQUERENTE não deduziu argumentos nem produziu prova a esse respeito.

¹⁷⁹⁴ Cf. item 6.4.17, “XI, da ATA DE MISSÃO.

¹⁷⁹⁵ “10.1.4. O Poder Concedente obriga-se a rescindir, até a Data da Assunção, todos os contratos referentes a obras e serviços no Sistema Rodoviário que estejam em vigor na data de assinatura do Contrato, que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos.” (cf. RTE-001).

1931. Por sua vez, consta de forma expressa da Nota Técnica nº 15/2017/GEINV/SUINF¹⁷⁹⁶, em informação atribuída à própria concessionária, que tais contratos foram rescindidos em fevereiro de 2014 (em 03.02.2024 e 28.02.2014, respectivamente), após a assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO, mas antes da assunção de seu objeto pela concessionária¹⁷⁹⁷⁻¹⁷⁹⁸:

“139. Cabe destacar que, conforme informa a Concessionária, o DNIT rescindiu os contratos de restauração, recuperação e conservação dos trechos em referência em fevereiro de 2014, posteriormente à assinatura do contrato (31/01/2024), porém anteriormente à Data de Assunção (05/03/2014).”

1932. Logo, consideradas as datas de rescisão informadas, não há que se falar em violação à cláusula 10.4.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO. Por isso, e também porque tal parcela da postulação parece efetivamente ter sido abandonada pela REQUERENTE no curso da arbitragem (não foi nem mesmo reiterada nas Alegações Finais)¹⁷⁹⁹, afasta-se, desde logo, a postulação de reconhecimento de eventual direito a reequilíbrio decorrente do atraso na rescisão dos CONTRATOS CREMA indicados.

1933. Sem prejuízo dessa circunstância, o Tribunal Arbitral passa a examinar a alegação de existência de vício oculto decorrente da execução dos CONTRATOS CREMA e o seu impacto sobre a concessão.

1360. Com efeito, embora, em sua literalidade, o pedido deduzido refira à inexecução dos CONTRATOS CREMA como causa de desequilíbrio, verificou-se, no decorrer da fase postulatória

¹⁷⁹⁶ Cf. R-016.

¹⁷⁹⁷ Cf. R-016, p. 38.

¹⁷⁹⁸ “122. A Concessionária informa que as obras de restauração e recuperação, contratadas e fiscalizadas pelo DNIT (CREMA), do trecho entre o km 108,1 (na Cidade de Prata – MG) ao km 246,7 (na divisa entre os Estados de MG/SP) na Rodovia BR-153/MG, tiveram início no ano de 2013, mas o contrato foi rescindido em 28 de fevereiro de 2014, pouco tempo após a assunção da rodovia pela Concessionária, em 31 de janeiro de 2014. [...] 129. O mesmo problema ocorre para o trecho do km 566,4 (localizado no Município de Prof. Jamil – GO) da Rodovia 153/GO, que tiveram contrato vigente pelo DNIT de obras de conservação e recuperação do pavimento até o dia 3 de fevereiro de 2014, posteriormente, portanto, ao Contrato de Concessão celebrado com a Concessionária em 31 de janeiro de 2014.” (cf. R-016).

¹⁷⁹⁹. A propósito: “A Requerente tem direito ao reequilíbrio pelos impactos econômico-financeiros da recuperação dos trechos objeto dos Contratos CREMA nos quais foram identificados defeitos, com fundamento nas cláusulas 21.2.12 e 21.2.8 do CONTRATO DE CONCESSÃO, caso tais obras sejam executadas, conforme reconhecido pela perícia (Tabela 1 do Laudo Técnico Pericial original), tendo em vista que tais defeitos são caracterizados como vícios ocultos (parágrafo 327 do Laudo Técnico Pericial original)” (cf. item 498 das Alegações Finais da REQUERENTE).

e da instrução, que a REQUERENTE não se queixa propriamente da inexecução dos referidos contratos em sentido estrito.

1934. Impugna, na realidade, uma afirmada execução defeituosa, que lhe acarretaria ônus adicionais de recuperação do pavimento asfáltico nos trechos do sistema rodoviário indicados. Como dá conta o laudo pericial, a REQUERENTE aduz que os defeitos encontrados lhe obrigariam a aumentar os ciclos de manutenção e conservação do pavimento, o que, consequentemente, incrementaria os custos estimados para esses fins quando da apresentação da sua proposta para a concessão.

1935. Mais particularmente, a REQUERENTE advoga a possibilidade de enquadramento desta inexecução defeituosa como vício oculto que desafia a aplicação da cláusula 21.2.12 do CONTRATO DE CONCESSÃO. Tal disposição atribui ao Poder Concedente a responsabilidade pelos vícios ocultos do sistema rodoviário vinculados à sua manutenção e operação no momento da assunção do contrato pela concessionária¹⁸⁰⁰:

“21.2 A CONCESSIONÁRIA não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...]”

21.2.12 vícios ocultos do Sistema Rodoviário e dos Bens da Concessão, vinculados à manutenção e operação, transferidos à Concessionária na Data da Assunção.”

1936. Daí que, cuidando-se de vício oculto de responsabilidade do Poder Concedente, a REQUERENTE faria jus ou (i) ao reequilíbrio da concessão no montante necessário para recuperar o pavimento asfáltico desses vícios ocultos ou (ii) à indenização correspondente em caso de extinção antecipada do CONTRATO DE CONCESSÃO.

1937. Observe-se que a configuração, como vícios ocultos, dos defeitos encontrados no pavimento asfáltico recuperado nos CONTRATOS CREMA foi reconhecida tanto no laudo pericial, como reafirmada nos esclarecimentos da *expert* de 20.12.2023. A perita, a esse respeito, validou as conclusões do estudo técnico da empresa contratada pela REQUERENTE¹⁸⁰¹⁻¹⁸⁰².

¹⁸⁰⁰ Cf. RTE-001; cláusula 21.2.12.

¹⁸⁰¹ Cf. item 344 do laudo pericial de 06.02.2023.

¹⁸⁰² Cf. itens 421 e 422 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

“Por fim, a SWOT conclui que independente da indicação ou não das alegadas inconformidades estarem registradas no Termo de Arrolamento e Transferências de Bens, e/ou no EVTEA elaborado pela ANTT para a Concessão ou na avaliação da condição feita pela Concessionária à época da licitação, é importante destacar que pelos procedimentos usuais de avaliação de pavimentos não era possível constatar e muito menos prever os problemas verificados nos pavimentos do trecho compreendido entre o km 108,1 e o km 246,7 da BR-153/MG, bem como no segmento entre o km 555, 2 e o km 611,2 da BR-153/GO.”

* * *

“Porém, o fato deles serem comuns não impede que tenham sido decorrentes de vícios construtivos. Como respondido nos Quesitos 216 e 217, os referidos defeitos só podem ser verificados ao longo do tempo pela ação do tráfego e das elevadas temperaturas. Especificamente relativo ao defeito de afundamento nas trilhas de rodas, em sua fase inicial, este defeito só é perceptível após a ocorrência de chuvas, como mencionado no Manual de Restauração de Pavimentos Asfálticos do DNIT (2006).

Além disso, mesmo com a utilização dos procedimentos e métodos consagrados no meio rodoviário para avaliação do pavimento regulamentados pelo DNIT (DNIT 006, 007,008 e 009/2003 PRO), na qual se inclui o levantamento visual contínuo para avaliação da superfície de pavimentos asfálticos, tais defeitos não poderiam ser identificados pelos participantes do certame licitatório do Edital nº 004/2013 a época da Licitação, uma vez que tais defeitos só puderam ser verificados ao longo do tempo, sejam eles pela ação do tráfego e das elevadas temperaturas. Por não serem imediatamente perceptíveis a qualquer tempo, estes defeitos podem ser caracterizados por falhas e/ou vícios construtivos ocultos. Cabe destacar que tais defeitos também não foram identificados nos estudos de engenharia disponibilizados pelo Poder Concedente para as participantes do certame licitatório do Edital nº 004/2013. As informações disponibilizadas para as participantes da época da licitação indicavam que 87% do pavimento da BR-153 encontrava-se em condições consideradas boas ou ótimas.”

1938. Tendo, portanto, qualificado como vícios ocultos os problemas encontrados no pavimento asfáltico, imperceptíveis ao tempo da assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO, a empresa perita concluiu que os custos da respectiva recuperação não deveriam ser suportados pela REQUERENTE¹⁸⁰³:

Pedido	Capítulo	Perícia	Resumo da Conclusão
Inexecução De Contratos CREMA	4.11	Engenharia	A Perícia entende que os custos para readequação dos trechos recebidos cujos parâmetros não atendiam ao estabelecido no CREMA não podem ser assumidos pela Concessionária.

¹⁸⁰³ Cf. laudo pericial de 06.02.2023, p. 8.

1939. A REQUERIDA, contudo, contradita a conclusão do laudo pericial, deduzindo os seguintes argumentos, que serviram de fundamento para que a ANTT, à ocasião da 2ª Revisão Ordinária e da 5ª Revisão Extraordinária, tenha indeferido os pleitos de reequilíbrio deduzidos a esse respeito:

- (i) que era obrigação contratual da REQUERENTE, para além da manutenção, também restaurar e recuperar os pavimentos dos trechos alcançados pelos CONTRATOS CREMA e tais regras não foram contestadas pela REQUERENTE;
- (ii) não houve demonstração de vício oculto, porque os problemas encontrados são comuns em pavimentos flexíveis em países de clima tropical, não sendo imperceptíveis, de modo que poderiam ter sido previstos e precificados pela REQUERENTE;
- (iii) as licitantes eram responsáveis por verificar as condições do sistema rodoviário previamente à sua participação na licitação;
- (iv) que a estrutura do pavimento estava muito boa no início da concessão e que, se houve deterioração, esta decorreu da não execução dos serviços de recuperação necessários;
- (v) no EVTEA havia previsão de valores para a realização dos serviços de recuperação do pavimento para os trechos que foram objeto dos CONTRATOS CREMA e que todos os trechos concedidos podem apresentar condições que demandem recuperação em função de características e do momento em que cada defeito se agrava; e
- (vi) não houve previsão no CONTRATO DE CONCESSÃO de qualquer garantia de qualidade das obras e serviços executados nos CONTRATOS CREMA.

1940. Em que pesem os argumentos deduzidos pela REQUERIDA, todavia, parece ao Tribunal Arbitral que o laudo pericial oferece subsídios bastantes para afastar as objeções a ele apresentadas.

1941. Quanto à previsibilidade e possibilidade de constatação pela REQUERENTE, em momento anterior ao da assunção do CONTRATO DE CONCESSÃO, das patologias apresentadas pelo

pavimento asfáltico (exsudações e deformações permanentes, como trilhas de rodas), o laudo pericial é expresso em indicar que os referidos defeitos não eram verificáveis naquele momento e somente se manifestaram com o tempo, em função de ocorrências climáticas.

1942. Confira-se, a propósito, a resposta da empresa perita ao quesito nº 11.7 da REQUERIDA¹⁸⁰⁴:

*“11.7. Queira o Sr. Perito verificar **se**, em teoria, com inspeção técnica e realização de ensaios e levantamentos quando da elaboração da proposta pela REQUERENTE, **era impossível, à época da licitação, verificar a ocorrência de patologias, como exsudação e trilhas de rodas nos referidos trechos.***

***Resposta: A utilização dos procedimentos e métodos consagrados no meio rodoviário para avaliação do pavimento regulamentados pelo DNIT (DNIT 006, 007,008 e 009/2003 PRO), na qual se inclui o levantamento visual contínuo para avaliação da superfície de pavimentos asfálticos, e a realização de ensaios e/ou outros tipos de levantamentos **não poderiam identificar a ocorrência das citadas patologias.** Os defeitos associados à exsudação e à deformação permanente (afundamento nas trilhas de rodas) tendem a ser identificados e se agravam ao longo do tempo pela ação do tráfego e das altas temperaturas. A origem e o desenvolvimento destes defeitos estão correlacionados com a fluência plástica do revestimento asfáltico devido as altas temperatura em conjunto com as cargas oriundas do tráfego. O Manual de Restauração de Pavimentos Asfálticos – IPR – 720, DNIT, 2006, aborda as considerações de agravamento destes defeitos: [...]”** (grifou-se)*

1943. A perícia aponta ainda que os defeitos encontrados vão além do desgaste natural porque decorreram do emprego de mistura asfáltica em desconformidade com os padrões previstos nos CONTRATOS CREMA (“excesso de betume”), que aceleraria o processo de desgaste do pavimento. A hipótese, portanto, envolveu uma deterioração acelerada do pavimento decorrente da maior fragilidade do material utilizado. Confira-se, a propósito, a resposta ao quesito nº 216 da REQUERENTE¹⁸⁰⁵:

“216. Queira o il. Perito informar se as patologias verificadas no pavimento, considerando que as causas apontadas pelo RTE-186, no relatório referente ao Contrato CREMA 1059/2012, se referem a um erro de dosagem da mistura asfálticas, poderiam ser consideradas um vício construtivo e oculto?

Resposta: Pode-se afirmar que as patologias verificadas no pavimento já comentadas anteriormente, foram ocasionadas pelo desequilíbrio volumétrico causado por excesso de betume da mistura asfáltica. Tais defeitos podem sim decorrer de falhas ou vícios construtivos e ocultos. Os referidos defeitos só podem ser verificados ao longo do tempo pela ação do tráfego

¹⁸⁰⁴ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 11.7 da REQUERIDA, p. 307.

¹⁸⁰⁵ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 216 da REQUERENTE, p. 152-153.

e das elevadas temperaturas. Especificamente relativo ao defeito de afundamento nas trilhas de rodas, em sua fase inicial, este defeito só é perceptível após a ocorrência de chuvas, como mencionado no Manual de Restauração de Pavimentos Asfálticos do DNIT (2006).”

1944. Além disso, como igualmente apontando no laudo pericial, nos CONTRATOS CREMA havia um requisito de vida útil do pavimento entre 5 (cinco) e 10 (dez) anos e o desgaste além do esperado foi verificado em prazo inferior ao previsto. Nesse sentido, confirmam-se as respostas da perita aos quesitos nºs 157 e 211 da REQUERENTE¹⁸⁰⁶:

“157. Queira o il. Perito informar, para fins de referência, qual o intervalo de tempo entre os ciclos de recuperação/manutenção verificados no EVTEA, e se este intervalo pode ser considerado como um referencial da vida útil do pavimento para apuração de um valor anual de custo de recuperação/manutenção por área.

Resposta: De acordo com o sexto tomo do terceiro volume do EVTEA, o intervalo de tempo entre os ciclos de execução de manutenção do pavimento pode variar conforme a rodovia e cada segmento nela inserido, contemplando intervalos entre 5 e 10 anos. Este intervalo pode ser considerado como um referencial da vida útil do pavimento para apuração de um valor anual de custo de recuperação/manutenção por área, mas deve ser levada em consideração as características específicas em cada rodovia, tais como: tráfego, clima, estado de conservação, estrutura existente etc. Este intervalo tanto pode ser utilizado como referência que o DNIT utiliza nos contratos CREMA 2ª ETAPA, conforme descrito na Instrução de Serviço DG/DNIT nº 05 de 09 de dezembro de 2005:

‘iii. O CREMA 2ª ETAPA terá as seguintes características básicas:

- Obras de recuperação funcional e estrutural dos pavimentos em todo o lote;*
- Permitir o início imediato das obras de restauração;*
- Duração de 05 anos;*
- Catálogo de soluções de projeto com vida útil de 10 anos... ”*

* * *

“211. Queira o il. Perito informar qual era o prazo de vida útil do pavimento adotado no Projeto Executivo de Engenharia para Restauração Rodoviária do trecho entre o km 108,1 e o km 246,7 da BR-153/MG (item 6.5.1 – RTE-201), que embasou o edital para o Contrato CREMA 1059/2012.

Resposta: De acordo com a Instrução de Serviço DG/DNIT nº 05 de 09 de dezembro de 2005, uma das características básicas do Programa CREMA 2ª ETAPA, na qual se inclui o trecho da BR-153/MG entre o km 108,1 ao km 246,7 (constante do contrato CREMA 1059/2012), seu Projeto Executivo de Engenharia para Restauração Rodoviária, baseado no catálogo de soluções apresentado no quesito anterior, tem como prazo vida útil de 10 anos.”

¹⁸⁰⁶ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, respostas aos quesitos nºs 157 e 211 da REQUERENTE, p. 196.

1945. Nesse contexto, havendo expectativa de vida útil do pavimento dos trechos recuperados de 10 (dez) anos, era legítimo e razoável à REQUERENTE prever e estimar que, nos trechos em que as obras foram realizadas, não haveria necessidade de novas obras de restauração e recuperação significativas ao menos no período esperado de vida útil dos pavimentos recém-restaurados e recuperados quando da assunção da concessão.

1946. Note-se que aqui se crê desnecessário investigar se todas as obras de recuperação do pavimento contratadas via CONTRATOS CREMA já deveriam estar prontas ou não no momento da assunção do contrato pela REQUERENTE. Essa afirmação consta da resposta ao quesito nº 211 da REQUERENTE, mas sem referência a nenhum elemento de validação. E foi contraditada no item 598 da Alegações Finais da REQUERIDA, igualmente apontando como referência documento que não foi tempestivamente junto aos autos, nem submetido ao devido contraditório.

1947. Em que pese, portanto, não seja possível verificar se a recuperação deveria ou não ter sido concluída ao tempo da assunção, parece não haver dúvidas de que havia trechos de obras já concluídos (se mais ou menos extensos possivelmente só o Relatório da Afirmar – RTE-186 –, contratado pela REQUERENTE esclareça) e que, nesses trechos, os vícios ocultos estavam presentes.

1948. Da mesma forma, o fato de haver parâmetros de desempenho dos CONTRATOS CREMA mais rigorosos que os previstos no PER da concessão¹⁸⁰⁷ não afasta, mas antes confirma, a legitimidade da expectativa da REQUERENTE de receber os trechos recuperados com pavimentos em condições tais que não se mostrariam necessárias intervenções de recuperação nos primeiros anos de vigência da concessão. De tal forma que lhe seria lícito prever ciclos de manutenção e recuperação em intervalos mais longos, compatíveis a expectativa de vida útil prevista nos CONTRATOS CREMA.

1949. Note-se, a propósito, que a previsão constante do modelo econômico do EVTEA¹⁸⁰⁸ para a realização de obras de restauração, recuperação e manutenção dos pavimentos asfálticos em causa nos primeiros anos da concessão igualmente não afeta as conclusões do laudo pericial.

¹⁸⁰⁷ Cf. adendo 01 ao laudo pericial, resposta ao quesito nº 11.3 da REQUERIDA, p. 304-305.

¹⁸⁰⁸ Cf. adendo 01 ao laudo pericial, resposta ao quesito nº 11.2 da REQUERIDA, p. 303-304.

1950. A uma, porque segundo reconhecido pela própria ANTT¹⁸⁰⁹, o EVTEA não vincula o licitante. O EVTEA é, portanto, um modelo que não afasta a possibilidade de o licitante efetuar as suas próprias estimativas para a formulação de sua proposta no certame.

1951. Logo, a duas, considerando-se que havia CONTRATOS CREMA em andamento no momento da licitação, a concessionária, ainda que não devesse esperar a conclusão dos contratos antes da assunção da concessão, podia razoavelmente esperar que esses contratos estivessem sendo executados em acordo com os parâmetros de qualidades neles próprios previstos.

1952. Observe-se que aqui não se discute que, ao longo dos 30 (trinta) anos de vigência da concessão, seriam necessárias obras de recuperação e restauração do pavimento nos trechos alcançados pelos CONTRATOS CREMA. A existência de previsão no CONTRATO DE CONCESSÃO quanto à realização de obras de restauração e recuperação dos pavimentos nesses trechos, de responsabilidade da REQUERENTE, era perfeitamente razoável e esperada até.

1953. Não obstante, isso não significa que seja imputável à REQUERENTE o dever de se precaver e de estimar previamente a necessidade de execução de obras de recuperação e restauração em momento anterior ao tempo de vida útil apontado, nos próprios CONTRATOS CREMA, para o revestimento asfáltico empregado. Tendo sido executadas obras nos trechos em questão, repita-se, era razoável supor e esperar que tivessem sido executadas conforme o contratado e com a durabilidade contratada, e não o contrário.

1954. O risco da execução deficiente ou insuficiente dos CONTRATOS CREMA não pode, assim, ser transferido para a REQUERENTE à míngua de sua aceitação ou disposição contratual nesse sentido.

1955. Nesse sentido, é de se ver que a hipótese não desafia a incidência das cláusulas 21.1, 21.1.24, 10.5 e 10.5.4 do CONTRATO DE CONCESSÃO, relativamente à suposta alocação de riscos para a concessionária das obras realizadas pelo Poder Concedente após o recebimento do ajuste, ao contrário do que argumenta a REQUERIDA.

¹⁸⁰⁹ Cf. itens 57 a 61 das Alegações Finais da REQUERIDA.

1956. E, assim, justamente dado o reconhecimento de que os defeitos de pavimento em exame são qualificados pelo laudo pericial como vícios ocultos, cuja extensão não se podia aquilatar *a priori*, e que, por isso, são enquadráveis, no CONTRATO DE CONCESSÃO, como risco alocado ao Poder Concedente (cláusula 21.2.12¹⁸¹⁰).

1957. Conquanto aqui se reconheça que o risco contratual pelo vício oculto apontado na prova pericial não seja da REQUERENTE e que, por essa razão, os custos a maior em que tivesse incorrido ou futuramente incorreria na correção dos defeitos encontrados haveriam de ser suportados pelo Poder Concedente, a hipótese, em concreto, à vista do marco temporal já definido no capítulo XII.1 desta sentença, não conduz ao reconhecimento ao direito ao reequilíbrio vindicado.

1958. Assim porque a REQUERENTE não efetuou a recuperação dos pavimentos dos trechos mencionados. Não houve desembolsos, nem mesmo foi elaborado projeto para essas obras de recuperação. Confira-se, nesse sentido, a resposta da *expert* ao quesito nº 11.12 da REQUERIDA¹⁸¹¹:

“11.12 Queira o Sr. perito informar se a Requerente atendeu os parâmetros de recuperação no pavimento, nos referidos trechos, conforme preconiza o item 3.1.1 do PER.

Resposta: A Requerente não procedeu a restauração do trecho pois aguarda o reequilíbrio para execução dos serviços. No RTE-070, verifica-se que a Requerente requereu a suspensão da aplicação de penalidades em razão de eventual descumprimento dos Parâmetros de Desempenho indicados no PER até a conclusão das intervenções necessárias para recuperar a pavimentação nos referidos trechos.”

1959. Nessa mesma toada, o depoimento em audiência do Sr. Rodrigo Pereira, representando a empresa perita¹⁸¹²:

“Sr. Rodrigo Pereira [SWOT Global]: [...] Bom, então quais foram os valores apresentados neste pleito? Nesse caso, não foi feito projeto para essa correção desses defeitos, então o que

¹⁸¹⁰ “21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cujas responsabilidade é do Poder Concedente: [...] 21.2.12. vícios ocultos do Sistema Rodoviário e dos Bens da Concessão, vinculados à manutenção e operação, transferidos à Concessionária na Data de Assunção.” (cf. RTE-001).

¹⁸¹¹ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 11.12 da REQUERIDA, p. 311.

¹⁸¹² Cf. linhas 3193/3197 e 3255/3261 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

foi apresentado são custos médios gerenciais do DNIT, inclusive com premissas que estão nos relatórios da firma. [...]

Dra. Patrícia Batista [Coárbitra]: Eu queria só tirar uma dúvida: Continua igualzinho como está, pelo que eu entendi, não é? Nada foi feito, é isso? Pelo que você concluiu, ninguém fez nada depois, e desse jeito. Quer dizer, na verdade, este custo deveria ser incorrido pela CONCEBRA caso a concessão continue, é isso? Então está igualzinho assim.

Sr. Rodrigo Pereira [SWOT Global]: Isso.”

1960. Igualmente, nos esclarecimentos de 20.12.2023, a perita reconhece que os valores apurados no laudo são custos meramente estimados, definidos a partir de médias do setor e que teriam que ser validados mediante a demonstração de custos que viessem a ser efetivamente incorridos “*quando os serviços forem realizados*”¹⁸¹³.

1961. Dessa forma, inexistindo a comprovação de efetivo impacto dos vícios ocultos decorrentes das falhas de execução nos CONTRATOS CREMA sobre o CONTRATO DE CONCESSÃO, por ausência de demonstração dos custos extraordinários incorridos, não se tem como reconhecer o direito ao seu reequilíbrio econômico-financeiro.

1962. Por essas razões, considerando o marco temporal de eficácia do 2º TERMO ADITIVO que importou em novação das obrigações, consoante o capítulo XII.1 acima, bem como que a REQUERENTE não efetuou efetivamente as obras de recuperação do pavimento, o Tribunal Arbitral julga improcedente o pedido de reequilíbrio formulado pela REQUERENTE nos parágrafos 985, “xii”, e 986 das Alegações Iniciais.

1963. De qualquer forma, embora não se reconheça direito ao reequilíbrio ou à indenização, cabe examinar o pedido subsidiário do item 989 das Alegações Iniciais. Nesse pleito, a REQUERENTE pretende que o impacto das falhas na execução dos CONTRATOS CREMA, aqui reconhecidas como fator de desequilíbrio contratual suscetível de reequilíbrio pelo Tribunal Arbitral, repercuta, ao menos, no exercício do poder sancionatório, modulando o nível de descumprimento de suas obrigações contratuais.

1964. A Ordem Processual nº 03 apenas restringiu o exercício do poder sancionatório da REQUERIDA em relação ao cumprimento dos investimentos relacionados à ampliação da

¹⁸¹³ Cf. item 415 dos esclarecimentos periciais de 20.12.2023.

capacidade da rodovia, mas preservou não apenas a necessidade de a REQUERENTE efetuar os demais investimentos de recuperação e manutenção da rodovia, como o poder da ANTT para fiscalizar e eventualmente sancionar o descumprimento dessas obrigações.¹⁸¹⁴

1965. Portanto, a REQUERIDA, durante todo o tempo de vigência da concessão – inclusive posteriormente ao início desta arbitragem –, provavelmente instaurou processos sancionatórios, aplicou e cobrou multas que possam ter como fato gerador, ainda que concorrente, eventual descumprimento ou o cumprimento insuficiente das obrigações de recuperação e manutenção dos trechos que foram objeto dos CONTRATOS CREMA aqui mencionados. Trechos que sofreram o desgaste acelerado do pavimento asfáltico em função do vício oculto acima mencionado e que, por isso, demandariam da REQUERENTE investimentos adicionais não previstos anteriormente.

1966. Todavia, apenas o exame específico de cada processo sancionatório correlato poderia determinar a adequada causalidade, isto é, a conexão entre a conduta que justificou a autuação e eventual sancionamento da REQUERENTE e a má execução dos CONTRATOS CREMA.

1967. Da análise dos autos, porém, verifica-se que, no documento RTE-045, a REQUERENTE apenas apresentou cópias de 9 (nove) autos de infração, todos eles relacionados ao não cumprimento de obrigações de ampliação de capacidade previstas no PER (o documento se destinou, então, a demonstrar o curso de processos sancionatórios pela não realização de

¹⁸¹⁴ A propósito, “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. 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.” (cf. itens 169 e 170 da Ordem Processual nº 03). Na mesma linha: “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.” (cf. item 172 da Ordem Processual nº 03). Confira-se também: “(iv) Esclarecer que a manutenção da decisão exarada pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, na forma do item ‘ii’ do parágrafo 204 acima, não impede a REQUERIDA de aplicar sanções (excetuada a caducidade) para o caso de inadimplemento pela REQUERENTE de outras obrigações não previstas nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, desde que não leve a cabo a cobrança de quaisquer valores, os considere para fins de revisão tarifária ou tampouco proceda à execução da garantia contratual;” (cf. item 204, “iv”, da Ordem Processual nº 03).

investimentos em decorrência da frustração de financiamento e embasou, dentre outros, o deferimento da liminar deferida ao início da arbitragem).

1968. Para além desse, encontra-se no anexo XXI do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023, logo após ao item 31, uma relação de processos sancionatórios e multas aplicadas à REQUERENTE pelos mais diversos fundamentos. Tal anexo, porém, não se encontra instruído com cópias dos referidos processos. Nem a REQUERENTE estabeleceu o nexo de causalidade entre cada uma das autuações administrativas e os eventos listados neste tópico. Na verdade, na fase postulatória, as partes não se ocuparam dessa demonstração, de tal forma que existe uma deficiência instrutória que inviabiliza a apreciação do pleito.

1969. Nessa linha, quanto aos pleitos de (i) anulação das penalidades aplicadas, de (ii) extinção dos processos sancionatórios correlatos e de (iii) ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades, não se encontra nos autos suporte probatório para a sua apreciação.

1970. O Tribunal Arbitral, assim, julga improcedentes, por falta de prova, os pleitos de anulação das penalidades aplicadas, de extinção dos processos sancionatórios correlatos e de ressarcimento de valores desembolsados para pagamento dessas penalidades em relação ao desequilíbrio decorrente da existência dos vícios ocultos derivados da má execução dos CONTRATOS CREMA, por ausência de prova.

1971. Por outro lado, ante o reconhecimento do desequilíbrio decorrente da existência de vício oculto na composição do pavimento asfáltico recuperado via CONTRATOS CREMA, embora não sendo cabível o reequilíbrio via indenização, a REQUERIDA deverá se abster de aplicar novas penalidades à REQUERENTE em decorrência de inexecuções contratuais que tenham causa no evento de desequilíbrio em questão.

1972. Por fim, quanto ao impacto sobre a aplicação do Fator D, é preciso ter presente, em primeiro lugar, que não foi formulado pedido expresso a respeito nas Alegações Iniciais¹⁸¹⁵.

¹⁸¹⁵ Em suas Alegações Finais, a REQUERENTE argumenta nos seguintes termos: “Vale destacar, neste ponto, que o impacto sofrido pela Requerente é ainda superior a esse, visto que, em razão das inadequações das obras realizadas por meio dos Contratos CREMA, foi penalizada ou foi objeto de mecanismos contratuais pelos

Igualmente, não se identificou em qualquer das peças da fase postulatória debate a respeito dos eventuais impactos que o desgaste acelerado do pavimento asfáltico possa ter tido sobre a aplicação do Fator D. Não houve contraditório a respeito. Inclusive, porque como se verá adiante e se extrai do Anexo 5 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁸¹⁶ que trata do tema, a aplicação do Fator D leva em conta a efetiva aplicação ou não do volume de investimentos previsto inicialmente no contrato para determinar eventual redução ou aumento tarifário.

1973. Note-se que, no entender do Tribunal Arbitral, não é possível considerar a discussão acerca do impacto ou não do evento de desequilíbrio de que ora se trata sobre o Fator D como inserida no pedido deduzido a respeito da aplicação das penalidades acima já enfrentado.

1974. A aplicação do Fator D expressamente não constitui penalidade conforme registrado na cláusula 2.7 do Anexo 5 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁸¹⁷:

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

1975. Dessa forma, por se entender que não houve postulação oportuna – com comprometimento, inclusive, da formação adequada do contraditório sobre o tema – acerca de eventual impacto do evento de desequilíbrio oriundo do vício oculto mencionado acima, aponta-se no sentido do não conhecimento da postulação.

1976. Não obstante, conforme já exposto detalhadamente no capítulo XII.6 desta sentença arbitral, ao qual se remete, ainda que se admitisse a desconstituição de eventual impacto no

descumprimentos dos parâmetros de desempenho do Contrato.” (cf. item 491 das Alegações Finais da REQUERENTE). Mais adiante, no item 501, “iii”, das Alegações Finais, pretende o “[...] cancelamento dos atos de natureza fiscalizatória, passados e futuros, que tenham como consequência a aplicação de penalidades e de mecanismos contratuais inerentes ao atingimento de parâmetros de desempenho referentes a esse trecho nas revisões contratuais”.

¹⁸¹⁶ Cf. RTE-001.

¹⁸¹⁷ Cf. RTE-001.

Fator D como decorrência lógica do reconhecimento de desequilíbrio contratual – entendimento de que aqui não se comunga, pelas especificidades da postulação e por seu impacto na formação do contraditório –, em homenagem ao princípio da primazia da resolução de mérito, seria preciso reconhecer a inexistência de prova a respeito.

1977. De fato, não foi produzida prova no sentido de que a deterioração acelerada do pavimento asfáltico nos trechos que sofreram intervenções dos CONTRATOS CREMA tenha sido levada em conta pela REQUERIDA para aplicação do Fator D ao longo do tempo de vigência da concessão.

1978. Nesse sentido, manifestaram-se expressamente os representantes da empresa perita em audiência, quando indagados a respeito, como se pode extrair do seguinte excerto da audiência¹⁸¹⁸:

“Dr. Flávio Amaral Garcia [Coárbitro]: Só um complemento. Mas esse problema dos contratos CREMA não afeta a questão do fator D em termos de penalização da manutenção?”

Sr. Rodrigo Pereira [SWOT Global]: Sim. Como a concessionária não atinge os parâmetros necessários, ela acaba sofrendo o desconto do fator D na tarifa do pedágio.

Dr. Flávio Amaral Garcia [Coárbitro]: A minha dúvida é: Isso é um desequilíbrio só para frente ou efetivamente causou algum desequilíbrio no cálculo do fator D?

Dra. Patrícia Batista [Coárbitra]: Depende do que a ANTT considerou.

Sr. Hilton Ferreira [SWOT Global]: A gente teria que dar uma olhada na documentação e nos reequilíbrios que tiveram até agora e nos relatórios de análise de performance da concessionária para ver se foi descontado aquele trecho em específico. A análise seria mais detalhada.

Dra. Patrícia Batista [Coárbitra]: A ANTT que considera se esse trecho tem problema...

Dr. Sergio Nelson Mannheimer [Árbitro Presidente]: De qualquer forma, nenhuma das partes trouxe isso à perícia?

Sr. Hilton Ferreira [SWOT Global]: Não. [...]”

1979. Como visto, a eventual determinação de que o evento de que ora se trata teria impactado na aplicação do Fator D em alguma das revisões (ordinárias ou extraordinárias) efetuadas dependeria, ao ver da empresa perita, de uma análise mais aprofundada e que não foi feita porque não foi provocada por qualquer das partes.

¹⁸¹⁸ Cf. linhas 3336/3356 da transcrição da audiência arbitral realizada em 11.06.2024 e 12.06.2024.

1980. Observe-se que o questionamento a respeito da aplicação do Fator D que a REQUERENTE levou à perícia por meio de seu quesito nº 74 dizia respeito à inexecução de investimentos na frente de ampliação de capacidade e melhorias e manutenção de nível de serviços do PER, e nos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção em razão da frustração do financiamento de longo prazo (o quesito nº 74 faz expressa referência ao quesito nº 73, que trata desses investimentos). E é, aliás, na resposta da empresa perita ao quesito nº 74 formulado pela REQUERENTE que é fornecida uma explicação a respeito do mecanismo de incidência do Fator D no CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁸¹⁹:

“Também previsto pelo Contrato de Concessão, o ‘FATOR D’ é um elemento utilizado para avaliar o atendimento de obrigações previstas no contrato de concessão, sendo formado por: (i) Frente de ampliação de capacidade e melhorias e manutenção de nível de serviços do Programa de Exploração da Rodovia - PER, e (ii) Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção.

De forma prática, o ‘FATOR D’ corresponde a um percentual equivalente aos investimentos realizados pela Concessionária em relação aos investimentos previstos na concessão, a ser considerado na tarifa como remuneração deste investimento realizado. Assim, quanto maior o investimento realizado, maior será o ‘FATOR D’ a ser aplicado na majoração da tarifa.

Tanto o ‘FATOR C’ e o ‘FATOR D’ consistem em elementos que compõem a fórmula de cálculo da tarifa do pedágio nas revisões ordinárias, sendo ambos, apurados a partir de investimentos realizados pela Concessionária. Logo, quanto menores forem os investimentos realizados, menores serão os valores de ‘FATOR C’ e ‘FATOR D’ considerados na composição da tarifa. Pelo exame realizado nas Notas Técnicas listadas pelo Quesito, foi observada a inexecução de investimentos programados que influenciaram negativamente o ‘FATOR C’ e o ‘FATOR D’ considerados nas revisões ordinárias.”

1981. Portanto, dessa resposta se extrai que o mecanismo que desafia a aplicação do Fator D leva em conta a execução ou não do volume de investimentos previsto para determinar o aumento ou redução da tarifa de forma a adequar a tarifa ao nível de execução contratual apurado. Daí porque a aplicação deste mecanismo ao longo das revisões tarifárias realizadas não foi impactada pela existência do vício oculto reconhecido neste capítulo da sentença, na medida em que a correção das patologias verificadas demandaria investimentos maiores dos que os inicialmente previstos, dado que a própria REQUERENTE alega que não esperava que

¹⁸¹⁹ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta ao quesito nº 74 da REQUERENTE, p. 66.

fossem necessários investimentos naqueles trechos em prazo inferior ao da vida útil esperada e prevista nos CONTRATOS CREMA¹⁸²⁰.

1982. Na tentativa de contraditar o laudo pericial, em defesa de um pretendido impacto, o anexo XXI do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023 acaba por reconhecer que o Fator D é medido a partir da aferição do volume de investimentos que era previsto no PER e foi ou não executado.

1983. De fato, segundo os assistentes técnicos da REQUERENTE, o impacto dos eventos de desequilíbrio não equilibrados seria apenas indireto. Assim, ocorrendo eventos de desequilíbrio “*have[ria] uma motivação intrínseca*” para que os investimentos do PER não fossem realizados¹⁸²¹:

“Resta caracterizado, portanto, o impacto irretratável do Fator D em um contrato de concessão, pois à medida que haja desequilíbrios econômico-financeiros que resultem em atrasos nas entregas de obras ou no cumprimento dos parâmetros do PER, passa a haver uma motivação intrínseca para que o investimento não seja realizado a posteriori, uma vez que nunca mais será remunerado em sua totalidade.”

1984. Trata-se, contudo, de mera inferência não confirmada pela empresa perita, e que não se tem como convalidar. O impacto do vício oculto reconhecido neste capítulo como evento de desequilíbrio demandaria da REQUERENTE a execução de investimentos não previstos, que, por essa razão, não é capturada pelo Fator D. Portanto, não há elementos para se presumir que a inexecução dos investimentos previstos tenha sido afetada *intrinsecamente* pela inexecução de investimentos não previstos.

1985. Dessa forma, ainda que fosse possível examinar eventual impacto do evento de desequilíbrio sobre mecanismos contratuais, como o Fator D, no caso em exame, a conclusão seria pela improcedência, seja porque não foi feita prova adequada dessa incidência, seja porque o Fator D mede investimentos não realizados a partir dos investimentos originalmente previstos, não captando, a princípio, os investimentos extraordinários que haveriam de ser feitos para sanar o vício oculto acolhido neste capítulo da sentença pelo Tribunal Arbitral.

¹⁸²⁰ Cf. item 484 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁸²¹ Cf. item 27 do anexo XXI do parecer dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.04.2023.

1986. Diante de todo o exposto, o Tribunal Arbitral julga: (i) improcedente o pedido formulado nos itens 985, “xii”, e 986 das Alegações Iniciais para não reconhecer o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO e/ou à indenização em razão da inexecução dos contratos CREMA; (ii) improcedentes, por falta de prova, os pedidos deduzidos nos itens “i”, “ii” e “iii” do parágrafo 989 das Alegações Iniciais; (iii) procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais, em relação ao vício oculto decorrente da má execução dos CONTRATOS CREMA, para que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades à REQUERENTE levando em conta descumprimentos atrelados às citadas patologias verificadas no pavimento asfáltico dos trechos alcançados pelos CONTRATOS CREMA ocorridos até 18.03.2022 e (iv) em atenção ao princípio da primazia do mérito, improcedente a existência de repercussão do evento de desequilíbrio em questão sobre mecanismos contratuais, como o Fator D.

XII.13. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DA APLICAÇÃO DO FATOR Q

1987. O Tribunal Arbitral passará a apreciar o pedido formulado pela REQUERENTE no item 6.4.17, “IX”, da ATA DE MISSÃO – objeto do ponto controvertido constante do item 7, “xi”, da Ordem Processual nº 16 –, que visa ao reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO – ou de indenização, em caso de extinção antecipada do instrumento –, em razão da aplicação do Fator Q.

1988. O pedido foi formulado nas Alegações Iniciais nos seguintes termos¹⁸²²:

“Portanto, não teve outra opção a Concessionária a não ser requerer a instauração do presente procedimento. Destas alegações iniciais fica evidente o direito da Requerente que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em relação aos pleitos trazidos a esta arbitragem. Não obstante as tentativas da Requerente de solucionar a questão administrativamente, seu direito foi indevidamente negado pelas decisões da Requerida. Por todo o exposto, pede a Requerente: [...]”

xiii. O reconhecimento de que a ANTT apurou e aplicou incorretamente o Fator Q referente à redução dos acidentes no Sistema Rodoviário, sendo certo que o Contrato de Concessão determina que a apuração dos dados para cálculo do Indicador do Nível de Acidentes seja realizada a partir do início da cobrança da tarifa do pedágio, e que a premissa de demanda utilizada para cálculo do Fator Q deverá fazer uso do indicador que melhor representa a demanda da

¹⁸²² Cf. itens 985, “xii”, e 986 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

Concessão, ou seja, o tráfego passante (e não o tráfego pagante), devendo o reequilíbrio considerar a metodologia adequada de cálculo do Fator Q, bem como a ANTT seja condenada a aplicar a metodologia adequada em revisões contratuais futuras. [...]

Sendo assim, requer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão à luz dos desequilíbrios acima discriminados, a ser calculado oportunamente de acordo com os elementos probatórios trazidos neste procedimento. Ou a justa indenização, nos valores a serem apurados, se o Contrato de Concessão não estiver mais vigente quando da sentença arbitral.”

1989. A REQUERENTE também pede que, reconhecendo o desequilíbrio contratual, o Tribunal Arbitral (i) declare a nulidade das penalidades aplicadas; (ii) extinga os correlatos processos administrativos sancionatórios; (iii) condene a REQUERIDA a ressarcir a CONCEBRA de eventuais valores desembolsados em razão das penalidades em questão; e (iv) determine que a ANTT se abstenha de aplicar novas penalidades que guardem conexão com o que é apreciado neste capítulo da sentença¹⁸²³.

XII.13.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

1990. A REQUERENTE afirma que os contratos de concessão da 3ª Etapa do PROCROFE preveem um indicador de qualidade dos serviços públicos prestados, designado como Fator Q, que atua como mecanismo redutor ou incrementador da tarifa básica de pedágio¹⁸²⁴. A metodologia de aferição e cálculo do referido Fator Q estaria estabelecida no Anexo 7 do CONTRATO DE CONCESSÃO, sendo obtido, conforme item 1.3 do referido Anexo, a partir da soma de dois indicadores: (i) o Indicador do Nível de Acidentes; e (ii) o Indicador de Disponibilidade de cada rodovia.

1991. A REQUERENTE explica, não obstante, que, inicialmente, o Fator Q seria composto apenas pela parcela do Indicador do Nível de Acidentes, sendo o Indicador de Disponibilidade aplicado após o começo do sétimo ano da concessão, conforme disposto no item 1.4 do Anexo 4 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

¹⁸²³ Cf. item 989 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸²⁴ A propósito: “O item 1.2 do Anexo 7 do Contrato de Concessão prevê que será aplicado à tarifa cobrada pela Concessionária o chamado Fator Q. O Fator Q é um indicador de qualidade dos serviços prestados pela Requerente que incide sobre a tarifa para incrementá-la ou reduzi-la.” (cf. item 502 das Alegações Finais da REQUERENTE).

1992. O Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na rodovia, prossegue a REQUERENTE, *“objetiva aferir a variação no nível de acidentes em comparação com outras rodovias concedidas, incrementando a TBP a melhora propiciada nas condições de segurança dos usuários. O cálculo do indicador do Nível de Acidentes se dá a partir da metodologia de cálculo estabelecida no item 3 do Anexo 7 ao Contrato de Concessão”*¹⁸²⁵ e o momento inicial de sua apuração estaria definido no item 1.7 do Anexo 7, assim transcrito:

*“1.5 A Aferição do Indicador do Nível de Acidentes terá início a partir do início da cobrança da Tarifa de Pedágio pela Concessionária, com sua aplicação prevista na revisão ordinária que se seguir ao decurso de 24 (vinte e quatro) meses contados do início da cobrança de Tarifa de Pedágio.”*¹⁸²⁶

1993. A REQUERENTE relata que, em 28.03.2018, enviou missiva¹⁸²⁷ à REQUERIDA alertando-a sobre a necessidade de aplicação do Fator Q, visto que aquela teria tomado ciência da Nota Técnica nº 10/2018/GEINV/SUINF¹⁸²⁸, que tratou da proposta da 3ª Revisão Ordinária e 7ª Revisão Extraordinária da tarifa de pedágio, e constatado que a ANTT ainda não havia se manifestado sobre o tema.

1994. Na missiva, a REQUERENTE afirma ter defendido a necessidade de correção de desequilíbrio contratual decorrente da não aplicação do Fator Q. Conforme aduz, *“uma vez que o início da cobrança de pedágio da Concessionária ocorreu em 27 de junho de 2015, a aplicação do Fator Q deveria [ser] contabilizada no pleito de reequilíbrio referente àquele ano – ou seja, realizado em 2016 – com seus efeitos retroativos a partir de 27 de junho de 2017”*¹⁸²⁹.

1995. A REQUERENTE afirma ter também enviado, em 22.10.2018, a carta CNB DIR1005/2018¹⁸³⁰ reiterando a necessidade de aplicação do Fator Q, visto que, até aquele momento, a REQUERIDA não havia apresentado a metodologia de cálculo respectiva, impossibilitando a análise da CONCEBRA.

¹⁸²⁵ Cf. item 961 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸²⁶ Cf. transcrição contida no item 961 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸²⁷ Cf. RTE-189.

¹⁸²⁸ Cf. RTE-152.

¹⁸²⁹ Cf. item 963 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸³⁰ Cf. RTE-190.

1996. Prosseguindo em seu relato, a REQUERENTE aduz que, ato seguinte, a REQUERIDA teria encaminhado cópia do Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF¹⁸³¹, em que aferiu os indicadores de qualidade das concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE. Nesse documento, a ANTT teria *“estabelecido que a apuração do indicador do Nível de Acidentes com vítimas na rodovia para todas as concessionárias se daria a partir de 01 de janeiro de 2016, havendo averiguação anual dos seus valores”*¹⁸³².

1997. Para a REQUERENTE, essa posição da REQUERIDA iria de encontro ao item 1.5 do Anexo 7 do CONTRATO DE CONCESSÃO, que estabeleceria que a aferição do Indicador do Nível de Acidentes teria início a partir da cobrança de pedágio pela concessionária. Com efeito, *“o início da cobrança de pedágio, para a CONCEBRA, foi estabelecido para 27 de junho de 2015, de modo que a referida apuração deveria ocorrer a partir dessa data”*¹⁸³³.

1998. A REQUERIDA, contudo, teria afirmado no parecer técnico antes mencionado que, *“em razão da ‘necessidade de existir uma comparação efetiva do nível de acidentes entre as concessionárias (...) no mesmo espaço temporal’, a data comum de 01 de janeiro de 2016 seria aplicada”*¹⁸³⁴.

1999. A REQUERENTE assevera que, conquanto tenha apresentado tabela para a aplicação do Fator Q no Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF, a REQUERIDA teria indevidamente feito críticas ao mecanismo contratual. Confira-se¹⁸³⁵:

“A ANTT, no referido parecer, apesar de fazer sua análise sobre o Fator Q, afirmou ser ‘discutível’ a existência desse mecanismo, embora ele esteja presente em dispositivo contratual expresso. Segundo o entendimento da agência, o Fator Q imputaria às concessionárias, mesmo que indiretamente, responsabilidade sob todos os fatores contribuintes da ocorrência de acidentes com vítimas (fatais ou não). Segundo a ANTT, as causas de um acidente de trânsito se revestem de complexidade, por envolver fatores humanos, viários (infraestrutura), ambientais e veiculares. Assim, a agência argumentou que as concessionárias de rodovias seriam responsáveis apenas pelos trechos rodoviários concedidos, e questionou a concessão de incrementos tarifários pela redução de acidentes.

¹⁸³¹ Cf. RTE-191.

¹⁸³² Cf. item 965 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸³³ Cf. item 966 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸³⁴ Cf. item 967 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸³⁵ Cf. itens 969 a 971 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

Concluiu a agência no referido parecer:

36. Pelo exposto, sugere-se, inicialmente, a aplicação do Fator Q nos períodos apurados, conforme valores expostos na Tabela 14.

37. Uma vez que já foi atingido o prazo para proposição de revisão quinquenal dos contratos ora em análise, sugere-se a exclusão do Fator Q de imediato, por não haver representatividade deste com a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias.

38. Na impossibilidade de efetuar a revisão quinquenal, sugere-se, num primeiro momento, a revisão dos parâmetros do Fator Q, de forma que se mitigue a aplicação de alterações tarifárias que não representem a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias.

39. Já no caso de não ser possível a exclusão do Fator Q via revisão quinquenal, ou de se efetuar a alteração dos parâmetros, sugere-se que o Fator Q não seja apurado e aplicado até que todas as concessionárias executem as duplicações necessárias para apuração do Indicador de Disponibilidade de Rodovia.

Nota-se, nesse parecer, a relutância da agência em aplicar o Fator Q, alegando não apenas uma discordância da forma como ele foi concebido pela própria agência, como também buscando aplicar metodologia de cálculo diferente da previsão contratual, que determina a consideração do período que se inicia com a cobrança de pedágio.”

2000. Na sequência, narra a REQUERENTE que a REQUERIDA teria expedido, em 25.04.2019, a Nota Técnica nº 871/2019/GEREF/SUINF¹⁸³⁶. Nesse documento, muito embora tivesse reconhecido a necessidade de se aplicar o Indicador do Nível de Acidentes na revisão tarifária de 2018, haja vista que o início da cobrança de pedágio pela REQUERENTE ocorreu em 27.06.2015, a REQUERIDA teria ressalvado não haver “*como fornecer, naquele momento a informação sobre o valor do Fator Q de um dos concessionários com a garantia de que ela representasse adequadamente a realidade da variação de acidentes do trecho concedido ao longo do tempo, e em comparação a outros trechos concedidos*”¹⁸³⁷.

2001. Daí, continua o relato da REQUERENTE, que “*a agência ressaltou que adotou a apuração efetiva do Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na rodovia para todas as concessionárias a partir de 01 de janeiro de 2016, sob a justificativa de que houve lapso temporal de 155 (cento e cinquenta e cinco) dias entre o início da cobrança de pedágio da concessionária MGO, a primeira a iniciar a cobrança, com relação à MSVIA, última a iniciar a cobrança*”¹⁸³⁸.

¹⁸³⁶ Cf. RTE-104.

¹⁸³⁷ Cf. item 972 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸³⁸ Cf. item 972 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

2002. Embora relate ter novamente contestado a posição da REQUERIDA em relação ao Fator Q¹⁸³⁹, a REQUERENTE aduz que a ANTT manteve seu entendimento anterior, tendo expedido a Nota Técnica SEI nº 2275/2019/GEREF/SUINF¹⁸⁴⁰.

2003. Nesse sentido, “em 23 de julho de 2019, foi expedido pela ANTT o Ofício Circular SEI nº 637/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT (RTE 109), em que se contabilizou o montante referente à aplicação do Fator Q da 3º RO e 7ª RE em R\$ 13.456.235,10. Pela Deliberação nº 964, de 30 de outubro de 2019 (RTE 46), a Diretoria Colegiada da ANTT aprovou a 4ª Revisão Ordinária, a 8ª Revisão Extraordinária da Concessão. A Resolução se baseou nas conclusões emitidas pelo Voto DMV 249/2019, que fez referência ao Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF (RTE 191). A revisão contou com a aplicação de Fator Q contabilizado em -6,00% para a 4ª RO, 8ª RE e reajuste, além de ter repetido o valor aventado no Ofício Circular SEI nº 637/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT (RTE 109) referente à Conta C, que contou com a aplicação do Fator Q da 3º RO e 7ª RE, em R\$ 13.456.235,10”¹⁸⁴¹.

2004. A REQUERENTE não concorda com os parâmetros do Fator Q aplicados na revisão da tarifa de pedágio e aduz que a metodologia utilizada pela REQUERIDA está equivocada.

2005. Alega, de um lado, que a contabilização da data de início da apuração pela REQUERIDA se deu após o momento indicado como marco inicial pelo CONTRATO DE CONCESSÃO. Conforme já antes apontado, a CONCEBRA entende que o marco inicial para a incidência do Indicador do Nível de Acidentes haveria de ser a data do início da cobrança de pedágio, à luz do item 1.7 do Anexo 7 da avença, e não a data de 01.06.2016, como apontado pela ANTT. Nesse sentido, conclui que “a utilização de data equivocada fez com que a análise negligenciasse um período de seis meses após o início da cobrança de pedágio”¹⁸⁴².

2006. De outro lado, defende não ser correta a utilização no Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF dos valores de tráfego pagante para estimar o volume diário médio

¹⁸³⁹ Cf. RTE-192.

¹⁸⁴⁰ Cf. RTE-110.

¹⁸⁴¹ Cf. item 976 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸⁴² Cf. item 423 das Alegações Finais da REQUERENTE.

anual da rodovia (“VDMA”), o que teria alterado o resultado do cálculo para os índices aplicados na apuração do Fator Q, tornando-o menos representativo do cenário real da proporção de acidentes na rodovia.

2007. Para a REQUERENTE, deveria ser “*utilizado o tráfego passante para medir o VDMA, uma vez que essa métrica representa melhor o quadro de movimentação da rodovia*”¹⁸⁴³. Afinal, “*não são somente os usuários pagantes que se envolvem em acidentes, mas todos os usuários passantes*”¹⁸⁴⁴. Como fundamento para tanto, invoca a cláusula 1.1.1 do CONTRATO DE CONCESSÃO e o item 3.2.3.1 do PER, conforme se colhe da seguinte passagem das suas Alegações Iniciais¹⁸⁴⁵:

“Na subcláusula 1.1.1 do Contrato de Concessão, que elenca a lista de definições para o documento, esclareceu-se o significado de termo que contém o conceito de volume diário médio anual da rodovia (VDMA): ‘(xlix) VDMA-Equivalente móvel: para um determinado subtrecho do Sistema Rodoviário, é a média móvel do volume diário de veículos, aferido nos dois sentidos, calculada diariamente para os últimos 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, na forma prevista no item Obras de Capacidade condicionadas ao volume de tráfego do PER’.

Por sua vez, o PER, ao discorrer sobre as Obras de Capacidade condicionadas ao volume de tráfego no item 3.2.3.1, afirmou que ‘o fator determinante para início da execução das faixas adicionais em subtrechos em pista dupla é o atingimento do VDMA equivalente de gatilho, dos valores constantes na Tabela a seguir, aferidos com base em uma média móvel de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, para os subtrechos em pista dupla indicados, com base nas informações diárias do Sistema de Monitoramento de Tráfego.’ Note-se que a aferição do VDMA equivalente de gatilho se dá a partir das informações diárias do Sistema de Monitoramento de Tráfego. Esse sistema se baseia, de acordo com o próprio PER, na operação de câmeras de monitoramento instaladas nas praças de pedágio e auxiliares, postos de pesagem fixos, postos da PRF, postos de fiscalização fazendária, postos de fiscalização da ANTT, além de outros locais estrategicamente definidos pela Concessionária. Obviamente, o sistema de monitoramento a que se refere o PER não trata apenas dos veículos pagantes. É evidente, portanto, pela própria interpretação do documento, que a definição de VDMA adotada pelo PER faz referência à totalidade de veículos que transitam na rodovia, e não apenas àqueles que pagam pedágio à Concessionária.”

2008. Diante da divergência não solucionada com a REQUERIDA no âmbito administrativo, a REQUERENTE busca o Tribunal Arbitral para “*requer o reequilíbrio contratual considerando a aplicação da metodologia de cálculo adequada para apuração do Fator Q, nos termos*

¹⁸⁴³ Cf. item 977 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸⁴⁴ Cf. item 424 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁸⁴⁵ Cf. itens 978 e 979 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

descritos na presente seção, com (i) a consideração da data de início da cobrança de pedágio como data inicial de apuração dos índices que compõem o Fator Q e (ii) aplicação da métrica de Tráfego Passante, em vez de Tráfego Pagante, para a mais acurada estimativa do volume diário médio anual da rodovia (VDMA)”¹⁸⁴⁶.

2009. Com efeito, para a REQUERENTE, o cálculo empreendido pela REQUERIDA em relação ao Fator Q encerraria *“uma distorção e um descumprimento das regras previstas pelo Contrato de Concessão para medição e aplicação do Fator Q”¹⁸⁴⁷*, sendo que a cláusula 21.2.3 da avença *“aloca ao Poder Concedente os riscos de descumprimento das suas obrigações contratuais”¹⁸⁴⁸*. Dessa forma, entende a REQUERENTE que teria direito ao reequilíbrio contratual correspondente.

2010. Nesta arbitragem, a REQUERENTE insiste serem improcedentes os argumentos da REQUERIDA para sustentar a data de 01.06.2016 como marco inicial da aferição do Índice de Nível de Acidentes. Para aquela:

- (i) a REQUERIDA teria reconhecido que o CONTRATO DE CONCESSÃO estabelece como termo inicial para aferição do indicador a data em que iniciada a cobrança de pedágio na rodovia, conforme item 1.5 do Anexo 7 da avença;
- (ii) ainda que o início da cobrança do pedágio de cada uma das concessionárias tenha se dado em momento distinto, a REQUERIDA não poderia ignorar a disposição contratual;
- (iii) a alegação da REQUERIDA de que a REQUERENTE não teria sido prejudicada com a postergação da data de início da aferição do Indicador de Nível de Acidentes, baseada em notas técnicas, não *“soluciona[ria] a questão do período ignorado pela agência entre 27 de junho e 31 de dezembro de 2015, que deveria ter marcado o início da contagem para os índices implicados no cálculo do Fator Q”¹⁸⁴⁹*; e

¹⁸⁴⁶ Cf. item 981 das Alegações Iniciais da REQUERENTE.

¹⁸⁴⁷ Cf. item 505 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁸⁴⁸ Cf. item 406 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁸⁴⁹ Cf. item 506 da Réplica da REQUERENTE.

- (iv) a REQUERIDA não poderia “*suplantar expressa determinação contratual para que o cálculo do Fator Q pudesse ser ‘simplificado’*”¹⁸⁵⁰.

2011. Também nesta arbitragem, a REQUERENTE rebate as alegações da REQUERIDA relacionadas à aplicação do VDMA pagante no cálculo, aduzindo que:

- (i) ao contrário do afirmado pela ANTT, a REQUERENTE teria manifestado questionamento quanto ao cálculo do VDMA na via administrativa, como se poderia depreender exemplificativamente da carta CNB-DIR 0297/2018¹⁸⁵¹;
- (ii) não teria incorrido em confusão quanto aos conceitos de VDMA e VDMA-Equivalente, tendo a REQUERENTE apenas buscado “*demonstrar, a partir da interpretação integral do Contrato de Concessão e do PER, que a apuração do VDMA ou do VDMA equivalente se reportariam à ideia de veículos passantes e não de veículos pagantes*”¹⁸⁵²;
- (iii) a REQUERIDA não teria explicado com exatidão por que, enquanto opção regulatória, a métrica de veículos pagantes seria mais condizente que a métrica de veículos passantes; e
- (iv) o fato de, em determinados períodos, a metodologia utilizada pela ANTT ser mais benéfica à REQUERENTE não inquinaria o fato de que a métrica devida para a aferição do VDMA seria aquela dos veículos passantes.

2012. Para a REQUERENTE, a perícia realizada nesta arbitragem em torno do tema teria sido “*pouco conclusiva*”¹⁸⁵³, tendo em vista a conclusão da *expert* de que o Tribunal Arbitral deveria decidir sobre a base de dados utilizada para o cálculo do Fator Q e a correta interpretação contratual. Além disso, conforme alega, “*a Equipe Pericial afirmou que não seria possível realizar o cálculo do Fator Q no período pleiteado pela Requerente, por falta de evidências confiáveis e concisas*”¹⁸⁵⁴.

¹⁸⁵⁰ Cf. item 507 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁸⁵¹ Cf. RTE-189.

¹⁸⁵² Cf. item 511 da Réplica da REQUERENTE.

¹⁸⁵³ Cf. item 509 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁸⁵⁴ Cf. item 513 das Alegações Finais da REQUERENTE.

2013. Sem prejuízo, a REQUERENTE afirma que:

- (i) *“a perícia reconheceu que a Requerida redefiniu unilateralmente a data-base para apuração referente ao Fator Q”*¹⁸⁵⁵;
- (ii) a perita *“apontou que a utilização de apenas os veículos pagantes gera falhas e distorções no cálculo do IA”*¹⁸⁵⁶;
- (iii) o fato de o laudo pericial ter indicado que o cálculo da REQUERIDA na via administrativa teria respeitado a natureza comparativa do Fator Q não eliminaria a circunstância de que aquele violou o item 1.5 do Anexo 7 ao CONTRATO DE CONCESSÃO;
- (iv) a perícia teria constatado *“que o ‘descompasso econômico-financeiro do Contrato de Concessão pode se apresentar tanto favorável quanto desfavorável à Concebra”*¹⁸⁵⁷;

2014. E assim conclui em Alegações Finais¹⁸⁵⁸:

“A Requerente foi indevidamente impactada pela aplicação de metodologia inadequada para o cálculo do Fator Q pela ANTT, o que violou o previsto no item 1.5 do Anexo 7 do Contrato de Concessão e na cláusula 21.2.3 do Contrato de Concessão.

Diante disso, requer-se ao Tribunal Arbitral a procedência do presente pleito, de modo a determinar que a Requerida realize novo cálculo do Fator Q, de forma a observar adequadamente período de abrangência do cálculo (previsto no item 1.5 do Anexo 7 do Contrato de Concessão), comparando o desempenho da Requerente com o das demais concessionárias dos contratos que já estavam em vigor quando da data de início da cobrança da tarifa na Concessão, e de forma a utilizar os valores de tráfego passante para estimar o volume diário médio anual da rodovia (VDMA) que compõe o Indicador Nível de Acidentes.”

¹⁸⁵⁵ Cf. item 126 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.03.2023.

¹⁸⁵⁶ Cf. item 127 do parecer de engenharia dos assistentes técnicos da REQUERENTE de 24.03.2023.

¹⁸⁵⁷ Cf. item 511 das Alegações Finais da REQUERENTE.

¹⁸⁵⁸ Cf. itens 514 e 515 das Alegações Finais da REQUERENTE.

XII.13.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

2015. A REQUERIDA se contrapõe à pretensão da REQUERENTE. Para tanto, explica que os contratos de concessão da 3ª Etapa do PROCROFE pretenderam tornar as revisões tarifárias mais eficientes, sendo que uma das inovações em relação às etapas anteriores seria a previsão do Fator Q, que pode resultar, em termos matemáticos, em acréscimo ou diminuição da tarifa a ser revisada, conforme desempenho da concessionária avaliada em relação às demais delegatárias.

2016. Com efeito, segundo a REQUERIDA, o Fator Q estaria definido na cláusula 1.1.1, “xxi”, do CONTRATO DE CONCESSÃO e em seu Anexo 7, sendo “*um índice destinado a incentivar o aumento da qualidade dos serviços prestados pelo concessionário*”¹⁸⁵⁹, que “*se utiliza de uma comparação de determinadas categorias de eventos observadas em todas as rodovias concedidas no âmbito da 3ª etapa do PROCROFE. Trata-se, assim, de método destinado a induzir uma competição virtual entre os concessionários e premiar aqueles que se mostrem mais eficientes no desempenho dos serviços delegados*”¹⁸⁶⁰.

2017. Ou seja, invocando os itens 3.1, 3.4 e 3.5 do Anexo 7 do CONTRATO DE CONCESSÃO, concernentes ao Indicador do Nível de Acidentes, a REQUERIDA defende que o Fator Q possui em sua fórmula um componente referencial, que visa a comparar o número de acidentes com vítimas entre as diversas concessionárias federais, “*de modo a recompensar aquelas cuja boa execução dos serviços resultou em diminuição do número de sinistros observados*”¹⁸⁶¹.

2018. Assim, argumentando com a necessidade de se assegurar parâmetros válidos de comparação, a REQUERIDA afirma ser preciso que os números de acidentes entre as concessionárias de rodovia tenham sido coletados em igual período, não se podendo “*comparar o número de acidentes ocorridos em determinada rodovia no período de 12 (doze) meses com o número de acidentes ocorridos em outra no período de apenas 07 meses sem um uso de parâmetro deflator ou de algum artifício estatístico*”¹⁸⁶².

¹⁸⁵⁹ Cf. item 429 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁸⁶⁰ Cf. item 428 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁸⁶¹ Cf. item 431 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁸⁶² Cf. item 433 da Resposta da REQUERIDA.

2019. Após transcrever o conteúdo do item 1.5 do Anexo 7 ao CONTRATO DE CONCESSÃO, a REQUERIDA reconhece que a disposição contratual “*indica a data da cobrança de pedágio em cada rodovia concedida como termo inicial para a aferição do Indicador do Nível de Acidentes (IA)*”¹⁸⁶³, bem como que, “*no caso da Requerente, o pedágio passou a ser exigido no dia 25 de junho de 2015*”¹⁸⁶⁴. Contudo, aduz que o Indicador do Nível de Acidentes seria um componente referencial do Fator Q, cuja finalidade seria comparar o desempenho de cada concessionária em relação às demais.

2020. Nesse contexto, a REQUERIDA prossegue esclarecendo que “*por vários motivos foi observado um grande intervalo temporal entre o início da cobrança de pedágio por cada uma das concessionárias da 3ª etapa do PROCROFE*”¹⁸⁶⁵. As tabelas reproduzidas nos itens 441 de sua Resposta e 674 de suas Alegações Finais indicariam uma diferença de mais de 5 (cinco) meses entre a primeira e a última das concessionárias.

2021. Assim, alegando que a finalidade do Fator Q consistiria em simular uma competição entre as concessionárias e incentivá-las a diminuir o número de acidentes com vítimas, a REQUERIDA defende ser indispensável que os períodos de cálculo sejam uniformes, razão pela qual o Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF teria proposto a utilização da data de 01.01.2016 para todos os contratos concessionais da 3ª Etapa do PROCROFE.

2022. Na ótica da REQUERIDA, “*a medida, distintamente do que pretende fazer crer a Requerente, apenas institui uma simplificação para o cálculo uniforme do IA, atentando, aliás, para o caráter necessariamente anual de sua aferição, tal como exigido pela cláusula 3.2 do Anexo 7 do contrato de concessão*”¹⁸⁶⁶. Ou seja, “*não representa uma infração contratual*”¹⁸⁶⁷, mas mera simplificação metodológica que busca preservar a função comparativa inerente ao Fator Q.

¹⁸⁶³ Cf. item 439 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁸⁶⁴ Cf. item 439 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁸⁶⁵ Cf. item 441 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁸⁶⁶ Cf. item 445 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁸⁶⁷ Cf. item 446 da Resposta da REQUERIDA.

2023. Em realidade, na sua visão, “tomar como termo inicial do cálculo de acidentes a data de início de cobrança de pedágio de cada concessionária prejudicaria a finalidade regulatória do Fator Q, dada a acentuada heterogeneidade temporal das operações a serem comparadas”¹⁸⁶⁸.

2024. Além disso, a REQUERIDA afirma que a unificação do termo inicial para aferição dos acidentes nas rodovias em 01.01.2016 para todas as concessionárias não teria acarretado prejuízo para a REQUERENTE. Confira-se¹⁸⁶⁹:

“De fato, é preciso ressaltar que, uma vez calculado de forma a garantir a comparabilidade dos resultados entre todas as concessionárias da 3ª etapa do PROCROFE, o Fator Q foi aplicado ao período tendo em conta o início da cobrança de pedágio pela Requerente, conforme determinado contratualmente.

É o que expressamente se observa na Nota Técnica nº 871/2019/GEREF/SUINF/DIR (RTE 104) e na Nota Técnica SEI nº 2.275/2019/GEREF/SUINF/DIR (R - 48), de que se extraíram os excertos a seguir transcritos, respectivamente:

Nota Técnica nº 871/2019/GEREF/SUINF/DIR

3.2 FATOR Q

(...)

21. Para a CONCEBRA, o Fator Q apurado para o 4º ano concessão – que deveria ter sido aplicado na revisão anterior –, foi de - 4,5%, e para o 5º ano concessão, a ser aplicado na presente revisão, foi de -6%.

22. A correção da devida aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária, foi realizada por meio do Fator C.

(...)

3.4.9. Correção do percentual de Fator Q aplicado na 3ª Revisão Ordinária.

A correção da devida aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária – apurado por meio do Parecer Técnico n 142/2019/GEFIR/SUINF no valor de - 4,5% – foi realizada por meio do Fator C, considerando o período de 27/06/2018 a 04/03/2019, com o tráfego referente ao Ano 5. A parcela referente ao período de 05/03/2019 a 26/06/2019 será realizada na próxima revisão, quando estarão disponíveis os dados de tráfego do Ano 6.

(...)

90. Promovido o reequilíbrio, o repasse à modicidade da aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária, resultou em um saldo positivo de R\$ 12.487.984,84 (a preços correntes).”

¹⁸⁶⁸ Cf. item 680 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁸⁶⁹ Cf. itens 448 e 449 da Resposta da REQUERIDA.

Nota Técnica SEI nº 2275/2019/GEREF/SUINF/DIR

6.2.2 Fator Q

(...)

60. Pelo exposto, no caso da CONCEBRA, o Fator Q apurado para o 4º ano concessão – que deveria ter sido aplicado na revisão anterior foi de – 4,5%, e para o 5º ano concessão, a ser aplicado na presente revisão, foi de –6,0%.

61. A correção da devida aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária, foi realizada por meio do Fator C e o montante apurado será apresentado adiante.

6.2.4.9. Correção do percentual de Fator Q aplicado na 3ª Revisão Ordinária

120. A correção da devida aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária – apurado por meio do Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF no valor de – 4,5% – foi realizada por meio do Fator C, considerando o período de 27/06/2018 a 04/03/2019, com o tráfego referente ao Ano 5. A parcela referente ao período de 05/03/2019 a 26/06/2019 será realizada na próxima revisão, quando estarão disponíveis os dados de tráfego do Ano 6.

121. Promovido o reequilíbrio, o repasse à modicidade da aplicação do Fator Q na 3ª Revisão Ordinária e 7ª Extraordinária, resulta em um saldo positivo de R\$ 13.456.235,10 (a preços correntes) – Considerando a Incidência do Fator D sobre a tarifa de leilão revisada somada à tarifa resultante dos FCM's.”

2025. De outro lado, quanto à alegação da REQUERENTE de que teria aplicado metodologia de cálculo do VDMA equivocada para a apuração do Fator Q, a REQUERIDA afirma que a CONCEBRA não teria apresentado contestação em relação ao tema no processo administrativo referente às revisões tarifárias.

2026. Sem prejuízo, a REQUERIDA se contrapõe ao mérito do argumento da REQUERENTE, esclarecendo que o Indicador de Nível de Acidentes previsto no item 3.2 do Anexo 7 do CONTRATO DE CONCESSÃO consiste em percentual extraído a partir da avaliação anual da quantidade de acidentes com vítima do VDMA.

2027. Para a REQUERIDA, porém, a REQUERENTE teria confundido o conceito de VDMA com VDMA-Equivalente. Confira-se¹⁸⁷⁰:

“Ora, a simples leitura dos dispositivos contratuais citados pela Requerente é suficiente para perceber que VDMA e VDMA-Equivalente são conceitos distintos.

¹⁸⁷⁰ Cf. itens 460 a 462 da Resposta da REQUERIDA.

De fato, o VDMA-Equivalente é o volume médio diário de tráfego equivalente em uma dada seção da via, em um período de um ano completo, aferido de acordo com o tipo de veículo que trafega na rodovia, observando-se a categoria de veículos determinada. Tem por objetivo captar o impacto de cada uma das categorias de veículos em circulação no trecho rodoviário concedido (com reflexos tarifários, visto que cada categoria de veículo se sujeita à tarifa de pedágio distinto).

Já para o cálculo do VDMA não se considera a categoria dos veículos que trafegam na rodovia concedida, mas apenas sua quantidade global.”

2028. Nessa linha, defende a REQUERIDA que não seria correta a tese da REQUERENTE de que *“a definição de VDMA adotada pelo PER faz referência à totalidade de veículos que transitam na rodovia, e não apenas àqueles que pagam pedágio à Concessionária”*, considerando que *“o sistema de monitoramento a que se refere o PER não trata apenas dos veículos pagantes”*¹⁸⁷¹.

2029. Para a ANTT, a fórmula prevista no Anexo 7 do CONTRATO DE CONCESSÃO não teria especificado o tipo de tráfego – se pagante ou passante – a ser utilizado no cálculo do Indicador do Nível de Acidentes, sendo necessária *“uma análise teleológica de tal indicador para dissipar eventual perplexidade”*¹⁸⁷². A REQUERIDA explica, assim, que:

“[...] entendeu que o uso apenas de veículos pagantes pela rodovia refletiria uma escolha mais acertada, uma vez que permitiria considerar dados marcados pela consistência, confiabilidade e integridade, uma vez que submetidos a vários controles pelas concessionárias (interessadas, claro, em preservar sua arrecadação).

Ressalte-se que não se trata de beneficiar ou prejudicar a Concessionária. Buscou-se, isto sim, a opção regulatória mais eficaz e condizente com as finalidades do instituto. Tanto que a forma de cálculo utilizada pela ANTT, em determinados períodos, é mais benéfica do que a metodologia proposta pela Requerente, conforme se depreende da tabela 26 abaixo, extraída da Nota Informativa SEI Nº 246/2020/NAM/DG/DIR 59), e que demonstra ter sido reconhecido pela ANTT no ano 1 um Índice de Acidentes (IA) inferior ao proposto pela Concessionária, relação que se inverteu nos anos seguintes: [...]”

2030. Desse modo, segundo a tese da REQUERIDA, não teria ela violado o CONTRATO DE CONCESSÃO ou incorrido em equívoco ao calcular o VDMA considerando dados referentes apenas ao fluxo de veículos pagantes, mas apenas feito uma opção técnico-regulatória necessária em decorrência da inespecificidade da fórmula prevista no Anexo 7 do CONTRATO DE CONCESSÃO.

¹⁸⁷¹ Cf. item 463 da Resposta da REQUERIDA.

¹⁸⁷² Cf. item 464 da Resposta da REQUERIDA.

2031. No curso de toda a arbitragem, a REQUERIDA manteve a posição que o Fator Q teria um componente referencial e que, assim, seria justificável uniformizar o termo inicial do Indicador de Nível de Acidentes para todas as concessionárias. Conforme reiterou¹⁸⁷³:

“[...] tomar como termo inicial do cálculo de acidentes a data de início de cobrança de pedágio de cada concessionária prejudicaria a finalidade regulatória do Fator Q, dada a acentuada heterogeneidade temporal das operações a serem comparadas. Da mesma forma, não seria possível iniciar ‘a averiguação pela comparação com as concessionárias já operantes e prosseguir à realização quando da entrada em operação das demais’, como sugerido pela Requerente.

Isso porque, caso adotada a metodologia proposta pela Requerente, não se teria um parâmetro válido de comparação, eis que o número de acidentes entre as concessionárias haveria sido colhido em um intervalo temporal distinto. Ademais, não seria observado o caráter anual de aferição do IA, tal como exigido pelo contrato de concessão.

Nesse sentido, percebe-se que a medida promovida pela ANTT foi uma mera simplificação metodológica feita para preservar a função comparativa inerente ao Fator Q, sob pena de torná-lo inútil ou necessariamente falho.”

2032. Invocando a prova produzida no procedimento, a REQUERIDA aduz que o laudo pericial teria no particular:

- (i) *“constata[do] que a ‘a ANTT estabeleceu um padrão temporal a ser seguido por todas as concessionárias da 3ª Etapa do PROCOTFE, uniformizando a metodologia de cálculo e o lapso temporal para todas as empresas participantes do processo de concessão em questão, apesar de não seguir o preconizado no Anexo 7”*¹⁸⁷⁴;
- (ii) *demonstrado “as justificativas da ANTT para o período usado no cálculo do IA”*¹⁸⁷⁵;
- (iii) *atestado “que ‘mesmo que haja divergências em relação às premissas utilizadas no Contrato, se a base de dados considerada para o cálculo de todas as Concessionárias for a mesma, matematicamente, a natureza do Fator Q será*

¹⁸⁷³ Cf. itens 266 a 268 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁸⁷⁴ Cf. item 169 da manifestação da REQUERIDA de 24.03.2023.

¹⁸⁷⁵ Cf. item 169 da manifestação da REQUERIDA de 24.03.2023.

*mantida, visto que o seu objetivo é a comparação de acidentes entre as Concessionárias*¹⁸⁷⁶; e

- (iv) condenado “*aplicação de espaços temporais diversos para o cálculo do Fator Q*”¹⁸⁷⁷ entre as concessionárias, como pretende a REQUERENTE – invocando, para tanto, as respostas fornecidas pela *expert* aos quesitos nºs 12.1 e 12.3 da ANTT no adendo 01 ao trabalho técnico.

2033. Ou seja, a REQUERIDA defende que “*a empresa perita compreendeu tecnicamente adequada a medida adotada pela ANTT. A uma, por ‘ser inviável estabelecer um levantamento e uma comparação justa dos dados analisados se um dos componentes do cálculo não é o mesmo considerado para todos os envolvidos’. A duas, porque, a partir das premissas adotadas no Contrato de Concessão para fins de Fator Q, não seria possível ‘utilizar períodos diferentes para a devida comparação das concessões realizadas, pois poderia acarretar considerar aspectos sazonais que, de certa maneira, interferem nas medições*”¹⁸⁷⁸.

2034. A REQUERIDA também reitera que a unificação dos termos iniciais para aferição dos acidentes na rodovia não prejudicou a REQUERENTE. Nas suas palavras, “*uma vez calculado o Fator Q de forma a garantir a comparabilidade dos resultados entre todas as concessionárias da 3ª etapa do PROCROFE, referido índice foi aplicado tendo em conta o início da cobrança de pedágio pela Requerente, conforme determinado contratualmente. Logo, não houve nenhum período ignorado pela Agência*”¹⁸⁷⁹.

2035. E, quanto ao cálculo do VDMA, a REQUERIDA insiste¹⁸⁸⁰:

“Ao contrário do afirmado em Réplica, a leitura do contrato de concessão e do PER não indica que o conceito por trás dos componentes do VDMA e VDMA-equivalente seja o de tráfego passante, e não de tráfego pagante.

Com efeito, como já dito na resposta às alegações iniciais, a fórmula trazida pelo Anexo 7 do contrato de concessão não especificou o tipo de tráfego a ser utilizado na obtenção do IA, se

¹⁸⁷⁶ Cf. item 708 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁸⁷⁷ Cf. item 682 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁸⁷⁸ Cf. item 508 da manifestação da REQUERIDA de 11.03.2024.

¹⁸⁷⁹ Cf. item 271 da Tréplica da REQUERIDA.

¹⁸⁸⁰ Cf. itens 272 a 275 da Tréplica da REQUERIDA.

pagante ou passante. Ademais, o contrato de concessão e o PER referiam-se a um conceito diferente daquele trazido na fórmula do Fator Q.

Não obstante, a partir de uma interpretação teleológica do indicador, a ANTT entendeu que o uso apenas de veículos pagantes pela rodovia refletiria uma escolha mais acertada, uma vez que consideraria dados mais confiáveis, na medida em que o registro dos veículos pagantes está sujeito a um controle mais rígido pelas concessionárias.

Evidente, portanto, que se buscou a opção regulatória mais eficaz e condizente com as finalidades do instituto, não sendo possível falar em equívoco ou infração contratual da ANTT no cálculo do VDMA com o uso de dados referentes apenas ao fluxo de veículos pagantes, mas, antes, uma escolha técnico-regulatória necessária em decorrência da inespecificidade da fórmula prevista no Anexo 7 do contrato de concessão.”

2036. A REQUERIDA reconhece que a perícia teria sido “inconclusiva”¹⁸⁸¹ quanto à definição do fluxo passante ou pagante no cálculo do VDMA componente do Fator Q, afirmando que os *experts* teriam apontado tratar-se de questão que demanda interpretação contratual.

2037. Não obstante, a REQUERIDA afirma não ter críticas ao exame pericial¹⁸⁸² e chama atenção para a circunstância de que a perita teria buscado “orientar o Tribunal Arbitral no tocante à impossibilidade de obter dados fidedignos retroativos à instalação dos instrumentos de medição de veículos passantes, devido a inexistência destes”¹⁸⁸³.

2038. Dessa maneira, insistindo tratar-se de uma “escolha técnico-regulatória necessária em decorrência da inespecificidade da fórmula prevista no Anexo 7 do Contrato de Concessão”¹⁸⁸⁴, a REQUERIDA conclui em Alegações Finais pugnando “que o pedido correlato seja julgado totalmente improcedente”¹⁸⁸⁵.

¹⁸⁸¹ Cf. item 706 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁸⁸² A propósito: “No que tange às análises das questões sobre o Fator Q, não temos críticas acerca do exame e das constatações apresentadas no laudo técnico pericial. Os relatos e as avaliações feitas pela equipe da perícia refletiram de forma adequada as controvérsias objeto do procedimento arbitral.” (cf. item 174 da manifestação da REQUERIDA de 24.03.2023).

¹⁸⁸³ Cf. item 707 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁸⁸⁴ Cf. item 710 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁸⁸⁵ Cf. item 712 das Alegações Finais da REQUERIDA.

XII.13.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

2039. As partes controvertem nesta arbitragem acerca do cálculo Fator Q, alegando a REQUERENTE que a REQUERIDA teria inobservado as disposições contratuais que disciplinam referido indicador por ocasião das revisões da tarifa de pedágio das rodovias concedidas.

2040. Com efeito, o CONTRATO DE CONCESSÃO previu, em sua cláusula 1.1.1, “xxi”,¹⁸⁸⁶ um redutor/incrementador tarifário, utilizado como mecanismo de aplicação de desconto ou acréscimo da tarifa básica de pedágio por atendimento (ou não), pela REQUERENTE, de determinados indicadores de qualidade.

2041. A fórmula de cálculo do referido redutor/incrementador, designado como Fator Q, encontra-se especificada no Anexo 7 ao CONTRATO DE CONCESSÃO, de onde se extrai que sua composição é integrada por dois indicadores, a saber: (i) o Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na rodovia; e (ii) o Indicador do Nível de Disponibilidade da Rodovia. Confira-se, a propósito, a redação do item 1.3 do aludido anexo contratual:

“1.3. O Fator Q é o percentual obtido após o cálculo do Indicador do Nível de Acidentes (IS) e do Indicador de Disponibilidade (Dis) da Rodovia, sendo:

$$\text{Fator Q} = ID_t + IA_t$$

Onde:

ID: Indicador de Disponibilidade da Rodovia.

IA: Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na Rodovia.

(t): Período de mensuração dos Indicadores de Qualidade da Rodovia.”

2042. O item 1.4 do Anexo 7 do CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁸⁸⁷, entretanto, estabelece que a aferição do Indicador de Disponibilidade da Rodovia somente teria início após o sexto ano da

¹⁸⁸⁶ “1.1.1 Para os fins do presente Contrato, e sem prejuízo de outras definições aqui estabelecidas, as seguintes definições aplicam-se às respectivas expressões: [...] (xxi) Fator Q: redutor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação de desconto por não atendimento aos indicadores de qualidade previstos no Anexo 7 ou, conforme o caso, como acréscimo em razão do atendimento desses mesmos indicadores.” (cf. RTE-001; cláusula 1.1.1, “xxi”).

¹⁸⁸⁷ “1.4 A aferição do Indicador de Disponibilidade da rodovia terá início a partir da primeira revisão ordinária após o início do 6º (sexto) ano da Data da Assunção, com aplicação na revisão ordinária após o início do 7º. (sétimo) ano da Data da Assunção. 1.4.1 Até o início da aferição do Indicador de Disponibilidade, o valor do indicador será equivalente a 0 (zero) para fins de cálculo do Fator Q.” (cf. RTE-001; anexo 7, item 1.4).

data da assunção da concessão, de modo que, ao tempo do início de controvérsia entre as partes, a composição do Fator Q variava exclusivamente segundo o Indicador do Nível de Acidentes.

2043. A disputa entre as partes reside, assim, na apuração específica desse Índice do Nível de Acidentes, que tem por base “*aferir a variação no nível de acidentes da rodovia em comparação a outras rodovias concedidas*”¹⁸⁸⁸ e cuja fórmula encontra-se descrita nos itens 3.2 e seguintes do Anexo 7 ao CONTRATO DE CONCESSÃO, abaixo transcritos¹⁸⁸⁹:

“3.2 O Indicador do Nível de Acidentes com vítimas de cada rodovia consiste no percentual extraído a partir da avaliação anual da quantidade de acidentes com vítima, do Volume Diário Médio Anual – VDMA e da extensão da Rodovia, de acordo com a seguinte fórmula:

$$IS_t (\text{Lote}) = \frac{N \times 10^8}{L \times VDMA_t \times 365}$$

Onde:

IS_t (Lote): é o Indicador do Nível de Acidentes da Rodovia

N: é o número de acidentes com vítimas apurados na Rodovia

L: é a extensão da Rodovia

VDMA_t: é o Volume Diário Médio Anual da Rodovia

t: é o ano apuração do Indicador do Nível de Acidentes da Rodovia

3.3 A aferição dos parâmetros de número de acidentes com vítimas, extensão e VDMA da Rodovia tomará por base os seguintes critérios.

3.3.1 Para o parâmetro de número de acidentes com vítimas:

a) Será considerado o número de acidentes com vítimas (fatais ou não) a ser informado na forma do PER

3.3.2 Para o parâmetro de extensão:

a) Será considerada a extensão em quilômetros indicada no PER.

b) A construção de contornos poderá alterar a extensão da Rodovia.

3.3.3 Para o parâmetro de VDMA, deverá ser considerada a seguinte fórmula:

$$VDMA_t = \frac{\sum_i VDMA_{th_i} Eth_i}{L}$$

Onde:

VDMA_{th}(i) é o VDMA de cada subtrecho homogêneo no ano *t*

Eth(i) é a extensão de cada subtrecho homogêneo da Rodovia

¹⁸⁸⁸ Cf. RTE-001; anexo 7, item 3.1.

¹⁸⁸⁹ Cf. RTE-001; anexo 7, itens 3.2 a 3.8.

L é a extensão da Rodovia

3.4 O Indicador do Nível de Acidentes com vítimas das rodovias concedidas consiste no percentual extraído a partir do confronto da variação do indicador calculado na forma do item 3.2 comparado com a variação média dos indicadores de acidentes das rodovias concedidas pela ANTT, de acordo com as seguintes fórmulas:

3.4.1 Para o cálculo do indicador de acidentes das rodovias concedidas será utilizada a média aritmética do IS das rodovias concedidas pela ANTT.

3.4.2 Para a variação do Indicador do Nível de Acidentes da Rodovia:

$$\Delta IS_t (\text{Lote}) = \frac{IS_t (\text{Lote}) - IS_{t-1} (\text{Lote})}{IS_{t-1} (\text{Lote})}$$

Onde:

$\Delta IS (\text{lote})$: é a variação do Indicador do Nível de Acidentes da Rodovia em relação ao ano anterior.

$\Delta IS(t) (\text{lote})$ é o Indicador do Nível de Acidentes da Rodovia no ano de apuração do indicador.

$IS(t-1) (\text{Lote})$ é o Indicador do Nível de Acidentes da Rodovia no ano de apuração anterior.

3.4.3 Para a variação do Indicador do Nível de Acidentes das rodovias concedidas:

$$\Delta IS_t (\text{concessões}) = \frac{IS_t (\text{concessões}) - IS_{t-1} (\text{concessões})}{IS_{t-1} (\text{concessões})}$$

Onde:

$\Delta IS (\text{concessões})$: é a variação do Indicador do Nível de Acidentes das rodovias concedidas pela ANTT em relação ao ano anterior.

$\Delta IS(t) (\text{concessões})$ é o Indicador do Nível de Acidentes das rodovias concedidas pela ANTT no ano de apuração do indicador.

$IS(t-1) (\text{concessões})$ é o Indicador do Nível de Acidentes das rodovias concedidas pela ANTT no ano de apuração anterior.

3.5 Todas as rodovias concedidas que possuam cálculo de indicador do nível de acidentes disponíveis serão utilizadas como referência para aplicação da fórmula prevista no item 3.4 do presente Anexo.

3.6. A Concessionária só poderá receber acréscimos tarifários em função da redução de acidentes caso nenhuma das condições sejam observadas:

$$\begin{aligned} \Delta IS_t (\text{Lote}) &\geq \Delta IS_t (\text{concessões}) \\ IS_t (\text{Lote}) &\geq IS (\text{Lote})_m \end{aligned}$$

Onde:

$IS(\text{Lotemin})$: é o menor valor histórico de acidentes observado naquele lote.

3.6.1 Observando-se as restrições do item 3.6, o Indicador do Nível de Acidentes será calculado de acordo com a seguinte fórmula:

$$IA = 0,5 \times \text{MAX}[\Delta IS_t (\text{Lote}) - \Delta IS_t (\text{concessões}); \Delta IS_t (\text{Lote})]$$

Onde:

IA: é o Indicador do Nível de Acidentes da Rodovia que será utilizado para fins de aplicação do Fator Q.

ΔIS (lote): é a variação do Indicador do Nível de Acidentes da Rodovia em relação ao ano anterior.

ΔIS (concessões): é a variação do Indicador do Nível de Acidentes das rodovias concedidas pela ANTT em relação ao ano anterior.

3.7 A Concessionária não fará jus ao incremento da Tarifa Básica de Pedágio caso a variação do Indicador do Nível de Acidentes da rodovia seja igual ou inferior à variação do indicador nos anos anteriores.

3.8 Se da aplicação do indicador do Nível de Acidentes da Rodovia resultar acréscimo superior a 3% (três por cento) sobre o valor da Tarifa Básica de Pedágio, o acréscimo poderá, a critério da ANTT, alternativamente à sua aplicação no valor da Tarifa Básica de Pedágio, ser computado na aplicação do Fator C nos anos posteriores, buscando evitar grandes oscilações tarifárias.”

2044. A REQUERENTE entende que o cálculo realizado por ocasião das revisões tarifárias na via administrativa estaria equivocado, já que a REQUERIDA teria iniciado a apuração do Índice do Nível de Acidentes na data de 01.01.2016, em descumprimento ao disposto no item 1.5 do Anexo 7 do CONTRATO DE CONCESSÃO, que fixa como termo inicial para tanto a data de início da cobrança de pedágio.

2045. A REQUERENTE também questiona o fato de a REQUERIDA ter utilizado no cálculo do componente VDMA integrante da equação do Índice do Nível de Acidentes o número de veículos pagantes da tarifa de pedágio, e não o número de veículos que efetivamente trafegaram nas rodovias, que proporcionalmente melhor representaria a realidade dos acidentes ali verificados.

2046. O Tribunal Arbitral examinou as manifestações das partes e as provas produzidas nesta arbitragem e constatou que, de fato, a regra contratual estabelece que a aferição do Indicador do Nível de Acidentes deveria se dar a partir do início da cobrança da tarifa de pedágio pela REQUERENTE e que sua aplicação haveria de ocorrer na revisão ordinária subsequente ao decurso de 24 (vinte e quatro) meses desde então. Transcreva-se, por oportuno, o item 1.5 do Anexo 7 ao CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁸⁹⁰:

¹⁸⁹⁰ Cf. RTE-001; anexo 7, item 1.5.

“1.5 A Aferição do Indicador do Nível de Acidentes terá início a partir do início da cobrança da Tarifa de Pedágio pela Concessionária, com sua aplicação prevista na revisão ordinária que se seguir ao decurso de 24 (vinte e quatro) meses contados do início da cobrança de Tarifa de Pedágio.”

2047. Também se depreende das manifestações e documentos apresentados pelas partes neste procedimento ser incontroverso que o início da cobrança do pedágio pela REQUERENTE se deu em 27.06.2015¹⁸⁹¹⁻¹⁸⁹² e que, no cálculo do Fator Q realizado na via administrativa, a REQUERIDA iniciou a apuração do Indicador do Nível de Acidentes somente a partir de 01.01.2016¹⁸⁹³ – i.e., cerca de seis meses depois.

2048. Da mesma forma, é incontroverso que a REQUERIDA realizou o cálculo do Índice do Nível de Acidentes considerando para fins do VDMA o número de veículos pagantes da tarifa de pedágio¹⁸⁹⁴ e que, em sentido oposto, o laudo pericial apontou que, do ponto de vista técnico, a utilização do número de veículos que efetivamente transitam nas rodovias – incluindo aqueles

¹⁸⁹¹ Cf. tabela constante do item 7 do Parecer nº 142/2019/GEFIR/SUINF, acostado nesta arbitragem como RTE-191.

¹⁸⁹² “Em 31 de janeiro de 2014, a CONCEBRA firmou com a União, por intermédio da ANTT, Contrato de Concessão do lote correspondente, visando à exploração da infraestrutura e da prestação de serviços públicos e obras, abrangendo a execução dos serviços de recuperação, manutenção, monitoração, conservação, operação, ampliação, melhorias e exploração, conforme apresentado no Programa de Exploração da Rodovia PER, sendo o prazo de vigência da concessão de 30 (trinta) anos a contar da data de Assunção do sistema rodoviário, o que ocorreu em 05 de março de 2014, com início da cobrança de pedágio a partir da zero hora do dia 27 de junho de 2015.” (cf. item 2.2 do Voto DMV 249/2019, acostado nesta arbitragem como RTE-047).

¹⁸⁹³ “Considerando tal fato, percebe-se que a apuração efetiva do Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na rodovia (IA) para todas as concessionárias se dará a partir de 01 de janeiro de 2016, havendo averiguação anual dos seus valores, de acordo com o seguinte regramento: [...]” (cf. item 10 do Parecer nº 142/2019/GEFIR/SUINF, acostado nesta arbitragem como RTE-191).

¹⁸⁹⁴ “Em verdade, é preciso reconhecer que a fórmula trazida pelo Anexo 7 do contrato de concessão não especificou o tipo de tráfego (se era pagante ou passante) a ser utilizado na obtenção do IA, sendo necessária, mais uma vez, uma análise teleológica de tal indicador para dissipar eventual perplexidade. Nesse diapasão, a ANTT entendeu que o uso apenas de veículos pagantes pela rodovia refletiria uma escolha mais acertada uma vez que permitiria considerar dados marcados pela consistência, confiabilidade e integridade, uma vez que submetidos a vários controles pelas concessionárias (interessadas, claro, em preservar sua arrecadação).” (cf. itens 464 e 465 da Resposta da REQUERIDA às Alegações Iniciais).

isentos de tarifa ou que trafegam por partes das vias sem passar por praças de pedágio – representaria de forma mais adequada a realidade dos acidentes¹⁸⁹⁵⁻¹⁸⁹⁶.

2049. A despeito da regra contratual e da constatação acima, entretanto, a REQUERIDA alega que a utilização da data de 01.01.2016 como marco inicial para a apuração do Índice do Nível de Acidentes decorreu da circunstância de que o referido indicador possui natureza referencial.

2050. É que, nos termos do item 3.1 do Anexo 7 ao CONTRATO DE CONCESSÃO – abaixo transcrito –, o Índice do Nível de Acidentes efetivamente se destina a avaliar o desempenho da REQUERENTE em relação a outras concessionárias de rodovias federais, de modo que se fez necessário adotar um marco temporal uniforme para fins de comparação, já que em cada concessão o início da cobrança de pedágio se deu em data distinta¹⁸⁹⁷:

“3.1 O Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na rodovia tem por objeto aferir a variação no nível de acidentes da rodovia em comparação a outras rodovias concedidas, incrementando a Tarifa Básica de Pedágio de acordo com a melhora propiciada nas condições de segurança dos usuários.”

2051. De fato, conforme consta do documento RTE-191, houve um lapso temporal de 155 (cento e cinquenta e cinco) dias entre o início da cobrança de pedágio pelas concessionárias da 3ª Etapa do PROCROFE, o que exigiu da REQUERIDA adotar uma opção regulatória distinta da regra contratual para preservar a natureza comparativa do Fator Q.

¹⁸⁹⁵ A propósito: “Em contrapartida, a SWOT atesta que utilizar apenas o quantitativo de veículos do pedágio geraria pontos falhos no cálculo do IA, pois, caso ocorra algum acidente com veículos que não pagaram pedágio, o cálculo obtido estaria distorcido, uma vez que utilizaria bases de dados diferentes. Como o cálculo do IA, simplificado, é o resultado da divisão entre veículos acidentados e volume diário médio anual na rodovia, caso seja considerado um veículo acidentado que não pagou o pedágio estaria sendo utilizado no cálculo um item que não consta na base de dados do cálculo do VDMA, uma vez que a ANTT utilizou os veículos pagantes” (cf. itens 374 e 375 do laudo pericial de 06.02.2023). No mesmo sentido, confirmam-se as respostas da perita aos quesitos nºs 237 a 242 da REQUERENTE (adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, p. 216-222).

¹⁸⁹⁶ De acordo com o que consta do laudo pericial, a própria REQUERIDA teria, no curso da prova, concordado que a utilização do número de veículos passantes pela rodovia – se confiável –, em detrimento do número de veículos pagantes, refletiria uma escolha mais adequada: “A própria ANTT concorda com essa afirmação, conforme documento elaborado como suporte a essa fase Pericial, ocasião em que afirmou que: ‘Não há dúvidas que se os dados de tráfego passante estivessem disponíveis pelas Concessionárias seriam mais assertivos que os dados de tráfego pagante. No entanto, a agência reguladora não tem tal informação em decorrência do inadimplemento contratual das próprias concessionárias.’” (cf. item 376 do laudo pericial de 06.02.2023).

¹⁸⁹⁷ Cf. RTE-001; anexo 07, item 3.1.

2052. Reproduza-se, para melhor referência, o quadro constante do item 7 do mencionado documento, onde constam as datas de cada uma das concessionárias de início de cobrança do pedágio:

Concessionária	Início da Cobrança	Praça(s) de Pedágio considerada(s)
MGO	12/04/2015	P3/P5
Ecoponte	01/06/2015	P1
Concebra	27/06/2015	P1/P2/P3/P4/P5/P6/ /P7/P8/P9/P10/P11
VIA-040	30/07/2015	P1/P2/P3/P4/P5/P6/ /P7/P8/P11
Rota do Oeste	06/09/2015	P1/P2/P3/P4/P5/ /P7/P8/P9
MSVIA	14/09/2015	P1/P2/P3/P4/P5/ /P6/P7/P8/P9

2053. E, segundo afirmado pela perita, não se afigura possível realizar o cálculo do Índice do Nível de Acidentes previsto no Anexo 7 do CONTRATO DE CONCESSÃO, de modo a preservar a comparação entre os acidentes verificados nas diversas rodovias federais concedidas à iniciativa privada, se o período temporal não for o mesmo considerado para todas as concessionárias¹⁸⁹⁸:

“12.3 Queira o Sr. Perito verificar se é possível considerar, na comparação com as outras rodovias, espaços temporais diferentes para a aplicação da fórmula prevista no Anexo 7 do Contrato de Concessão. [...]”

Ante o exposto, conclui-se ser inviável estabelecer um levantamento e uma comparação justa dos dados analisados se um dos componentes do cálculo não é o mesmo considerado para todos os envolvidos. Não seria possível, conforme premissas contidas na fórmula do Contrato, utilizar períodos diferentes para a devida comparação das concessões realizadas, pois poderia acarretar considerar aspectos sazonais que, de certa maneira, interferem nas medições, como um período de férias de final de ano ou feriados, dentre outros exemplos de interferência no quantitativo de veículos nas rodovias em análise, ocasionando um fluxo muito maior de veículos e volume maior de acidentes em determinadas épocas do ano ou especificidades constantes das rodovias.”

* * *

“12.4 Queira o Sr. Perito verificar, na comparação com as outras rodovias, se a utilização de espaços temporais diferentes para as diversas concessões na aplicação da fórmula prevista no Anexo 7 do Contrato de Concessão causará distorções nos dados.

Resposta: Conforme respondido no quesito anterior, pode-se afirmar que a utilização de espaços temporais diferentes para as diversas empresas concessionárias na aplicação da

¹⁸⁹⁸ Cf. adendo 01 ao laudo pericial de 06.02.2023, resposta aos quesitos n^{os} 12.3 e 12.4 da REQUERIDA, p. 313-314.

fórmula prevista no Anexo 7 do Contrato de Concessão causará distorções nos dados a serem obtidos.”

2054. De outro lado, denota-se que o CONTRATO DE CONCESSÃO e o seu Anexo 7 não especificam se o dado a ser utilizado no componente VDMA do cálculo do Índice do Nível de Acidentes do Fator Q há de ser o número de veículos pagantes ou passantes nas rodovias concedidas.

2055. A REQUERIDA defende a utilização dos dados apenas dos veículos que pagaram a tarifa de pedágio, para fins do componente VDMA, sob o argumento de que as concessionárias não dispunham de dados confiáveis acerca dos veículos passantes. Confira-se¹⁸⁹⁹:

“De outra quadra, cumpre ressaltar que, em que pese terem sido instalados pela Requerente equipamentos de fiscalização nas rodovias, os dados constantes nos relatórios gerados pela Concessionária apresentavam diversas incongruências, eram incompletos e continham informações falhas, a exemplo de trechos com caminhões/moto só de um lado da rodovia analisada. Assim, os dados acerca do tráfego passante claramente não são confiáveis para serem utilizados e, por isso, foram empregados os dados fornecidos pelos postos de pedágio.”

2056. E, no curso da instrução, a REQUERENTE não se desincumbiu de infirmar referida afirmação da REQUERIDA ou mesmo de suprir a deficiência de dados invocada, tendo o laudo pericial concluído pela inviabilidade de se realizar o cálculo do Índice do Nível de Acidentes utilizando-se o número de veículos passantes nas rodovias. É o que se constata das seguintes passagens do trabalho técnico¹⁹⁰⁰:

“Quanto à incongruência relativa ao VDMA, a ANTT afirma ter utilizado os dados fornecidos pelos postos de pedágio, por serem dados confiáveis e auditáveis. Apesar de terem sido instalados pela Concebra os equipamentos de fiscalização nas rodovias, a ANTT alega que ao verificar os dados constantes nesses relatórios, eram apresentadas diversas divergências. Os dados eram incompletos, com informações de algumas semanas faltando, e que apresentavam informações falhas, como por exemplo trechos com caminhões/moto só de um lado da rodovia analisada. Com essas constatações, a Requerida afirma que tais dados não são confiáveis de serem utilizados e por isso foram utilizados os dados fornecidos pelos postos de pedágios.

Assim, tornou-se inviável realizar os relatórios de fiscalização e os cálculos do Fator Q utilizando-se a forma retroativa à data de instalação dos equipamentos. Contata-se, portanto,

¹⁸⁹⁹ Cf. item 702 das Alegações Finais da REQUERIDA.

¹⁹⁰⁰ Cf. itens 372 e 373 do laudo pericial de 06.02.2023.

a impossibilidade de obter dados fidedignos retroativos à instalação dos instrumentos de medição, devido à inexistência dos mesmos.”

2057. De se observar que, apesar das divergências suscitadas pela REQUERENTE, o laudo pericial atestou que a REQUERIDA utilizou no cálculo o mesmo critério de dados para todas as concessionárias, de modo que restou preservada a natureza comparativa do Fator Q, cumprindo-se, assim, o objetivo previsto no item 3.1 do Anexo 7 ao CONTRATO DE CONCESSÃO¹⁹⁰¹:

“Por fim, depois de realizadas tais considerações, a SWOT destaca e analisa a natureza do Fator Q. Como já apontado anteriormente, o Indicador do Nível de Acidentes com vítimas na rodovia (IA) tem por objeto aferir a variação no nível de acidentes da rodovia em comparação a outras rodovias concedidas.

Ou seja, ele é um índice comparativo entre as Concessionárias e seu valor final apurado baseia-se nos índices de todas as Concessionárias da 3ª Etapa de Concessões do PROCROFE, conforme detalhado no Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF (RTE-191). [...]

Logo, mesmo que haja divergências em relação às premissas utilizadas no Contrato, se a base de dados considerada para cálculo dos índices de todas as Concessionárias for a mesma, matematicamente, a natureza do Fator Q será mantida, visto que seu objetivo é a comparação de acidentes entre as Concessionárias.

Dessa forma, é possível verificar que foi utilizada a mesma fonte de informação e a mesma data base para cálculo do IA, para todas as Concessionárias, conforme recorte abaixo do Parecer Técnico nº 142/2019/GEFIR/SUINF (RTE-191). [...]

Após aferição individual do Indicador de Acidentes (IS) por Concessão é apurada a média aritmética do índice entre as Rodovias concedidas, todas utilizando as mesmas bases de dados e de período.

Em posse desses cálculos, é analisado e verificado se foram atendidas as condicionantes primárias de enquadramento e gerado o direito ao acréscimo tarifário relativo ao fator de acidentes. Se caso o Delta IS da Concessionária for menor que o Delta IS da média aritmética das Concessões, a Concessionária cumpriu o requisito quanto ao acréscimo tarifário. [...]

Após todo o exposto, é possível concluir que há divergências na base de dados utilizada para a realização do cálculo do Fator Q e nas interpretações contratuais, ambas a serem realizadas pelo Tribunal Arbitral na análise deste pleito. Entretanto, é possível afirmar que a natureza comparativa do Fator Q foi mantida pela metodologia utilizada pela ANTT, cumprindo, portanto, com o estipulado inicialmente.”

2058. Ou seja, a despeito da inobservância quanto à data específica constante do item 1.5 do Anexo 7 do CONTRATO DE CONCESSÃO, a perita esclareceu que a metodologia empregada pela REQUERIDA na via administrativa cumpriu com a finalidade contratual do indicador debatido

¹⁹⁰¹ Cf. itens 377 a 384 do laudo pericial de 06.02.2023.

pelas partes, o que obsta a aplicação da cláusula 21.2.3 do ajuste¹⁹⁰², invocada pela REQUERENTE como suporte de seu pleito.

2059. Atestou o laudo pericial, ademais, não ser possível afirmar efetivamente se houve ou não desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em desfavor da REQUERENTE, haja vista que, *“como não é possível realizar o cálculo do Fator Q no período pleiteado pela Requerente, por falta de evidências confiáveis e concisas, o acréscimo do Fator Q na tarifa poderia ser maior ou menor do que efetivamente foi praticado”*¹⁹⁰³.

2060. Desse modo, seja pela impossibilidade de aplicação da data de início de cobrança de pedágio da REQUERENTE para fins de comparação com as demais concessionárias de rodovias, seja pela ausência de dados confiáveis acerca do número de veículos passantes na rodovia, seja pela ausência de prova de efetivo descompasso econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO, seja finalmente pela necessidade de se preservar a natureza comparativa do Fator Q, na forma do item 3.1 do Anexo 7 ao CONTRATO DE CONCESSÃO, o Tribunal Arbitral julga improcedente o pedido formulado no item 985, “xiii”, das Alegações Iniciais desta arbitragem.

2061. Por consequência, julga também improcedentes os pedidos formulados no item 989 das Alegações Iniciais exclusivamente no que guardem conexão com o evento examinado neste capítulo da sentença arbitral.

XII.14. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA

2062. Após a apreciação dos pedidos formulados pela REQUERENTE, na forma dos capítulos acima, o Tribunal Arbitral passará a deliberar sobre os critérios de atualização monetária e juros moratórios que haverão de incidir sobre os valores reconhecidos nesta sentença arbitral.

¹⁹⁰² “21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...] 21.2.3 descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares, incluindo, mas não se limitando, ao descumprimento de prazos aplicáveis ao Poder Concedente previstos neste Contrato e/ou na legislação vigente, e a disponibilização de acesso ao Sistema Rodoviário prevista na cláusula 10.1.5;” (cf. RTE-001; cláusula 21.2.3).

¹⁹⁰³ Cf. item 384 do laudo pericial de 06.02.2023.

XII.14.1. POSIÇÃO DA REQUERENTE

2063. A REQUERENTE afirma que seu entendimento acerca da forma de atualização monetária e incidência de juros moratórios incidentes sobre eventuais valores decorrentes do acolhimento dos pedidos formulados nesta arbitragem consta da Nota Técnica acostada como RTE-312, elaborada pela empresa Tendências Consultoria.

2064. O referido documento demonstraria que, *“por força das regras contratuais e regulamentares aplicáveis, a forma pela qual se deve realizar a atualização monetária e a incidência de juros moratórios tem como ponto de partida, qualquer que seja o cenário, a utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal (‘FCM’)”*¹⁹⁰⁴.

2065. Nesse sentido, prossegue a REQUERENTE, deveriam ser incluídos no fluxo de caixa marginal os impactos financeiros causados pelos eventos de desequilíbrio que foram por ela narrados, que teriam sido calculados na perícia produzida neste procedimento, *“de tal modo que se possa calcular – com juros moratórios e correção monetária – o valor devido à Requerente”*¹⁹⁰⁵.

2066. E, no caso dos impactos não calculados pela *expert*, também deveriam ser considerados para fins de reequilíbrio ou, *“na hipótese de indenização, implicarão na isenção de responsabilidade da Concessionária quanto às suas ocorrências”*¹⁹⁰⁶.

2067. A REQUERENTE chama atenção que o uso da metodologia do fluxo de caixa marginal estaria disciplinado na cláusula 22.3 do CONTRATO DE CONCESSÃO, pelo que sua aplicação seria adequada para promover o reequilíbrio econômico-financeiro no caso de manutenção do vínculo contratual.

2068. Argumenta, ademais, que, ainda que venha a suceder a extinção do vínculo contratual, *“o mesmo ponto de partida deve ser considerado para o cálculo da indenização devida à Requerente no caso de acolhimento dos pedidos que formulou nesta arbitragem: é a utilização*

¹⁹⁰⁴ Cf. item 10 da manifestação da REQUERENTE de 10.02.2025.

¹⁹⁰⁵ Cf. item 12 da manifestação da REQUERENTE de 10.02.2025

¹⁹⁰⁶ Cf. item 14 da manifestação da REQUERENTE de 10.02.2025.

da metodologia do FCM que permitirá o cálculo do valor da indenização devido à CONCEBRA, nos termos da Resolução da ANTT até o fim das atividades da Concessionária”¹⁹⁰⁷.

2069. Para a REQUERENTE, “*a única peculiaridade deste segundo cenário (extinção do vínculo contratual) é a seguinte: uma vez que o Tribunal Arbitral tenha proferido sentença condenando a Requerida a indenizar a Requerente no valor que resultar da aplicação da metodologia do FCM até o último dia de operação da Concessionária, passará a incidir após esse momento, a título de correção monetária e juros de mora, a taxa SELIC, nos termos do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021*”¹⁹⁰⁸.

2070. A REQUERENTE lembra, ainda, que a matéria teria sido debatida durante a perícia, quando aquela trouxe ao procedimento o parecer contido no RTE-264, que teria sido comentado pela REQUERIDA em sua manifestação de 08.08.2023.

2071. A REQUERENTE afirma, por fim, que as questões relacionadas ao 2º TERMO ADITIVO suscitadas pela REQUERIDA diriam respeito a “*matéria exaustivamente exposta durante esse procedimento e já devidamente rebatida pela Requerente*”¹⁹⁰⁹.

XII.14.2. POSIÇÃO DA REQUERIDA

2072. No que concerne aos consectários legais, a REQUERIDA pontua, em primeira ordem, a necessidade de se observar o rito próprio das condenações que envolvam a Fazenda Pública, nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

2073. Isto é, “*em se tratando de obrigação de pagar quantia pela Fazenda Pública, em observância aos princípios da isonomia, impessoalidade, efetividade da tutela jurisdicional e moralidade administrativa incide a obrigatoriedade de acatamento do regime constitucional do precatório*”¹⁹¹⁰. Até porque, a sentença arbitral seria equiparada a sentença proferida pelos

¹⁹⁰⁷ Cf. item 16 da manifestação da REQUERENTE de 10.02.2025.

¹⁹⁰⁸ Cf. item 17 da manifestação da REQUERENTE de 10.02.2025.

¹⁹⁰⁹ Cf. item 3 da manifestação da REQUERENTE de 25.02.2025.

¹⁹¹⁰ Cf. item 7 da manifestação da REQUERIDA de 10.02.2025.

órgãos do Poder Judiciário, nos termos dos arts. 31 da Lei Federal nº 9.307/1996 e 515, VII, do CPC.

2074. Na visão da REQUERIDA, a imposição a esse rito “*independe do contexto contratual havido entre as partes, ou seja, não importa se o vínculo contratual estará extinto ou não, o regime de precatórios se aplica, uma vez que ele se origina de uma sentença arbitral*”¹⁹¹¹.

2075. Por sua vez, prossegue, “*as balizas a serem consideradas em caso de eventual condenação da Requerida são aquelas descritas e foram extraídas da Orientação Judicial nº 00014/2022/DEPCONT/PGF, a qual as Agências Reguladoras estão submetidas*”¹⁹¹².

2076. Ou seja, para a REQUERIDA, considerando que a arbitragem é anterior à data de 08.12.2021, o valor de eventual indenização há de se submeter à tese fixada no tema nº 905 do Superior Tribunal de Justiça – segundo a qual no período posterior à Lei Federal nº 11.960/2009 a correção monetária há de ser feita pelo IPCA e os juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança¹⁹¹³ – e, “*a partir da Emenda Constitucional nº 113, promulgada em dezembro/2021, os valores devem sofrer apenas a incidência da taxa SELIC, apurada no mês de janeiro de 2022, conforme determina o art. 3º*”¹⁹¹⁴ daquela emenda constitucional.

2077. Assim, complementa a REQUERIDA, “*a partir de dezembro de 2021, deverá haver uma consolidação do débito referente a novembro de 2021, na qual se incluirão os juros e a*

¹⁹¹¹ Cf. item 10 da manifestação da REQUERIDA de 10.02.2025.

¹⁹¹² Cf. item 11 da manifestação da REQUERIDA de 10.02.2025.

¹⁹¹³ “Assim, para os processos que foram distribuídos/iniciados até 08/12/2021, data da Emenda Constitucional nº 113, o valor da eventual indenização submete-se à orientação do Tema 905 do STJ abaixo reproduzida: 3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação. 3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.” (cf. item 12 da manifestação da REQUERIDA de 10.02.2025).

¹⁹¹⁴ Cf. item 13 da manifestação da REQUERIDA de 10.02.2025.

correção, e a partir da data da consolidação desta dívida de valor incidirá somente a taxa Selic”¹⁹¹⁵.

2078. A REQUERIDA também defende que a data de sua notificação para responder ao requerimento de arbitragem – 12.07.2019 – haveria de ser o marco inicial para eventual reconhecimento de sua mora e, por conseguinte, para a incidência dos juros, conforme aplicação analógica do art. 240 do CPC e do art. 405 do Código Civil.

2079. A REQUERIDA ainda se contrapõe à visão da REQUERENTE sobre os consectários. Além de reiterar a necessidade de observância do regime dos precatórios judiciais – invocando, para tanto, enunciados da Procuradoria-Geral Federal –, aduz que¹⁹¹⁶:

“O fluxo de caixa marginal, por sua natureza, é uma metodologia que leva em conta algumas variáveis, como projeções de receita, custos adicionais e, especialmente, novos investimentos. Tal metodologia não é um índice de correção monetária, mas sim uma metodologia para avaliar o impacto econômico-financeiro de uma decisão ou alteração do contrato de concessão. Trata-se de um eventual mecanismo de recomposição, isto é, de operacionalização de reequilíbrios. A própria cláusula contratual 22.3, indicada pela Requerente, demonstra que não se trata de um índice de correção monetária.

Ademais, deve ser considerado que na remota hipótese de serem acolhidos por este Tribunal Arbitral, os pedidos formulados pela Requerente assumem natureza indenizatória, o que demonstra que a aplicação da metodologia de fluxo de caixa marginal é incorreta.

Além disso, não há como aplicar duas formas de correção monetária conjugadas, tal como defende a Concessionária. A uma, porque o fluxo de caixa marginal é uma metodologia para reequilíbrio contratual que em nada se relaciona com correção monetária. A duas, porque a discussão está sendo realizada no âmbito arbitral, consequentemente, todo o arcabouço normativo envolvendo as arbitragens deve ser aplicado.”

2080. Além disso, a REQUERIDA requereu o desentranhamento do RTE-312 apresentado pela REQUERENTE com sua manifestação de 10.02.2025, por reputar ser este “*intempestivo e impertinente*”¹⁹¹⁷, à luz das Ordens Processuais nºs 29, 44 e 45 e do item 15.3.8 da ATA DE MISSÃO.

¹⁹¹⁵ Cf. item 14 da manifestação da REQUERIDA de 10.02.2025.

¹⁹¹⁶ Cf. itens 17 a 19 da manifestação da REQUERIDA de 25.02.2025.

¹⁹¹⁷ Cf. item 6 da manifestação da REQUERIDA de 25.02.2025.

XII.14.3. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

2081. As partes controvertem sobre a forma de atualização monetária e de incidência de juros sobre os valores reconhecidos nesta sentença arbitral em favor da REQUERENTE como decorrência do acolhimento de pedidos formulados nas Alegações Iniciais.

2082. O Tribunal Arbitral analisou as manifestações das partes e concluiu que a celebração do 2º TERMO ADITIVO e os desdobramentos fáticos da concessão narrados pela REQUERENTE e pela REQUERIDA são incompatíveis com a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em seus termos originais.

2083. Conforme consignado no capítulo XII.1, ao celebrarem o 2º TERMO ADITIVO, as partes novaram as obrigações do CONTRATO DE CONCESSÃO e estabeleceram um regime de transição da concessão com o fim de extinguir o vínculo contratual entre elas existentes. Segundo dão conta as informações prestadas pelas partes, inclusive, na data em que proferida esta sentença arbitral um dos trechos rodoviários que originalmente estava integrado ao CONTRATO DE CONCESSÃO já foi relicitado¹⁹¹⁸.

2084. E, ainda que não ocorra a relicitação em relação aos demais trechos rodoviários integrantes do CONTRATO DE CONCESSÃO, em razão de eventual reotimização da concessão, a Portaria nº 848/2023 do Ministério dos Transportes (v.g. arts. 2º e 7º)¹⁹¹⁹⁻¹⁹²⁰ estabelece que o

¹⁹¹⁸ Em manifestação apresentada em 18.11.2024, a REQUERENTE informa da “conclusão, em 31.10.2024, do leilão relacionado à chamada Rota Zebu (trecho da rodovia BR-262 entre Uberaba-MG e Betim-MG)”.

¹⁹¹⁹ “Art. 2º Deverão ser apresentados estudos para a demonstração da vantajosidade de celebração de termo aditivo de readeção e otimização do contrato de concessão.”

¹⁹²⁰ “Art. 7º Os estudos a que se refere o art. 2º deverão ser protocolados no Ministério dos Transportes, para fins de análise prévia de admissibilidade para início da análise e deverão conter, no mínimo, os seguintes elementos: I - relatório com o resumo da proposta contendo manifestação declaratória do atendimento às premissas de política pública tratadas no capítulo II, na forma indicada no Anexo I II - declaração formal sobre: a) renúncia de todos os processos judiciais, administrativos e arbitrais existentes; b) capacidade técnica, econômica e financeira de execução imediata das obras; c) permanência obrigatória do grupo de controlador durante o período transição; d) proibição de distribuição de dividendos ou transferência de controle acionário durante o período de transição, de que trata o art.4º; e) inexistência de Termo de Ajuste de Conduta - TAC descumprido; f) interesse em permanecer prestando serviço público objeto do contrato vigente; g) inaplicabilidade de requerimento de processo de relicitação, após assinatura do acordo; h) renúncia a alegados desequilíbrios passados não reconhecidos pela ANTT; e, i) ressarcimento dos novos estudos em andamento. III - as estimativas de tarifas durante todo período remanescente do contrato IV - o cronograma de investimentos previstos; V - as estimativas dos custos e das despesas operacionais; VI - as estimativas de demanda; VII - a modelagem econômico-financeira; VIII - as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos; IV - as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes; X - minuta

aditivo a ser celebrado entre as partes como fruto da referida solução consensual disporá sobre novas bases negociais.

2085. Assim, o Tribunal Arbitral entende que os valores reconhecidos nesta sentença arbitral somente podem assumir natureza de indenização e, como consequência, devem seguir o regramento próprio de atualização monetária e juros moratórios das condenações judiciais envolvendo a Fazenda Pública.

2086. A legislação estabelece mecanismos próprios para a disciplina da mora no pagamento de indenização, por meio da incidência de juros legais.

2087. No caso, o art. 1º-F Lei Federal nº 9.494/1994, modificado pela Lei Federal nº 11.960/2019¹⁹²¹, com a interpretação dada pelo STF¹⁹²² e pelo STJ¹⁹²³, e o art. 3º Emenda

de termo aditivo considerando, inclusive, a modernização e otimização do contrato de concessão à política de outorgas e as premissas públicas estabelecidas nesta Portaria. Parágrafo único. A análise de que trata o caput deverá ser realizada em até 7 (sete) dias úteis, contados a partir do dia útil subsequente à data de recebimento dos estudos no protocolo do Ministério dos Transportes.”

¹⁹²¹ “Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

¹⁹²² “1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.” (cf. tema 810 do Supremo Tribunal Federal).

¹⁹²³ “1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza. 1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário. 1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório. 2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece

Constitucional nº 113/2021¹⁹²⁴ estabelecem o regime de atualização monetária e juros moratórios que haverá de incidir sobre o valor da indenização.

2088. O Tribunal arbitral adota, assim, as regras acima para estabelecer que os valores de indenização reconhecidos nesta sentença arbitral deverão ser corrigidos monetariamente pelo IPCA desde maio de 2012, data-base adotada na prova pericial, e acrescidos de juros de mora pelo índice aplicável à caderneta de poupança desde a notificação da REQUERIDA do requerimento de instauração desta arbitragem, na forma do art. 405 do Código Civil, até 08.12.2021, inclusive – data da Emenda Constitucional nº 113/2021 –, e, a partir de 09.12.2021, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (“SELIC”), acumulado mensalmente, para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora.

a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária. 3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação. 3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E. 3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E. 3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital. 3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009). 3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices. 4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.” (tema nº 905 do Superior Tribunal de Justiça)”.

¹⁹²⁴ “Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.”

2089. Especificamente quanto ao valor da indenização do EVTEA reconhecida no capítulo XII.4 desta sentença, será considerada, como termo inicial da correção monetária, a data de 18.07.2016, mantidos os demais critérios acima.

- XIII -

DELIBERAÇÃO SOBRE A ORDEM PROCESSUAL Nº 03

2090. Em 17.06.2020, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 03, por meio da qual, em cognição sumária, deliberou sobre os pedidos formulados por REQUERIDA e REQUERENTE de manutenção/revogação da 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, nos seguintes termos¹⁹²⁵:

“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:

- (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*

¹⁹²⁵ Cf. item 204 da Ordem Processual nº 03.

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).”*

2091. Referida deliberação foi objeto de pedido de reconsideração por parte da REQUERENTE e da REQUERIDA, tendo sido mantida por ocasião das Ordens Processuais nºs 08 e 15, de 30.10.2020 e 11.03.2021, na forma da fundamentação constante daqueles pronunciamentos.

2092. Na Ordem Processual nº 15, o Tribunal Arbitral também apreciou alegações da REQUERENTE de que a REQUERIDA estaria a descumprir as determinações cautelares deferidas na Ordem Processual nº 03. Na ocasião, o Tribunal Arbitral deliberou, dentre outros, no sentido de que:

- (i) a REQUERIDA se absteresse de considerar nas revisões tarifárias previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO o impacto financeiro dos valores recebidos a maior pela REQUERENTE no período em que vigorou integralmente a decisão cautelar proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da ação nº 1014379-79.2019.4.01.3400; e
- (ii) esclareceu que tal não obstava a REQUERIDA de realizar as revisões tarifárias periódicas previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO.

2093. Na Ordem Processual nº 20, o Tribunal Arbitral também deliberou sobre alegações da REQUERENTE de descumprimento pela REQUERIDA da Ordem Processual nº 03. Na oportunidade, restou assentado que (i) “a REQUERIDA não está impedida de dar prosseguimento aos processos administrativos que têm por objeto a análise dos custos associados ao projeto executivo do contorno de Goiânia e dos impactos das alterações normativas referentes aos

limites de peso bruto por eixo”¹⁹²⁶; e (ii) a aplicação do Fator D então pretendida pela ANTT não estaria em descompasso com a Ordem Processual nº 03.

2094. Subsequentemente, diante da celebração pelas partes do 2º TERMO ADITIVO ao CONTRATO DE CONCESSÃO, em 28.04.2022, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 25, em que, acolhendo pedido formulado pela REQUERENTE, modificou em parte o decidido na Ordem Processual nº 03, para ressaltar a possibilidade de a REQUERIDA instaurar processo administrativo voltado à decretação da caducidade da concessão na hipótese de desqualificação das rodovias concedidas no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos.

2095. Considerando que a cognição exauriente aqui alcançada se sobrepõe àquela que levou à prolação dos pronunciamentos antes mencionados, bem como a deliberação definitiva neste ato sobre o mérito de todos os pedidos formulados nesta arbitragem, o Tribunal Arbitral torna sem efeito a Ordem Processual nº 03 e esclarece que a REQUERIDA deverá se abster de aplicar multas e/ou cobrar penalidades relacionadas aos pleitos deferidos na presente sentença.

- XIV -

RESPONSABILIDADE PELAS DESPESAS DA ARBITRAGEM E HONORÁRIOS

2096. Conforme se depreende do item 16.2 da ATA DE MISSÃO, “*na sentença arbitral, o Tribunal Arbitral definirá a responsabilidade das PARTES pelos custos do procedimento arbitral, na forma do art. 38(4) do REGULAMENTO CCI*”¹⁹²⁷.

2097. O art. 38(4) do REGULAMENTO, por sua vez, estabelece que “*a sentença arbitral fixará os custos da arbitragem e decidirá qual das partes arcará com o seu pagamento, ou em que proporção serão repartidos entre as partes*”.

2098. Diante das disposições acima, o Tribunal Arbitral instou as partes a “*inform[arem] os custos incorridos por cada qual com esta arbitragem, apresentando os correlatos documentos comprobatórios das despesas que pretendem ver reembolsadas*”¹⁹²⁸.

¹⁹²⁶ Cf. item 29 da Ordem Processual nº 20.

¹⁹²⁷ Cf. item 16.2 da ATA DE MISSÃO.

¹⁹²⁸ Cf. item 5 da Ordem Processual nº 47.

2099. A REQUERENTE apresentou, em 10.02.2025, relação de despesas incorridas com a CCI e com a prova pericial, cuja soma perfaz o valor de R\$ 3.942.787,40 (três milhões, novecentos e quarenta e dois mil, setecentos e oitenta e sete reais e quarenta centavos), conforme documento RTE-290.

2100. Na ocasião, lembrou a REQUERENTE que: “(i) nos termos da Ordem Processual nº 23, a Concebra assumiu o valor correspondente à diferença entre a proposta apresentada pela ANTT e o valor realmente pago à equipe pericial; e (ii) conforme a petição conjunta apresentada em 31/08/2023, a Concebra assumiu o compromisso de arcar integralmente com o custo da verba honorária complementar, renunciando expressa e integralmente ao direito de postular o ressarcimento desse específico valor. Assim, os valores correspondentes à verba honorária complementar (referentes às notas fiscais nº 644 e 725 na Tabela 2 acima) já foram desconsiderados no cálculo do valor total referente à SWOT indicado na Tabela 1. Já os valores correspondentes à diferença entre a proposta apresentada pela ANTT e o realmente pago à equipe pericial deverão ser deduzidos do valor total referente à CCI indicado na Tabela 1”¹⁹²⁹.

2101. Na mesma data, a REQUERIDA informou que “seus gastos se referem à participação do servidor Cláudio Renê Valadares Lobato na audiência de instrução realizada em Brasília-DF no dia 11 de junho de 2024, cujos valores corresponderam a R\$ 904,10 (novecentos e quatro reais e dez centavos) em diárias e R\$ 2.009,62 (dois mil e nove reais e sessenta e dois centavos) em passagens aéreas, totalizando R\$2.913,72 (dois mil, novecentos e treze reais e setenta e dois centavos) (RDA-188)”¹⁹³⁰.

2102. Em relação às despesas da REQUERENTE, por manifestação de 25.02.2025, a REQUERIDA informou não ter logrado identificar com precisão se teria sido paga a integralidade dos impostos retidos nas notas fiscais relativas aos honorários periciais. Por isso, argumenta que “o valor eventualmente a ser considerado deve ser aquele indicado na coluna ‘Valor Líquido’ do RTE-290, deduzindo os valores relativos aos esclarecimentos periciais, que a Concessionária se comprometeu a arcar (linhas 8 e 9 – Cobrança Complementar OP 29) e os

¹⁹²⁹ Cf. item 7 da manifestação da REQUERENTE de 10.02.2025.

¹⁹³⁰ Cf. item 3 da manifestação da REQUERIDA de 10.02.2025.

valores dos tributos pelas razões acima expostas, totalizando R\$1.072.505,97 (um milhão, setenta e dois mil, quinhentos e cinco reais e noventa e sete centavos)”¹⁹³¹.

2103. A REQUERENTE, de sua parte, não apresentou considerações sobre as despesas elencadas pela REQUERIDA em sua manifestação de 25.02.2025.

2104. O Tribunal Arbitral registra o recebimento da postulação e da documentação instrutória correlata, mas entende que, à vista da natureza parcial da sentença ora proferida, este não é o momento adequado para decidir sobre o critério a ser adotado para fins de responsabilização das partes pelas despesas desta arbitragem.

2105. No entendimento do Tribunal Arbitral, somente haverá elementos a divisar a responsabilidade das partes por ocasião da prolação da sentença final, quando estarão liquidados todos os pedidos formulados pela REQUERENTE que vieram a ser acolhidos nesta arbitragem.

2106. Por essa razão, o Tribunal Arbitral decide por relegar à sentença final a decisão sobre a responsabilidade das partes pelas despesas do procedimento.

- XV -

DISPOSITIVO

2107. Diante do acima exposto, na forma da fundamentação desta sentença, o Tribunal Arbitral, ao tempo em que declara encerrada a instrução em relação aos pontos decididos nesta sentença, resolve:

- (i) por unanimidade, acolher a preliminar suscitada pela REQUERIDA em suas manifestações de 05.06.2023, 08.08.2023, 24.07.2024 e 09.08.2024 e reiterada em Alegações Finais, para o fim de reconhecer que os efeitos dos pedidos formulados pela REQUERENTE nesta arbitragem estão limitados à data de

¹⁹³¹ Cf. item 3 da manifestação da REQUERIDA de 25.02.2025.

18.03.2022, correspondente ao início da eficácia do 2º TERMO ADITIVO ao CONTRATO DE CONCESSÃO;

- (ii) por unanimidade, julgar improcedente o pedido formulado pela REQUERENTE no item 985, “ii”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais desta arbitragem, para não reconhecer o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO e/ou à indenização em razão da frustração do financiamento público de longo prazo. Por consequência, o Tribunal Arbitral também julga improcedentes os pedidos formulados no item 989 das Alegações Iniciais no que guardem conexão com o evento examinado no capítulo XII.2 desta sentença arbitral;
- (iii) por unanimidade, julgar procedente o pedido formulado no item 985, “iii”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais desta arbitragem, para reconhecer o direito da REQUERENTE de ser indenizada pelo aumento extraordinário dos insumos asfálticos até 18.03.2022. Como consequência, o Tribunal Arbitral determina que, em fase de liquidação de sentença, seja realizado cálculo da parcela extraordinária de aumento dos insumos asfálticos, descontada a variação ordinária. O Tribunal Arbitral também julga improcedentes os pedidos formulados pela REQUERENTE no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais e procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais no que guardem conexão com o evento examinado no capítulo XII.3 desta sentença arbitral;
- (iv) por unanimidade, julgar procedente o pedido formulado no item 985, “iv”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais desta arbitragem, para reconhecer o direito da REQUERENTE de ser indenizada no valor de R\$ 490.000,00 (quatrocentos e noventa mil reais) com relação aos custos para a elaboração do EVTEA relacionado ao Contorno de Goiânia – GO, considerando a data-base de 18.07.2016. Em relação ao projeto executivo para a obra na Classe 0, o Tribunal Arbitral delibera que o valor a ser indenizado à REQUERENTE deverá ser apurado em posterior fase de liquidação de sentença. O Tribunal Arbitral também julga improcedentes os pedidos formulados pela REQUERENTE no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais e procedente o pedido formulado

no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais no que guardem conexão com o evento examinado no capítulo XII.4 desta sentença arbitral;

- (v) por unanimidade, julgar procedente o pedido formulado no item 985, “v”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais desta arbitragem, para reconhecer o direito da REQUERENTE à indenização contratual em decorrência da implantação do SIR, no valor apurado pela prova pericial de R\$ 29.017,89 (vinte e nove mil, dezessete reais e oitenta e nove centavos), na data-base de maio de 2012. O Tribunal Arbitral também julga improcedentes os pedidos formulados pela REQUERENTE no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais e procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais no que guardem conexão com o evento examinado no capítulo XII.5 desta sentença arbitral;
- (vi) por unanimidade, reconhecer a arbitrabilidade objetiva do pedido formulado pela REQUERENTE de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO em razão dos impactos advindos do aumento do peso bruto por eixo. Entretanto, no mérito, o Tribunal Arbitral julga improcedente o pedido formulado pela REQUERENTE nos parágrafos 985, item “vi”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais desta arbitragem para não se reconhecer o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO e/ou à indenização relacionados ao aumento de peso bruto por eixo. O Tribunal também julga improcedentes os pedidos deduzidos nos itens 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais que guardem correlação com o capítulo XII.6 desta sentença, procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais, exclusivamente em relação aos méritos 2 (dois) e 3 (três), para que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades à REQUERENTE levando em conta descumprimentos atrelados aos méritos citados referentes a fatos ocorridos até 18.03.2022; e improcedente a existência de repercussão do evento de desequilíbrio sobre mecanismos contratuais;
- (vii) por unanimidade, julgar procedente o pedido formulado no item 985, “vii”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais desta arbitragem, para reconhecer o direito da REQUERENTE de ser indenizada pelo valor de R\$ 445.978,27 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, novecentos e setenta e oito reais e vinte e sete centavos), na data-base de maio de 2012, em decorrência dos custos adicionais suportados

para atendimento às obrigações criadas pela Instrução Normativa nº 1.731/2017 da Receita Federal. O Tribunal Arbitral também julga improcedentes os pedidos formulados pela REQUERENTE no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais e procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais no que guardem conexão com o evento examinado no capítulo XII.7 desta sentença arbitral;

- (viii) por unanimidade, julgar procedente o pedido formulado no item 985, “viii”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais desta arbitragem, para reconhecer o direito da REQUERENTE de ser indenizada pelos custos incorridos com a majoração da alíquota tributária da CIDE. Para cálculo do impacto líquido da CIDE, o Tribunal Arbitral determina que, em fase de liquidação de sentença, seja realizado cálculo que considere os anos de 2015 até a data de 18.03.2022, descontando a parcela de variação de preços dos combustíveis que já teria sido capturada pelo IPCA, correspondente a 1,8% (um vírgula oito por cento). O Tribunal Arbitral também julga improcedentes os pedidos formulados pela REQUERENTE no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais e procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais no que guardem conexão com o evento examinado no capítulo XII.8 desta sentença arbitral;
- (ix) por unanimidade, julgar procedente o pedido formulado pela REQUERENTE no item 985, “ix”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais desta arbitragem, para reconhecer que houve atraso do Poder Concedente em cumprir sua obrigação de fornecer a licença de instalação para a realização das obras. Por conseguinte, o Tribunal Arbitral decide que a REQUERENTE deve ser indenizada em valor a ser apurado em liquidação pelos custos decorrentes da necessidade de desmobilização adicional em razão do atraso da licença ambiental, devendo a liquidação considerar o *quantum* de reequilíbrio econômico-financeiro já deferido e pago, bem como a apuração detalhada dos valores apresentados no RTE-270, observado o limite do valor pago para a Triunfo, e, ainda, a vinculação destes custos com o atraso na obtenção da licença ambiental. O Tribunal Arbitral também julga improcedentes os pedidos formulados pela REQUERENTE no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais e procedente

o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais no que guardem conexão com o evento examinado no capítulo XII.9 desta sentença arbitral;

- (x) por unanimidade, julgar procedente o pedido formulado no item 985, “x”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais desta arbitragem, para reconhecer o direito da REQUERENTE de ser indenizada no valor de R\$ 119.368,60 (cento e dezenove mil, trezentos e sessenta e oito reais, e sessenta centavos), na data-base de maio de 2012, em razão das intervenções emergenciais realizadas no segmento da travessia urbana de Nova Serrana. O Tribunal Arbitral também julga improcedentes os pedidos formulados pela REQUERENTE no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais e procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais no que guardem conexão com o evento examinado no capítulo XII.10 desta sentença arbitral;
- (xi) por unanimidade, julgar improcedente o pedido formulado pela REQUERENTE no item 985, “xi.i.”, c/c o item 986, das Alegações Iniciais desta arbitragem; parcialmente procedente o pedido formulado no parágrafo 985, item “xi.ii”, c/c o item 986, para reconhecer o direito da REQUERENTE à indenização correspondente aos custos com a elaboração do projeto executivo para adequação do subtrecho de Nova Serrana, conforme vier a ser apurado em liquidação de sentença. O Tribunal também julga improcedentes os pedidos os pedidos deduzidos no item 989, “i”, “ii” e “iii”, das Alegações Iniciais, procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais, para que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas penalidades à REQUERENTE no que guardem relação com o evento examinado no capítulo XII.11 desta sentença arbitral e improcedente a existência de repercussão do evento de desequilíbrio sobre mecanismos contratuais;
- (xii) por unanimidade, julgar improcedente o pedido formulado pela REQUERENTE nos itens 985, “xii”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais para não reconhecer o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO e/ou à indenização em razão da inexecução dos contratos CREMA. O Tribunal também julga improcedentes os pedidos deduzidos no item 989, “i”, “ii” e “iii” das Alegações Iniciais, e procedente o pedido formulado no item 989, “iv”, das Alegações Iniciais para que a REQUERIDA se abstenha de aplicar novas

penalidades à REQUERENTE que guardem relação com o decidido no capítulo XII.12 desta sentença arbitral; e improcedente a existência de repercussão do evento de desequilíbrio sobre mecanismos contratuais;

- (xiii) por unanimidade, julgar improcedente o pedido formulado pela REQUERENTE no item 985, “xiii”, c/c o item 986 das Alegações Iniciais desta arbitragem, para não reconhecer o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO e/ou à indenização em relação à aplicação do Fator Q nas revisões da tarifa de pedágio promovidas na via administrativa. Por consequência, o Tribunal Arbitral também julga improcedentes os pedidos formulados no item 989 das Alegações Iniciais no que guardem conexão com o evento examinado no capítulo XII.13 desta sentença arbitral;
- (xiv) por unanimidade, estabelecer que os valores de indenização reconhecidos nesta sentença arbitral deverão ser corrigidos monetariamente pelo IPCA desde maio de 2012 e acrescidos de juros de mora pelo índice aplicável à caderneta de poupança desde a notificação da REQUERIDA do requerimento de instauração desta arbitragem até 08.12.2021, inclusive, e, a partir de 09.12.2021, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento da taxa SELIC, acumulado mensalmente, para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora. Especificamente quanto ao valor da indenização do EVTEA reconhecida no capítulo XII.4 desta sentença, será considerada, como termo inicial da correção monetária, a data de 18.07.2016, mantidos os demais critérios acima;
- (xv) por unanimidade, tornar sem efeito a Ordem Processual nº 03 e esclarecer que a REQUERIDA deverá se abster de aplicar multas e/ou cobrar penalidades relacionadas aos pleitos acolhidos na presente sentença; e
- (xvi) por unanimidade, decidir por relegar à sentença final a decisão sobre a responsabilidade das partes pelas despesas desta arbitragem.

2108. As partes ficam advertidas de que eventuais pedidos de esclarecimento a esta sentença arbitral deverão ater-se ao disposto no art. 36(2) do REGULAMENTO¹⁹³², na forma do item 16.6 da ATA DE MISSÃO¹⁹³³.

Sede do procedimento: Brasília - DF (Brasil)

7 de maio de 2025

FLAVIO
AMARAL
GARCIA:0038
7435743
FLAVIO AMARAL GARCIA

Digitally signed by
FLAVIO AMARAL
GARCIA:00387435743
Date: 2025.05.07
15:28:52 -03'00'

Coárbitro

PATRICIA
FERREIRA
BAPTISTA

Assinado de forma digital por
PATRICIA FERREIRA BAPTISTA
Dados: 2025.05.07 16:03:53
-03'00'

PATRÍCIA FERREIRA BAPTISTA

Coárbitra

SERGIO NELSON
MANNHEIMER

Assinado de forma digital por
SERGIO NELSON MANNHEIMER
Dados: 2025.05.07 15:10:17
-03'00'

SERGIO NELSON MANNHEIMER

Árbitro Presidente

¹⁹³² “Qualquer pedido de correção de um erro do tipo referido no artigo 36(1), ou quanto à interpretação de uma sentença arbitral, deverá ser feito à Secretaria dentro de 30 dias contados da notificação da sentença às partes, no número de cópias estipulado no artigo 3º(1). Depois da apresentação do pedido ao tribunal arbitral, este deverá conceder à outra parte um prazo curto, não superior a 30 dias, a partir do recebimento do pedido feito pela parte adversa, para que sejam apresentadas as suas observações. O tribunal arbitral deverá apresentar a minuta de sua decisão quanto ao pedido à Corte em até 30 dias após o término do prazo para o recebimento das observações da outra parte ou dentro de qualquer outro prazo fixado pela Corte.” (cf. art. 36[2] do REGULAMENTO).

¹⁹³³ “16.6 Especificamente no que diz respeito à apresentação de eventual pedido de correção e interpretação da sentença arbitral, as Partes deverão observar o disposto no artigo 36(2) do REGULAMENTO CCI para fins de cumprimento de tal prazo.” (cf. item 16.6 da ATA DE MISSÃO).