QUEIROZ·MALUF
sociedade de advogados

MAMG advogados

ARBITRAGEM DE ACORDO COM O REGULAMENTO DO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ

Procedimento Arbitral CAM-CCBC nº 64/2019/SEC7

VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A
("VIABAHIA" ou "Requerente")

vs.

Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT
("ANTT" ou "Requerida")

São Paulo, 23 de julho de 2021.

Petição 19 da Requerente - Manifestação sobre os documentos juntados pela Requerida nas Petições 14, 15 e 16

Advogados da Requerente:

Queiroz Maluf Sociedade de Advogados

MAMG Advogados

INTRODUÇÃO

1. Em atenção à Ordem Processual nº 16 proferida em 13 de julho de 2021, por meio da qual, dentre outras providências, facultou-se à Requerente que, até o dia 23 de julho de 2021, se manifestasse sobre os documentos **RDA-235**, **236** e **237** e respectivas manifestações, a Requerente expõe o que segue, após suscinta contextualização.

2. No dia 5 de março de 2021, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 9, por meio da qual facultou à Requerente que se manifestasse sobre os documentos e informações acerca do Relatório de Fiscalização do TCU[1] trazidos pela Requerida em sua Petição nº 7, de 24 de fevereiro de 2021.

3. Naquela oportunidade, a ANTT mencionou que o relatório juntado (**RDA-025**), outrora indisponível a terceiros interessados, poderia ser acessado pelos procuradores da VIABAHIA, que passara a figurar como "credenciada" no processo desde fevereiro de 2021, em razão de parcial levantamento do sigilo pelo TCU[2], de modo que não haveria razão para o seu desentranhamento dos autos deste procedimento.

4. Antes do decurso do prazo concedido pela Ordem Processual nº 9, entretanto, foi proferida a Ordem Processual nº 10, que acolheu a argumentação trazida pela Requerida, e revogou o sigilo anteriormente concedido ao **RDA-025** por este Tribunal.

5. Em 16 de abril de 2021, a Requerente apresentou a Petição de nº 11, em atendimento à Ordem Processual nº 9, na qual salientou que, mesmo diante da informação da Requerida a respeito do parcial levantamento do sigilo pelo Tribunal de Contas, o relatório do TCU acostado a este procedimento arbitral deveria ser desentranhado dos autos, por duas razões principais.

6. A uma, porque o Relatório de Fiscalização elaborado pelo TCU (**RDA-025**) nos autos do TC 010.222/2019-7 é resultado de um levantamento de auditoria, que nem <u>sequer contou com a participação da Requerente em quaisquer das fases do procedimento</u>, o que, logicamente, a impediu de colaborar para as conclusões obtidas no Relatório.

---

[1] Informações trazidas em atendimento ao item 6.(i) da Ordem Processual nº 9.

[2] Na oportunidade, em declaração um tanto contraditória, a Requerida acabou por confirmar que, ainda que o texto do relatório fosse de livre acesso aos procuradores da VIABAHIA, a documentação que o embasou permanecia fora do alcance da Requerente, ao mencionar que "*embora alguns documentos que foram acrescentados ao Relatório se classifiquem como sigilosos, o relatório, em si, é público*" (Petição nº 7 da Requerida, p. 02, § 6º).

7. Conforme informado na Petição nº 11 da Requerente, a VIABAHIA apenas está "credenciada" no processo de fiscalização em questão, de modo que jamais foi concedida oportunidade à concessionária para que exercesse o devido contraditório e se manifestasse a respeito das alegações e dos documentos acostados àqueles autos.

8. A duas, porque, não bastasse a já mencionada impossibilidade da Requerente se manifestar nos autos de um processo de fiscalização cujo objeto – frisa-se - é a análise da **performance da Agência em relação aos contratos de concessão de rodovias federais**, tampouco lhe foi franqueado o acesso à integra dos autos do procedimento administrativo junto ao Tribunal de Contas.

9. Conforme demonstrado na Petição nº 11 da Requerente, o seu acesso aos autos do processo administrativo, à realidade, ainda é, até a presente data, restrito e parcial, o que impossibilita não apenas qualquer tentativa de eventual defesa da VIABAHIA junto ao TCU, como também o próprio exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa da Requerente neste procedimento arbitral, na medida em que as dezenas de documentos nos quais o relatório se ampara se encontram cobertos, até hoje, pelo sigilo imposto pelo TCU.

10. Assim, diante desta impossibilidade, a VIABAHIA viu-se compelida a solicitar o desentranhamento dos autos do documento **RDA-025**, o qual, na melhor das hipóteses, somente poderia ser acostado à arbitragem caso houvesse o levantamento integral do sigilo imposto pelo TCU aos autos da auditoria.

11. Diante do pleito da Requerente, este Tribunal Arbitral concedeu à Requerida, por meio da Ordem Processual n° 11, a oportunidade de se manifestar a respeito do pedido de desentranhamento, o que ocorreu por meio da Petição n° 14 da Requerida, na qual foi juntado o documento **RDA-235** que ora se passa a tratar.

I. DOS NOVOS DOCUMENTOS JUNTADOS PELA REQUERIDA E RESPECTIVAS MANIFESTAÇÕES

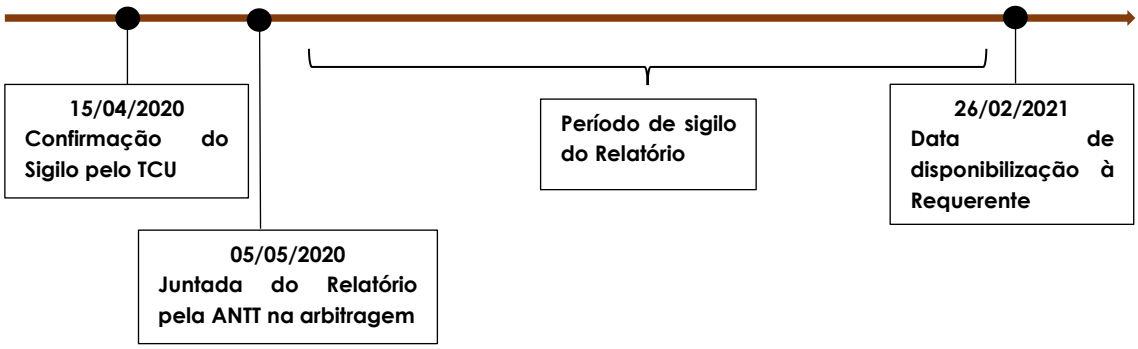
12. Em sua manifestação, ao tratar do pedido de desentranhamento do Relatório de Fiscalização (**RDA-025**), a Requerida reconheceu que, de fato, diversos documentos do TC 010.222/2019-7 permanecem sob o sigilo imposto pelo TCU, razão pela qual, inclusive, teria sido juntado o relatório sem os respectivos anexos. Porém, salientou a Requerida que não haveria qualquer prejuízo à Requerente com a sua juntada ao procedimento arbitral.

13. A Requerida trouxe, ainda, cópia de Pedido de Certidão ao TCU para fins de comprovação do caráter público do Relatório de Fiscalização (**RDA-0235**). A certidão emitida pelo TCU (**RDA-236**) foi juntada pela Requerida nestes autos em 21 de junho de 2021 (Petição nº 15 da Requerida).

14. Apesar da argumentação construída na petição da Requerida, os fundamentos utilizados para demonstrar que supostamente não haveria prejuízo aos direitos da Requerente ao contraditório e à ampla defesa decorrente da utilização do Relatório de Fiscalização não merecem prosperar. Explica-se.

15. A Requerida afirma que, apesar dos anexos do relatório ainda se encontrarem protegidos pelo sigilo conferido pelo TCU, o relatório propriamente dito seria público, e poderia ser livremente acessado pela Requerente e pelos demais habilitados, para então afirmar que, caso a VIABAHIA entendesse que o levantamento do sigilo representou uma violação a qualquer direito seu, deveria se insurgir junto à Corte de Contas.

16. Ocorre que, ao contrário do mencionado pela Requerida, o Relatório em questão **não era público** quando juntado a esta arbitragem, e seu sigilo foi reiteradas vezes confirmado pelo próprio TCU, quando solicitado o acesso pela VIABAHIA, conforme despachos proferidos em 26/09/2019, 21/10/2019, 18/11/2019, 30/03/2020 e **15/04/2020** (**RTE-059)**. Entretanto, conforme indicado pela própria ANTT em sua Petição nº 14, o Relatório apenas foi disponibilizado aos procuradores da VIABAHIA em **26/02/2021** (§ 42), conforme indicado na linha do tempo abaixo:



17. Portanto, é incontroverso que, à data da juntada do Relatório pela ANTT a este procedimento, o documento ainda estava coberto pelo sigilo imposto pelo TCU à Requerente, ainda que, aparentemente, desde maio de 2020 estivesse à disposição da Requerida.

18. Causa estranheza, ainda, a colocação da Requerida, pois parece ter desconsiderado o teor das demais manifestações da Requerente, nas quais restam mais do que claro que a violação sofrida pela VIABAHIA não decorre do levantamento do sigilo das informações tratadas no TC 010.222/2019-7, **mas sim de prejuízos aos seus direitos ao contraditório e à ampla defesa, dos quais a Requerente foi alijada no momento em que impedida de participar**

efetivamente da produção do relatório e de acessar sua íntegra, o que não foi remediado com o acesso limitado aos documentos que o compõe – até o momento **não** concedido.

19. Conforme demonstrado na Petição nº 11 da Requerente, a VIABAHIA não pôde exercer o prévio e efetivo contraditório quando da elaboração do Relatório de Fiscalização em tela, pois não teve – e segue sem ter – acesso ao inteiro teor do processo, em razão do sigilo imposto pelo TCU em relação à parcela dos documentos que instruem a auditoria.

20. Nesse sentido, cumpre mencionar que o contraditório, obviamente, não se limita à mera ciência dos elementos do processo, mas sim à possibilidade de os afetados pelo processo terem efetivamente participado da produção de provas e de colaborarem para seu resultado. Portanto, um relatório de fiscalização consolidado, disponibilizado à parte envolvida posteriormente à sua conclusão, jamais pode ser considerado como um documento submetido ao contraditório.

21. Além disso, **não se pode olvidar que não há decisão de mérito naquele processo**, de sorte que o Relatório de Fiscalização juntado a este procedimento arbitral não teve seus achados analisados, muito menos chancelados pelo Tribunal, e, como já dito, é a análise da **performance da Agência em relação aos contratos de concessão de rodovias federais que está sendo auditado por aquele Tribunal**

22. O que se vislumbra, portanto, é a pretensão da ANTT em se valer, neste procedimento, de "prova", ou pior, de "parte de prova" produzida unilateralmente, em procedimento no qual foi impedido o exercício do contraditório pela parte diretamente afetada pelo seu resultado, o que é inadmissível.

23. Para demonstrar como a manutenção nestes autos do Relatório de Fiscalização representa um prejuízo a direitos processuais básicos da Requerente, é possível traçar, neste ponto, um paralelo entre a pretensão da ANTT em utilizar o Relatório de Fiscalização produzido no âmbito do TC 010.222/2019-7 com o instituto da prova emprestada, insculpido na legislação processual civil, no qual é possibilitada a utilização de prova produzida em outro processo, desde que observado o contraditório[3].

[3] Art. 372 da Lei nº 13.105/2015: O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório. (grifamos)

24. Para melhor elucidar a questão, mostra-se pertinente considerar o que diz a doutrina a respeito da prova emprestada e a **necessidade de observação do contraditório efetivo para viabilizar a sua utilização**:

> "*Somente é lícita a importação de uma prova para ser utilizada contra quem tenha participado do processo em que foi produzida – a prova não pode ser utilizada contra quem não participou da sua produção.*"[4]
>
> "*Como requisito geral de* ***admissibilidade da prova emprestada a doutrina erige a necessidade de observância do contraditório, o que significa, em termos singelos, que a parte em detrimento de quem a prova é produzida deve ter tido a oportunidade de participar de sua formação contraditória no processo de origem****. Seria possível, nessa linha, o empréstimo de elementos produzidos entre terceiros, vale dizer, em casos em que não há nenhuma identidade de partes entre o processo de origem e aquele para onde se transporta a prova? Em linha de princípio, tendo em conta a inobservância ao princípio do contraditório, não.*"[5]

25. Assim, uma vez que **não houve** o exercício do pleno contraditório e ampla defesa pela Requerente – pelos motivos acima expostos, em especial, a não disponibilização completa da documentação, bem como a ausência de participação da Requerente –, a ANTT deve ser **impedida** de "importar" o Relatório de Fiscalização (**RDA-025**) como prova nesta arbitragem.

26. A Requerente não olvidou, de forma alguma, da doutrina que defende a possibilidade de ser utilizada a prova emprestada em casos nos quais não foi realizado o devido contraditório na origem a respeito da produção da prova que se pretende importar. Todavia, mesmo esta possibilidade **não** seria aplicável ao caso em tela. Veja-se lição de Marinoni e Arenhart:

> "*Por fim, cabe imaginar a situação em que se busca emprestar prova de um processo, em que litigaram "A" e "B", para um processo entre "A" e "C", ou para um processo entre "C" e "D". Nessas hipóteses, ou apenas uma das partes é identificada com a do processo em que a prova foi produzida, ou nenhuma das partes é idêntica. Em tais situações, como o contraditório das partes não foi garantido na produção da prova,* ***será necessário examinar se é possível cumprir com tal garantia no processo para o qual se pretende exportar a prova.*** *Sempre que for possível garantir o contraditório –* ***com a mesma eficácia que se teria caso o contraditório houvesse sido observado***

---

[4] DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, L. J. C. ; OLIVEIRA, R. A. ; BRAGA, P. S. . Curso de Direito Processual Civil - v. 5 - execução - reescrito com base no CPC-2015. 7. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. v. 1. p. 134.

[5] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.021, grifamos.

> ***no processo primitivo*** *– o empréstimo da prova será admissível. Caso contrário, em princípio, a prova emprestada será inviável.*"[6]

27. Sob tal ótica, mesmo que fosse admissível trazer a documentação de processo no qual não foram observados os referidos pilares processuais, tal possibilidade não seria adequada para o presente caso, uma vez que, como sabido e admitido repetidas vezes pela própria Requerida, os documentos anexados ao relatório e os próprios autos do TC 010.222/2019-7 **não estão disponíveis às partes para que sobre eles possam se manifestar**, de modo que não seria possível sanar, neste procedimento arbitral, o contraditório que deveria ter sido observado na seara administrativa.

28. Ademais, tal processo de "importação" possivelmente exigiria a atuação de partes estranhas à jurisdição deste Tribunal Arbitral (como o próprio TCU), o que por si só leva à conclusão pela **impossibilidade** de ser mantido, nesta arbitragem, o relatório elaborado no bojo do TC 010.222/2019-7, sob pena de serem **violados de forma irrecuperável** os direitos da Requerente ao contraditório e à ampla defesa.

29. A Requerida afirma, ainda, que inexistiria violação a direitos da VIABAHIA na utilização do referido relatório porque, pura e simplesmente, o TCU o considerou público e, se o considerou público, nada nele seria sigiloso[7]!

30. No entanto, tal alegação nada mais é do que uma tentativa de desviar o debate a respeito do Relatório de Fiscalização para as informações cujo sigilo foi levantado, ao passo que, como sabido e exposto acima, o cerne da controvérsia reside justamente no oposto, ou seja, **nos documentos indisponíveis à Requerente e que dão base ao relatório em questão**.

31. E tal tentativa de confundir o Tribunal fica ainda mais evidente diante da afirmação da Requerida sobre a suposta inexistência de prejuízo à Requerente. Segundo a ANTT, não haveria prejuízo pelo fato de que à própria ANTT seria vedado acesso aos documentos sigilosos, o que supostamente traria uma "igualdade de meios"[8] às Partes do procedimento arbitral.

32. Ocorre que o fato de a ANTT ter trazido aos autos um documento incompleto jamais poderia "consertar" a evidente violação dos direitos ao contraditório e à ampla defesa da Requerente. A Requerida optou espontaneamente por trazer

---

[6] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento, v. 2. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 289-290, grifamos.

[7] Petição 14 da Requerida, § 44.

[8] Petição 14 da Requerida, §§ 46 e47.

a este procedimento arbitral um documento cujos anexos não são do integral conhecimento das Partes.

33. A Requerente, no entanto, viu-se surpreendida pela juntada de um documento parcial, no qual lhe são imputados fatos que, conforme demonstrado ao longo do feito, não correspondem à realidade e devem ser terminantemente afastados, não havendo o que se falar em "igualdade de meios" entre a ANTT - que optou pela utilização de documento impertinente à arbitragem - e a Requerente - que há meses pleiteia o desentranhamento dos autos de documento que não foi disponibilizado em sua íntegra, fato incontroverso entre as Partes e, conforme demonstrado, foi elaborado em franco **desrespeito ao contraditório e à ampla defesa da VIABAHIA**.

34. Ainda sobre a certidão do TCU (**RDA- 236)**, é de se destacar que o documento nada esclarece a respeito do momento em que houve o levantamento do sigilo posto sobre o relatório da tomada de contas, pois não há indicação no documento a respeito da data em que o relatório foi disponibilizado aos procuradores da VIABAHIA. A Requerente apenas tomou conhecimento da existência do relatório do TCU quando da sua juntada pela ANTT neste procedimento, em **05/05/2020**, logo após lhe ter sido confirmado pelo TCU o sigilo imposto sobre o processo.

35. Diante desse desencontro de informações, não restou alternativa à Requerente senão requerer em 07/07/2021, junto ao Tribunal de Contas, uma certidão completa para esclarecer a cronologia dos fatos a respeito do sigilo do relatório, a qual poderá ser juntada a estes autos uma vez obtida junto à referida Corte.

36. Pelo exposto, mostra-se evidente a impossibilidade de ser mantido nestes autos o relatório de fiscalização produzido pelo TCU (**RDA-025**), por não ter sido possibilitado à Requerente que exercesse os seus direitos ao contraditório e à ampla defesa em sede do TC 010.222/2019-7, vício impossível de ser sanado em sede deste procedimento arbitral, em especial diante do sigilo imposto pelo TCU sobre os documentos anexos a tal relatório, razão pela qual o documento deve ser **desentranhado dos autos**.

II. DO DOCUMENTO RDA-237 E PETIÇÃO 16 DA REQUERIDA

37. Por fim, a respeito da Petição 16 da Requerida, bem como da carta anexa (**RDA-237**), informa a Requerente que o teor dos documentos diz respeito à matéria já apreciada pelo Tribunal Arbitral quando do proferimento da Ordem Processual n° 16, ao tratar do pedido cautelar formulado pela VIABAHIA. Por esta razão, a Requerente não vê como necessário tecer maiores considerações a seu respeito.

III. CONCLUSÃO E PEDIDOS

38. Ante todo o exposto, tem-se que se mantém incólume todo o demonstrado e comprovado pela Requerente com suas manifestações, em especial a Petição nº 11, cujo teor se **reitera integralmente**, não tendo a Requerida logrado apresentar elementos suficientes a justificar a manutenção nestes autos do Relatório de Fiscalização do TCU (**RDA-025**), razão pela qual requer o seu **desentranhamento**, tendo em vista o caráter sigiloso dos seus anexos em relação ao TC 010.222/2019-7, o qual subsiste conforme apontado na presente manifestação.

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 | Deise da Silva Oliveira | Caiã Lopes Caramori

Pedro Henrique Magalhães Marcolin | Ana Carolina Chamon