

ICC 23932/GSS/PFF

PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 23932/GSS/PFF

**REQUERENTE:** Concessionária BR-040 S.A.

**REQUERIDA:** Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT

**Ordem Procedimental nº 5**

CONSIDERANDO QUE, de acordo com o calendário fixado na Ordem Procedimental nº 4, as Partes apresentaram todas as suas manifestações da fase postulatória deste procedimento;

CONSIDERANDO QUE, aos 8 de julho de 2020, a Via 040 apresentou requerimento de ampliação do pedido arbitral juntamente com pedido de concessão de tutela de urgência;

CONSIDERANDO QUE, aos 10 de julho de 2020, o Tribunal Arbitral expediu comunicação exclusivamente eletrônica com prazo para a ANTT se manifestar e para a Via 040 juntar cópias dos procedimentos administrativos;

CONSIDERANDO QUE, aos 27 de julho de 2020, a ANTT se manifestou contrariamente aos pedidos da Via 040;

CONSIDERANDO QUE, na mesma data supramencionada, a Via 040 juntou as cópias dos procedimentos administrativos;

O Tribunal Arbitral decide **indeferir** (i) o requerimento da ANTT, diante da possibilidade de formulação de novos pedidos nesta arbitragem, (ii) a ampliação dos pedidos deste procedimento arbitral e (ii) a tutela de urgência, pelos motivos a seguir expostos.

ICC 23932/GSS/PFF

## Sumário

<b>Do requerimento de ampliação dos pedidos na arbitragem.....</b>	<b>3</b>
Via 040.....	3
ANTT.....	4
<b>Do pedido de tutela cautelar .....</b>	<b>6</b>
<b>Decisão do Tribunal Arbitral.....</b>	<b>7</b>
Inexistência de fato novo - ausência de novas demandas.....	9
Do indeferimento da medida cautelar .....	11
Dispositivo.....	14

ICC 23932/GSS/PFF

## DO REQUERIMENTO DE AMPLIAÇÃO DOS PEDIDOS NA ARBITRAGEM.

### Via 040

1. Em 8 de julho de 2020, a Via 040 apresentou manifestação requerendo a ampliação dos pedidos que embasam este procedimento arbitral, com fundamento no art. Art. 23(4) do Regulamento de Arbitragem da CCI:

*“Artigo 23*

*(...)*

*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.”*

2. Alega a Via 040 que, em 2 de junho 2020, recebeu ofícios referentes a dois processos administrativos<sup>1</sup>, “rejeitando o pedido de reconsideração formulado pela concessionária tornando, assim, definitivas as multas aplicadas e, ainda determinando o pagamento em 30 (trinta) dias”.<sup>2</sup>

3. De acordo com a Via 040, há “conexão e prejudicialidade” entre o objeto das multas administrativas e o objeto deste procedimento arbitral.<sup>3</sup> Para a Via 040, “as multas, como já exposto, foram aplicadas em virtude do atraso da concessionária no cumprimento dos investimentos previstos no contrato”<sup>4</sup> e “aqui também se deduz a responsabilidade da ANTT no atraso da emissão da Licença de Instalação e os efeitos dele decorrentes”.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Números 50510.0928862016-01 e 50510.0928852016-59.

<sup>2</sup> § 13 da petição da Via040.

<sup>3</sup> § 18 da petição da Via040.

<sup>4</sup> § 18 da petição da Via040.

<sup>5</sup> § 19 da petição da Via040.

ICC 23932/GSS/PFF

4. Nos termos das alegações da Via 040, “a anulação das penalidades ali impostas deve ser decidida conjuntamente com os demais pedidos aqui já então formulados”.<sup>6</sup> “Afim, questões afetas devem ser decididas pelo mesmo painel, sob pena de coexistirem decisões absolutamente conflitantes.”<sup>7</sup>

5. Alega a Via 040 que a decisão deste Tribunal Arbitral sobre o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, se reconhecido por descumprimento da ANTT, derrubará as premissas que fundamentam a aplicação das penalidades administrativas.<sup>8</sup>

6. Assim, a Via 040 fundamenta que (i) a ampliação do pedido advém de fato novo, (ii) este procedimento arbitral está na fase inicial, e (iii) o que restar decidido neste procedimento impactará diretamente na legalidade das multas aplicadas e, possivelmente, no cálculo da sanção.<sup>9</sup>

7. Em suma, a Via 040 alega que o atraso na obtenção da licença de instalação (que seria de responsabilidade da ANTT) impactou todo o cronograma, gerando desequilíbrio contratual, objeto da arbitragem, e nulidade das multas. Além disso, alega a Via 040 que a base de cálculo para as multas também depende do julgamento do procedimento arbitral e que a imposição de multas contraria os itens 153 e 159 da OP4.

## **ANTT**

8. A ANTT, em sua manifestação de 27 de julho de 2020, pontua que se ateu às alegações de formalidades, pleiteando oportunidade para a impugnação de

---

<sup>6</sup> § 20 da petição da Via040.

<sup>7</sup> § 25 da petição da Via040.

<sup>8</sup> § 26 da petição da Via040.

<sup>9</sup> § 22 da petição da Via040.

ICC 23932/GSS/PFF

mérito somente no caso de deferimento da ampliação dos pedidos da Via 040 nesta arbitragem.<sup>10</sup>

9. Alega a ANTT que a cláusula arbitral<sup>11</sup> presente no Contrato de Concessão dispõe serem “indisponíveis a titularidade pública do serviço e o poder de fiscalização sobre sua exploração” e, portanto, o Tribunal Arbitral não “poderá negar a natureza pública do serviço”<sup>12</sup>, “nem pode tolher o poder de fiscalização da ANTT”.<sup>13</sup>

10. Desta forma, “admitir uma suspensão geral do contrato e da prerrogativa da ANTT fiscalizar a prestação do serviço esbarraria nos limites legais da presente arbitragem.”<sup>14</sup>

11. De acordo com a ANTT, as multas decorrentes dos processos administrativos envolveram a discussão de “(i) penalidade pelo não atendimento do prazo para implantação do sistema de comunicação (instalação de fibra ótica); (ii) penalidade por descumprimento do prazo para implantação do sistema de controle de tráfego (circuito fechado de TV)”<sup>15</sup> e que “ambas as decisões administrativas datam de 22.06.2017, mais de um ano antes da instauração da arbitragem.”<sup>16</sup>

12. Requer, por fim, “seja reconhecida a celebração da Ata de Missão como marco processual da estabilização da demanda, a partir do qual fica vedada a inclusão de novos pedidos.”<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> § 4º da petição da ANTT.

<sup>11</sup> Cláusula 37.1 e 37.1.1.

<sup>12</sup> § 8 da petição da ANTT.

<sup>13</sup> § 8 da petição da ANTT.

<sup>14</sup> § 13 da petição da ANTT.

<sup>15</sup> § 14 da petição da ANTT.

<sup>16</sup> § 17 da petição da ANTT.

<sup>17</sup> § 28 da petição da ANTT.

ICC 23932/GSS/PFF

## DO PEDIDO DE TUTELA CAUTELAR

13. A Via 040 alega que, ao manter a liminar judicial, este Tribunal Arbitral “reforçou a impositiva abstenção de se impor tais penalidades até que decidido este procedimento arbitral.”<sup>18</sup>

14. Alega que, “muito embora a decisão preserive o poder fiscalizador, de polícia, da ANTT, impõe limitação de aplicação de penalidades que possam impactar a qualidade do serviço prestado, notadamente aquelas lastreadas nas questões contratuais que são objeto da arbitragem.”<sup>19</sup>

15. De acordo com a Via 040, a cobranças das referidas multas administrativas não só contrariaram a Ordem Procedimental nº 3, como também apresentam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, suficientes para a concessão da medida cautelar de suspensão.

16. O *fumus boni iuris* estaria evidenciado na “verossimilhança de seu fundamento e do direito que se busca assegurar neste procedimento arbitral”<sup>20</sup>, uma vez “demonstrado que as multas foram aplicadas em virtude do atraso da concessionária no cumprimento dos investimentos previstos no contrato.”<sup>21</sup>

17. O *periculum in mora*, por sua vez, adviria da incerteza do cálculo da multa que depende de decisão final a ser proferida nesta arbitragem, “sendo certo que apenas ao final deste procedimento será aferida a Tarifa a ser efetivamente praticada.”<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> § 55 da petição da Via 040.

<sup>19</sup> § 56 da petição da Via 040.

<sup>20</sup> § 67 da petição da Via 040.

<sup>21</sup> § 67 da petição da Via 040.

<sup>22</sup> § 70 da petição da Via 040.

ICC 23932/GSS/PFF

18. Assim, a Via 040 requer seja determinado à ANTT que “se abstenha de impor e executar sanções que tenham por fundamento o descumprimento de cronograma de obras, metas e investimentos pela concessionária, sob pena de aplicação de multa diária na forma do art. 537 do Código de Processo Civil.”<sup>23</sup>

19. Subsidiariamente, “requer seja determinada (i) a suspensão da exigibilidade de multas aplicadas nos processos nº 50510.0928862016-01 e 50510.0928852016-59, bem como, (ii) em cumprimento à decisão proferida neste procedimento arbitral, que a ANTT se abstenha de aplicar penalidades administrativas ou contratuais até que seja julgado este procedimento arbitral.”<sup>24</sup>

20. Quanto a este tópico, a ANTT não se manifestou, limitando-se a discorrer tão somente sobre os aspectos formais da possibilidade ou não de inclusão de novas demandas nesta arbitragem.

#### **DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL**

21. Em relação à ampliação dos pedidos deste procedimento arbitral, deve-se notar que o Regulamento da CCI – instituição arbitral escolhida por ambas as Partes – dispõe expressamente sobre a possibilidade de formular novas demandas.

*“23 (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*

---

<sup>23</sup> § 79 da petição da Via 040.

<sup>24</sup> § 80 da petição da Via 040.

ICC 23932/GSS/PFF

*deverá considerar a natureza de tais demandas, o estado atual da arbitragem e quaisquer outras circunstâncias relevantes.”*

22. As Regras da Instituição escolhida devem nortear o procedimento e as condutas das Partes que a ele se submetem, nos termos do artigo 19<sup>25</sup> do Regulamento da CCI e sua transcrição expressamente incluída no item 74 da Ata de Missão:

*74. De acordo com o Artigo 19 do Regulamento, o procedimento perante o Tribunal será regido pelo Regulamento e, no que este for omissivo, pelas regras que as Partes – ou, na falta destas, o Tribunal – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem, respeitados os princípios da não surpresa, da fundamentação das decisões proferidas, do contraditório e da ampla defesa.*

23. São estas, portanto, as regras que vinculam as Partes, não cabendo ao Tribunal Arbitral modificá-las, salvo se ambas as Partes assim desejarem.

24. De acordo com as regras estipuladas pelas Partes, pois, a demanda se estabiliza com as posições e pretensões incluídas na Ata de Missão, conforme se extrai do item 81 a seguir:

*81. O objetivo dos resumos seguintes é atender ao exigido no Artigo 23(1) do Regulamento, sem prejuízo do contido em demais alegações, argumentos, afirmações ou negações, repetidas ou diferentes, já depositadas, e em demais manifestações e instrumentos a serem depositados no curso desta arbitragem, sob ressalva do disposto no Artigo 23(4) do Regulamento.*

---

<sup>25</sup> Artigo 19. Regras aplicáveis ao procedimento. O procedimento perante o tribunal arbitral será regido pelo Regulamento, e, no que for omissivo, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o tribunal arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem.



ICC 23932/GSS/PFF

25. No entanto, as mesmas regras ressalvam a possibilidade de inclusão de novas demandas se verificados determinados requisitos, conforme item 82 da Ata de Missão, em consonância com o teor do art. 23(4) do Regulamento da CCI:

*82. Portanto, nenhuma das Partes poderá formular novas demandas fora dos limites desta Ata de Missão, após sua assinatura ou aprovação, a não ser seja autorizada para tanto pelo Tribunal, o qual levará em consideração a natureza de tais demandas, o estágio da arbitragem e outras circunstâncias relevantes.*

26. Desta forma, em resposta ao requerimento da ANTT para que seja determinada a vedação à inclusão de novos pedidos, o Tribunal Arbitral entende que as Regras determinadas de comum acordo por ambas as Partes devem vigorar até o final do procedimento, obedecendo-se, pois, o que foi pactuado na Ata de Missão e o que dispõe o Regulamento da CCI.

### **Inexistência de fato novo - ausência de novas demandas**

27. Quanto ao requerimento de ampliação dos pedidos formulados pela Via 040, o Tribunal deve – primeiro – analisar se se trata de demanda nova, ou fato novo, nos termos do Regulamento e da Ata de Missão. Nesse sentido:

*“In applying Art. 23(4) ICC Rules, the first issue which needs to be decided is whether or not a claim made after the signing of the Terms of Reference is a “new” claim at all. Only if this is the case, the tribunal has to decide, second, whether or not such new claim falls “outside the limits of the Terms of Reference.”<sup>26</sup>*

---

<sup>26</sup> BEYELER, Karin. 'Chapter 4, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 23 [Terms of reference]', in Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide. Editora Kluwer Law International, 2013, p. 784.

ICC 23932/GSS/PFF

28. Há de se ressaltar que as multas administrativas aplicadas nos processos 50510.0928862016-01<sup>27</sup> (RTE-72) e 50510.0928852016-59<sup>28</sup> (RTE-73) não se consubstanciam em fatos novos.

29. Ainda que os ofícios de cobrança das multas datem de 2 de junho de 2020, fato é que os próprios autos dos processos administrativos demonstram que estas multas se tornaram definitivas em 22 de junho de 2017 (RTE 73, pág. 82 e RTE-72, pág. 86) – data em que os respectivos recursos não foram conhecidos por intempestividade.

30. Além disso, o calendário deste procedimento arbitral foi determinado logo na Ordem Procedimental nº 1, datada de 26 de agosto de 2019.

31. A Ordem Procedimental nº 4, por sua vez, fixou as datas de todas as manifestações das Partes, levando-se em consideração que o “dia D”<sup>29</sup> representou o dia 9 de janeiro de 2020, findando-se todos os prazos em 8 de julho de 2020.

32. O requerimento de ampliação dos pedidos da arbitragem vieram tão somente nesta última data.

33. Nota-se, pois, que as Partes tiveram diversas oportunidades de pronunciamento – inclusive para incluir novos pedidos, não o fazendo em momento oportuno.

---

<sup>27</sup> Assunto: PAS-AI nº 00595, de 27 de abril de 2016 – por descumprimento ao prazo estabelecido para implantação do sistema de controle de tráfego (inexecução do sistema de circuito fechado de TV).

<sup>28</sup> Assunto: PAS-AI nº 00594, de 27 de abril de 2016 – apuração de penalidade pelo não atendimento aos prazos para implantação do sistema de comunicação (inexecução na instalação dos cabos de fibra ótica em trechos já duplicados).

<sup>29</sup> Data da Ordem Procedimental nº 3, que reapreciou a tutela cautelar judicial.

ICC 23932/GSS/PFF

34. Nenhuma alegação sobre a nulidade dessas multas foi suscitada. A Via 040, inclusive, protocolou sua réplica em 8 de junho de 2020 – após o recebimento da intimação para pagamento – sem nada requerer acerca das penalidades administrativas. Não há, pois, nova demanda.

35. Aumentar o objeto da arbitragem, neste momento, seria contraproducente e afetaria todo o procedimento, pois abrir-se-ia novamente o contraditório para que as Partes se manifestassem sobre as questões de mérito, que demandariam ainda mais prazos para o atendimento do princípio do contraditório.

36. Leva-se em conta que há liminar deferida a favor da Requerente; por isso, o tempo dispendido com o procedimento pode ser visto como benefício à Requerente e um não benefício à Requerida.

37. Assim, tais questões são inovações no mérito e teriam de ser arguidas de modo aprofundado neste procedimento. As questões sobre as multas administrativas ensejariam – na prática – um novo procedimento arbitral, em descompasso com a fase em que se encontra esta arbitragem.

38. Assim, a questão da nulidade destas multas, em específico, não trata de nova demanda e não é alcançada pela atual jurisdição arbitral.

#### **Do indeferimento da medida cautelar**

39. Quanto ao pedido de medida cautelar, não há fundamentos para seu deferimento. Além de inexistentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não há ofensa à Ordem Procedimental nº 3.

ICC 23932/GSS/PFF

40. Não há como se aferir a fumaça do bom direito no caso em apreço, uma vez que esta se confundiria com a análise do mérito sobre eventual ilegalidade da multa administrativa, o que – como demonstrado acima – não será analisado por este Tribunal Arbitral.

41. Além disso, também não se verifica o *periculum in mora*, uma vez que também não cabe a este Tribunal Arbitral verificar qual o valor devido às multas aplicadas nos processos administrativos especificamente abordados pelas Partes deste procedimento.

42. Nota-se, ainda, que a alegação de possibilidade de risco na demora se trata, nas circunstâncias do caso, de um argumento contraditório.

43. Conforme analisado acima, as multas administrativas já existiam antes mesmo da instauração da arbitragem e claramente poderiam ser executadas a qualquer momento, desde junho de 2017. Além disso, mesmo após o início da arbitragem, a Requerente aguardou muito tempo para suscitar esta questão neste procedimento, deixando transcorrer todos os prazos processuais sem qualquer indagação. Não há, pois, elementos suficientes que corrobore a alegação de perigo na demora.

44. Ainda que assim não fosse, na Ordem Procedimental nº3, decidiu-se estritamente sobre os pleitos apresentados pela Via 040 neste processo arbitral. O teor daquela decisão, portanto, não alcança questões pretéritas, inclusive aquelas encobertas pela coisa julgada administrativa.

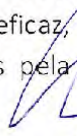
45. O § 159 da Ordem Procedimental nº 3 expressamente dispôs:

ICC 23932/GSS/PFF

159. Da mesma forma que a diminuição da base tarifária poderia ensejar interrupção da prestação dos serviços públicos pela **REQUERENTE**, eventuais penalidades aplicadas unilateralmente neste momento do contrato também impactariam o mínimo eficiente da prestação dos serviços, pois inviabilizariam o mínimo de execução do escopo contratual (da forma como é realizado hoje).

46. Está claro, portanto, que a decisão se refere às multas aplicadas “neste momento”, desde a instauração da presente arbitragem, não se aplicando às multas anteriores – muito menos àquelas que se tornaram definitivas muito antes do início deste procedimento.

47. Ressalta-se, ainda, que a impossibilidade de aplicação de multas – relacionadas às demandas deste procedimento – não significa impossibilidade de fiscalização e de avaliação da prestação de serviços por parte da Via 040, conforme analisado pelo Tribunal Arbitral na Ordem Procedimental nº 3:

160. Ressalta-se, ainda, que a falta de aplicação das penalidades não afasta da **REQUERIDA** seu dever de fiscalização, tampouco torna esse dever ineficaz, devendo a **REQUERIDA** continuar a avaliar a prestação dos serviços pela **REQUERENTE** e formalizar todos os acontecimentos e faltas ocorridas. 

48. Este entendimento do Tribunal Arbitral coaduna justamente com o conteúdo da cláusula 37.1.1.(i) do Contrato de Concessão:

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

49. Assim, não preenchidos os requisitos tutela de urgência, o Tribunal Arbitral indefere também esse pedido.

ICC 23932/GSS/PFF

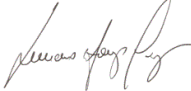
## Dispositivo

50. Por todo o exposto, o Tribunal Arbitral **indefere** (i) o requerimento da ANTT, diante da possibilidade de formulação de novos pedidos nesta arbitragem; (ii) o requerimento da Via 040 de ampliação dos pedidos desta arbitragem; bem como (iii) a concessão da tutela de urgência requerida pela Via 040.

Ciência às **PARTES**.

Brasília/DF, 17 de maio de 2020.

**DocuSigned by:**



33E599E20241466...

**LUCIANO DE SOUZA GODOY**

(Em nome do Tribunal Arbitral,  
com a anuência dos árbitros Lauro Gama e Sérgio Guerra)