



PROCEDIMENTO ARBITRAL CAM-CCBC Nº 64/2019/SEC7

PETIÇÃO 5 DA REQUERENTE - ALEGAÇÕES INICIAIS

II. PARTE ESPECIAL

CADERNO IV

Desconto de Reequilíbrio e Penalidades

Índice

1. A incorreta aplicação do Desconto de Reequilíbrio	2
1.1. Recomposição devida pela impropriedade na forma de aplicação do Desconto de Reequilíbrio sobre o FCM	2
1.1.1. Erro reconhecido e assumido pela ANTT	2
1.1.2. Inadmissibilidade do comportamento da ANTT e o direito da VIABAHIA à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro	6
1.2. Revisão dos referenciais para apuração e aplicação do Desconto de Reequilíbrio	9
1.2.1. A necessária revisão dos Trechos Homogêneos para Quilômetros Unitários ..	9
1.2.2. Adequação da revisão do referencial de apuração do Desconto de Reequilíbrio com a manutenção da proporcionalidade.....	14
1.3. O direito da VIABAHIA à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.	16
2. Aplicação indevida do Desconto de Reequilíbrio na 7ª Revisão Ordinária	17
3. Nulidade de Autos de Infração	20
3.1. Preliminarmente – Competência do Tribunal Arbitral.....	21
3.2. Preliminarmente – Ocorrência de Prescrição Intercorrente.....	22
3.3. Os Autos de Infração indevidamente lavrados em face da VIABAHIA e as arbitrárias sanções impostas	24
3.3.1. Auto de Infração nº 5027 – PAS nº 50500.107335/2012-37 (pp. 124 à 315 do RTE-264).....	24
3.3.2. Auto de Infração nº 5082 – PAS nº 50535.003945/2014-27 (pp. 316 à 432 do RTE-265).....	26
3.4. Conclusão.....	30

1. A Requerida cometeu diversos equívocos e vícios na aplicação do Desconto de Reequilíbrio, disciplinado pela Cláusula 20.6 do Contrato, tanto de forma geral (**item 1**), como de forma específica no caso da 7ª Revisão Ordinária (**item 2**), acarretando verdadeiro desequilíbrio na equação econômico-financeira. Além disso, foram aplicadas penalidades de forma arbitrária e viciada pela ANTT, especialmente em razão de sua flagrante mora (**item 3**).

1. A incorreta aplicação do Desconto de Reequilíbrio

2. O Contrato firmado entre a VIABAHIA e a ANTT, como visto, integrou a Fase II da 2ª Etapa de Concessões Rodoviárias Federais, sendo sua modelagem resultado da incorporação de mecanismos inovadores de controle e estímulos ao cumprimento das obrigações pela concessionária. Dentre esses mecanismos está o Desconto de Reequilíbrio que, nos termos da cláusula 1.1.1.(xii), consiste no:

“percentual que será deduzido da Tarifa Básica de Pedágio com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, nos casos de atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório necessários ao cumprimento dos Parâmetros de Desempenho previstos no PER, desde já acordado entre as partes na forma da subcláusula 20.6, calculado em função dos indicadores previstos no Anexo 5.”

3. O Desconto de Reequilíbrio, assim, é um deflator tarifário, aferido anualmente a partir da análise do nível de cumprimento das obrigações e parâmetros de desempenho fixados no Contrato (conforme cláusula 20.6.1), compondo a parametrização dos reajustes tarifários anuais.
4. Ocorre que, sendo o Contrato da VIABAHIA o primeiro modelo a implementar esse mecanismo, diversos foram os problemas enfrentados quando da sua aplicação prática ao longo da execução. Essas dificuldades serviram para que a ANTT pudesse aperfeiçoar o modelo nas concessões posteriores à presente, corrigindo imperfeições diagnosticadas na realidade da VIABAHIA.
5. Em que pese o mencionado aperfeiçoamento promovido pela ANTT, é fato que o Contrato ora contido apresentou, dentre outros desajustes na forma de apuração e aplicação do Desconto de Reequilíbrio, dois relevantes pontos problemáticos: **(i)** os efeitos financeiros da incidência, até o 8º ano da Concessão, do Desconto também no Fluxo de Caixa Marginal (FCM), enquanto deveria incidir apenas sobre o Fluxo de Caixa Original (FCO), implicando na redução significativa de receita (**Item 1.1**); **(ii)** apuração e mensuração com base em Trechos Homogêneos integrais, em detrimento da avaliação do adimplemento contratual por quilômetros (**Item 1.2**).
6. Dessa forma, passa-se à análise e detalhamento desses fatos que, como se comprovará, demandam a intervenção deste Tribunal Arbitral.

1.1.Recomposição devida pela impropriedade na forma de aplicação do Desconto de Reequilíbrio sobre o FCM

1.1.1 Erro reconhecido e assumido pela ANTT

7. Originalmente, a ANTT promovia a aplicação do Desconto de Reequilíbrio não só sobre os valores iniciais do Contrato (Fluxo de Caixa Original – “FCO”), como também sobre os novos investimentos, que configuram o Fluxo de Caixa Marginal (“FCM”) do Contrato.
8. Ao assim proceder, **o Desconto incidia sobre valores que não se relacionavam com a finalidade pretendida com o mecanismo contratual**, que visa a impedir a postergação indevida de **investimentos inicialmente pactuados quando da celebração do Contrato** (FCO). Isso significa que o Desconto de Reequilíbrio **não** deveria, por exemplo, afetar valores relativos à recomposição devida por novos investimentos inseridos em momento posterior no pleito de obrigações da VIABAHIA (FCM).
9. Como consequência desse reiterado erro cometido pela ANTT, foram descontados valores relacionados ao FCM, ensejando o desequilíbrio da relação contratual.
10. Diante disso, a VIABAHIA, em 20 de julho de 2017 (**RTE-095**), no bojo da 7ª Revisão Ordinária e 10ª Revisão Extraordinária, submeteu pleito à ANTT para que fosse corrigida essa inadequação e recomposto o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, abalado pela afetação incorreta e reiterada de valores vinculados ao FCM.
11. Adentrando a análise da questão no bojo do procedimento da 10ª Revisão Extraordinária, por meio da Nota Técnica nº 223/2017/GEROR/SUINF, de 09 de novembro de 2017 (**RTE-175**), a Requerida foi, inclusive, muito clara ao afirmar que:

“138. Conforme se observa, o Contrato de Concessão estabelece que o Desconto de Reequilíbrio é aplicável sobre a Tarifa Básica de Pedágio resultante das revisões anuais, a qual considera o total das tarifas obtidas nos Fluxos de Caixa Original e Marginais.

*139. Não obstante, o assunto está em frene de regulamentação por esta Agência, de modo que, caso fique estabelecido o pleito, **o reequilíbrio econômico-financeiro da Concessionária deverá ser realizado**”.* (grifamos)

12. A ANTT, por sua vez, apreciou este pleito e **reconheceu** tanto o **erro** na aplicação do Desconto sobre o FCM e, principalmente, que essa forma de cômputo **causa o desequilíbrio contratual**. É o que se vê expressamente na Nota Técnica nº 001/2018/SUINF (**RTE-240**):

“Para tentar exemplificar as duas hipóteses de incidência do Desconto de Reequilíbrio, a saber na Tarifa Básica de Pedágio oriunda do FCO e dos FCMs ou somente na Tarifa Básica de Pedágio oriunda do FCO, e com vistas a subsidiar a tomada de decisão pela Diretoria Colegiada, apresentamos um exemplo hipotético.

‘Foi apurado, conforme prevê o contrato de concessão, que a concessionária não atingiu determinados parâmetros de desempenho do contrato, bem como não executou determinadas obras de duplicação condicionadas ao volume de tráfego, cujos gatilhos de tráfego tinham sido atingidos.

A apuração chegou a um valor de 10% de Desconto de Reequilíbrio, conforme valores constantes da Tabela 1 do Anexo 5 do contrato.

Naquela ocasião a Tarifa Básica de Pedágio vigente na concessão, oriunda do Leilão era de R\$ 2,50 (Fluxo de Caixa Original -FCO). A incidência do Desconto de Reequilíbrio na tarifa do FCO, fará com que a mesma reduzisse para R\$ 2,25, conforme prevê a subcláusula contratual 20.6.5.

Na sequência, a ANTT de comum acordo com a concessionária, aprovou a inclusão no contrato de concessão da construção de uma obra de arte especial, que estava a cargo do DNIT sendo os valores dos investimentos e custos operacionais inseridos no Fluxo de Caixa Marginal - FCM, conforme prevê o contrato de concessão e a Resolução ANTT nº 3.651/2011.

A inclusão desta obrigação no contrato, gerou uma Tarifa Básica de Pedágio de R\$ 2,00 no FCM, tarifa esta necessária para fazer face aos investimentos e custos incluídos.

Considerando a incidência da Desconto de Reequilíbrio somente na Tarifa Básica de Pedágio do FCO, chegamos a uma tarifa de R\$ 4,25 (R\$ 2,25 do FCO e R\$ 2,00 do FCM).

Se considerarmos a incidência do Desconto de Reequilíbrio tanto na Tarifa Básica de Pedágio oriunda do FCO quanto naquela oriunda do FCM chegamos a uma tarifa de R\$ 4,05 (R\$ 2,25 do FCO e R\$ 1,80 do FCM).'

Com base no exemplo acima, é possível observar que a incidência do Desconto de Reequilíbrio tanto no FCO quanto no FCM, faz com que o FCM fique desequilibrado. Ou seja, a concessionária não terá no FCM os R\$ 2,00 necessários para fazer face aos investimentos e custos incluídos.” (grifamos)

13. Posteriormente a esse ato, em 22 de janeiro de 2018, a Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária (SUINF), expediu o Memorando nº 36/2018/SUINF, por meio do qual determinou que no cálculo da tarifa relativa à 7ª Revisão Ordinária e 10ª Revisão Extraordinária, o Desconto de Reequilíbrio incidisse apenas sobre o FCO, tal como requerido pela VIABAHIA (RTE-241)¹.
14. Assim, após detida análise do pleito da VIABAHIA, restou **incontroverso** junto à ANTT o afastamento da aplicação do Desconto sobre o FCM (apenas sobre o FCO), subsistindo, contudo, a necessidade de recomposição dos valores descontados indevidamente.
15. Posteriormente, em 04 de outubro de 2018, a SUINF prolatou o Despacho nº 511/2018/SUINF (RTE-243) endereçado à Diretoria da ANTT, expressando ser **favorável** à aplicação do Desconto de Reequilíbrio apenas sobre o FCO e **ao reequilíbrio dos valores descontados anteriormente de maneira incorreta:**

“Na esteira desse assunto, a Concessionária Via Bahia interpela sobre fator de desequilíbrio quando o desconto de reequilíbrio incide na tarifa básica de pedágio do Fluxo de Caixa Marginal (FCM).

Dessa forma, apresenta-se a esta Diretoria posicionamento da área técnica por meio do Memorando n 087/2018/GEREF/SUINF, de 01/10/2018, onde a GEREF sugere, a qual a SUINF concorda, que a incidência do desconto de reequilíbrio ocorra somente sobre a

¹ Como consignado no Voto DSL 041/2018 (RTE-242), que precedeu a Resolução nº 5.656/2018 (RTE-176): “A SUINF informou que o percentual de Desconto de Reequilíbrio a ser aplicado na TBP é de 7,97% (sete inteiros e noventa e sete centésimos por cento), entretanto, considerando a determinação exarada por meio do Memorando nº 036/2018/SUINF, esse Desconto será aplicado apenas sobre a TBP do Fluxo de Caixa Original (FCO), resultando na redução da Tarifa de Pedágio de R\$ 2,77557 para R\$ 2,60831, representando um decréscimo de 2,11% (dois inteiros e onze centésimos por cento).”

tarifa básica de pedágio do Fluxo de Caixa Original – FCO (ou Leilão revisada para os contratos que não tem Plano de Negócios). Portanto, não incidindo o desconto de reequilíbrio sobre o Fluxo de Caixa Marginal – FCM.

*Ademais, **que à Diretoria Colegiada da Agência autorize à SUINF proceder com a correção da aplicação do desconto de reequilíbrio realizada nos anos anteriores, consoante com a interpretação citada, que incidiu de forma equivocada sobre a tarifa resultante do FCO (ou de Leilão revisada) e do FCM***. (grifamos)

16. Ainda, por meio do Despacho de Aprovação nº 00001/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (RTE-244), em 16 de janeiro de 2019, a Procuradoria Geral junto a ANTT **concordou** com a aplicação equivocada do Desconto de Reequilíbrio sobre o FCM, **entendendo como correta a aplicação retroativa da nova fórmula de cálculo**, porém com prazo máximo de 5 anos (devido a prescrição quinquenal):

“Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, aprovo o PARECER n. 02083/2018/PF-ANTT/PGF/AGU, deixando de expedir manifestação conclusiva sobre a minuta apresentada, mas opinando pela possibilidade jurídica de incidência de desconto de reequilíbrio apenas no FCO, metodologia esta aplicável inclusive de forma retroativa, observada prescrição quinquenal prevista nos arts. 1º e 5º do Decreto n. 20910/1932”.

17. Essa mesma interpretação foi seguida no bojo da 8ª Revisão Ordinária e 11ª Revisão Extraordinária, ocasião em que, por meio da Nota Técnica SEI nº 363/2019/GEREF/SUINF/DIR (RTE-041), que promoveu o cálculo retroativo da perda de receita incorrida pela VIABAHIA com a aplicação do Desconto sobre o FCM:

“110. Nesse contexto, esta área técnica encaminhou o Memorando nº 087/2018/GEREF/SUINF, de 01/10/2018, sugerindo consulta à Diretoria da ANTT quanto à exclusão do Desconto de Reequilíbrio aplicado às tarifas dos Fluxos Marginais nos contratos de concessão da 2ª etapa Fase II, que inclui a Concessionária ViaBahia, e da 3ª Etapa do PROCROFE.

111. Embora a Diretoria da ANTT não tenha se manifestado sobre o assunto até o momento, a Procuradoria Geral da ANTT, conforme o Despacho de Aprovação nº 00001/2019/PFANTT/PGF/AGU, de 16/01/2019, que aprovou o Parecer n. 02083/2018/PFANTT/PGF/AGU, opinou pela possibilidade jurídica da incidência de desconto de reequilíbrio apenas no FCO de forma retroativa, observada a prescrição quinquenal prevista nos artigos 1º a 5º do Decreto nº 20.910/1932.

112. Nesse sentido, foi realizado, para deliberação pela Diretoria, o cálculo retroativo da perda de receita devido a incidência do Desconto de Reequilíbrio nos FCMS desde a 2ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária até a 6ª Revisão Ordinária e 9ª Revisão Extraordinária.

113. Para tanto, foram consideradas as diferenças de receita auferidas e devidas no período de 5 (cinco) anos anteriores a apresentação do pleito da Concessionária pela primeira vez (Carta VBGEC900/2017, de 20/07/2017), correspondendo ao período de 07/12/2012 a 06/12/2017. 114. As diferenças de receita foram calculadas a partir das tarifas de pedágio não arredondadas consideradas nos Fluxos de Caixa Marginais (FCM1 a FCM4), com e sem a incidência dos Descontos de Reequilíbrio, bem como do tráfego real dos anos concessão 4, 5, 6, 7 e 8, ponderado de acordo com os períodos de vigência das respectivas tarifas. Os valores obtidos estão mostrados no quadro a seguir:

Quadro 17: Diferenças de Receita FCMs - (R\$) a Preços iniciais

Ano concessão	FCM1	FCM2	FCM3	FCM4
Ano 4	312.533,68	0,00	0,00	0,00
Ano 5	257.998,37	1.566,12	0,00	0,00
Ano 6	274.211,29	56.675,03	0,00	0,00
Ano 7	753.159,02	137.723,27	134.649,29	0,00
Ano 8	779.925,59	137.944,32	140.636,38	800.366,70

18. Seguindo esse raciocínio, por meio da Resolução nº 5.850, de 16 de julho de 2019, a ANTT **reconheceu** a inadequação da aplicação do Desconto de Reequilíbrio e corrigiu, em nível de atuação regulatória, essa impropriedade do mecanismo, **disciplinando expressamente que o Desconto deve incidir tão somente sobre o FCO**, como se extrai do seu artigo 4º:

“Art. 4º O Desconto ou Acréscimo de reequilíbrio, quando previsto contratualmente, terá incidência exclusiva sobre a TBP vencedora do leilão revisada, não incidindo sobre a tarifa do FCM.” (grifamos)

19. Ocorre que, não obstante os reiterados atos administrativos que **reconheceram**, no bojo do Contrato em tela, que a forma como o Desconto de Reequilíbrio estava em desconformidade com os termos contratuais, que determinavam sua incidência apenas no FCO, bem como a consolidação desse entendimento por meio da Resolução nº 5.850/2019, a ANTT, por meio da Nota Técnica SEI nº 2271/GEREF/SUINF/DIR (**RTE-027**)², **mudou totalmente seu posicionamento**, passando a sustentar que a VIABAHIA não faria jus à recomposição dos valores descontados indevidamente do FCM, em virtude da suposta “irretroatividade” da interpretação sobre o tema pela ANTT.
20. A arbitrariedade da postura da ANTT é notória, na medida em que, **mesmo após anos reconhecendo que agira contrariamente ao disposto no Contrato**, vale-se da sua posição enquanto ente da Administração Pública para se furtar do dever de recompor o equilíbrio contratual rompido com o seu **assumido equívoco na forma de aplicação do Desconto de Reequilíbrio, causado pela desconsideração das particularidades do Contrato**.
21. A inadmissibilidade da supressão da ANTT do direito inequívoco da VIABAHIA à recomposição dos valores ora discutidos será detidamente demonstrada a seguir.

1.1.2. Inadmissibilidade do comportamento da ANTT e o direito da VIABAHIA à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

22. Como adiantado, para tentar se furtar do dever de promover a recomposição dos valores indevidamente descontados do FCM, a ANTT maneja uma suposta “irretroatividade” do que considera ser a sua interpretação sobre o tema, nos termos do inciso XIII do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.784/1999³.

² Embasada no Parecer nº 00959/2019/PFANTT/PGF/AGU, de 05 de julho de 2019 (**RTE-245**)

³ Art. 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

23. Entretanto, essa linha argumentativa adotada pela ANTT ignora que, na realidade, a pretensão da VIABAHIA **decorre da correção de um equívoco técnico na aplicação do Desconto de Reequilíbrio, não de mudança interpretativa dos termos contratuais, que causou o desequilíbrio do Contrato apurado em R\$ 4.316.345,68⁴** - conforme detalhado no Relatório A&M (RTE-087) -, e sobre o qual se discutia na esfera administrativa, de modo expresse, desde julho de 2017, quando a Requerente submeteu seu pleito à Requerida⁵.
24. Ou seja, a Requerida trata como sendo uma “*nova interpretação*” o reconhecimento, reiterado, de que não estava **observando a adequada sistemática contratual** e, ainda, **do direito da VIABAHIA à recomposição do equilíbrio contratual**, conforme expresse no Despacho nº 511/2018/SUINF (RTE-243) e Despacho de Aprovação nº 00001/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (RTE-244).
25. Nesse sentido, embora a ANTT se negue a recompor o equilíbrio econômico-financeiro, a realidade histórica não deixa margem a dúvidas quanto:
- (i) ter sido, contratualmente, indevida a aplicação do Desconto de Reequilíbrio sobre o FCM;
 - (ii) essa aplicação ensejou perdas consideráveis de valores, constituindo situação de desequilíbrio contratual;
 - (iii) a causadora pelo desequilíbrio é exclusivamente a ANTT;
 - (iv) a ANTT, na esfera administrativa, reconheceu reiteradamente o direito da VIABAHIA à recomposição do equilíbrio contratual; e
 - (v) a divergência do entendimento anterior, surge apenas às vésperas da publicação da Resolução nº 5.850/2019, por meio da qual restou sedimentada qualquer dúvida sobre a irregularidade de aplicação do Desconto sobre o FCM.
26. Portanto, não cabe a tese de que a recomposição do desequilíbrio em comento estaria obstada pela “irretroatividade de uma interpretação da ANTT”, pois, concretamente, **o que se tem é a correção de um equívoco assumido pela Requerida na aplicação do Contrato**, que torna **nulos** os atos de aplicação do Desconto de Reequilíbrio de modo equivocado e, por consequência indissociável, pressupõe a **recomposição do desequilíbrio decorrente disto**.
27. Nesse passo, essa atuação da ANTT está inserida no seu poder-dever de anular seus próprios atos eivados de vícios, com a correspondente responsabilidade pelos efeitos causados por tais atos viciados – no caso, o desconto indevido de expressivo montante do FCM.
28. Ao se negar a agir desse modo, é patente a violação aos princípios da segurança jurídica, confiança legítima, boa-fé e moralidade pela ANTT, na medida em que torna a concessionária refém da Administração contratante, que descumpre o Contrato, causa um dano, mas não se

⁴ Valor na data-base Dezembro/2005.

⁵ RTE-095 - VB-GEC-0900/2017.

responsabiliza pelas consequências dos seus atos lesivos com base em pressupostos que têm como finalidade justamente a proteção do administrado.

29. Isso porque, a suscitada irretroatividade da interpretação administrativa **visa a afastar potenciais abusos que poderiam ser cometidos pela Administração Pública a partir da formulação de interpretações criativas dos termos legais, mas jamais para retirar direitos contratuais**, pois, como bem pondera Marçal Justen Filho ao tratar do princípio da confiança legítima:

“As atividades e os direitos derivados de atividades estatais devem ser protegidos, sob o pressuposto de que os particulares têm a fundada confiança em que o Estado atua segundo os princípios da legalidade, da moralidade e da boa-fé. O administrado deve e pode confiar na atuação estatal. Os particulares orientam a própria conduta de acordo com as condutas estatais. A participação estatal na produção de uma situação a confiança no particular”.⁶

30. A esse respeito, lembra-se das valiosas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao discorrer sobre o princípio da segurança jurídica, atribuindo-lhe, dentre outros efeitos, a irretroatividade das interpretações administrativas **quando em detrimento dos administrados**, em respeito à sua boa-fé e à justa expectativa gerada pelas interpretações aduzidas pela Administração. Em suas palavras:

*“Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, **não é admissível que o administrado tenha seus direitos fluando ao sabor das interpretações jurídicas variáveis no tempo**”*.⁷ (grifamos)

31. No mesmo sentido, posiciona-se a Professora Odete Medauar, ao discorrer sobre a proteção da confiança dos administrados frente às orientações administrativas, como corolário da aplicação do princípio da segurança jurídica:

*“A proteção da confiança diz respeito à **preservação de direitos e expectativas de particulares ante alterações inopinadas de normas e de orientações administrativas** que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências se revelam desastrosas; também se refere à realização de promessas ou compromissos aventados pela Administração, que geraram esperanças fundadas no seu cumprimento”*.⁸ (grifamos)

32. No presente caso, de forma diametralmente oposta à confiança legítima que deveria pautar a relação ora contida, a Requerida simplesmente se apoderou de uma proteção ao administrado para suprimir o direito contratual da Requerente de ver o dano sofrido por um erro da ANTT, reparado. **Nada mais arbitrário!**

33. Essa deturpação de uma garantia concedida aos administrados, a fim de se furtar do seu dever de reparar o desequilíbrio causado pela inaplicação correta dos termos contratuais,

⁶ JUSTEN Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2013. P. 1339.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p 86.

⁸ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 20. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 165.

constitui verdadeiro episódio de desvio de finalidade, uma vez que, como já esclarecia a lição de Hely Lopes Meirelles:

“O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de uma competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal”⁹. (grifamos)

34. Esse excesso cometido pela ANTT em detrimento do efetivo equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, torna imperiosa a repressão da conduta arbitrária da Requerida.
35. Ao promover a perpetuação do estado de desequilíbrio do Contrato, a Requerida claramente **viola** a expressa previsão do artigo 10 da Lei Geral de Concessões¹⁰ e, ainda, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal¹¹, visto persistir, imotivadamente, no **descumprimento** do dever de preservação do equilíbrio contratual e, especialmente, de aplicar as disposições contratuais adequadamente.
36. Daí extrai-se a clara **ilegalidade** que fulmina a restrição criada pela ANTT para obstruir a pretensão da VIABAHIA, cujo mérito é incontroverso entre as partes, e a indispensabilidade deste Tribunal Arbitral condenar a Requerida a promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.
37. Ante o exposto, a VIABAHIA requer ao Tribunal Arbitral que **condene** a ANTT a **promover a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**, no valor total de **R\$ 3.809.650,47** (três milhões, oitocentos e nove mil, seiscentos cinquenta reais e quarenta e sete centavos), valor na data-base (dezembro/2005), a ser acrescido de juros, correção monetária, multas, tributos e todos os reajustes e consectários legais e contratuais aplicáveis, em virtude da mora da ANTT. Para a realização da recomposição do referido valor ao Contrato de Concessão, a VIABAHIA sugere ao Tribunal Arbitral a **condenação** da ANTT a adotar as medidas detalhadas no Relatório A&M (**RTE-087**).

1.2. Revisão dos referenciais para apuração e aplicação do Desconto de Reequilíbrio

1.2.1 A necessária revisão dos Trechos Homogêneos para Quilômetros Unitários

38. Como adiantado, o Contrato ora contendido foi o **primeiro modelo** a conter a previsão do Desconto de Reequilíbrio em sua modelagem, o que evidencia o caráter quase que

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 96.

¹⁰ “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

¹¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

experimental desse mecanismo que foi sendo aperfeiçoado ao longo das mais recentes Etapas de Concessões Rodoviárias Federais.

39. Diante essa primogenia do Contrato da VIABAHIA, muitos aspectos relacionados à forma de apuração e aplicação do Desconto são caracterizados por diversos descompassos entre a previsão objetiva contratual e a realidade da dinâmica da Concessão.
40. Nesse sentido, a metodologia atualmente prevista no Anexo 5 do Contrato (**RTE-246**) adota como base para a apuração dos eventuais descumprimentos/não atendimentos dos parâmetros de desempenho e obrigações contratuais de modo segmentado em Trechos Homogêneos (“TH”), isto é, ao invés de aferir o adimplemento da VIABAHIA por quilômetros unitários das rodovias, a ANTT promove essa avaliação por “trechos pré-definidos”.
41. Porém, como se extrai da Tabela¹² que define o início e fim de cada trecho, há trechos que correspondem a 60Km contínuos:

Trecho	Rodovia	Locais de Início e Fim	Km Início (PNV)	Km Fim (PNV)	Km Início	Km Fim
1	BR-324/BA	SALVADOR - ENTR BA-093	626,2	603,0	0,0	23,254
2	BR-324/BA	ENTR BA-093 - ENTR BA-515 (P/JACUIPE)	603,0	560,8	0,0	41,998
3	BR-324/BA	ENTR BA-515 (P/JACUIPE) - ACESSO CONTORNO DE FEIRA DE SANTANA	560,8	519,5	0,0	41,167
4	BR-324/BA	ACESSO CONTORNO DE FEIRA S. - ENTR BR-116(B)/BA-502/503 (FEIRA DE SANTANA)	519,5	512,6	0,0	6,814
5	BR-116/BA	ENTR BR-324(A) - ACESSO CONTORNO DE FEIRA DE SANTANA	401,6	426,2	0,0	19,664
6	BR-116/BA	ACESSO CONTORNO DE FEIRA DE SANTANA - ENTR BA-120(A) (P/SANTO ESTEVÃO)	426,2	461,2	0,0	35,376
7	BR-116/BA	ENTR BA-120(A) (P/SANTO ESTEVÃO) - ENTR BR-242/BA-120(B) (PARAGUAÇU)	461,2	495,1	0,0	33,734
8	BR-116/BA	ENTR BR-242/BA-120(B) (PARAGUAÇU) - ENTR BA-245	495,1	543,2	0,0	47,560
9	BR-116/BA	ENTR BA-245 - ENTR BR-026(B)	543,2	566,2	0,0	23,408
10	BR-116/BA	ENTR BA-026(B) - ENTR BA-553	566,2	589,4	0,0	22,350
11	BR-116/BA	ENTR BA-553 - ENTR BA-250 (P/JAGUAQUARA)	589,4	632,5	0,0	43,551
12	BR-116/BA	ENTR BA-250 (P/JAGUAQUARA) - ENTR BA-890	632,5	653,0	0,0	19,390
13	BR-116/BA	ENTR BA-890 - ACESSO À JEQUIÉ	653,0	674,7	0,0	21,460
14	BR-116/BA	ACESSO À JEQUIÉ - ENTR BR-030	674,7	735,4	0,0	60,154
15	BR-116/BA	ENTR BR-030 - ENTR BA-262(A) (POÇÕES)	735,4	755,9	0,0	21,993
16	BR-116/BA	ENTR BA-262(A) (POÇÕES) - ENTR BA-641	755,9	782,8	0,0	25,824
17	BR-116/BA	ENTR BA-641 - ENTR BR-407/415/BA-262(B)/263 (VITÓRIA DA CONQUISTA)	782,8	826,9	0,0	44,688
18	BR-116/BA	ENTR BR-407/415/BA-262(B)/263 (VITÓRIA DA CONQUISTA) - ENTR BA-265	826,9	862,9	0,0	30,527
19	BR-116/BA	ENTR BA-265 - ENTR BA-270	862,9	914,5	0,0	52,197
20	BR-116/BA	ENTR BA-270 - DIV BA/MG	914,5	936,8	0,0	22,300
21	BR-116/BA	CONTORNO DE VITÓRIA DA CONQUISTA	-	-	0,0	29,956

42. Na prática, isso significa que, por exemplo, se a ANTT identificar o aparecimento de trincas classe III em um trecho de 1Km na rodovia dentro do TH11, esta trinca acarretaria o a aplicação do Desconto de Reequilíbrio equivalente a **todo o TH11, que possui mais de 43Km**, ou seja, um desconto 43 vezes superior ao trecho em que houve o eventual descumprimento de um parâmetro¹³.
43. A desproporção e irracionalidade dessa forma de cálculo do Desconto de Reequilíbrio é claramente percebida, visto que não se considera, para fins de aplicação de um deflator tarifário, a real dimensão do que seria sua inadimplência.
44. De igual modo, nota-se que o instrumento que nasce para “desincentivar” o descumprimento de parâmetros de desempenho e obrigações contratuais, na realidade, tornou-se um relevante incentivador ao descumprimento, na medida em que a proporção do impacto a ser

¹² Conforme Estudo de Viabilidade (**RTE-105**)

¹³ A título ilustrativo de dados reais, cita-se que a VIABAHIA demonstrou concretamente à ANTT esse efeito, por meio da carta VB- GEC-0981/2018 (**RTE-247**)

sofrido na tarifa é o mesmo se a concessionária deixar de atender a um dado parâmetro em um quilômetro ou em todos aqueles que são contemplados em um Trecho Homogêneo.

45. Essa **distorção** existente no Contrato celebrado com a VIABAHIA foi **corrigida** nas modelagens das concessões posteriores, que, adequadamente, adotam como base para a apuração do Desconto de Reequilíbrio **quilômetros unitários**.
46. Ciente disso e, principalmente, a fim de suplantar essa imperfeição que afeta drasticamente o Contrato, a VIABAHIA formulou pedido de revisão dessa previsão contratual no bojo de sua proposta de Revisão Quinquenal (**RTE-248**), apresentada em 21 de agosto de 2017, em conformidade com a Cláusula 16.5.1. do Contrato.
47. Nessa oportunidade, a VIABAHIA demonstrou que a metodologia atual está **descompassada** com a realidade e com o próprio aperfeiçoamento da modelagem do Desconto de Reequilíbrio, propondo a adoção de percentuais relacionados a cada **quilômetro**, com pesos distintos – refletindo as características de cada obrigação -, mas que, ao final, não alterariam o percentual máximo e demais particularidades originalmente previstas de Desconto de Reequilíbrio, conforme Anexo 5 do Contrato.
48. Em que pese a já detalhada **mora** da ANTT na conclusão da Revisão Quinquenal, no que tange especificamente a este tema, verificou-se uma movimentação por parte das áreas técnicas da ANTT no sentido de **reconhecer** a adequação e a necessidade de revisão da metodologia de apuração do Desconto de Reequilíbrio. É o que se identifica do Parecer Técnico nº 132/2018/GEFOR/SUINF (**RTE-249**):

“86. Destaque-se que a Via Bahia (sic) e a ECO 101 são as únicas concessionária cujo cálculo do desconto de reequilíbrio dos parâmetros de desempenho é realizado por segmentos homogêneos de rodovia previstos no Contrato. As demais concessões, utilizava (sic) o cálculo baseado nos segmentos homogêneos baseados na monitoração do pavimento da rodovia, considerando cada 1 Km da rodovia como seguimento de rodovia a ser analisado.

87. Entendemos que considerar o segmento homogêneo de rodovia da monitoração do pavimento como método mais adequado e razoável para aferir os parâmetros de desempenho no cálculo do desconto de reequilíbrio, razão pela qual tem sido aplicado dos contratos da 3ª etapa de concessões, bem como está sendo propostos (sic) nos estudos para as novas concessões de rodovias federais.

88. Dessa forma, entendemos ser pertinente atender o pedido da Concessionária em alterar a sistemática de cálculo do desconto de reequilíbrio dos parâmetros de desempenho, segmentando a rodovia por Km”. (grifamos)

49. Por meio do citado Parecer, a ANTT, confirmando seu **reconhecimento** sobre o pleito da Requerente, apresentou sua proposta de readequação do referencial para a apuração do Desconto de Reequilíbrio, adotando a sistemática de segmentação por quilômetro unitário requerida pela VIABAHIA:

Seção I – Quadro de Avaliação de Desempenho

INDICADORES	TOTAL (%)	Desconto x km do segmento homogêneo (%)
1. Ausência de depressões, abaulamentos ou áreas exsudadas, na pista ou no acostamento	2,01%	0,0030%
2. Ausência de desnível entre faixas de tráfego contíguas	1,35%	0,0020%
3. Desnível máximo entre a faixa de tráfego e o acostamento	1,35%	0,0020%
4. Ausência de flechas nas trilhas de roda, medidas sob a corda de 1,20 m, superiores a 7 mm	1,35%	0,0020%
5. Cumprimento dos limites de Irregularidade longitudinal máxima (IRI)	3,74%	0,0055%
6. Cumprimento dos limites máximos de áreas trincadas (TR)	1,98%	0,0029%
7. Cumprimento dos limites de deflexão característica (Dc) máxima	2,20%	0,0032%
SUBTOTAL PAVIMENTO	13,98%	

INDICADORES	TOTAL (%)	Desconto x km do segmento homogêneo (%)
8. Atendimento dos limites mínimos de retrofletância na sinalização horizontal e vertical	1,21%	0,0018%
SUBTOTAL SINALIZAÇÃO	1,21%	
9. Execução das obras de duplicação condicionais ao volume de tráfego*	18,67%	0,0423%
SUBTOTAL OBRAS CONDICIONAIS	18,67%	
TOTAL GERAL	33,86%	

50. É relevante observar que essa proposta da ANTT deve contemplar a **manutenção da particularidade caracterizadora do Contrato firmado com a VIABAHIA**, constante do Anexo 5, consistente na previsão de **aplicação proporcional** do Desconto de Reequilíbrio relativo à execução das Obras Condicionadas, cujos percentuais deveriam ser:

“i) proporcionais à extensão da obra não disponibilizada aos usuários, considerando a extensão total do respectivo trecho, e (ii) divididos pelo número de anos remanescentes até o final do Prazo da Concessão.”

51. Ou seja, a estrutura do Desconto de Reequilíbrio previsto no Contrato é integralmente mantida neste cenário, sendo a alteração do referencial para quilômetros uma forma de conceder maior racionalidade e proporcionalidade a apuração e aplicação do Desconto.
52. Todavia, a ANTT, sem qualquer estudo técnico prévio ou justificativa, alterou seu entendimento sobre a questão e passou a sustentar que a revisão do referencial do Desconto de Reequilíbrio pressuporia, também, **a “exclusão” da previsão da aplicação proporcional no caso das Obras Condicionadas**¹⁴.
53. Evidentemente, a VIABAHIA se insurgiu contra esse entendimento da ANTT, como se observa na missiva VB-GEC-0981/2018, de 18 de setembro de 2018 (**RTE-247**), na qual a Requerente explicita à Requerida que a proporcionalidade prevista originalmente no seu Contrato é de manutenção essencial, pois está vinculada a própria lógica do desenvolvimento das Obras Condicionais e à estruturação econômico-financeira desses investimentos. É relevante destacar que o parâmetro relacionado às Obras Condicionadas tem característica tão singular (espelhando a complexidade dessa obrigação), que ele é único que já é apurado originalmente por quilômetros unitários.
54. Diferentemente do que ocorre no caso da aplicação no FCM ou da mudança dos THs, a alteração da regra de proporcionalidade **nunca** foi colocada em discussão pela VIABAHIA.
55. De fato, como apurado no Relatório A&M (**RTE-087**), essa previsão específica para o caso da VIABAHIA tem características estruturantes da formatação do Desconto de Reequilíbrio, pois, como esse mecanismo incide sobre o Fluxo de Caixa Original (“FCO”), ao não haver a previsão de proporcionalidade originalmente pactuada, o impacto a ser sofrido pela VIABAHIA com a aplicação do Desconto será muito superior ao modelo original, comprometendo, com isso, a equação econômico-financeira do Contrato, já que causaria uma oneração superior ao limite inicialmente contratado.
56. O impacto dessa elevação é ilustrado a partir de gráficos, por meio dos quais se demonstra que, suprimida a forma proporcional de aplicação do Desconto de Reequilíbrio quanto às obras condicionadas, a deflação importará em valores superiores aqueles previstos originalmente para a execução de tais obras (**RTE-087**).
57. De modo concreto, a proposta de revisão da VIABAHIA não enseja qualquer alteração nos percentuais globais de Desconto de Reequilíbrio, preservando a estrutura econômico-financeira desse mecanismo à luz do Contrato; por sua vez, o modelo proposto pela ANTT, sem considerar a proporcionalidade relativa às Obras Condicionadas, corresponderá a um desequilíbrio correspondente a R\$ 567,22 milhões de reais (preços com base em dezembro de 2005), o que não pode ser permitido.
58. Portanto, como será devidamente demonstrado adiante, embora seja consenso entre as Partes a necessidade e adequação da revisão do referencial de apuração do Desconto de Reequilíbrio com a adoção dos segmentos em quilômetros unitários, é inadmissível que tal

¹⁴ Ofício 0471/2018/GEFIR/SUINF (**RTE-250**)

alteração impacte na estrutura econômico-financeira contratual e, muito menos, dê causa a substancial desequilíbrio da relação.

59. Esses motivos impõem a necessidade de que este Tribunal **determine** à ANTT que promova a mencionada revisão – com a qual ela já concordou em diversas manifestações -, porém, com a manutenção da proporcionalidade prevista especificamente para as Obras Condicionadas.

1.2.2. Adequação da revisão do referencial de apuração do Desconto de Reequilíbrio com a manutenção da proporcionalidade

60. Como se viu, não há discordância entre as Partes sobre:

- (i) A possibilidade jurídica de revisão do referencial de aplicação do Desconto de Reequilíbrio, especialmente por ocasião da Revisão Quinquenal (Cláusula 16.5.1. do Contrato), haja vista se tratar de adequação contratual destinada ao aperfeiçoamento regulatório do instrumento Desconto de Reequilíbrio;
- (ii) Apenas o Contrato firmado com a VIABAHIA e com a ECO101 ainda seguem com o modelo de apuração do Desconto de Reequilíbrio a partir de Trechos Homogêneos das rodovias, desconsiderando a realidade unitária de cada quilômetro destas;
- (iii) Esse modelo antiquado de apuração do Desconto de Reequilíbrio se mostra inadequado à avaliação da adimplência da concessionária, por isso foi revisto nas modelagens mais modernas de contratos de concessão;
- (iv) O aprimoramento do modelo causou uma assimetria regulatória, que é passível de correção por meio da revisão do referencial do Desconto de Reequilíbrio;
- (v) A proposta da VIABAHIA submetida por meio da missiva VB-GEC-0910/2017(RTE-248), de 21 de agosto de 2017, se aperfeiçoa a sistemática aprovada pela ANTT¹⁵.

61. Efetivamente, o único ponto de inflexão entre as Partes sobre o tema se refere à manutenção da aplicação proporcional, no tempo da Concessão, do Desconto de Reequilíbrio relativo às Obras Condicionadas (prevista no Anexo 5 do Contrato). O descabimento da postura da ANTT é o que se passa a demonstrar.

62. O Desconto de Reequilíbrio foi instituído nos contratos de concessões rodoviárias a fim de atender à necessidade de se garantir a aderência entre o cumprimento das obrigações e parâmetros de desempenho, especialmente aquelas que refletem investimentos por parte da Requerente, às finalidades e premissas técnico-econômicas que justificaram a celebração do Contrato. Por isso, **o Desconto de Reequilíbrio e sua fórmula de cálculo está diretamente**

¹⁵ Conforme tabela consolidada no Despacho prolatado no bojo do Processo nº 50501.3275462018-70 (RTE-251)

relacionada à estruturação econômico-financeira das obrigações sobre as quais ele se refere, visto se tratar de um mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor dos próprios usuários – que pagarão tarifas compatíveis com o serviço prestado pela VIABAHIA.

63. Essa característica e função desempenhada pelo Desconto de Reequilíbrio no bojo do Contrato também impede que sejam implementadas alterações desarrazoadas que impliquem na oneração excessiva da concessionária e, por consequência, deturpem o instrumento para que não passe a ser verdadeiro evento de desequilíbrio contratual.
64. Justamente a fim de evitar essa deturpação do Desconto de Reequilíbrio, mas preservando a necessidade de dar maior racionalidade a sua apuração e aplicação, a alteração dos referenciais é indispensável, porém, **desde que seja mantida a lógica econômico-financeira estruturada quando da modelagem das obrigações impostas à Concessionária.**
65. A VIABAHIA demonstrou à ANTT na esfera administrativa que sua proposta de revisão dos referenciais preservam essa estrutura do Desconto de Reequilíbrio e sua correlação direta com as premissas econômico-financeiras das obrigações contratuais por ela assumidas, explicitando que a alteração proposta visa a tão somente garantir a racionalidade e proporcionalidade na forma de aplicação do Desconto de Reequilíbrio, além de compatibilizar a metodologia de apuração aos avanços regulatórios identificados nos contratos mais modernos.
66. Isso porque, conforme análise detalhada contida no Relatório A&M (RTE-087), a proposta da VIABAHIA de reestruturação dos referenciais de apuração do Desconto de Reequilíbrio **não altera o percentual total aplicado à tarifa.**
67. A exemplo de que não haveria alteração no percentual de Desconto previsto, a proposta da VIABAHIA propõe que, para o Item “1. Ausência de depressões, abaulamentos ou áreas exsudadas na pista ou no acostamento” do Anexo 5, haja a aplicação do Desconto na proporção de 0,003% para cada Km de rodovia. Dessa forma, para o trecho concedido de aproximadamente 670Km, ter-se-á um percentual total de desconto de 2,01%¹⁶.
68. Esse mesmo percentual total de 2,01% pode ser verificado na Tabela I do atual Anexo 5 do Contrato, que trata do Desconto de Reequilíbrio. Sendo assim, é correto afirmar que não há alteração no percentual total a ser aplicado quando comparada a proposta da VIABAHIA com a tabela contratual. Ou seja, é preservada a estrutura dessa forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.
69. Ou seja, a proposta revisional da VIABAHIA – com a qual a ANTT **concordou** inicialmente – **preserva a distribuição dos ônus e bônus originalmente definidos no Contrato.**
70. Por sua vez, a ANTT, **sem qualquer estudo técnico relacionado ao impacto da sua proposta** de exclusão do critério de proporcionalidade na aplicação do Desconto de Reequilíbrio relativo às Obras Condicionadas, impõe a total **distorção** deste instrumento e da

¹⁶ Correspondente a $0,003 \times 670 = 2,01$.

própria formatação deste meio de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, o que é vedado pela Cláusula 16.5.1 do Contrato:

*“16.5.1 Revisão quinquenal é a revisão que será realizada pela ANTT a cada 5 (cinco) anos, com intuito de reavaliar a Concessão em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico, **preservando-se a alocação de riscos as regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato.**” (grifamos)*

71. Ao excluir a proporcionalidade inicialmente prevista para a aplicação do Desconto de Reequilíbrio, **a ANTT impõe a alteração do arranjo desse mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual**, o que é vedado pela redação da Cláusula 16.5.1 do Contrato.
72. Diante disso, para compatibilizar a incontroversa necessidade de atualização da forma de apuração do Desconto de Reequilíbrio, privilegiando a finalidade e razoabilidade deste instrumento de recomposição econômico-financeira contratual, sem que isso acarreta a sua deturpação, de rigor a adequação e indispensabilidade de ser determinado à ANTT que proceda a revisão dos referenciais em conformidade com o já deliberado entre as partes, porém, preservando a proporcionalidade prevista exclusivamente para o Desconto referente às Obras Condicionadas.

1.3. O direito da VIABAHIA à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

73. A mora da ANTT quanto à Revisão Quinquenal como já detalhado nessas Alegações Iniciais, é evidente e causa efeitos nefastos à Concessão, que amarga um profundo desequilíbrio econômico-financeiro relacionado a, dentre outros eventos, a manutenção da exigibilidade de previsões contratuais defasadas.
74. Essa problemática se faz clara no caso da indispensável revisão dos referenciais para apuração do Desconto de Reequilíbrio, haja vista que, como exposto alhures, é **incontroverso** entre as Partes que o modelo atual pautado em Trecho Homogêneos é disfuncional e impreciso, causando a aplicação inadequada do Desconto de Reequilíbrio.
75. Ocorre que, por força da subsistência de discussões travadas pela ANTT sem qualquer respaldo em avaliações técnicas dos impactos advindos de suas proposições, bem como sua mora patológica na conclusão da Revisão Quinquenal, ano após ano a VIABAHIA padece com a aplicação de um percentual elevado de Desconto de Reequilíbrio que não reflete a realidade do seu desempenho na operação da Concessão.
76. Tal mora, nos termos da Cláusula 19.1.3.(iii) do Contrato¹⁷, faz da ANTT responsável pelo desequilíbrio causado à relação contratual, na medida em que esse cenário apenas se concretizou em razão da sua inadimplência injustificada de promover os ajustes reconhecidamente necessários ao Contrato.

¹⁷ “ A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...) (iii) 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;” (grifamos)

77. A consequência dessa situação é a redução cumulada de receita tarifária, em virtude da aplicação de um deflator equivocado, com o aprofundamento do desequilíbrio contratual.
78. Logo, é inarredável a conclusão pela indispensabilidade de também ser a ANTT condenada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, nos termos da Cláusula 20.1.2 do Contrato e na forma detalhada no Relatório A&M (**RTE-087**), rompido em razão da aplicação do Desconto de Reequilíbrio na tarifa de pedágio a partir de referenciais defasados e, principalmente, inadequados.
79. Ante o exposto, a VIABAHIA requer ao Tribunal Arbitral que
- a) **Determine** à ANTT que concretize a alteração do Anexo 5 do Contrato, adotando-se como referencial os segmentos de quilômetros unitários, mantendo-se a aplicação proporcional aos anos de Concessão prevista para o caso das Obras Condicionadas;
 - b) **Condene** a ANTT a promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, no valor total de R\$ 23.275.012,60 (vinte e três milhões duzentos e setenta e cinco mil e doze reais e sessenta centavos) valor na data-base (dezembro/2005), a ser acrescido de juros, correção monetária, multas, tributos e todos os reajustes e consectários legais e contratuais aplicáveis. Para a realização da recomposição do referido valor ao Contrato, a VIABAHIA apresentará, no momento oportuno desta arbitragem, as medidas de recomposição a serem adotadas pela ANTT.

2. Aplicação indevida do Desconto de Reequilíbrio na 7ª Revisão Ordinária

80. Não fossem suficientes os problemas supra expostos que afetam a aplicação do Desconto de Reequilíbrio, a VIABAHIA, ainda, enfrenta os efeitos advindos da recusa imotivada da ANTT em admitir o atendimento integral dos Indicadores 4 e 7 constantes do Anexo 5 do Contrato, referente aos subtrechos indicados na tabela abaixo - retirada do relatório da Consultoria Alvarez & Marsal (**RTE-087**) -, em relação ao Desconto de Reequilíbrio referente à 7ª Revisão Ordinária, que culminou em impacto negativo à tarifa de pedágio de 0,42%.

Indicador	Subtrecho	% Desconto
4	8	0,10%
	9	0,05%
	14	0,12%
	16	0,05%
7	15	0,10%
Total		0,42%

81. Isso porque, como se infere da análise elaborada pela Consultoria Alvarez & Marsal (**RTE-087**), em que pese a VIABAHIA tenha **comprovado** o atendimento dos citados Indicadores de forma reiterada à ANTT, esta permaneceu irredutível em seu entendimento, mantendo a indevida deflação correspondente à aplicação do Desconto de Reequilíbrio.
82. Em face desse cenário, como se demonstrará, faz-se indispensável o reconhecimento da arbitrariedade da ANTT em desconsiderar o adimplemento da VIABAHIA e, conseqüentemente, a sua condenação a promover a recomposição da receita frustrada, em virtude do valor indevidamente reduzido da tarifa básica de pedágio na 7ª Revisão Ordinária e que, em partes, subsistiu no âmbito da 8ª Revisão Ordinária.
83. Pois bem. Nos termos da Cláusula 20.6 do Contrato de Concessão, a cada aniversário da Concessão é realizada sua avaliação de desempenho, conforme definido no Anexo 5 do Contrato, contemplando os 22 (vinte e dois) subtrechos em que está segmentado o Sistema Rodoviário concedido. Essa avaliação é feita por meio da constatação do cumprimento ou descumprimento de 9 (nove) indicadores referentes ao pavimento, sinalização e obras condicionadas.
84. O resultado dessa avaliação permite apurar eventuais não cumprimentos de obrigações/parâmetros de desempenho, redundando em percentual a ser descontado na TBP junto às revisões ordinárias e extraordinárias, na data-base do reajuste, nos termos da Cláusula 16.7.1:

16.7.1 O efeito na Tarifa Básica Pedágio decorrente de suas revisões e do Desconto de Reequilíbrio será aplicado na mesma data-base do reajuste da Tarifa de Pedágio.

85. No presente caso, após realizar a avaliação de desempenho da Concessão e submissão dos resultados no bojo da 7ª Revisão Ordinária, a então Gerência de Fiscalização e Controle Operacional de Rodovias (“GEFOR”), exarou o Parecer Técnico 0263/2017/GEFOR/SUINF (**RTE-252**), por meio do qual definiu o percentual de Desconto de Reequilíbrio em 7,39% a ser aplicado naquela Revisão.
86. Ocorre que, como demonstrado pela VIABAHIA na missiva VB-GEC-1147/2017 (**RTE-253**), o percentual apurado pela GEFOR não condizia com a realidade do nível de adimplência da Requerente, na medida em que foram **atendidos** os parâmetros de desempenho relativos aos subtrechos dos indicadores a seguir destacados:

#	Referência	Indicador	Subtrechos
4	Pavimento	Ausência de flechas nas trilhas de roda, medidas sob a corda de 1,20 m, superiores a 7mm;	3, 8, 9, 10, 13, 14, 16, 18 e 20
7	Pavimento	Cumprimento dos limites de Deflexão Característica (“Dc”) máxima	6, 12, 15 e 16

Fonte: Relatório A&M (RTE-087)

87. A Requerida, por sua vez, reconheceu apenas parcialmente a inadequação da sua análise, na medida em que **admitiu** que o subtrecho 3 do indicador 4, correspondente ao percentual de Desconto de Reequilíbrio equivalente a 0,08%, teria sido adimplido, conforme Parecer Técnico nº 0289/2017/GEFOR/SUINF (**RTE-254**). Tal correção parcial acarretou na aplicação do Desconto de Reequilíbrio na TBP correspondente a 7,31%.

88. Muito embora a Requerente tenha até mesmo apresentado relatórios de estudos técnicos realizados da Pavesys Engenharia, por meio da carta VB-GEC-1215/2017 (**RTE-255**) (“Relatório Pavesys” – **RTE-256**), a fim de subsidiar seu pedido de revisão do percentual de Desconto de Reequilíbrio no âmbito da 7ª Revisão Ordinária, o referido relatório não foi analisado e o percentual não foi alterado naquele ano.
89. Entretanto, em 2018, por meio da carta VB-GEC-0246/2018 (**RTE-257**) e por ocasião da 8ª Revisão Ordinária, a VIABAHIA requereu a reconsideração da análise promovida pela ANTT, conforme missivas VB-GEC-0800/2018 (**RTE-097**) e VB-GEC-0883/2018 (**RTE-258**), pedido este acolhido, novamente, apenas em parte, conforme apontado no Ofício nº 0471/2018/GEFIR/SUINF (**RTE-250**), no tocante ao atendimento dos indicadores 4 e 7. Esse reconhecimento importou na redução de mais 0,38% do percentual de Desconto de Reequilíbrio aplicado na 7ª Revisão Ordinária, que passou a ser 6,93%.
90. Não obstante a indiscutível evolução do tema em favor da VIABAHIA, é fato que ainda subsiste entre as Partes relevante controvérsia quanto ao atingimento dos seguintes indicadores, conforme apontado na carta VB-GEC-0985/2018 (**RTE-259**):

#	Referência	Indicador	Subtrechos
4	Pavimento	Ausência de flechas nas trilhas de roda, medidas sob a corda de 1,20 m, superiores a 7mm;	8, 9, 14 e 16
7	Pavimento	Cumprimento dos limites de Deflexão Característica (“Dc”) máxima	15

Fonte: Relatório A&M (**RTE-087**)

91. A controvérsia que ora é objeto desta Arbitragem, portanto, diz respeito ao necessário reconhecimento de estar a VIABAHIA sofrendo os efeitos da indevida redução de suas receitas em razão da aplicação do Desconto de Reequilíbrio no percentual a maior de 0,42% devido à avaliação indevida dos indicadores acima, correspondente ao montante de **R\$ 604.221,40** (seiscentos e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e quarenta centavos)¹⁸.
92. Quanto ao Indicador 4 (ausência de flechas nas trilhas de roda, medidas sob a corda de 1,20 m, superiores a 7mm), o ponto nevrálgico da divergência está na equivocada interpretação da ANTT no sentido de não ter a VIABAHIA promovido as intervenções necessárias ao atingimento do parâmetro de desempenho estabelecido pelo Quadro 2.1 do PER no período adequado (após o levantamento das inadequações a serem sanadas, conforme Levantamento ATR, de julho de 2014 – **RTE-087**).
93. Contudo, como detalhado no Relatório A&M (**RTE-087**) e identificado pelo Relatório Pavesys (**RTE-256**), esse entendimento não encontra substrato fático, pois, a partir de inspeções realizadas em campo entre 26 de julho e 21 de agosto de 2016, demonstrou-se que os segmentos referentes aos subtrechos 8, 9, 14 e 16 atendiam devidamente ao parâmetro de desempenho do pavimento no 7º Ano Concessão.
94. É relevante destacar que as intervenções que permitiram o atendimento do indicador em comento foram realizadas em agosto de 2014, conforme demonstrado pelo Relatório Técnico-Operacional Físico Financeiro (“RETOFF” – **RTE-260**) também de agosto de 2014,

¹⁸ Valores na data-base Dez./2005.

isto é, as obras necessárias foram executadas após o levantamento realizado por empresa especializada contratada pela ANTT, em julho de 2014, sobre as inadequações a serem sanadas pela Requerente para atendimento do parâmetro de desempenho. Corrobora a comprovação de que essas intervenções foram realizadas em agosto de 2014, a análise da medição do Consórcio contratado pela VIABAHIA para a execução dessas obras (**RTE-087**).

95. A cronologia dos fatos supra expostos pode ser compreendida pela seguinte linha do tempo:



Fonte: Relatório A&M (**RTE-087**)

96. Portanto, é evidente que a VIABAHIA executou adequada e tempestivamente as obras necessárias para o atendimento do parâmetro de desempenho, não subsistindo qualquer fundamento à aplicação do Desconto de Reequilíbrio, como promovido pela Requerida. Ainda que esta não tenha considerado tal adequação em sua primeira aplicação do Desconto de Reequilíbrio, faz-se imperiosa a sua reconsideração, assim como já havia ocorrido em relação a outros Indicadores, como relatado.

97. De igual modo, no tocante ao Indicador 7 (Cumprimento dos limites de Deflexão Característica (“Dc”) máxima), os mencionados Relatório A&M (**RTE-087**) e Relatório Pavesys (**RTE-256**), evidenciam o atendimento do parâmetro de desempenho no subtrecho 15, após a implantação de dreno no segmento do km 742 ao km 743. Intervenção esta realizada pela empresa Paviservice em 20 de julho de 2016, conforme Memória de Cálculo e do Boletim de Medição (**RTE-261**).

98. Assim, é evidente a permanência da aplicação indevida do percentual de 0,42% de Desconto de Reequilíbrio pela ANTT, motivo pelo qual se requer a este Tribunal que **condene** a ANTT a **promover a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**, no valor total de **R\$604.221,40** (seiscentos e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e quarenta centavos), valor na data-base (dezembro/2005), a ser acrescido de juros, correção monetária, multas, tributos e todos os reajustes e consectários legais e contratuais aplicáveis.

3. Nulidade de Autos de Infração

99. Como se não bastasse ter conduzido e mantido a VIABAHIA em situação de profundo desequilíbrio econômico-financeiro, a ANTT não poupou esforços para aplicar sanções à VIABAHIA, em patente violação de princípios administrativos constitucionais, conforme será detalhado em seguida. Desse modo, a intervenção do Tribunal Arbitral se faz necessária para

pôr fim à ilegal sanha persecutória da ANTT contra a VIABAHIA, a qual, por diversas vezes, viu-se vítima do uso arbitrário e abusivo dos poderes fiscalizador e punitivo da Requerida.

100. Cumpre esclarecer que não há dúvidas quanto a prerrogativa exclusiva da ANTT quanto à fiscalização da execução do Contrato, conforme previsto na cláusula 14.1¹⁹. Assim como não se pretende discutir aqui a titularidade do poder fiscalizatório da Requerida, uma vez se tratar de direito indisponível, expressamente excluído da competência do Tribunal Arbitral, nos termos da cláusula 33.1.2²⁰ do Contrato.
101. A presente demanda visa fazer frente às arbitrariedades praticadas pela ANTT ao extrapolar seu poder punitivos para aplicar diversas sanções à VIABAHIA, em patente inobservância às limitações impostas, por exemplo, pelos princípios da maximização da segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade, conforme será analisado de forma detalhada abaixo.
102. Ainda, destaca-se que esta sanha persecutória da ANTT além de arbitrária e abusiva, também revela a forma como a ANTT, por um lado, busca todo e qualquer mínimo indício de inexecução contratual da VIABAHIA e, por outro, vira as costas para seu **próprio descumprimento contratual** em relação à Revisão Quinquenal, em mora há mais de 5 anos.
103. Nesse sentido, a VIABAHIA não nega a existência de volume substancial de autos de infração - consequentes, em grande parte, por adversidades causadas ou não tratadas pela ANTT - que ainda seguem em discussão na esfera administrativa e não serão tratadas nesta arbitragem. Contudo, como se demonstrará quatro vultosas sanções pecuniárias foram impostas à Requerente pela Requerida, tendo sido esgotados os meios administrativos para obstar tais atos, em que pese a perpetuação de graves vícios que as tornam nulas. Diante disso, como se passará a demonstrar, faz-se indispensável a intervenção deste Tribunal Arbitral para afastar essas arbitrárias sanções.

3.1. Preliminarmente – Competência do Tribunal Arbitral

104. As 4 multas aplicadas em desfavor da VIABAHIA²¹ que se pretende discutir neste pleito foram objeto da Medida Cautelar Pré-Arbitral nº 1033023-70.2019.4.01.3400 (**RTE-262**), ajuizada pela VIABAHIA em 22 de outubro de 2019, visando impedir que a ANTT executasse as referidas multas antes que o Tribunal Arbitral pudesse apreciar sua validade e legalidade.
105. Em 15 de fevereiro de 2020, após a instituição desta arbitragem, o juízo estatal extinguiu o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VII, Código de Processo Civil, em virtude da existência da cláusula compromissória, como informado pela Requerente em sua Petição 1.

¹⁹ “14.1 Os poderes de fiscalização da execução do Contrato serão exercidos pela ANTT, diretamente ou mediante convênio, que terá, no exercício de suas atribuições, livre acesso, em qualquer época, aos dados relativos à administração, à contabilidade e aos recursos técnicos, econômicos e financeiros da Concessionária, assim como aos Bens da Concessão.”

²⁰ “33.1.2 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 e nem sobre o pedido de rescisão do contrato de concessão por parte da Concessionária.”

²¹ Relativas aos Autos de Infração nº 5027, 5082, 5086 e 5087 ou “Autos de Infração” conforme Petição 1 da Requerente.

106. Em que pese este Tribunal tenha, por meio da Ordem Processual nº 5, indeferido o pedido acautelatório de suspensão da exigibilidade destas sanções, não restam dúvidas de que o **Tribunal Arbitral é competente** para apreciar o presente pleito para reconhecer os vícios que fulminam os atos sancionatórios da Requerida em face da Requerente, inclusive pelo fato de ter sido a ação supra ajuizada **após a celebração da cláusula arbitral**²².

3.2. Preliminarmente – Ocorrência de Prescrição Intercorrente

107. Desde logo, cumpre esclarecer que estão **prescritas todas as pretensões da ANTT** em relação aos supostos fatos que ensejaram a aplicação das multas advindas dos Autos de Infração (oriundos dos Processos Administrativos Sancionadores - “PAS”) que se pretende discutir neste item. Isso porque, a análise dos autos dos respectivos processos permite vislumbrar a ocorrência de **prescrição intercorrente**, nos termos do parágrafo primeiro do artigo primeiro da Lei Federal nº 9.873/99:

“Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

*§1º **Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho**, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.”* (grifamos)

108. Nesse mesmo sentido prevê a Resolução ANTT nº 5.083/2016 (**RTE-263**), que instituiu as normas de processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades no âmbito da ANTT, e definiu os mesmos critérios temporais para ocorrência da prescrição, como consta de seu Anexo:

“Art. 70. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação punitiva da ANTT, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

*§1º **Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho**, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação.”* (grifamos)

109. Isto é, caso determinado PAS fique pendente de julgamento ou da prolação de despacho que impulse a sua resolução, por prazo superior a 3 anos, ocorre a denominada prescrição intercorrente, perdendo a ANTT a pretensão ao direito de punir a VIABAHIA, o que efetivamente ocorreu nos presentes casos. Ao analisar o trâmite administrativo destes PAS não restam dúvidas sobre a ocorrência de **prescrição intercorrente**, considerando o momento de apresentação dos respectivos recursos administrativos em face das decisões que julgaram as defesas prévias apresentadas pela VIABAHIA e a prolação de decisão em relação a tais recursos, como resumido na tabela abaixo:

²² Conforme determinado no item 76 (i) da Ordem Processual nº 5.

Auto de Infração (“AI”)	Data – Recurso Administrativo	Data – Decisão da ANTT	Período transcorrido
AI 5027 (ref. PAS nº 50500.107335/2012-37)	25/04/2013	14/08/2019	4 anos e 3 meses
AI 5082 (ref. PAS nº 50535.003945/2014-27)	09/03/2015	12/07/2019	4 anos e 4 meses
AI 5086 (ref. PAS nº 50535.004387/2014-17)	27/03/2015	14/08/2019	4 anos e 4 meses
AI 5087 (ref. PAS nº 50535.004386/2014-72)	25/05/2015	15/07/2019	4 anos e 1 mês

110. Fica desde logo afastada a alegação de que durante esse período de trâmite processual teriam sido praticados atos a afetar o curso do prazo prescricional. Ora, a partir dos PAS, nota-se que as gerências técnicas da ANTT profeririam singelos despacho com natureza de meros encaminhamentos internos, não tendo nenhum destes atos o condão de interromper o prazo prescricional, uma vez que as normas legais que regulamentam a prescrição estabelecem, de forma taxativa, os marcos que poderiam interromper a prescrição, conforme consta do art. 2º da Lei Federal nº 9.873/99²³ e do art. 70, §3º da Resolução ANTT nº 5.083/2016²⁴.
111. Portanto, os Autos de Infração que deram origem às multas ora discutidas foram fulminados pela ocorrência de prescrição intercorrente, sendo inadmissível qualquer pretensão da ANTT de cobrar os respectivos apenamentos, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/1999 e art. 70, § 1º, do Anexo da Resolução ANTT nº 5.083/2016 (**RTE-263**), uma vez que transcorreram mais de 3 anos sem qualquer decisão ou despacho, após a interposição dos recursos administrativos pela ora Requerente.
112. Destarte, é imperioso que este Tribunal Arbitral **declare** a ocorrência de **prescrição intercorrente** nos PAS nº 50500.107335/2012-37 (**RTE-264**), 50535.003945/2014-27 (**RTE-265**), 50535.004387/2014-17 (**RTE-266**) e 50535.004386/2014-72 (**RTE-267**) e, por consequência, o reconhecimento da invalidade das multas aplicadas à Requerente.

²³ “Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; III - pela decisão condenatória recorrível. IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.”

²⁴ “Art. 70. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação punitiva da ANTT, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§3º Interrompe-se a prescrição:

I - pela notificação da parte interessada, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível; ou

IV - por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.”

3.3. Os Autos de Infração indevidamente lavrados em face da VIABAHIA e as arbitrárias sanções impostas

113. Na remota hipótese deste Tribunal Arbitral não reconhecer que as multas ora em comento não subsistem em função da ocorrência, no bojo dos respectivos PAS, de prescrição intercorrente, diversos são os vícios que fulminam diretamente cada uma dessas sanções, como se passa a demonstrar.

3.3.1. Auto de Infração nº 5027 – PAS nº 50500.107335/2012-37 (pp. 124 à 315 do RTE-264)

114. Em 28 de setembro de 2012, a ANTT emitiu o Termo de Registro de Ocorrência (“TRO”) nº 22583, por meio do qual a ANTT concedeu à VIABAHIA prazo de 24 horas para que corrigisse a irregularidade referente à ausência de cercamento do limite da faixa de domínio entre o km 564 e o km 566 da rodovia BR-324/BA (Pista Oeste).

115. No entanto, a VIABAHIA não pôde executar de maneira imediata os serviços necessários à reparação da referida falha, uma vez que, naquela oportunidade, a Requerente ainda não dispunha da informação relacionada à largura da faixa de domínio do trecho fiscalizado. Essa informação, por sua vez, deveria constar do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, celebrado entre o DNIT e a VIABAHIA logo após assinatura do Contrato, conforme dispõe a cláusula 4.2.1²⁵ (RTE-002).

116. Esse descumprimento das obrigações por parte do DNIT impediu a VIABAHIA de realizar o cercamento da faixa de domínio do trecho fiscalizado. Logo, não há razão pela qual a Requerente seja penalizada por não realizar um serviço que estaria impossibilitada de executar. Nesse sentido, o próprio Contrato, em sua cláusula 19.1.3.(iii)²⁶, exclui da responsabilidade da VIABAHIA o cumprimento de obrigações que dependam de outras obrigações atribuídas à responsabilidade do Poder Concedente.

117. Desse modo, a omissão do DNIT em adimplir com sua obrigação de transferir à VIABAHIA adequadamente o seu acervo documental relacionado ao Sistema Rodoviário não pode de qualquer forma acarretar a responsabilização da Requerente, uma vez que os descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo Poder Concedente constituem riscos por ele exclusivamente assumidos.

118. Nesse sentido, visando esclarecer a impossibilidade de reparo imediato da irregularidade, a VIABAHIA encaminhou a correspondência VB-GEC 0813/2012 (RTE-268) à Coordenação de Infraestrutura Rodoviária da Unidade Regional da Bahia (“COINF/URBA”), que aceitou as justificativas da Requerente, ensejando o cancelamento do TRO, conforme consta do Ofício nº 317/2012/COINF/URBA (RTE-269).

²⁵ “4.2.1 O Sistema Rodoviário e os bens mencionados na subcláusula 4.1.1(ii) acima serão transferidos à Concessionária mediante a assinatura de termo de arrolamento e transferência entre a Concessionária e o DNIT, cujo modelo integra o Anexo 1, em 30 (trinta) dias a contar da publicação do extrato do Contrato no DOU (“Data da Assunção”).”

²⁶ “19.1.3 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...) (iii) 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;”

119. No entanto, para a surpresa da VIABAHIA, a ANTT lavrou o Auto de Infração nº 5027, em 9 de outubro de 2012, baseado no suposto cometimento da infração correspondente ao ato de “*deixar cerca danificada ou deixar de providenciar cercamento por prazo superior a quarenta e oito horas*”, prevista no artigo 4º, inciso X, da Resolução ANTT nº 2.665/2008 (**RTE-270**) (correspondente ao art. 5º, inciso XII, da Resolução ANTT 4.071/2013 – **RTE-271**).
120. No âmbito do processo administrativo, após a VIABAHIA apresentar Defesa Prévia (pp. 288 à 298 do **RTE-264**) e Recurso Administrativo (pp. 299 à 315 do **RTE-264**), a ANTT, por meio da Decisão nº 115/2019/SUINF (**RTE-272**), julgou improcedente a defesa da Requerente, aplicando a penalidade de multa no excessivo patamar de R\$ 261.000,00.
121. Ocorre que, o **Auto de Infração nº 5027** padece de **nulidade**, haja vista **(i)** a violação ao princípio da hierarquia; **(ii)** a violação ao princípio da tipicidade do ato praticado pela ANTT; e **(iii)** a ausência de previsão de penalidade para a conduta da VIABAHIA.
122. No tocante ao **item (i)**, o Auto de Infração nº 5027 foi lavrado com base na não correção da ocorrência apontada no TRO. Ocorre que a suposta infração objeto do TRO já tinha sido submetida à análise da autoridade da COINF/URBA, a qual reconheceu e aceitou as justificativas apresentadas pela VIABAHIA no que tange à impossibilidade de cumprimento da ocorrência no prazo previsto no TRO por fato alheio à atuação da VIABAHIA, conforme se pode observar pelo Ofício nº 312/2012/COINF/URBA (**RTE-269**).
123. Isto é, o Auto de Infração nº 5027 foi lavrado mesmo após a verificação de que não mais se encontravam presentes os motivos para a expedição do TRO. Por esta razão, ao contrário do que entendeu a ANTT na esfera administrativa, a lavratura do Auto de Infração pelo fiscal da ANTT ocorreu em flagrante violação ao princípio da hierarquia, haja vista que desconsiderou decisão anteriormente expedida pela autoridade da COINF/URBA.
124. Por sua vez, no que se refere ao **item (ii)**, o ato praticado pela ANTT também vulnera o princípio da tipicidade, uma vez que o ato praticado pela Requerida ao lavrar o Auto de Infração nº 5027 carece do atributo que fundamentasse a aplicação da referida sanção. Isso porque, no art. 2º do Regulamento da ANTT, vigente à época²⁷, estipulava que um auto de infração somente poderia ser lavrado em 2 situações, conforme verifica-se abaixo:
- “Art. 2º O Auto de Infração – AI será lavrado pela fiscalização da ANTT quando verificada a prática de infração contratual pela concessionária, em flagrante ou decorrente da não correção, no prazo previsto, de ocorrência registrada em Termo de Registro de Ocorrência.”*
125. Trata-se de hipóteses taxativas previstas no regulamento, não podendo haver, no processo fiscalizatório, a lavratura de auto de infração que não se enquadre em uma destas situações. Logo, somente haveria infração ensejadora da lavratura de auto de infração quando o fiscal detectar o descumprimento de obrigação contratual em situação de flagrância ou quando a concessionária não proceder à correção registrada no TRO.

²⁷ Trata-se da Resolução 5810/2018 (**RTE-273**), que foi revogada pela Resolução 5888/2020 (**RTE-221**), publicada no Diário Oficial da União em 18 de maio de 2020

126. Assim, é nítido observar que o Auto de Infração nº 5027 violou o princípio da tipicidade, uma vez que a infração imputada à responsabilidade da VIABAHIA consiste em suposto “*não atendimento ao TRO nº 22583 no prazo estipulado no PER*”. Ocorre que, no entanto, conforme já salientado acima, **o TRO fora cancelado pela autoridade da COINF/URBA**.

127. Por sua vez, no tocante ao **item (iii)**, é nítido verificar que o Auto de Infração nº 5027 padece de nulidade uma vez que carece de um de seus elementos fundamentais: a indicação da penalidade que se alega cometida pela VIABAHIA. Esse elemento é exigido pelas regulamentações da própria ANTT, como é o caso da Resolução ANTT nº 442/2004 (**RTE-274**)²⁸, em seu art. 23:

“Art. 23. O auto de infração conterà, conforme o caso:

(...)

V - dispositivo legal, regulamentar, de edital de licitação ou contratual infringido e a(s) penalidade(s) prevista(s);”

128. Essa indicação não consiste apenas em mero formalismo, mas sim uma garantia ao administrado, que tem o direito de conhecer devidamente os fundamentos e as consequências do apenamento que lhe são aplicados, conforme garante a Lei nº 9784/1999:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;”

129. É evidente que a infringência da ANTT às regularidades formais para a lavratura do Auto de Infração nº 5027 causa prejuízo direto à VIABAHIA, uma vez que o ato contra ela emanado não se apresenta revestido com todos os requisitos essenciais a sua validade.

130. Destaca-se que a Requerente expôs todos esses claros vícios que fulminam a pretensão sancionatória da Requerida por meio do Recurso Administrativo (pp. 299 à 315 do **RTE-264**), porém, mantendo indevidamente essa plêiade de irregularidades, a sanção aplicada em face da VIABAHIA restou mantida pela ANTT.

131. Ante o exposto, a VIABAHIA requer ao Tribunal Arbitral que **declare** a **nulidade** do Auto de Infração nº 5027, em razão dos vícios detalhados acima.

3.3.2. Auto de Infração nº 5082 – PAS nº 50535.003945/2014-27 (pp. 316 à 432 do RTE-265)

132. Em 17 de setembro de 2014, a ANTT lavrou o Auto de Infração nº 5082 em face da VIABAHIA, em razão do suposto cometimento de infração caracterizada pela liberação ao tráfego do trecho correspondente aos km 413+500m e km 478+800m da rodovia BR 116/BA, sem a adequação da sinalização horizontal, nos termos estipulados no artigo 7º, inciso VI, da Resolução ANTT nº 4.071/2013 (**RTE-271**).

²⁸ A Resolução ANTT nº 442/2004 (**RTE-274**) foi revogada pela Resolução ANTT nº 5083/2016 (**RTE-263**).

133. No entanto, o Auto de Infração nº 5082 é patentemente nulo, considerando a violação aos princípios do contraditório, ampla defesa, bem como a notória desproporcionalidade e irrazoabilidade do valor da multa aplicada.

No âmbito do processo administrativo, após a VIABAHIA apresentar Defesa Prévia (pp. 403 à 417 do **RTE-265**) e Recurso Administrativo (pp. 418 à 432 do **RTE-265**), a ANTT, por meio da Decisão nº 36/2015/GEFOR/SUINF (**RTE-275**), em que pese tenha concedido efeito suspensivo ao recurso administrativo, o julgou improcedente, aplicando a penalidade de multa no desproporcional montante de R\$ 669.900,00

134. Primeiramente, observa-se que a Decisão nº 36/2015/GEFOR/SUINF (**RTE-275**) proferida pela ANTT viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que simplesmente ignora parte fundamental da defesa apresentada pela VIABAHIA em via administrativa quanto à preservação da segurança dos usuários das rodovias. Fato é que a ANTT apenas analisou as alegações que lhe favoreciam e deixou de apreciar os esclarecimentos e argumentos prestados devidamente pela VIABAHIA.

135. A presente autuação decorre da situação em que a VIABAHIA, após proceder à duplicação de trecho da rodovia BR 116/BA, liberou o tráfego de veículos antes de alterar a sinalização horizontal de cor amarela, utilizada na regulamentação de fluxos de sentidos opostos, para cor branca, utilizada na regulação de fluxos de mesmo sentido.

136. Ocorre que, a liberação do tráfego de veículos antes da atualização da sinalização horizontal não representa qualquer risco aos usuários das rodovias, uma vez que, como o trecho estava duplicado, não haveria mais fluxo duplo em sentido oposto, como ocorre em pistas simples.

137. Nesse passo, a obrigação de conversão da faixa amarela em branca corresponde a mera formalidade de adequação às normas técnicas, até porque já havia sido instalado a sinalização vertical no local – essa sim essencial à segurança do usuário.

138. Apesar de a VIABAHIA ter apresentado estes argumentos, em via administrativa, para fundamentar a aplicação do princípio da proporcionalidade entre a infração e a multa a ser aplicada, a ANTT sequer se manifestou a respeito, silenciando-se acerca do argumento apto alterar significativamente a elevada penalidade aplicada.

139. Em segundo lugar, cumpre destacar a substancial desproporção entre o valor da penalidade aplicada e o fato gerador que embasou a autuação, especialmente pela completa ausência de risco aos usuários da rodovia.

140. Desse modo, a penalidade aplicada pela ANTT deve ser ponderada considerando as reais condições fáticas, atenuando, assim, o valor do apenamento de forma proporcional ao mero formalismo da infração identificada pela ANTT.

141. Ademais, é cediço constatar que existe grave desproporção entre as penalidades aplicáveis entre a 1ª e 2ª Etapas do PROCOTE. Trata-se na verdade de problema que afeta as penalidades em geral, o qual foi devidamente reconhecido pela ANTT que acertadamente seria o tema geral das penalidades em sua Agenda Regulatória dos anos de 2011 e 2012.

142. Isso porque, o valor da penalidade é calculado com base na URT, que nos contratos de concessão da 2ª Etapa, equivale a 1.000 vezes o valor da Tarifa Básica de Pedágio vigente na data de recolhimento da multa, ao passo que nos contratos da 1ª Etapa corresponde a 100 vezes esse mesmo valor, de forma que uma mesma infração acarretará às concessionárias da 2ª Etapa uma penalidade 10 vezes maior que àquelas da 1ª Etapa.

143. Ante o exposto, a VIABAHIA requer ao Tribunal Arbitral que **declare** a **nulidade** do Auto de Infração nº 5082, em razão dos vícios detalhados acima, e, por conseguinte, determine sua **inexigibilidade.**

3.3.3. Autos de Infração nº 5086 e 5087 – PAS nº 50535.004387/2014-17 (pp. 433 à 565 do RTE-266) e 50535.004386/2014-72 (pp. 566 à 711 do RTE-267)

144. Conforme relatado no **Item 1** do **Caderno II** da Parte Especial destas Alegações Iniciais, a presença do **solo massapê**, extraordinariamente expansivo, gerou inúmeros danos ao pavimento da rodovia BR-324/BA, independentemente das inúmeras intervenções feitas pela Requerente. A despeito dos esforços da VIABAHIA em corrigir prontamente todas estas irregularidades, a frequência e complexidade de certos danos, por vezes superava a capacidade de imediata correção.

145. Os Autos de Infração nº 5086 e 5087, lavrados pela ANTT em face da VIABAHIA, representam essas esparsas situações em que as excessivas exigências da ANTT não foram cumpridas prontamente pela VIABAHIA.

146. O **Auto de Infração nº 5086** foi lavrado pela ANTT em 23 de outubro de 2014 sob a alegação de que a VIABAHIA havia cometido infração prevista no artigo 5º, inciso XVIII, da Resolução ANTT nº 4.071/2013 (**RTE-271**), qual seja, *“deixar desnível entre a pista e o acostamento em valores superiores aos previstos no Contrato ou no PER”*, no km 592+900 da rodovia BR-324/BA.

147. No âmbito do processo administrativo, a VIABAHIA apresentou Defesa Prévia (pp. 542 à 551 do **RTE-266**) e Recurso Administrativo (pp. 552 à 565 do **RTE-266**), demonstrando a nulidade do Auto de Infração nº 5086, no entanto, a ANTT, por meio da Decisão nº 113/2019/SUINF (**RTE-276**), julgou improcedente o pleito da Requerente, aplicando a penalidade de multa no ingente patamar de R\$ 243.600,00.

148. Por sua vez, o **Auto de Infração nº 5087** teve como fundamento o não atendimento do Termo de Registro de Ocorrência nº 46409, emitido em 21 de outubro de 2014, por meio do qual a fiscalização da ANTT concedeu à VIABAHIA o exíguo prazo de 12 horas para a correção de buracos localizados no km 598+200 da rodovia BR-324/BA.

149. Assim, a ANTT aplicou à VIABAHIA a referida penalidade com base no suposto cometimento da infração de *“deixar de corrigir/tapar buracos, panelas na pista ou no acostamento, no prazo de 24 horas, ou conforme previsto no Contrato de Concessão e/ou PER”*, prevista no artigo 6º, inciso IV, da Resolução ANTT nº 4.071/2013.

150. No âmbito do processo administrativo, a VIABAHIA apresentou Defesa Prévia (pp. 687 à 696 do **RTE-267**) e Recurso Administrativo (pp. 697 à 710 do **RTE-267**), demonstrando a nulidade do Auto de Infração nº 5087. No entanto, a ANTT, por meio da Decisão nº 110/2019/SUINF (**RTE-277**), julgou improcedente o pleito da Requerente, aplicando a penalidade de multa no ingente patamar de R\$ 386.628,00.
151. No entanto, os **Autos de Infração nºs 5086 e 5087** são patentemente **nulos**, considerando:
(i) a violação aos princípios constitucionais regentes da atuação da Administração Pública; e
(ii) a desproporcionalidade e falta de razoabilidade do valor da multa aplicada.
152. No tocante ao **item (i)**, é fundamental considerar que os processos administrativos em que se discutiu a validade dos referidos Autos de Infração foram estabelecidos em **ilegal restrição** ao direito de defesa da VIABAHIA.
153. Em ambos os casos, até o momento da elaboração da defesa prévia, a VIABAHIA **não** obteve vistas ou cópias do processo administrativo, apesar de ter formalmente requerido
154. Não há dúvidas de que, sem acesso às cópias dos processos administrativos, a VIABAHIA não pode conhecer devidamente os elementos de fato e de direito apresentados pela ANTT para fundamentar sua atuação. Essa **ilegal restrição e violação ao direito de defesa vulnera aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa bem como do princípio do devido processo legal**.
155. Ademais, em relação ao **item (ii)**, assim mencionado no caso do Auto de Infração nº 5082 *supra*, há severa **desproporção** entre as penalidades aplicáveis entre a 1ª e 2ª Etapas do PROCOFE. Essa discrepância vulnera a isonomia regulatória em face dos administrados, sem que qualquer justificativa seja apresentada para tanto.
156. Desse modo, não há qualquer fundamento para o substancial descompasso criado pela ANTT, onerando as concessionárias da 2ª Etapa com penalidades muito mais severas, em relação às mesmas infrações.
157. Além disso, **a presença do solo massapê nos trechos da rodovia BR-324/BA** em que foram identificadas as irregularidades deve ser considerada como um **evento excludente, ou, ao menos, atenuante da responsabilidade da VIABAHIA, uma vez que a imprevisibilidade de seu comportamento gera inimagináveis danos ao pavimento**. Ainda que a VIABAHIA intensifique o processo de recuperação, fato é que novos danos continuaram a aparecer com frequência incalculável pela Requerente.
158. Desse modo, as penalidades aplicadas pela ANTT mostram-se **desproporcionais** ao se considerar que o agente causador destas irregularidades é um elemento **alheio** à responsabilidade ordinária atribuída à VIABAHIA por meio do Contrato.
159. Ao aplicar apenamentos sem levar em consideração as reais causadas das irregularidades identificadas no pavimento, não apenas viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que deveriam nortear a atuação da ANTT, mas também revela a conduta “oportunistar” da própria Requerida que, ao mesmo tempo em que vem se negando a apreciar devidamente o pleito relacionados à presença do solo massapê (reiterado no **item 1** do

Caderno II das Alegações Iniciais), continua a autuar a VIABAHIA pelos reflexos inevitáveis da extraordinária expansividade do solo.

160. Ante o exposto, a VIABAHIA requer ao Tribunal Arbitral que **declare a nulidade** dos Autos de Infração nº 5086 e 5087, em razão dos vícios detalhados acima, e, por conseguinte, determine sua inexigibilidade.

3.4. Conclusão

161. Ante o exposto, a VIABAHIA requer ao Tribunal Arbitral que:

- a) **Declare** a ocorrência de prescrição intercorrente em relação à pretensão da ANTT em aplicar a sanção imposta por meio dos Autos de Infração nº 5027, 5082, 5086 e 5087, nos termos do nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/1999 e art. 70, § 1º, do Anexo da Resolução ANTT nº 5.083/2016.
- b) Subsidiariamente, caso o Tribunal Arbitral entenda pela inoccorrência de prescrição intercorrente, **declare** a nulidade dos Autos de Infração nº 5027, 5082, 5086 e 5087 tratados nesta arbitragem e das respectivas penalidades aplicadas, uma vez que os respectivos atos praticados pela ANTT padecem de nulidade, por violarem princípios constitucionais inerentes à atuação da Administração Pública.
- c) Ainda, subsidiariamente aos pedidos supra, **promova a redução** dos valores das sanções ora discutidas, a fim de adequá-las aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Termos em que pede deferimento.

Letícia Queiroz de Andrade

Fábio Maluf Tognola

Fernando Marcondes

Rafael Francisco Alves

Alberto Sanz Sogayar

Lígia Espolaor Veronese

Robinson Sakiyama Barreirinhas

Mariana de Melo Sanches

Deise da Silva Oliveira

Ana Carolina Chamon

Caiã Lopes Caramori