



QUEIROZ·MALUF

sociedade de advogados

LO
L.O. BAPTISTA

PROCEDIMENTO ARBITRAL CAM-CCBC Nº 64/2019/SEC7

PETIÇÃO 5 DA REQUERENTE - ALEGAÇÕES INICIAIS

II. PARTE ESPECIAL

CADERNO V

Inaplicabilidade de atos normativos emitidos pela ANTT ao Contrato

Índice

Introdução – A competência regulatória da ANTT	2
1. Inaplicabilidade da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT	4
2. Inaplicabilidade da Portaria nº 28/2019/SUINF/ANTT	9
3. Inaplicabilidade da Portaria nº 216/2019/SUINF/ANTT	11
4. Inaplicabilidade do Ofício Circular nº 0011/2018/SUINF	15
5. Inaplicabilidade da Resolução nº 5.859/2019 – Revisão Quinquenal.....	18

Introdução – A competência regulatória da ANTT

1. A ora Requerida, na qualidade de agência reguladora, está investida na competência regulatória, que, como esclarece Marçal Justen Filho, consiste em “*atividades de cunho vinculado e a adoção de escolhas discricionárias*”.¹
2. Avançando em sua conceituação, Marçal Justen Filho ressalta, contudo, a relevância da observância dos requisitos procedimentais no exercício desta competência atribuída às agências regulatórias. A saber:

*“Mas isso não significa reconhecer a autonomia para o Estado produzir uma regulação desvinculada da realidade fática ou do conhecimento técnico. Não é válida a decisão regulatória resultante de cogitações puramente subjetivas. **Justamente por isso, a validade da regulação depende da observância de um procedimento adequado a identificar os problemas, a avaliar as consequências das soluções cabíveis, a permitir a ampla discussão das propostas e a demonstrar que a escolha adotada é a mais satisfatória.***

A análise sobre a proposta de disciplina regulatória setorial deve iniciar com a ponderação de que o exercício da competência regulamentar administrativa subordina-se a requisitos procedimentais inafastáveis. A gravidade dos efeitos da modificação regulatória exige a observância de certos procedimentos, destinados a preservar a racionalidade das decisões e a garantir a participação democrática dos diversos setores da sociedade”². (grifamos)

3. Neste sentido, a leitura do artigo 60 e 24, IV, da Lei de Criação da ANTT (Lei nº 10.233/01), permitem inferir que compete à Agência Reguladora, mais especificamente à Diretoria Colegiada, o exercício do poder de edição de normas e regulamentos. Veja-se:

“Art. 60. Compete às Diretorias Colegiadas exercer as atribuições e cumprir os deveres estabelecidos por esta Lei para as respectivas Agências”.

*“Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:
[...]*

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;”

4. Tal entendimento tanto está correto, que constava já do artigo 11, VIII, do anterior Regimento Interno (aprovado por meio da Resolução nº 5810/2018 – **RTE-273**) e consta do artigo 15, VIII do atual (aprovado pela Resolução nº 5888/2020 – **RTE-221**), a competência da Diretoria Colegiada para “*exercer o poder normativo e regulamentar da ANTT*”.
5. No campo de atuação da ANTT, o exercício da competência regulatória, nos termos do art. 120 do Regimento Interno da ANTT (aprovado recentemente por meio da Resolução nº 5888/2020 – **RTE-221**), como já se previa no Regimento Interno anterior nº 5810/2018 (**RTE-273**), pode se dar por meio, especialmente, da edição de resoluções e portarias (dentre outros instrumentos). Essa disposição prevê, ainda, objetos distintos para cada um dos instrumentos editados pela ANTT, os quais também possuem requisitos formais específicos. A saber:

¹ JUSTEN Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo: RT, 2013. P. 683.

² Ibid., p. 683/684.

Regimento Interno anterior (Resolução nº 5.810/18)

“Art. 106. As manifestações da ANTT ocorrerão mediante os seguintes instrumentos:

[...]

II - Resolução é o ato que expressa decisão colegiada quando se tratar:

a) de aprovação do Regimento Interno e suas alterações; e

b) de edição de normas de caráter geral e abstrato, sobre matérias de competência da Agência.

[...]

IV - Portaria é o ato emanado:

a) Do Diretor-Geral, no exercício do comando hierárquico sobre pessoal e serviços e no exercício do planejamento, direção, coordenação e orientação voltados para a execução das competências administrativas da ANTT; ou

b) Dos Superintendentes, para a execução de atividades administrativas e regulatórias das respectivas unidades, em estrita observância aos limites da delegação de competências estabelecida pela Diretoria Colegiada”.

Regimento Interno vigente (Resolução nº 5.888/20)

“Art. 120. As manifestações da ANTT ocorrerão mediante os seguintes instrumentos:

I - Resolução - ato normativo editado pela Diretoria Colegiada, de caráter geral e abstrato, sobre matérias de competência da ANTT;

[...]

VI - Portaria - ato emanado:

a) do Diretor-Geral, no exercício do comando hierárquico sobre pessoal e serviços e no exercício do planejamento, direção, coordenação e orientação voltados para a execução das competências administrativas da ANTT; ou

b) dos Superintendentes, para a execução de atividades administrativas e regulatórias das respectivas unidades, em estrita observância aos limites de sua competência e das delegadas pela Diretoria Colegiada em ato específico.” (grifamos)

6. Em adição, o artigo 68 da Lei nº 10.233/2001 é claro ao estabelecer que os atos e decisões da Requerida que representem impactos aos direitos de agentes econômicos serão precedidos da realização de audiência pública:

“Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das Diretorias Colegiadas para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.” (grifamos)

7. A despeito de todas as limitações impostas ao exercício da competência regulatória, ao longo da execução do vertente Contrato, a VIABAHIA viu-se surpreendida por medidas impostas pela ANTT, em especial sua área técnica, justamente ao arrepio dessas contenções.
8. Esse é exatamente o caso da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT (**Item 1**), Portaria nº 28/2019/SUINF/ANTT (**Item 2**), Portaria nº 216/2019/SUINF/ANTT (**Item 3**), assim como do Ofício Circular nº 11/2018 (**Item 4**) e da já mencionada Resolução nº 5.859/2019 (**Item 5**). Todos estes atos, como se passa a demonstrar, padecem de vícios graves e acarretaram a imposição de obrigações não previstas originalmente no Contrato, ou, ainda, alteraram disposições contratuais *a posteriori*, justificando a intervenção deste Tribunal Arbitral.

1. Inaplicabilidade da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT

9. Em 3 de setembro de 2018, a então Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária (“SUINF”) da ANTT³ publicou a Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT (**RTE-279**), por meio da qual foram instituídas novas diretrizes às concessionárias de rodovias federais no que se refere à elaboração e envio dos chamados Plano de Gerenciamento de Riscos (“PGR”) e Plano de Ação de Emergência (“PAE”). Em geral, tais relatórios são utilizados para informar a ANTT sobre a ocorrência de acidentes nas rodovias envolvendo produtos perigosos.⁴
10. Ato seguido, em 4 de setembro de 2018, a VIABAHIA foi notificada quanto à publicação da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT, por meio do Ofício Circular nº 015/2018/GEENG/SUINF (**RTE-281**). De pronto, duas questões chamaram a atenção da VIABAHIA: **(i)** a criação de normas gerais e abstratas pela então SUINF, enquanto a Diretoria Colegiada da ANTT seria o órgão competente por fazê-lo, e **(ii)** a despeito da imposição de novas obrigações às concessionárias, o artigo 11⁵ da referida Portaria suprime o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de modo geral e abstrato.
11. De início, salta aos olhos que, ao arrepio do disposto no artigo 106, II, b, do então vigente Regimento Interno da ANTT (semelhante ao que consta do artigo 120 do Regimento Interno ora vigente), a Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT destina-se a instituir **diretrizes gerais** sobre o procedimento de elaboração e envio dos PGR e PAE, nos termos do seu artigo 1º:
- “Art. 1º Instituir as **diretrizes** para elaboração do Plano de Gerenciamento de Riscos e Plano de Ação de Emergência (PGR/PAE) e revisar os procedimentos, definidos no capítulo 4.8 (Gerenciamento de riscos) do anexo da Portaria SUINF nº 130/2015, a serem adotados pelas concessionárias de rodovias federais para a elaboração e envio do relatório com informações relacionadas aos acidentes rodoviários envolvendo produtos perigosos.” (grifamos)*
12. Teve-se, assim, a grave violação ao artigo 106, II, “b”, do Regimento Interno da ANTT então vigente, e do art. 120, I, do vigente Regimento Interno, que revelam a incompetência da SUINF para expedir tal normativa, haja vista que a competência para criação de normas de caráter geral e abstrato é **exclusiva da Diretoria Colegiada da ANTT**, cuja decisão deveria ser instrumentalizada **por meio de uma Resolução**, ato hierarquicamente superior às Portarias.
13. Isso porque, as portarias consistem em ato administrativo destinado a veicular decisões de efeitos internos do órgão que a expede⁶, conforme já dispunha o Regimento Interno da ANTT, em seu art. 106, inciso IV, “b”, e agora, na mesma linha se manteve no novo Regimento, no

³ Substituída pela Superintendência de Infraestrutura Rodoviária (SUROD), conforme Portaria nº 227/2020 (**RTE-278**).

⁴ Resolução nº 5.232 de 14 de dezembro de 2016 (**RTE-280**), página 39 “*Produto Perigoso – significa produto que tenha potencial de causar dano ou apresentar risco à saúde, segurança e meio ambiente, classificado conforme os critérios estabelecidos neste Regulamento e no Manual de Ensaios e Critérios publicado pela ONU.*”

⁵ “Art. 11. Esta Portaria não gera novas despesas para as concessionárias, pois trata-se de padronização dos documentos e informações a serem apresentados, considerando as obrigações contratuais.”

⁶ “Portaria - é a fórmula pela qual autoridades de nível inferior ao de Chefe do Executivo, sejam de qualquer escalão de comandos que forem, dirigem-se aos seus subordinados, **transmitindo decisões de efeito interno**, quer com relação ao andamento das atividades que lhes são afetas, quer com relação à vida funcional dos servidores, ou, até mesmo, por via delas, abrem-se inquéritos, sindicâncias, processos administrativos. Como se vê trata-se de ato formal de conteúdo muito fluido e amplo.” (grifamos). BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 33ª Edição, Malheiros, pg.457.

art. 120, VI, “b”, ao conceituar “Portaria” como o ato, emanado pela Superintendência para “execução de atividades administrativas e regulatórias das respectivas unidades, em estrita observância aos limites de sua competência e das delegadas pela Diretoria Colegiada em ato específico”.

14. Porém, a matéria tratada pela Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT (**RTE-279**) não se limita às atividades administrativas e regulatórias da ANTT. Pelo contrário, ao estabelecer novas etapas para elaboração dos relatórios periódicos, bem como para a execução dos PGR e PAE, a Portaria está, claramente, modificando a regulamentação já existente, atividade esta que compete à Diretoria Colegiada, por meio da edição de uma Resolução.

15. É inescusável a usurpação da competência legalmente atribuída à Diretoria Colegiada, com a conseqüente violação do princípio da hierarquia, que como ensina Maria Sylvania Zanella Di Pietro, estrutura a atuação da Administração:

“Em consonância com o princípio da hierarquia, os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei.”⁷

16. Nesse passo, sabe-se que as Resoluções são atos normativos revestidos de formalidades mais estritas do que as portarias, justamente para garantir a segurança jurídica daqueles que se submeterão às determinações de caráter geral e abstrato previstas em cada Resolução. Assim, por exemplo, a edição de uma Resolução pressupõe a realização de Análise de Impacto Regulatório, conforme recentemente previsto de maneira expressa no art. 6º, caput, da Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/19⁸), bem como consta do Regimento Interno da ANTT⁹ e - para as normas que afetem os direitos dos agentes econômicos – até mesmo audiências públicas, conforme a previsão do artigo 68 da Lei nº 10.233/11.

17. Portanto, é indiscutível o vício que afeta a Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT, seja pelo fato de que a matéria tratada é de competência da Diretoria Colegiada de modo que, a SUINF acabou por extrapolar os limites de sua competência, conforme estabelecidos pela Lei 10.233/11 e pelo próprio Regimento Interno da ANTT, praticando, assim, ato manifestamente fulminado por vício de competência; seja pela inadequação do instrumento normativo manejado (objeto de Resolução).

18. Somado ao evidente vício que torna imprescindível o reconhecimento da inaplicabilidade da Portaria em comento ao presente Contrato, tem-se, ainda, que ela impõe novas obrigações à VIABAHIA, sem, contudo, promover a devida recomposição econômico-financeira.

19. Destaca-se que o Novo Regimento Interno da ANTT, aprovado em 12 de maio de 2020, por meio da Resolução ANTT nº 5.888/2020 (**RTE-221**), foi além do Regimento Interno anterior

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 31. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.138.

⁸ Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

⁹ A previsão de realização de Análise de Impacto Regulatório constava já do Regimento Interno vigente quando da expedição da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT (artigo 82, V, “a”) e consta do Novo Regimento Interno (artigos 50, V, a, 105, VI, 110 e ss.).

ao prever de maneira expressa em seu art. 98 quando resta afastada a obrigatoriedade de realização de Audiência Pública¹⁰.

20. Ainda, o art. 103, §2º, do Novo Regimento Interno reforça a importância da submissão a Audiência Pública ao prever que *“a não realização de Audiência Pública deverá ser fundamentada e obriga a realização de Consulta Pública, exceto em caso de urgência devidamente justificada”*.
21. Muito embora o Regimento Interno aprovado por meio da Resolução nº 5.888/20 não estivesse vigente quando da promulgação da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT, vale citá-lo a fim de evidenciar a importância, reconhecida pela própria Requerida, de que normas gerais, que afetem direitos dos agentes econômicos, além de somente poderem ser previstas em Resolução, considerando a competência da Diretoria Colegiada, devem ser submetidas à Audiência Pública. No caso ora abordado, não se verificou nenhuma das situações elencadas nos incisos do art. 98 do Regimento Interno.
22. Pelo contrário, de fato, por meio da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT e seu Anexo 1, a Requerida impôs diversas novas obrigações à VIABAHIA, dentre as quais se destacam:
- (i) Elaboração de estudos específicos para compor o PGR, incluindo a caracterização do empreendimento; caracterização socioambiental; mapeamento em escala compatível do uso e ocupação da terra na área de estudo, de acordo com a padronização de classes do Manual Técnico de Uso da Terra do IBGE (conforme item 4.1 do Anexo 1);
 - (ii) Identificação do tráfego de produtos perigosos, por meio da qual a Concessionária deverá apresentar amostragens, de acordo com a metodologia proposta na Decisão de Diretoria nº 070120161C da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo ou segundo o Manual para Implementação de Planos de Ação de Emergência para Atendimento a Sinistros Envolvendo o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos" publicado pelo DNIT (conforme item 4.1 do Anexo 1);
 - (iii) Elaboração de um mapa em escala 1:10000, contendo informações acerca da topografia, hidrografia, relevo, limites dos municípios interceptados, pontos de retomo, sistema de drenagem, inclinação na via e apresentação em destaque dos trechos críticos da rodovia (conforme item 4.1 do Anexo 1);
 - (iv) Após a identificação de pontos críticos, deverão ser adotadas, quando couber, medidas preventivas, como placas de sinalização, redutores de velocidade, adequações na pista, implantação de barreiras, caixas de contenção, campanhas

¹⁰ “Art. 98. Não é obrigatória a realização de Consulta Pública ou Audiência Pública para os seguintes casos, dentre outros: I - proposta de alterações formais em normas vigentes; II - consolidação de normas vigentes; III - edição ou alteração de normas que se limitem a aplicar determinações legais e contratuais; IV - edição ou alteração de normas que afetem exclusivamente a organização interna da ANTT; e V - urgência justificada. §1º A dispensa tratada no caput deverá ser motivada e aprovada pela Diretoria Colegiada. §2º Sem prejuízo do disposto no caput, a ANTT poderá, sempre que entender conveniente, decidir pela realização de Audiência Pública ou Consulta Pública. §3º Entende-se por urgência as matérias que demandem resposta, de modo imediato ou célere, em virtude da existência de risco iminente ou de grave dano à saúde, à segurança, ao meio ambiente, à economia ou à sociedade ou necessidade de pronta edição de ato normativo em função de prazo definido em instrumento legal superior”.

educativas, bem como a apresentação de um cronograma de implementação das medidas preventivas (conforme item 4.1 do Anexo 1);

(v) Elaboração de um Programa de Capacitação, Treinamento e Campanha Educativa com foco nos usuários e funcionários da Concessionária, sendo que as atividades do Programa deverão ocorrer de forma periódica, além de dever ser todas as atividades comunicadas à ANTT, com um prazo de 20 (vinte) dias de antecedência (conforme Art. 9º da Portaria e item 4.1 do Anexo 1);

(vi) Elaboração de estudos específicos para compor o PAE, apresentando o traçado da rodovia, com informações de hidrografia, limites municipais, principais acessos e retornos, obras de arte, praças de pedágio, sistema de contenção de vazamentos, pontos de apoio, áreas de relevância socioeconômicas, adensamentos populacionais. Tais informações deverão ser georreferenciadas, com a indicação de quilometragem e sentido da via, bem como deverá ser apresentado um mapa em escala 1:10000 (conforme item 4.2 do Anexo 2);

(vii) Apresentação de hipóteses de acidentes no transporte rodoviário de produtos perigosos, levando em consideração a localidade do acidente e os vários tipos de acidente que podem ocorrer, bem como os produtos perigosos que são transportados com maior frequência na rodovia (conforme item 4.2 do Anexo 2);

(viii) Realização de auditorias com o objetivo de avaliar a efetiva implantação e manutenção do PGR e do PAE, bem como a eficácia das ações previstas, devendo ser efetivadas pelo menos a cada 2 (dois) anos (conforme item 4.2 do Anexo 2).

23. Não obstante o elevado número de novos procedimentos estabelecidos pela Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT, seu o artigo 11, contraditoriamente, **afasta** a devida recomposição contratual correspondente a imposição das novas obrigações à Requerente:

*“Art. 11. Esta Portaria **não** gera novas despesas para as concessionárias, pois trata-se de padronização dos documentos e informações a serem apresentados, considerando as obrigações contratuais.”*

24. Ora, como se vê acima, não se trata de mera “padronização de documentos e informações”, mas de novos serviços, atividades e controles que ensejam sim novas despesas à VIABAHIA.

25. Inconformada, a VIABAHIA, em 05 de fevereiro de 2019, encaminhou a carta VB-GEC 0156/2019 (**RTE-282**), por meio da qual, a partir de orçamentos preliminares, informou à ANTT a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, tendo em vista os custos adicionais resultantes da publicação da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT, com base nas cláusulas 19.1.3.(v) e 20.1.2 do Contrato e no art. 9º, §4º da Lei nº 8.987/95.

26. Em resposta, ANTT encaminhou¹¹, em 25 de julho de 2019, a Nota Técnica SEI nº 1770/2019/COAMB/GEENG/SUINF/DIR (**RTE-283**), por meio da qual apresentou o **equivocado entendimento** de que a elaboração dos PGR e PAE já integrariam o escopo

¹¹ A Nota Técnica nº 1770/2019/COAMB/GEENG/SUINF/DIR (**RTE-283**) foi encaminhada pela ANTT à VIABAHIA por meio do Ofício nº 8328/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (**RTE-2843**).

contratual, de tal forma que não existiria a criação de novos procedimentos, apenas a regulamentação dos já existentes.

27. Ressalta-se que o Contrato previa somente a obrigação da VIABAHIA de instituir um PGR e um PAE, que deveriam ser elaborados sob a orientação dos Órgão Ambientais¹². A VIABAHIA cumpriu sua obrigação contratual e apresentou regularmente o PGR e o PAE, em conjunto com o Relatório de Acompanhamento Ambiental, os quais sempre foram fiscalizados pelo IBAMA (**RTE-285**).
28. Na realidade, a ANTT promoveu a alteração das obrigações originalmente previstas no item 7.12 do PER, impondo, assim, novos encargos a serem cumpridos pela VIABAHIA, o que implica necessariamente em custos adicionais não previstos à época da apresentação da proposta em fase de licitação, os quais devem ser recompostos.
29. Isso porque, dentre outras mudanças, os relatórios relacionados ao PGR e PAE, que antes eram feitos de uma forma, por profissionais treinados e qualificados para tanto, passariam a ser feitos de outra, completamente diversa e os profissionais envolvidos teriam de ser, conseqüentemente, treinados novamente.
30. A aplicação dos PGR e PAE, realizada, até então, da forma estabelecida em Contrato¹³, também foi alterada pela referida Portaria e demandaria não somente o novo trabalho de padronização dos documentos, mas, também, a preparação dos empregados da VIABAHIA responsáveis pela entrega e execução dos Planos.
31. Não há dúvidas sobre a obrigação existente de elaboração e cumprimento dos referidos Planos, uma vez que essa já era a prática da VIABAHIA. Da mesma forma, a VIABAHIA não se opõe à mudança da regulamentação aplicável. Contudo, além de não ter sido emitida na forma legalmente prevista, os reflexos desta nova “regulamentação” para o dia a dia da Concessão devem ser considerados e, ao corresponderem a encargos adicionais unilateralmente impostos pela ANTT, ensejam o respectivo reequilíbrio.
32. Conforme previamente explorado, a modificação nos relatórios sobre acidentes envolvendo produtos perigosos - seja na estrutura, seja no conteúdo - e nos Planos de Gerenciamento de Risco e de Ação de Emergência - em especial em sua implementação - gera, além de novas tarefas para cumprir com as exigências da Portaria, a necessidade de novo treinamento e capacitação dos profissionais envolvidos.
33. O Contrato, em sua cláusula 31.1.1¹⁴, prevê que, em que pese o dever da VIABAHIA de observar as resoluções e demais regras da ANTT, os termos do Contrato devem ser respeitados. De todo o modo, a **alteração unilateral** das obrigações contratuais originalmente previstas é um risco atribuído à ANTT, assim como prevê a cláusula 19.1.3. (v) do Contrato:

¹² PER do Contrato, item 7.12. “7.12. O Sistema de Gestão Ambiental deverá conter um Plano de Gerenciamento de Risco – PGR e um Plano de Ação de Emergência – PAE para o transporte de produtos perigosos, que deverão ser elaborados sob a orientação dos Órgãos Ambientais Federal, Estaduais e Municipais com jurisdição sobre o trecho concedido, e deverão ser apresentados à ANTT para aceitação.”

¹³ Conforme item 7.12 do PER acima transcrito.

¹⁴ Cláusula 31.1.1 do Contrato de Concessão: A Concessionária deverá observar e respeitar todas as resoluções e demais regras da ANTT, observadas, no entanto, as peculiaridades e especificidades inerentes às normas e regulamentação aplicáveis às concessões e respeitando os termos do presente Contrato.

“19.1.3 A Concessionária **não** é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(...)

(v) **alteração, pelo Poder Concedente, dos encargos atribuídos à Concessionária no Contrato, incluindo as obras ou serviços descritos no PER.**” (grifamos)

34. Corroborando com o ponto da Requerente, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (“ABCR”) enviou a carta CT-052/2018 (**RTE-286**) à ANTT, por meio do qual solicitou a **imediate suspensão dos efeitos da Portaria**, uma vez que **“(...) os anexos da portaria criam obrigações não previstas no contrato original de concessão, que na verdade são despesas extracontratuais cuja implantação causaria a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”** (grifamos).
35. Tem-se, portanto, que ABCR compartilha o mesmo entendimento que a VIABAHIA quando se trata da criação de novas obrigações pela Portaria nº 184/2018, em especial quanto ao que seus anexos estabelecem (conforme a lista de novas atividades acima).
36. Deve a ANTT, portanto, assumir a responsabilidade pelos novos encargos impostos por intermédio da Portaria nº 184/2018, tomando as medidas cabíveis para garantir o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato firmado, com base na Cláusula 20.1.2-do Contrato.
37. Por mais que a Requerente tenha levado à ANTT todos os pontos acima colocados, as tentativas de resolução foram infrutíferas.
38. Conforme demonstrado, a Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT **(i)** foi emitida por órgão incompetente para fazê-lo, bem como **(ii)** promoveu alterações nas obrigações originalmente atribuídas à VIABAHIA pelo Contrato, sem que a ANTT reconhecesse seu direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.
39. Ante o exposto, a VIABAHIA requer ao Tribunal Arbitral que:
- a) **Declare a inaplicabilidade** da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT ao Contrato, em razão de sua patente nulidade quanto sua competência;
 - b) Subsidiariamente, caso o Tribunal Arbitral entenda pela aplicabilidade da Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT ao Contrato, **condene** a ANTT a **recompôr** o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, em razão dos custos adicionais a incorrer, para o cumprimento das novas obrigações que foram impostas pela Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT, a ser oportunamente quantificado nesta arbitragem.

2. Inaplicabilidade da Portaria nº 28/2019/SUINF/ANTT

40. Por meio do Ofício Circular nº 005/2019/GEENG/SUINF (**RTE-287**), a VIABAHIA teve ciência da publicação da Portaria nº 028/2019/SUINF/ANTT (**RTE-288**), expedida pela então SUINF (acima qualificada). Além de revogar a Portaria nº 198/2018/SUINF/ANTT, a nova Portaria estabeleceu novos prazos e obrigações às concessionárias, bem como a revisão de diretrizes

para elaboração de estudos e projetos de rodovias no âmbito da SUINF, de modo a sistematizar os procedimentos supra citados.

41. A Portaria nº 028/2019/SUINF/ANTT é, no entanto, manifestamente inválida, uma vez que, na linha dos dispositivos do Regimento Interno e da Lei nº 10.233 acima citados **(i)** portaria não é o instrumento apto a estabelecer requisitos, obrigações e prazos para as concessionárias, que até então eram previstos no Contrato ou na Resolução nº 1.187/2005 (**RTE-191**), que trata sobre os procedimentos de execução de obras e serviços; **(ii)** houve extrapolação da competência do Superintendente e usurpação da competência normativa da Diretoria Colegiada.
42. No mais, a Portaria nº 028/2019/SUINF/ANTT apresenta disposições contrárias à Resolução nº 1187/2005, hierarquicamente superior, bem como inova em relação ao próprio Contrato, constatações que demandam a intervenção deste Tribunal Arbitral.
43. Pois bem. Tal como exposto quanto à Portaria nº 184/2018/SUINF/ANTT acima, a SUINF, novamente em clara **usurpação de competência exclusiva da Diretoria Colegiada**¹⁵, promoveu alterações de caráter geral e abstrato por meio da edição de singela portaria. Essa situação evidencia o **vício** que fulmina tal instrumento normativo e, por consequência, a inexigibilidade de suas disposições.
44. Não fosse suficiente, a Portaria nº 28/2019/SUINF/ANTT dispõe sobre conteúdo nitidamente contraditório às disposições da Resolução ANTT nº 1.187/2005 e do Contrato, inovando nas obrigações atribuídas à VIABAHIA.
45. É pacífico na doutrina que as Portarias não podem inovar no ordenamento jurídico.¹⁶ Contudo, foi exatamente o que ocorreu com a expedição da Portaria nº 28/2019/SUINF/ANTT.
46. Nesse sentido, destaca-se que, por exemplo, nos moldes da Resolução nº 1.187 (art. 7º, caput), o prazo de encaminhamento do projeto “*as built*” era de 120 dias. Porém, a partir da vigência da Portaria nº 28/2019, esse prazo passou a ser de 90 dias. Ou seja, a Portaria nº 28/2019 **reduziu** o prazo de encaminhamento do projeto “*as built*” em 30 dias.
47. Assim, é claro que a Portaria em referência **inovou** as obrigações da VIABAHIA ao estabelecer novos prazos para seu cumprimento. E, o que é pior, impôs prazos mais curtos, diferentes dos previstos pelo Contrato ou pela Resolução nº 1.187/2005.
48. Além disso, as regras trazidas por esta Portaria impactam diretamente o Contrato em tela ao determinarem novas modalidades de projetos, como o anteprojeto, sequer previsto anteriormente pela Resolução nº 1.187/2005 ou pelo Contrato.
49. As mudanças promovidas por meio da Portaria nº 28/2019/SUINF/ANTT em contradição ao à Resolução nº 1.187/2005, podem ser sintetizadas da seguinte forma:

¹⁵ Conforme artigo 11, VIII, do anterior Regimento Interno (aprovado por meio da Resolução nº 5810/2018) e consta do artigo 15, VIII, do atual (aprovado pela Resolução nº 5888/2020)

¹⁶ Neste sentido: “*Cediço na doutrina administrativa que as portarias, como normas inferiores, não devem ser utilizadas para criar ou restringir direitos e obrigações*” (TRF-5, 2ª T., AC n. 331871, Rel. Desembargador José Baptista de Almeida Filho, DJ 21.03.2006).

	Portaria nº 28/2019	Resolução nº 1.187/2005	Contrato
Prazo para encaminhamento do projeto “as built”	90 dias após o término da obra ¹⁷	120 dias após a conclusão da obra (art. 7º, caput)	Sem previsão
Prazo para envio do projeto executivo	15 dias a contar do início das obras ¹⁸	60 dias a contar da data de início prevista no Planejamento Anual para sua execução (art. 14, caput)	Sem previsão
Prazo para análise do projeto executivo pela Agência	15 dias úteis a contar do protocolo ¹⁹	15 dias a contar do recebimento protocolizado (art. 15, caput)	Sem previsão
Prazo para apresentação do anteprojeto	60 dias de antecedência da data de início da obra ²⁰	Modalidade de projeto sequer prevista	Modalidade de projeto sequer prevista

50. Diante da manifesta **(i)** incompetência da então SUINF para expedição do referido ato normativo e **(ii)** inovação posterior e prejudicial à VIABAHIA, faz-se indispensável que este Tribunal Arbitral:

a) **Declare a inaplicabilidade da Portaria nº28/2019/SUINF/ANTT ao Contrato;**

b) Subsidiariamente, caso o Tribunal Arbitral entenda pela aplicabilidade da Portaria nº 28/2019/SUINF/ANTT ao Contrato, **condene** a ANTT a **recompôr o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato**, em razão das novas obrigações que foram impostas por esta Portaria, a ser oportunamente quantificado nesta arbitragem e acrescido de juros, correção monetária, multas, tributos e todos os reajustes e consectários legais e contratuais aplicáveis;

3. Inaplicabilidade da Portaria nº 216/2019/SUINF/ANTT

51. Em 01 de julho de 2019, a então SUINF emitiu a Portaria nº 216/2019/SUINF/ANTT (**RTE-289**), que estabelece sistemáticas para fiscalização de investimentos das concessões de

¹⁷ “O Projeto “As Built”, deverá ser encaminhado à ANTT no prazo estabelecido no Contrato de Concessão, ou nos casos omissos, em 90 (noventa) dias após o término da obra.” (Vide Portaria nº 028-2019 - Anexo I, p. 111).

¹⁸ “O protocolo da Via Branca do Projeto Executivo deverá ocorrer com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data prevista para o início da obra.” (Vide Portaria nº 028-2019 - Anexo I, p. 95)

¹⁹ “A Gerência responsável pelas análises dos estudos e projetos deverá se manifestar sobre o Projeto Executivo no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis a contar do seu protocolo.” (Vide Portaria nº 028-2019 - Anexo I, p. 95).

²⁰ “A Concessionária deverá protocolar o Anteprojeto em sua Via de Capa Amarela, na Gerência responsável pela gestão do contrato, em até 60 (sessenta) dias da data prevista para o início da obra (...)” (Vide Portaria nº 028-2019 - Anexo I, p. 68).

infraestrutura rodoviária, em especial aquelas relacionadas ao planejamento anual da concessão.

52. Ocorre que, a SUINF, novamente, **não possui competência** para criar normas relativas às matérias de caráter geral - tal qual é a dos investimentos das concessões -, nos termos do art. 106, inciso IV, alínea “b”²¹, do então vigente Regimento Interno, uma vez que essa competência é **exclusiva do órgão colegiado da ANTT**, conforme demonstrado supra. Tem-se, portanto, uma primeira causa para a sua flagrante invalidade.
53. Além disso, as disposições da Portaria nº 216/2019/SUINF/ANTT são claramente contrárias ao previsto pela Resolução nº 1.187/2005 (RTE-191) (hierarquicamente superior) e ao próprio Contrato, tornando inegável sua inaplicabilidade ao presente Contrato.
54. Explica-se.
55. De acordo com o artigo 10 da mencionada Resolução nº 1.875/2005, a concessionária é obrigada a encaminhar, até o dia 20 de novembro de cada ano, seu planejamento anual:
- “Art.10 A Concessionária deverá apresentar à ANTT, até o dia 20 do mês de novembro de cada ano fiscal:
I- o Planejamento Anual das obras e serviços que serão realizados no exercício seguinte, obedecendo ao modelo constante no Anexo II desta Resolução.”*
56. Entretanto, a Portaria nº 216/2019 trouxe disposição completamente diversa em seu artigo 2º, que estabelece que a Concessionária deverá apresentar à COINF proposta de planejamento anual dos investimentos, contendo as obras e serviços previstos para o ano concessão subsequente, com no mínimo, 40 (quarenta) dias antes do término do ano concessão.
57. O marco temporal para apresentação do planejamento para o ano subsequente não somente foi alterado pela referida Portaria, como **inviabilizou**, no caso da VIABAHIA, a apuração adequada dos investimentos do ano concessão, já que, com a Portaria, a apresentação do plano ocorreria antes do seu fim.
58. De forma simples, sendo o aniversário do ano concessão em dia 19 de outubro, somente será possível apurar os percentuais das obras executadas no respectivo ano concessão, e os que deverão ser reprogramados, em **data posterior**, e não 40 dias antes do seu término.
59. Assim, ao contrário do estabelecido pela Portaria, a avaliação dos percentuais de execução das obras **não** pode ser realizada antes do final do ano concessão, tanto para evitar a distorção nos valores registrados, como para garantir que correspondam ao que foi efetivamente realizado até o final do ano concessão.
60. No mesmo sentido, o item 2.2.1 do PER do Contrato estabelece que as obras de caráter obrigatório são aquelas cuja data de conclusão ou implantação deve ocorrer **até** o ano

²¹Regimento Interno ANTT: Art. 106. As manifestações da ANTT ocorrerão mediante os seguintes instrumentos: IV - Portaria é o ato emanado: (...) b) Dos Superintendentes, para a execução de atividades administrativas e regulatórias das respectivas unidades, em estrita observância aos limites da delegação de competências estabelecida pela Diretoria Colegiada.

concessão determinado pela Agência²², **o que significa que, somente se pode verificar seu real cumprimento após o término do ano concessão previsto para a conclusão de determinada obra de caráter obrigatório.**

61. Dessa forma, a apresentação do planejamento anual com 40 dias de antecedência **ignora as disposições contratuais**, uma vez que nesse período torna-se impossível realizar previsão do avanço do mês faltante, gerando incertezas e imprecisões. Em especial quanto ao percentual de trabalhos a ser reprogramado, por estar embasado em dados incompletos, torna-se impossível, também, sancionar a VIABAHIA com base nesses dados.
62. Assim, tem-se duas possibilidades **(i)** ou a concessionária ignora o ordenamento da Resolução e aguarda o prazo da Portaria para apresentar sua Programação Mensal, o que, além de ilógico (uma vez que estaria ignorando um ato normativo hierarquicamente superior em benefício de outro inferior), implicaria em descumprimento das obrigações previstas em Contrato, **(ii)** ou obedece a ambos os prazos e submete sua equipe a retrabalhos, apurando em dois momentos diversos os trabalhos realizados em um único mês.
63. Ambas as possibilidades são ilógicas e inexigíveis perante o Contrato.
64. Igualmente, a Portaria vai de encontro às disposições encontradas no próprio Contrato de Concessão da Viabahia, uma vez que pretende **alterar a forma de aplicação do mecanismo de desconto de reequilíbrio**.
65. Isso porque, o art. 13 da Portaria determina a aferição de **modo parcial** do nível de execução das obras e serviços, antes do encerramento do ano concessão, como segue:

“Art. 13º Quando não houver tempo hábil de aplicar o desconto e o acréscimo de reequilíbrio na revisão de tarifa imediatamente subsequente, excepcionalmente a COINF poderá aferir o nível parcial de execução das obras e serviços de ampliação de capacidade e melhorias antes do encerramento do ano concessão, conforme critérios definidos pela GEFIR.

§ 1º No caso da hipótese prevista neste artigo, decorrerá a aplicação de desconto e o acréscimo de reequilíbrio parcial na revisão de tarifa imediatamente subsequente ao final do ano concessão, conforme critérios definidos pela GEFIR”

66. Conforme anteriormente visto, não cabe a avaliação dos percentuais de execução das obras “antes” do final do ano concessão, pois, é óbvio, que as obras continuarão até se encerrar o ano e a avaliação precoce geraria **distorções**. Foi justamente por conta deste cenário que o Contrato de Concessão estabelece, em sua **Cláusula 20.6.5**, que, a aplicação do Desconto de Reequilíbrio **somente se dará em relação ao desempenho apurado no ano anterior**:

*“O valor da Tarifa Básica de Pedágio resultante das revisões anuais indicadas nas subcláusulas 16.4, 16.5 e 16.6 sofrerá **a dedução do Desconto de Reequilíbrio referente ao desempenho apurado no ano anterior**, calculado na forma do Anexo 5, de acordo com a fórmula: Tarifa Básica de Pedágio x (1 - Desconto de Reequilíbrio)”*

²² “2.2.1. São obras e serviços cuja data de conclusão ou implantação deverá ocorrer até o ano determinado pela ANTT. Compreendem as obras de ampliação de capacidade, melhorias físicas e operacionais, recuperação emergencial da Ponte Cândido Sales, sistemas de operação e sistema de arrecadação de pedágio.”

67. Assim, a aplicação precoce do desconto de reequilíbrio, em momento anterior ao término do ano concessão, **não encontra respaldo no Contrato firmado.**
68. Para tornar fácil a visualização do quanto acima exposto, compara-se, na tabela a seguir, o que dispõe a Resolução 1.187/2005, a Portaria nº 216/2019 e o Contrato firmado entre a Viabahia e a ANTT, evidenciando a inadmissibilidade dos termos da mencionada Portaria:

Portaria ANTT nº 216 de 2019	Resolução ANTT nº 1.1875 de 2005	Contrato
<p>Art. 2º <u>Em no mínimo 40 (quarenta) dias antes do término do ano concessão,</u> as Concessionárias deverão apresentar às respectivas Coordenações de Exploração da Infraestrutura Rodoviária - COINF, para análise e avaliação, a proposta de Planejamento Anual dos investimentos, contendo as obras e serviços previstos no ano concessão subsequente, conforme modelo estabelecido no Anexo I.</p>	<p>Art.10 A Concessionária deverá apresentar à ANTT, até o <u>dia 20 do mês de novembro</u> de cada ano fiscal: I- o Planejamento Anual das obras e serviços que serão realizados no exercício seguinte, obedecendo ao modelo constante no Anexo II desta Resolução.”</p>	<p>2.2.1 “As obras de caráter obrigatório são aquelas cuja data de conclusão ou implantação deve ocorrer <u>até o ano concessão determinado pela Agência,</u> o que significa que, somente se pode verificar seu real cumprimento após o término do ano concessão previsto para a conclusão de determinada obra de caráter obrigatório”</p>
<p>Art. 13º Quando não houver tempo hábil de aplicar o desconto e o acréscimo de reequilíbrio na revisão de tarifa imediatamente subsequente, excepcionalmente a COINF <u>poderá aferir o nível parcial de execução das obras e serviços de ampliação de capacidade e melhorias antes do encerramento do ano concessão,</u> conforme critérios definidos pela GEFIR.</p> <p>§1º No caso da hipótese prevista neste artigo, decorrerá a aplicação de desconto e o acréscimo de reequilíbrio parcial na revisão de tarifa imediatamente subsequente ao final do ano concessão, conforme critérios definidos pela GEFIR.</p>		<p>Cláusula 20.6.5 do Contrato: “O valor da Tarifa Básica de Pedágio resultante das revisões anuais indicadas nas subcláusulas 16.4, 16.5 e 16.6 <u>sofrerá a dedução do Desconto de Reequilíbrio referente ao desempenho apurado no ano anterior,</u> calculado na forma do Anexo 5, de acordo com a fórmula: Tarifa Básica de Pedágio x (1 - Desconto de Reequilíbrio)”</p>

69. No mais, a Portaria, no artigo 13 acima mencionado, prevê a aferição **parcial** do nível de execução das obras e serviços “conforme critérios definidos pela GEFIR”, critérios esses que **não foram informados à Requerente**, impedindo sua avaliação, em clara ofensa ao princípio do contraditório.
70. Dessa forma, a Requerente, conforme expresso em sua carta VB-GEC-1120/2019²³ (**RTE-290**), ao se deparar com os dispositivos da referida Portaria, encontrou-se em situação de extrema **insegurança jurídica**, uma vez que as regras nela contidas destoam tanto da Resolução nº 1.187/2005 quanto do Contrato de Concessão firmado entre as partes.
71. Sabe-se que a ANTT, em seu papel de autoridade pública, tem como uma de suas funções a atuação no sentido de aumentar a segurança jurídica dos administrados²⁴. Assim, a emissão de Portaria destoante dos precedentes normativos de sua própria autoria é extremamente prejudicial ao desenvolvimento contratual, abalando a confiança entre as partes e vulnerando, por consequência, a segurança jurídica que deve pautar a relação contratual em tela, como previsto pelo artigo 30 da LINDB.
72. Destarte, faz-se indispensável que este Tribunal Arbitral **declare a inaplicabilidade** da Portaria nº 216/2019/SUINF/ANTT ao vertente Contrato. Consequentemente, **requer-se, ainda, a declaração** de nulidade do desconto de reequilíbrio aplicado em desfavor da Requerente, com a consequente **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro** a ser oportunamente quantificado no curso desta arbitragem.

4. Inaplicabilidade do Ofício Circular nº 011/2018/SUINF

73. Mais uma vez, a VIABAHIA se viu surpreendida com a criação de normas, pela Requerida, que **não** estão alinhadas com a economicidade contratual, vulnerando a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro tabulada pelo artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Dessa vez, o ponto que justifica a intervenção deste Tribunal Arbitral está relacionado a pretensão da ANTT de distorcer a aplicação do Sistema de Custos Referenciais de Obras (“SICRO”), utilizado para a precificação dos novos investimentos com intervenções demandadas pela Concessão.
74. Em 16 de novembro de 2018, a ANTT enviou o Ofício Circular nº 011/2018/SUINF (**RTE-291**), pelo qual informou que alguns itens não possuiriam “*enquadramento perfeito na formulação do SICRO*”²⁵, razão pela qual seria necessária a utilização de “percentuais provisórios” em relação aos itens sem enquadramento. Dentre estes itens, estão os relacionados à administração local e ao canteiro de obras.
75. Segundo disposto no mencionado Ofício, em decorrência de uma suposta incoerência de enquadramento destes itens aos referenciais de preços do SICRO, seria necessário adotar, para eles, percentuais diversos dos que constam no SICRO.
76. Sem que fosse desenvolvida qualquer metodologia prévia, a ANTT estipulou novos percentuais que deveriam ser usados para a remuneração dos itens canteiro de obras e

²³ Carta VB-GEC-1120/2019, §32.

²⁴ LINDB, “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.”

²⁵ Vide Ofício Circular nº 0011/2018/SUINF, 3º parágrafo.

administração local, provisoriamente, até que fosse criada nova metodologia de precificação específica – o que até o presente momento não ocorreu.

77. Ou seja, contrariamente à previsão constante das Cláusulas 20.4.2.(i) e 20.5.3 do Contrato²⁶, que preveem a utilização de **critérios de mercado** para a aferição do valor dos investimentos a serem realizados pela Requerente, a ANTT não apenas impõe **indiscriminadamente** o uso do SICRO (sem avaliar se este é de fato o referencial de preços compatível com os critérios regulares de mercado), como, a partir da disposição do mencionado Ofício Circular nº 0011/2018/SUINF, passou a distorcer esse mesmo referencial, impondo percentuais sem qualquer embasamento técnico que subsidie tal imposição.
78. Diante da implementação da metodologia sem quaisquer embasamentos, em 29 de agosto de 2019, a VIABAHIA enviou a carta VB-GEC-0750/2019 (**RTE-292**), em reposta ao Ofício Circular nº 011/2018/SUINF. Nesta carta, não apenas foi questionada a adoção da metodologia provisória pela então SUINF, atual SUROD, mas também foram apontadas pela Concessionária as incoerências e problemáticas do referido Ofício. Na ocasião, a VIABAHIA ainda pediu que fosse reconhecida sua nulidade, bem como a adoção do novo SICRO, à época, como referencial para remuneração dos custos indiretos das novas obras.
79. A lógica da metodologia provisória, é de que não seriam remuneradas as despesas que excedessem os percentuais de 6,99% e de 2,8%, em relação aos itens de instalação de canteiro de obras e da administração local, respectivamente.
80. Em termos práticos, a ANTT acabou por **reduzir** o valor da remuneração da obra a ser recebido pelas concessionárias. E o pior: sequer demonstrou os critérios e lógicas usados na realização do cálculo criado pela antiga SUINF para justificar os novos percentuais.
81. Desse modo, até o momento de criação da nova metodologia de precificação, os preços dos itens de administração local e canteiro de obras deveriam observar, quando da elaboração do orçamento dos projetos executivos a serem submetidos à ANTT, estes cálculos e percentuais **menores** elaborados pela então SUINF, atual SUROD.
82. Não pode se admitir que o Ofício Circular nº 011/2018/SUINF, sem qualquer estudo técnico ou metodologia substitutiva, ignore as disposições contratuais e composições estabelecidas em conformidade com o SICRO, nos casos em que este reflete os “critérios de mercado”, nos termos da Cláusula 20.5.3.
83. Ao verdadeiramente ignorar parte do próprio referencial de preços adotado (SICRO) e impor percentuais sem amparo em metodologia específica ao presente Contrato, ao arrepio, inclusive, da determinação contratual expressa de serem adotados critérios de mercado para a definição de tais valores, a ANTT vulnerou, sobremaneira, os princípios da segurança jurídica e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, visto que arbitrou o parâmetro

²⁶ “20.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio: (i) na hipótese de inclusão no escopo do Contrato de Concessão de novos investimentos, entendidos como quaisquer obras ou serviços não constantes do PER previsto no Anexo li deste Contrato, bem como na hipótese de sua inexecução, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração de Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da subcláusula 20.5; 20.5.3 Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, **serão utilizados critérios de mercado para estimar o valor dos investimentos**, custos e despesas resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio.” (grifamos)

de precificação de custos indiretos por um **critério misto atécnico**, que impactou diretamente na mensuração dos valores das obras necessárias ao adequado desenvolvimento da Concessão.

84. Ora, se a Requerida entendeu que havia distorções na utilização do SICRO, a fim de evitar impactos nos valores das obras, deveria ter notificado a Requerente para que o suposto problema fosse debatido e solucionado por meio de estudos técnicos, cotações a valor de mercado e, até mesmo, definição de metodologia específica substitutiva.
85. A ferramenta de precificação poderia, assim, ser aprimorada em conjunto, como forma de preservar a assertividade e lógica dos preços. Porém, a ANTT optou por impor alteração açodada e sem qualquer avaliação dos efeitos desta decisão impositiva à equação contratual, desconsiderando a exigência contratual para que sejam adotados critérios de mercado para tal valoração.
86. Nem sequer é possível aferir como fora realizado o cálculo pela antiga SUINF já que **não** foram disponibilizadas as memórias de cálculo ou racional técnico para a definição dos percentuais substitutivos impostos pela Requerida. E, como já dito, se a ANTT entendeu pela necessidade de “adaptar” os preços do SICRO sem prévio debate com a Requerente, ao menos deveria disponibilizar a lógica usada para a realização do cálculo, pois as modificações devem ser demonstradas²⁷ e, evidentemente, **compatíveis com critérios de mercado** e não mera imposição inexplicável de percentuais pela ANTT.
87. Ainda, os percentuais provisórios foram replicados da Nota Técnica nº 362/2014/SUINF²⁸ e a ANTT até sugeriu a revisão da metodologia e dos preços referenciais aos itens de administração local e canteiro de obras. No entanto, na ocasião, o sistema vigente era o SICRO 2. Em contrapartida, o sistema atual é o novo SICRO (SICRO 3), que conta com uma sistemática e parâmetros diferentes em relação aos custos contemplados dentro das composições de preço unitário.
88. Com isso, houve apresentação de resultados e custos evidentemente **distorcidos**, em decorrência da aplicação do mesmo percentual sobre composições de parâmetros diferentes. A Requerida não considerou o fator de aplicação do mesmo percentual sobre composições que apresentam parâmetros diferentes. Logo, a alteração promovida pela ANTT se deu com base apenas em critérios arbitrários, incompatíveis com seu próprio referencial de preços e, especialmente, sem qualquer correlação com efetivos critérios de mercado, tal como previsto na Cláusula 20.5.3 do Contrato.
89. Para exemplificar a falta de coerência e embasamento dessa decisão da ANTT, destaca-se a divergência na base de incidência do percentual no item de canteiro de obras. Isso porque, na Nota Técnica nº 362/2014/SUINF o percentual incidia sobre um valor, ao passo que, no Ofício Circular nº 011/2018/SUINF, incide sobre outro. Veja-se:

²⁷ Neste sentido: “Assiste razão à contratada quanto ao Sicro ser um importante referencial de preços e admitir adaptações em razão das peculiaridades das obras a exemplo da inclusão de determinados custos de transporte. Entretanto, tais adaptações devem ser efetivamente e tecnicamente demonstradas indicando as peculiaridades e como elas impactam os preços referenciais utilizados (...)” (TCU – Acórdão nº 1922/2011, p. 3 – **RTE-294**).

²⁸ Conforme detalhado na carta VB-GEC-0750/2019 (**RTE-292**).

Percentual de 6,99% - canteiro de obras	
Ofício Circular nº 011/2018/SUINF	Nota Técnica nº 362/2014/SUINF
Incidu sobre o preço de venda	Incidu sobre o valor de custo da obra

90. Por fim, com relação à metodologia que seria criada para substituir os percentuais provisórios adotados pela SUINF, é tamanho o descaso da ANTT que, passados quase dois anos desde a expedição do Ofício Circular e da implementação do cálculo da SUINF, ainda não apresentou nova metodologia para os itens de administração local e canteiro de obras.
91. E pior: por meio da já mencionada Portaria nº 028/2019/SUINF/ANTT²⁹, a Requerida reitera a aplicação dos percentuais previstos no Ofício Circular nº 011/2018/SUINF, isso sem que tenha sido elaborada a metodologia ainda pendente para valoração destes investimentos.
92. Ou seja, os percentuais que deveriam ser “provisórios” estão sendo utilizados até hoje, sem qualquer previsão de substituição.
93. Como se não fossem suficientes esses atos, ao ser questionada pela Requerente sobre a irregularidade desta conduta, por meio da citada missiva VB-GEC-0750/2019 (**RTE-292**), a Requerida não apenas reafirmou a determinação de adoção dos percentuais arbitrados sem qualquer metodologia, como ainda tentou vedar novos questionamentos por parte da VIABAHIA a partir de ameaças de imposição de sanções, conforme se extrai do Ofício SEI nº 12209/2020/GEENG/SUROD/DIR-ANTT (**RTE-293**), de 03 de julho deste ano.
94. Diante do exposto, torna-se imprescindível a intervenção deste Tribunal Arbitral para que **declare a inaplicabilidade do Ofício Circular nº 011/2018/SUINF, assim como, da Portaria nº 028/2019/SUINF/ANTT, ao Contrato.** Por consequência, sendo **incontroversa** a não adequação do SICRO, requer a VIABAHIA que a ANTT seja **condenada** a utilizar, tal como previsto nas cláusulas 20.4.2.(i) e 20.5.3 do Contrato, **critérios de mercado** para precificação dos investimentos objeto da Concessão.

5. Inaplicabilidade da Resolução nº 5.859/2019 – Revisão Quinquenal

95. Como adiantado na Parte Geral, não bastassem os anos de inquestionável inadimplência, em 06 de dezembro de 2019 - **mais de 10 anos após a celebração do Contrato** e já alcançado o marco para a conclusão da segunda Revisão Quinquenal -, a ANTT editou a Resolução nº 5.859/2019 (**RTE-069**) alterando por completo o procedimento para realização da Revisão Quinquenal e seu escopo, ignorando e, em boa medida, **contrariando** as peculiaridades da Revisão Quinquenal prevista no Contrato a ponto de esvazia-la.
96. Ato seguido, em 16 de dezembro de 2019, a ANTT encaminhou à VIABAHIA o Ofício nº 18474/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (**RTE-008**) determinando que, com base no procedimento previsto na referida Resolução nº 5.859/2019, a VIABAHIA apresentasse novamente sua proposta para a Revisão Quinquenal.

²⁹ Conforme Item 13.6 do Anexo I.

97. Em outras palavras: após **mais de 5 anos de inadimplência contratual**, a ANTT **arbitrariamente** pretende impor à VIABAHIA uma modelagem de Revisão Quinquenal **distinta** daquela prevista originalmente no Contrato, com base em **regras emitidas a posteriori ao seu próprio inadimplemento**, enquanto segue impondo multas de valores exorbitantes e condenando a VIABAHIA a amargar com o **severo desequilíbrio econômico-financeiro**.
98. Isso mesmo, diante da **inadimplência e da total incapacidade** de dar seguimento às revisões previstas no Contrato, a **ANTT decidiu**, unilateralmente, **“mudar as regras do jogo” acordada pelas Partes no Contrato**, com o objetivo de tentar “liquidar” seu inadimplemento – como se isso fosse possível - e **impedir futuras revisões**.
99. Dentre as alterações e restrições impostas pela ANTT por meio da Resolução em testilha, destaca-se:

(i) Restrição do escopo da Revisão quinquenal à *inclusão, exclusão, alteração e reprogramação de obras e serviços do PER* (cf. *caput* do artigo 2º), **excluindo** a possibilidade de revisão para compatibilização das obrigações contratuais ao cenário econômico, como expressamente garantido pela Cláusula 16.5.1. do Contrato ora contido;

(ii) Supressão da possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio da Revisão Quinquenal, em que pese, no caso da VIABAHIA, esse escopo tenha sido expressamente reconhecido pela AGU, por meio do Parecer nº 02529/2017/PF-ANTT/PGF/AGU, de 17 de novembro de 2017 (**RTE-070**);

(iii) Restrição das concessionárias elegíveis para a concretização da Revisão Quinquenal a partir da exigência de comprovação, no momento da submissão da proposta pela concessionária, da regularidade econômica, ausência de multas não pagas (cf. artigo 8º, I e II³⁰), ao arripio da disposição contratual específica da Cláusula 16.5.1, que garante o direito da VIABAHIA, e a obrigação da ANTT, à realização da revisão a cada quinquênio da Concessão;

(iv) Criação da exigência de avaliação do perfil de risco das concessionárias, que, conforme previsto no §2º do artigo 10 da Resolução nº 5859/2019³¹, reflete a *capacidade financeira e indica graus de riscos em caso de aumento de obrigações e é calculado nos termos dos artigos 3º e 4º do Anexo I*.

³⁰ “Art. 8º A proposta de revisão quinquenal deve ser acompanhada de declaração de cumprimento dos seguintes requisitos pela concessionária: I - regularidade fiscal e econômico-financeira; [...] III - inexistência de penalidades decorrentes de decisão administrativa definitiva e não pagas, ressalvados os casos de suspensão judicial de sua exigibilidade;”

³¹ “Art. 10. Ressalvadas as situações previstas no art. 4º desta Resolução, caberá à Superintendência competente submeter as propostas de revisão quinquenal à aplicação do método multicritério previsto no Anexo I desta Resolução, de forma a aferir: I - a qualificação da concessionária para o recebimento de novas obras e serviços, em função do nível de execução contratual e do perfil de risco financeiro; e II - a ordem de prioridades das alterações do PER propostas, definida a partir dos seguintes critérios: a) complexidade de desapropriação; b) complexidade do licenciamento ambiental; c) influência da obra ou serviço na fluidez do tráfego; d) influência da obra ou serviço na melhoria da segurança viária; e) capacidade de induzir o desenvolvimento regional; f) tratamento de pontos críticos de travessia e pedestres; e g) funcionalidade dos retornos. §1º A execução contratual contempla o grau de cumprimento da execução de obras e serviços previstos no PER e é representada pelas variáveis calculadas nos termos dos art. 5º, 6º e 7º do Anexo I desta Resolução. **§2º O perfil de risco financeiro reflete a sua capacidade financeira e indica graus de riscos em caso de aumento de obrigações e é calculado nos termos dos artigos 3º e 4º do Anexo I.**” (grifamos)

100. Ou seja, a ANTT faz uso da Resolução em referência para verdadeiramente criar condicionantes extracontratuais, alterar a amplitude da Revisão Quinquenal e, com isso, perpetuar seu ciclo vicioso de inadimplência para com as obrigações assumidas junto à VIABAHIA há mais de 10 anos!
101. Além disso, nota-se que os artigos 3º, I e III, 8º, I, III, e IV, e 10, I, bem como o Anexo I da Resolução que acabam por conferir às Revisões Quinquenais caráter essencialmente punitivo, porquanto restringem o acesso às Revisões Quinquenais às concessionárias que estejam adimplentes com suas obrigações contratuais e que tenham saúde financeira e perfil de risco adequado.
102. Com efeito, conforme consta do art. 3º, I e III, da Resolução, não será analisada proposta de Revisão Quinquenal: **(i)** quando existente decisão da Diretoria que proponha ao Poder Concedente a decretação da caducidade; e **(ii)** que se refira a obras e serviços previstos em Termos de Ajustamento de Conduta – TAC.
103. Já os incisos I, III e IV, do art. 8º da Resolução estabelecem que a proposta de alteração do PER que gere aumento de valor referente a obras e serviços deve ser acompanhada de declaração de cumprimento dos seguintes requisitos pela concessionária: **(i)** regularidade fiscal (exigência, esta, vale destacar, que foi inserida após a submissão da minuta à audiência pública, de modo que não foi submetida à análise e eventuais críticas pelos interessados) e econômico-financeira; **(ii)** inexistência de penalidades decorrentes de decisão administrativa definitiva e não pagas, ressalvados os casos de suspensão judicial de sua exigibilidade; e **(iii)** inexistência de TAC em andamento com obrigações descumpridas.
104. Dessa forma, a Requerida claramente subverte a finalidade pretendida com a previsão contratual de realização de uma Revisão Quinquenal, destinada a garantir a manutenção da eficiência e atualidade dos serviços concedidos e prestados em favor dos usuários da Concessão (conforme artigo 6º da Lei 8.987/95³²).
105. No mesmo passo, essa postura arbitrária da ANTT viola, com clareza, os limites da discricionariedade à ela concedida enquanto ente regulador, uma vez que, de acordo com o art. 29, V e VI³³, da Lei 8.987/1995, o Poder Concedente deve cumprir as disposições contratuais. Logo, não há margem para criação de subterfúgios para evitar a aplicação da Revisão Quinquenal, que é expressamente prevista e delimitada pelo contrato.
106. Ademais, o ato da Requerida encontra óbice direto no princípio da segurança jurídica, positivado pelo artigo 30 da LINDB³⁴, na medida em que a Resolução nº 5.859/2019 promove alterações em disposição expressa do Contrato de Concessão em tela, após 10 anos da sua celebração e o prolongamento da discussão administrativa sobre a realização da Revisão

³² “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.”

³³ “Incumbe ao poder concedente: (...) V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão.” (grifamos)

³⁴ “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.”

Quinquenal por anos, ensejando até mesmo o acionamento do Poder Judiciário para supressão da mora da ANTT³⁵.

107. Nesse sentido, são valiosos os comentários de José Marcos Lunardelli acerca do mencionado artigo 30 da LINDB e a positivação expressa e inequívoca do princípio da maximização da segurança jurídica:

“A estabilidade das interpretações jurídicas, que promova a certeza e a confirmação das expectativas normativas dos cidadãos na atuação da autoridade administrativa, encontra-se estimulada e abrangida pela proposição normativa do artigo 30 da LINDB, que impõe o dever de se tutelar a segurança jurídica na aplicação das normas.

*A segurança jurídica é um valor fundamental albergado pelo ordenamento jurídico constitucional e legal em múltiplos institutos, como a coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido e a irretroatividade da lei, protegem situações jurídicas devidamente constituídas sob manto de interpretação normativa válida no momento de aplicação de determinada norma jurídica (tempus regit actus), de serem modificadas arbitrariamente por inovações legislativas ou mesmo por uma nova hermenêutica constitucional ou legal que revejam interpretações consolidadas no passado, preservando-se, dessa forma, a confiança legítima dos cidadãos na administração pública. Sem esse tipo de garantia todo cálculo social e econômico restaria inútil em virtude da imprevisibilidade das regras do jogo que poderiam ser alteradas arbitrariamente”.*³⁶ (grifamos)

108. No presente caso, a **violação** à segurança jurídica e à legítima confiança que deveriam nortear a relação contratual em comento, é patente. Isso porque, não há dúvidas de que a Requerida pretende **alterar, unilateralmente, disposição contratual** fulcral da estrutura de desenvolvimento da Concessão, uma vez que permite a equalização, **periódica**, das obrigações à luz da evolução das necessidades técnico-operacionais do Sistema Rodoviário e alterações do cenário econômico no qual está inserida a Concessão. O que, em uma relação que se estende por 25 anos e cujo objeto é marcado por alta complexidade na sua execução, se mostra crucial para a regularidade da prestação dos serviços concedidos.

109. Dessa forma, não se nega a possibilidade de alterações unilaterais supervenientes aos contratos de concessão, seja em virtude das prerrogativas da ANTT, ou mesmo em razão da mutabilidade inerente a esses contratos, mas há **limitações** ao desenvolvimento dessas alterações, como expressamente previsto pelo artigo 58, da Lei nº 8.666/93, inclusive para as alterações unilaterais.

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
III - fiscalizar-lhes a execução;
IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de

³⁵ Vide ação ordinária de origem ao Agravo de Instrumento (Processo nº 1009371-92.2017.4.01.3400), conforme detalhado na Petição 1 da Requerente.

³⁶ LUNARDELLI, José Marcos. Art. 30 da LINDB – comentário geral in CUNHA Filho, Alexandre Jorge Carneiro da. Et.al. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada. Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. P. 477/478.

acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º *As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.*

§ 2º *Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.*”

110. De fato, a alteração unilateral somente é possível “para melhor adequação às finalidades de interesse público” e, mesmo assim, “respeitados os direitos do contratado” (art. 58, I, da Lei 8.666/199).
111. A alteração da regulamentação das revisões quinquenais a serem previstas nos contratos futuros é prerrogativa da ANTT, à vista de suas experiências e expectativas – muito embora existam críticas à Resolução nº 5.859/19 -, mas **não** há qualquer adequação “às finalidades de interesse público” que fundamente a alteração dos contratos já assinados, no que diz respeito à fixação de requisitos ou limitação de escopo da Revisão Quinquenal, **o que implicaria imediato e inquestionável desrespeito aos direitos dos contratados.**
112. Pelo contrário, o interesse público se traduziria da melhor forma com a realização das Revisões Quinquenais nos termos dos contratos de concessão, já que visa a reavaliação da concessão às reais necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico, no caso específico da VIABAHIA.
113. Nem se alegue que a limitação de escopo já adviria da Resolução nº 675/04³⁷ (**RTE-080**), uma vez que referida Resolução passou a prever a realização das Revisões Quinquenais apenas após alterações previstas na Resolução nº 5.172/16 (**RTE-170**), portanto, igualmente posterior à celebração do Contrato, de tal forma que sua aplicação tampouco se impõe à Requerente para obstrução ou restrição do seu direito contratual à Revisão Quinquenal nos termos da Cláusula 16.5.1. do Contrato.
114. Nota-se, ainda, que a prestação do serviço público por meio dos contratos de concessão é regida por normas regulamentares (ou normas de serviço) e por cláusulas contratuais. As normas regulamentares estabelecem as condições de prestação do serviço público sob regime de concessão (funcionamento, organização, modo de prestação, entre outros aspectos pertinentes à outorga do serviço) e decorrem diretamente da lei ou de regulamento administrativo geral e abstrato. Dessa forma, seus efeitos jurídicos não se restringem às partes contratantes, mas atingem, também a esfera jurídica dos usuários do serviço.
115. Tais normas podem estar inseridas no próprio contrato de concessão, em suas disposições regulamentares³⁸, ou constar de leis ou de regulamentos, contudo, independentemente do

³⁷ “Art. 2º-B Nas revisões quinquenais serão consideradas as repercussões decorrentes de modificações por: alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços, com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário. (Acréscitado pela Resolução 5172/2016/DG/ANTT/MTPA). Parágrafo único. Quinquenalmente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ser submetida ao Processo de Participação e Controle Social a fim de garantir o direito de manifestação de todos os interessados. (Acréscitado pela Resolução 5172/2016/DG/ANTT/MTPA)”

³⁸ Conforme art. 29, VI, da Lei nº 8.987/95:

“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;”

local em que estejam previstas, as normas regulamentares podem ser unilateralmente alteradas pelo Poder Concedente.

116. Por sua vez, as cláusulas contratuais são as cláusulas econômicas da concessão que disciplinam os direitos, obrigações e outras posições jurídicas restritas à esfera jurídica das partes contratantes, como é o caso ora em questão, em que se tratam de cláusulas prevendo o direito das concessionárias à promoção das Revisões Quinquenais. Referidas cláusulas blindam um pequeno ordenamento jurídico válido entre as partes, pois somente podem ser alteradas com a concordância da concessionária, conforme artigo 58, § 1º, da Lei 8.666/93:

“ 58. [...]”

§ 1º *As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.*”

117. Assim, como esclarece Augusto Neves Dal Pozzo ao analisar a diferença entre a possibilidade de alteração nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 e os contratos de concessão, como o presente, o caráter mutável inerente a estes últimos contratos não constitui um “cheque em branco” à Administração para promover mudanças estruturais nas relações contratuais. Veja-se:

“Nesse sentido, pode-se afirmar que o limite valorativo de alterações contratuais unilaterais em contratos que tenham por objeto concessões de serviços públicos podem superar aqueles previstos nos §1º e 2º da Lei nº 8.666/93.

Admitir o contrário seria o mesmo que inviabilizar o atingimento do interesse público que move a contratação de qualquer concessão de serviço público. A própria lei geral de concessão, como vimos, antevê que alterações contratuais serão necessárias, já que essa é a lógica da concessão: prazos longos e necessidade, contínua, de ampliar e melhorar a prestação do serviço.

Contrário ao interesse público seria impossibilitar a efetivação dessas alterações acima daquele limite imposto pela lei de regência, pois seria o mesmo que “castigar” o usuário utilizar um serviço antiquado, ultrapassado, obsoleto, desprovido dos recursos tecnológicos mais adequados a sua melhor prestação.

*Claro que o administrador terá que seguir algumas balizas para efetivação dessas alterações unilaterais. **Não existe aqui um cheque em branco conferido à Administração Pública para que ela promova as alterações que bem lhe aprouver: o regime jurídico administrativo incidente não concede essa autonomia. Dentre as balizas que se mostram mais importantes e que devem ser respeitadas temos, justamente: o objeto do contrato, a motivação (fundamentação técnica) que justifica a alteração contratual, o impacto econômico no contrato e a finalidade a ser atendida, ou seja, o interesse público almejado.**”³⁹*

³⁹ DAL POZZO, Augusto Neves. Concessão de serviço público. Diferenças entre o regime da Lei nº 8.666/93 e o da Lei nº 8.987/95. Possibilidade de superação dos limites estabelecidos no §1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 nos contratos de concessão de serviços públicos. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2012. Parecer. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=77586>>. Acesso em: 24/06/2020.

118. Reforça esse entendimento e, especialmente, ressalta a arbitrariedade que fulmina o ato da Requerida, a determinação expressa dos artigos 20 e 21 da LINDB⁴⁰, uma vez que a ANTT promoveu inexplicável alteração substancial no escopo e criou condicionantes extracontratuais para a realização da Revisão Quinquenal alheias ao Contrato de Concessão firmado com a VIABAHIA, sem, contudo, explicitar **(i)** a motivação de tal decisão unilateral e **(ii)** analisar os efeitos desse ato, concretamente, à Concessão.
119. Como se não fosse suficiente, por meio da Resolução em comento, a ANTT ainda impôs exigências que acarretam elevados ônus financeiros à Requerente, que dizem respeito **(i)** às exigências constantes dos arts. 7º, VI, 15, II, 16, parágrafo único, de apresentação de EVTEA e projeto executivo antes mesmo da promoção de alteração do PER; e **(ii)** à limitação, prevista no art. 18, §3º, de 30% variação entre os valores estimados, apresentados na proposta de Revisão Quinquenal, e aqueles obtidos a partir dos orçamentos dos respectivos projetos executivos, aprovados pela ANTT.
120. Em relação ao primeiro ponto, cumpre ressaltar o alto custo da elaboração de EVTEA e projetos executivos frente à incerteza de inclusão ou alteração do investimento no PER, o que se agrava considerando que, nos termos do art. 22, da Resolução nº 5.859/19, os EVTEA e projetos executivos **somente** serão ressarcidos caso as obras e serviços tenham sido aprovados após a aplicação do método multicritério.
121. Assim, a exigência de tais documentos, sem que as concessionárias tenham a certeza da inclusão/alteração do investimento, importa risco financeiro alto a elas imposto, o que desmotiva a iniciativa de realização de serviços e obras – muitas delas importantes para a garantia da segurança e conforto dos usuários -, ainda mais considerando a complexidade dos requisitos impostos no método multicritério. Logo, trata-se de exigência totalmente irrazoável e desproporcional.
122. Especificamente no que diz respeito ao projeto executivo, cumpre esclarecer que o art. 21, da Resolução nº 1.187/05 (**RTE-191**) prevê a apresentação apenas do projeto básico quando da proposta de alteração do PER, cabendo a apresentação de projeto executivo apenas “**após autorizada pela ANTT a alteração no Programa de Exploração**”. Portanto, contraditória a exigência advinda da Resolução nº 5.859/19.
123. Em relação ao segundo ponto, destaca-se que **(i)** não há respaldo legal ou contratual que ampare a previsão de limitação de 30% de diferença entre o valor estimado na proposta de Revisão Quinquenal; e **(ii)** a determinação é desproporcional, quando se considera que é comum a ANTT solicitar frequentes alterações por ocasião da análise de projetos.

⁴⁰ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

124. De fato, vê-se que a ANTT atua de modo errático, ilícito e imprevisível, valendo-se de sua competência regulatória de forma arbitrária para tentar criar subterfúgios para o descumprimento de suas **obrigações contratuais expressas, assumidas há mais de dez anos com a VIABAHIA!**
125. Ao assim agir, negando por completo a finalidade da inserção do instrumento da Revisão Quinquenal no Contrato de Concessão, **a ANTT excedeu o uso legítimo e regular de seu poder regulador**, sendo, a pretensão de aplicação da Resolução nº 5.859/2019 ao caso da VIABAHIA exemplo de **abuso de poder**, pois, como leciona Ricardo Marcondes Martins:
- “Em suma: abuso de poder é o nome dado à situação jurídica da Administração que se configura quando ela edita atos jurídicos (rectius, atos administrativos) inválidos por vício de finalidade, de contentorização ou de sujeito.*
[...]
Assim, a Administração Pública é obrigada a apurar todos os princípios incidentes, v.g., P1, P2, P3, PF1, PF2, PF3, a ponderá-los e a realizar a medida de concretização exigida pelo sistema, v.g., M1e M3. Se a Administração concretiza o princípio errado, P2, ou concretiza o princípio certo por meio errado, M2, edita, v.g., o ato administrativo concretizador de P2 por M2, incide em desvio de poder, modalidade de abuso de poder.”⁴¹ (grifamos)
126. É relevante destacar que as alterações impostas pela Resolução nº 5.859/2019, ao contrário do que a Requerida tenta fazer crer, **não consistem em singelas disciplinas procedimentais**. Isso porque, é muito claro que a mencionada Resolução restringe o escopo originalmente previsto na Cláusula 16.5.1. do Contrato da VIABAHIA, ao limitar a Revisão Quinquenal à inclusão, exclusão alteração e reprogramação de obras e serviços do PER.
127. Somado a esse aspecto, que por si já demonstra que a Resolução promove alteração material substancial à Revisão Quinquenal, tem-se a criação de condicionantes relacionadas à regularidade econômica e ausência de multas não pagas, além da avaliação do que seria o “perfil de risco” da concessionária.
128. Ora, como demonstrado ao longo destas Alegações Iniciais, a VIABAHIA, em inúmeras ocasiões, comprovou à ANTT que a Revisão Quinquenal, nos moldes previstos em seu Contrato, era o caminho para a readequação indispensável à Concessão, seja por estarem algumas obrigações obsoletas a ponto de se tornarem inexecutáveis (como, por exemplo, as Obras Condicionadas), seja pelo profundo desequilíbrio que afeta a relação desde a depressão econômica.
129. As dificuldades financeiras que afligem a VIABAHIA em razão desse estágio de desequilíbrio avolumado pela mora da ANTT em dar cabo às suas obrigações contratuais, são impeditivas ao desenvolvimento regular das obrigações contratuais. Situação que poderia ser rebalanceada nos exatos termos e limites da Cláusula 16.5.1 do Contrato, como **reconhecido** pela própria ANTT, especificamente ao caso da VIABAHIA, na outrora citada Nota Técnica nº 015/2019/GEREF/SUINF (**RTE-013**).

⁴¹ MARTINS, RICARDO MARCONDES. Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 62.

130. Todavia, mesmo ciente desse cenário, os únicos atos concretos promovidos pela ANTT foram destinados à aplicação desmedida de sanções, que, apenas para o ano de 2019, alcançam a monta de R\$ 158.400.900,00 (cento e cinquenta e oito milhões, quatrocentos mil e novecentos reais). Valores exorbitantes que, dada a fragilidade da saúde econômico-financeira da Concessão, não podem evidentemente ser adimplidos pela VIABAHIA sem prejuízo da realização de investimentos essenciais a regular prestação dos serviços aos usuários.
131. Ocorre que, dada a condicionante de “regularidade econômica” e “ausência de penalidades não adimplidas” impostas pela ANTT para a realização da Revisão Quinquenal, ao arrepio da previsão contratual, a Requerente sequer estaria habilitada a submeter, novamente, sua proposta de revisão. Isso mesmo, ainda que a Requerente já tenha adquirido o direito à conclusão das duas primeiras revisões quinquenais, haja vista que a Concessão já conta com quase 11 anos, a nova condicionante a impediria de formular a reapresentação de sua proposta, o que é inadmissível.
132. Ou seja, a ANTT tardou mais de 5 anos sem concluir a primeira Revisão Quinquenal ampla a qual a VIABAHIA faz jus, e agora, por meio da criação de subterfúgios regulatórios, pretende violar o direito adquirido da Requerente e suprimir garantia contratual expressa e estruturante da Concessão.
133. A arbitrariedade da pretensão de alterar a disciplina da Revisão Quinquenal após anos de mora com seu dever contratual e os efeitos desse ato às concessões em curso foi exposta pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR, por meio do Ofício nº CT-054/2019 (**RTE-295**), no qual foi pontuado que:

O direito à revisão quinquenal, previsto em todos os contratos de concessão de rodovia federal, não está condicionado ao preenchimento de quaisquer requisitos. Condicionar o exercício de tal direito ao preenchimento de condições exorbitantes e desproporcionais, inviabilizando sua ocorrência - como ocorre no caso em questão - é medida que deve ser combatida, sob pena de violação aos princípios basilares previstos na Constituição Federal, na Lei de Concessões e na Lei de Licitações, além de configurar flagrante e indevida alteração unilateral do contrato. É obrigação da ANTT criar condições equânimes e legítimas às concessionárias para garantia do direito à revisão quinquenal. Caso contrário, inviabilizar-se-á a manutenção dos níveis de serviços e o fiel cumprimento das obrigações contratuais.

É importante frisar que a ABCR já se manifestou contrariamente ao excesso de requisitos expostos durante a Audiência Pública que discutiu o tema (ver em anexo a esta carta). No entanto, todas as suas justificativas técnicas foram integralmente desconsideradas.

A realização das revisões quinquenais, de forma justa e legal, é um dos principais caminhos para garantir a continuidade não apenas dos contratos de concessão em curso, como também do próprio programa de concessão neste País, evitando-se processos de caducidade e relicitações que certamente prejudicam o usuário, o principal beneficiário dos serviços prestados pelas concessionárias. A manutenção das exigências previstas na Resolução 5.859/19 causará insegurança jurídica ao setor como um todo e acabará por afastar investimentos e novos *players* no mercado.

134. De outro modo, mesmo na remotíssima hipótese de ser admitida a aplicação das restrições inseridas pela Resolução, é fato que por se tratar de alteração normativa que afeta diretamente a implementação de um dispositivo contratual, especialmente no que tange a sua amplitude e possibilidade de concretização pela concessionária, sua aplicação não poderia ser realizada de forma retroativa à relação contratual, nos termos do artigo 2º, XIII, da Lei nº 9.789/99:

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.

[...]

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. (grifamos)

135. Por derradeiro, convém esclarecer a este Tribunal que, originalmente, a minuta da resolução que foi submetida à audiência pública (**RTE-296**) previa, ao menos, um “regime de transição” para as propostas de Revisão Quinquenal já em tramitação. Todavia, sem que esse tema tenha sido debatido publicamente, após a realização da audiência, a ANTT **alterou** drasticamente a redação de dispositivos relevantes.
136. Por exemplo, foi alterado o dispositivo que consignava a disciplina transitória, passando a impor o arquivamento das propostas formuladas anteriormente à edição da Resolução – como é o caso das propostas da VIABAHIA para a Primeira e a Segunda Revisões Quinquenais.
137. Essa inexplicável mudança, que implicou no arquivamento das propostas da VIABAHIA e a inviabilização da conclusão da Revisão Quinquenal a qual ela faz jus nos termos da cláusula 16.5.1. do Contrato, é claramente identificada quando são comparadas as redações original e final da cláusula 19 da Resolução:

Minuta submetida a Audiência Pública	Resolução nº 5.859/19
<p><u>Art. 19. Para as revisões quinquenais que ocorrerem em até 24 (vinte e quatro) meses da vigência da presente Resolução, fica dispensada a comprovação do cumprimento dos requisitos do art. 8º e a qualificação da concessionária prevista no art.10.</u></p> <p>Parágrafo único. Na situação transitória prevista neste artigo, o estabelecimento da ordem de prioridades para inclusão ou alteração das obras e serviços será promovido mediante utilização do método definido no Anexo I desta Resolução.</p>	<p>Art. 19. O processo de revisão quinquenal somente será instaurado a partir de 120 (cento e vinte) dias contados da data de publicação desta Resolução.</p> <p><u>§1º As propostas de revisão quinquenal recebidas pela Superintendência competente e ainda não aprovadas pela Diretoria Colegiada, na data de publicação desta Resolução, deverão ser devolvidas às concessionárias, para adequação aos termos desta Resolução.</u></p> <p>§2º Após o fim do prazo previsto no caput, as revisões quinquenais que já deveriam ter sido encaminhadas não obedecerão ao prazo previsto no caput do art. 7º.</p> <p>§3º Na hipótese do §2º, as revisões quinquenais devem ser concluídas em até 22 (vinte) meses a partir da apresentação da proposta de revisão quinquenal com as adequações previstas no §1º.</p> <p>§4º Na hipótese do §2º, as revisões quinquenais não concluídas no prazo definido no §3º deverão ser consideradas no próximo quinquênio, observando o prazo previsto no Art. 7º.</p>

138. Vê-se, assim, que a ANTT suprimiu importante ressalva destinada justamente à preservação dos direitos das concessionárias, isso de forma arbitrária, sem qualquer motivação e análise dos efeitos concretos que tal decisão ensejaria aos contratos firmados anos antes da publicação da resolução nº 5.859/19.

139. Ainda mais grave do que ocorreu em relação ao artigo 19, após a Audiência Pública, foi a modificação do artigo 25 da minuta para contemplar alteração no artigo 2º da Resolução nº 3.651/2011, promovendo modificação evidentemente prejudicial ao equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, mesmo **já** tendo sido posta para discussão na minuta inicial a alteração da Resolução ANTT nº 3.651/11 (**RTE-297**). Confira-se:

“Art. 25. O art. 2º, parágrafo único, da Resolução nº 3.651, de 7 de abril de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação: “Parágrafo único. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, relativa à inclusão de obras e serviços no âmbito de revisão extraordinária, inclusive os custos relacionados, somente poderá ser realizada na revisão ordinária subsequente à conclusão da obra ou serviço.” (grifamos)

140. Nota-se que o artigo supra transcrito posterga para depois da conclusão de serviços/obras a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de sua aprovação. Ocorre que, ao inserir disposição prevendo a promoção do reequilíbrio posterior à conclusão da obra ou serviço e não concomitante ao evento ensejador do desequilíbrio, a Resolução **viola** o disposto no artigo 9º, §4º, da Lei nº 8.987/95:

“Art. 9º [...] § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.” (grifamos)

141. Além dessa clara ilegalidade, que consiste em inequívoca vulneração da garantia constante do artigo 37, XXI, da Constituição Federal à manutenção da equação contratual como originalmente pactuada, o dispositivo em comento **viola** frontalmente os artigos 58, I e §2º⁴², e 65, II, d, e §6º⁴³, da Lei nº 8.666/93.
142. Portanto, por qualquer ângulo que se analise, a pretensão da ANTT de aplicar as disposições da Resolução nº 5.859/2019 em detrimento da Cláusula 16.5.1. do Contrato manifestamente arbitrário e, por consequência, exige a intervenção deste Tribunal Arbitral.
143. Ante o exposto, a VIABAHIA requer ao Tribunal Arbitral que:

- a) **Declare a inaplicabilidade** da Resolução nº 5.859/2019 ao Contrato, em razão de sua inequívoca impertinência e caráter restritivo à disposição da Cláusula 16.5.1 do Contrato;

⁴² “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; [...] § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

⁴³ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [...] § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

- b) Subsidiariamente, caso o Tribunal Arbitral entenda pela aplicabilidade Resolução nº 5.859/2019 ao Contrato, requer-se que, com fulcro no artigo 2º, XIII, da Lei nº 9.789/99, que seja **declarada sua irretroatividade** às 1ª e 2ª Revisões Quinquenais, haja vista o direito adquirido da VIABAHIA a sua realização do modo previsto na Cláusula 16.5.1. do Contrato.

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