

**CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO
BRASIL-CANADÁ**

PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 64/2019/SEC7

ORDEM PROCESSUAL Nº 5

DECISÃO SOBRE OS LIMITES DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL E A
MEDIDA DE URGÊNCIA CONCEDIDA NOS AUTOS DA AÇÃO CAUTELAR PRÉ-
ARBITRAL Nº 1023220-63.2019.4.01.3400

Requerente:

VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A.

["VIABAHIA" ou "Requerente"]

Requerida:

Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT

["ANTT" ou "Requerida"]

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, slanted lines, located in the bottom right corner of the page.

CONSIDERANDO QUE:

[i] em **26 de março de 2.020**, a Requerente manifestou-se sobre os limites da jurisdição do Tribunal e formulou pedido de manutenção das medidas de urgência concedidas pelo Poder Judiciário nos autos da ação cautelar pré-arbitral nº 1023220-63.2019.4.01.3400 e do agravo de instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000;

[ii] em **16 de abril de 2.020**, a Requerente informou ter recebido cobrança da Requerida referente aos Autos de Infração nº 5656 e nº 5657 e pleiteou ao Tribunal que determinasse, “provisoriamente”, a “abstenção da ANTT de adotar qualquer ato executório contra a VI-ABAHIA relativo aos novos autos de infração” e a “abstenção da ANTT de promover qualquer novo ato que enseje a aplicação de novas sanções contra a VIABAHIA”;

[iii] em **17 de abril de 2.020**, o Tribunal emitiu a Ordem Processual nº 3, determinando à Requerida que se abstinhasse de executar as garantias fornecidas pela Requerente no âmbito do Contrato de Concessão discutido nesta Arbitragem até ulterior decisão do Tribunal;

[iv] também em **17 de abril de 2.020**, a Requerida pediu a revogação da Ordem Processual nº 3;

[v] em **20 de abril de 2.020**, a Requerente defendeu a manutenção da Ordem Processual nº 3;

[vi] em **29 de abril de 2.020**, a Requerida manifestou-se sobre os limites da jurisdição do Tribunal e as medidas cautelares;

[vii] em **30 de abril de 2.020**, a Requerente pediu a concessão de prazo para pronunciar-se sobre “alegações [...] inverídicas” e “fatos novos” supostamente trazidos pela Requerida na manifestação 29 de



abril de 2.020;

[viii] em **2 de maio de 2.020**, o Tribunal emitiu a Ordem Processual nº 4, por meio da qual deferiu o pedido da Requerente, concedendo-lhe prazo até 8 de maio de 2.020 para manifestar-se sobre os supostos fatos novos e alegações inverídicas, bem como fixando prazo até 15 de maio de 2.020 para a Requerida apresentar eventuais considerações em resposta;

[ix] em **8 de maio de 2.020**, a Requerente manifestou-se em atenção à Ordem Processual nº 4; e

[x] em **15 de maio de 2.020**, a Requerida manifestou-se em atenção à Ordem Processual nº 4.

O Tribunal, como previsto no Termo de Arbitragem, emite esta **Ordem Processual nº 5** para estabelecer os limites da sua jurisdição e decidir sobre a manutenção ou revogação da medida de urgência deferida nos autos da ação cautelar pré-arbitral nº 1023220-63.2019.4.01.3400 [doc. RTE003].

I. LIMITES DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL

1. A controvérsia gravita em torno do Contrato de Concessão, celebrado entre as Partes em 3 de setembro de 2.009 [“Contrato”, doc. RTE002/RDA001], cujo objeto consiste na “concessão para exploração da infra-estrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade” de trechos das Rodovias BR 116/BA¹, BR 324/BA², BA 526³ e

¹ Trecho entre Feira de Santana e a divisa entre os estados da Bahia e de Minas Gerais.

² Trecho entre Salvador e Feira de Santana.

³ Trecho entre o entroncamento com a Rodovia BR 324 e o entroncamento com a Rodovia BA 528.

BA 528⁴ [cláusula 2.1 do Contrato].

2. A cláusula compromissória que fundamentou a instauração deste Procedimento Arbitral foi inserida no Contrato por meio do Terceiro Termo Aditivo, celebrado pelas Partes em 3 de maio de 2.019 [doc. RTE002/RDA002]. *In verbis*:

“33 Resolução de Controvérsias

33.1 Arbitragem

33.1.1 As **Partes** obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao **Contrato** e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

33.1.2 Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado e nem sobre o pedido de rescisão do contrato de concessão por parte da Concessionária.

33.1.3 A submissão à arbitragem, nos termos deste item, não exime o **Poder Concedente** nem a **Concessionária** da obrigação de dar integral cumprimento a este **Contrato**, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à **Concessão**, observadas as prescrições deste **Contrato**.

33.1.4 A arbitragem será realizada pela Câmara Arbitral escolhida conforme os critérios a serem definidos em ato regulamentar a ser editado pelo **Poder Executivo**, e far-se-á segundo as regras previstas no regulamento da Câmara escolhida vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

33.1.4.1 Na pendência de edição do referido ato regulamentar, a arbitragem será administrada pela CAM-CCBC, segundo as regras previstas no seu regulamento, vigente na data em que a arbitragem for ini-

⁴ Trecho entre o entroncamento com a Rodovia BA 526 e o acesso à base naval de Aratu.

ciada.

33.1.4.2 O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada Parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes e presidirá o tribunal.

33.1.5 A arbitragem será realizada em Brasília, Distrito Federal, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.

33.1.6 A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira, excluída a equidade.

33.1.7 As partes poderão requerer ao Poder Judiciário medidas coercitivas, cautelares ou de urgência, antes da constituição do tribunal arbitral.

33.1.7.1 Caso o regulamento da Câmara Arbitral escolhida, nos termos do item 33.1.4, admita requerimento de medidas coercitivas, cautelar ou de urgência, antes da constituição do tribunal arbitral, a ela poderão peticionar as partes.

33.1.7.2 Após a constituição do tribunal arbitral, sua competência é exclusiva para apreciação dos pedidos de medidas coercitivas, cautelar ou de urgência.

33.1.8 A **Parte** vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.

33.1.9 Haverá divisão de responsabilidade das **Partes** pelo pagamento das custas no caso de condenação recíproca. As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pela concessionária e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

33.1.10 Em caso de conflito entre as disposições deste contrato de concessão acerca da arbitragem e a resolução da ANTT específica sobre o tema, deve prevalecer esta última”⁵.

⁵ Os destaques nas transcrições constantes desta Ordem Processual são dos originais, salvo quando diferentemente indicado.

3. Quando a cláusula compromissória foi pactuada, as Partes litigavam no âmbito de, ao menos, 29 ações perante o Poder Judiciário, destacando-se a ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.01.3400, que deu origem ao agravo de instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000⁶. As Partes divergem acerca da jurisdição do Tribunal Arbitral sobre o objeto dessas ações.

4. A Requerente defende que todas as ações judiciais atualmente em curso [i.e., sem decisão transitada em julgado] estariam abrangidas pela cláusula compromissória, que teria sido celebrada “de forma ampla e abrangente”, “compreendendo as controvérsias relacionadas com o Contrato, apenas com as restrições expressamente identificadas no item 33.1.2”. A seu ver, as Partes teriam sido claras quanto às matérias excluídas da arbitragem e não mencionaram “a suposta exclusão de ações judiciais em curso”. “Caso fosse do interesse comum das Partes limitar sua aplicação apenas a ‘controvérsias futuras’, excluindo as ações judiciais que já estavam em curso, [...] poderiam tê-lo feito no texto da cláusula arbitral, o que não ocorreu”. Na realidade, essa limitação sequer teria sido discutida no processo administrativo que antecedeu a inclusão da cláusula compromissória no Contrato [doc. RTE005/RDA024]⁷⁻⁸.

5. O art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de julho de 2.017, que fundamentou o Terceiro Termo Aditivo, também não restringiria as cláusulas compromissórias inseridas em contratos de concessão a “controvérsias futuras”, permitindo à Administração Pública submeter à arbitragem todas “as disputas relativas a direitos patrimoniais disponíveis”⁹.

6. Para a Requerente, essa interpretação da cláusula compromissória

⁶ V. lista constante do § 56 da manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020 e doc. RTE006.

⁷ Segundo a Requerente, a preocupação da Requerida, no curso desse processo administrativo, teria dito respeito à limitação inserida na cláusula 33.1.2 do Contrato, “mas nunca à questão temporal de quando as controvérsias surgiram ou à suposta exclusão das ações judiciais em curso” [manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 45].

⁸ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, §§ 34 a 38, 43, 53 e 57 a 59.

⁹ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 44.

atenderia ao princípio do *favor arbitralis* e permitiria a “solução mais adequada às disputas atualmente existentes entre as Partes”. Isso porque as ações em curso perante o Poder Judiciário teriam “objetos semelhantes ao que será discutido na arbitragem”. Assim sendo, se o Tribunal não reconhecesse a sua jurisdição para julgar o objeto dessas ações, haveria “prejuízos ao procedimento arbitral, enormes dificuldades quanto à delimitação do objeto da presente arbitragem e [...] risco de decisões conflitantes”. Isso seria especialmente verdadeiro em relação ao agravo de instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000¹⁰.

7. A Requerida, por outro lado, entende que a jurisdição do Tribunal estaria limitada aos litígios posteriores ao Terceiro Termo Aditivo. A cláusula compromissória abarcaria apenas controvérsias futuras, como se depreenderia do art. 4º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996 [“Lei de Arbitragem”], e seria necessária a celebração de compromisso arbitral quando as partes quisessem submeter à arbitragem determinado litígio já existente. Como o art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de julho de 2.017, que fundamentou o Terceiro Termo Aditivo, trata apenas de cláusulas [e não de compromissos] arbitrais, estaria clara a intenção das Partes de dispor apenas sobre litígios que, naquele momento, ainda não existiam¹¹.

8. Por essa razão, no processo administrativo que antecedeu a celebração do Terceiro Termo Aditivo [doc. RTE005/RDA024], ter-se-ia discutido apenas a inclusão de cláusula arbitral no Contrato, sem jamais cogitar da celebração de compromisso arbitral¹².

9. Para a Requerida, como o Terceiro Termo Aditivo “não conferiu expressamente ao juízo arbitral competência para apreciar as ações judiciais em curso em 03/05/2019 (data de celebração do termo aditivo), todos esses processos, em princípio, devem prosseguir judicialmente”. Por consequência, não poderia haver, nesta Arbitragem, a repetição de pleitos formulados no Poder

¹⁰ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, §§ 39, 40, 46 a 52 e 54.

¹¹ Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 10 a 14.

¹² Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 16 e 17.



Judiciário, sob pena de configuração de litispendência parcial ou continência¹³.

10. Em resposta, a Requerente defende que não haverá litispendência ou continência no caso de o Tribunal Arbitral resolver pela sua jurisdição sobre o objeto das ações em curso perante o Poder Judiciário, pois as mesmas ações seriam extintas¹⁴.

11. Para além da controvérsia acerca da abrangência, pela cláusula compromissória, do objeto das ações mencionadas acima, as Partes informam o Tribunal da existência de ações civis públicas em curso perante o Poder Judiciário, nas quais se discute a concessão, concordando com a sua não inclusão nesta Arbitragem¹⁵. A Requerente ressalva, no entanto, que “as questões e os temas que se referem às obrigações de VIABAHIA e ANTT previstas no Contrato, relativas à relação particular das Partes, podem e devem ser submetidos à apreciação dos árbitros, independentemente de serem ou não objeto de ACP”. Na visão da Requerente, os processos são distintos [i.e., possuem objetos e partes distintas], de forma que o julgamento das ações civis públicas não afeta diretamente esta Arbitragem¹⁶.

12. Por fim, as Partes estão de acordo acerca da jurisdição do Tribunal Arbitral sobre o objeto da ação cautelar pré-arbitral nº 1023220-63.2019.4.01.3400¹⁷, mas a Requerida anota que deveria ser excluído, “por litispendência parcial (ou continência), aquilo que já foi objeto de pretensão formulada na ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.01.3400, em especial temas

¹³ Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 18 a 21.

¹⁴ Manifestação da Requerente de 8 de maio de 2.020, p. 9. A Requerente informa ter solicitado a suspensão dessas ações até a emissão de decisão pelo Tribunal Arbitral [doc. RTE062].

¹⁵ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 61. A Requerida não tratou desse tema na sua manifestação de 29 de abril de 2.020, mas havia manifestado seu entendimento nesse sentido antes da celebração Termo de Arbitragem [manifestação da Requerida de 18 de fevereiro de 2.020, § 21].

¹⁶ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, §§ 65 e 66.

¹⁷ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 67; e manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, § 21.

atinentes às revisões e multas tratadas na ação ordinária”¹⁸.

13. Nesse contexto, as Partes formulam os seguintes pedidos:

“[A] VIABAHIA requer que o Tribunal Arbitral confirme sua jurisdição e competência para julgamento das ações judiciais em curso que envolvam o Contrato e que tenham como partes a VIABAHIA e a ANTT indicadas no parágrafo 56 da presente manifestação, incluindo a Cautelar Antecedente e o Agravo de Instrumento”¹⁹. “Na [...] hipótese de o Tribunal Arbitral entender que não possui jurisdição sobre todas as ações listadas no parágrafo 56 desta manifestação, a VIABAHIA requer, subsidiariamente, que, ao menos, o Tribunal Arbitral confirme sua jurisdição e competência para o julgamento do objeto do Agravo de Instrumento (1003068-43.2018.4.01.0000), bem como de sua ação ordinária de origem (1009371-92.2017.4.01.3400)”²⁰.

“[C]aso o Tribunal Arbitral decida pela sua ausência de jurisdição e competência nos termos do parágrafo acima, a VIABAHIA requer que o Tribunal Arbitral esclareça, então, que os autos do Agravo de Instrumento e respectiva ação de origem seguirão o seu trâmite perante o Poder Judiciário, ficando mantida a medida liminar concedida até ulterior decisão naqueles autos, para não haver solução de continuidade (ou descontinuidade)”²¹.

“[R]equer a VIABAHIA que o Tribunal Arbitral declare que as controvérsias decorrentes de obrigações das Partes previstas Contrato, no que diz respeito à relação contratual que as vincula, ainda que discutidas em âmbito de ACPs, estão sujeitas à competência e jurisdição

¹⁸ Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, § 24.

¹⁹ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 68.

²⁰ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 69.

²¹ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 70.



do Tribunal Arbitral”²².

“[R]equer a ANTT: [...] Seja assentada a competência deste Tribunal Arbitral exclusivamente para litígios posteriores a 03/05/2019, data de celebração do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão e que incluiu a Cláusula Arbitral, decotadas do pedido as pretensões formuladas anteriormente junto ao Poder Judiciário”²³.

DECISÃO

14. Do relatório acima, percebe-se ser incontroverso que as ações em curso perante o Poder Judiciário em 3 de maio de 2.019 não foram mencionadas na cláusula compromissória inserida no Contrato de Concessão. As Partes extraem conclusões opostas desse fato: a Requerente alega que as ações estão abarcadas pela cláusula compromissória, enquanto a Requerida defende o contrário.

15. O Tribunal entende assistir razão à Requerida. Na ausência de qualquer referência expressa na cláusula compromissória negociada, não é possível dizer que as Partes acordaram a transferência das ações judiciais existentes para o foro arbitral. Em outras palavras, o fato de as Partes terem ciência da existência de ações em curso perante o Poder Judiciário e optarem por não as mencionar na cláusula compromissória indica que nada contrataram com relação a tais ações.

16. A referência ampla, constante da cláusula arbitral, a “controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato”, destacada pela Requerente, não altera essa conclusão. Redações semelhantes a essa são usuais em cláusulas compromissórias²⁴, não sendo possível depreender, desse trecho,

²² Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 71.

²³ Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 22 e 142.

²⁴ A título de exemplo, a cláusula padrão sugerida pelo CAM-CCBC para contratos envolvendo a administração pública faz referência a “[q]ualquer disputa oriunda [do] contrato ou com ele

que as Partes tenham pretendido abarcar a situação excepcional ora discutida, qual seja, a interrupção de ações judiciais e a transferência do seu objeto para o foro arbitral.

17. Os termos do Contrato firmado pelas Partes mostram, portanto, que a cláusula compromissória na qual se fundamenta a presente Arbitragem não abarca o objeto das ações judiciais em curso perante o Poder Judiciário no momento da sua celebração. A análise do procedimento administrativo que antecedeu a assinatura do Terceiro Termo Aditivo [doc. RDA024] corrobora essa conclusão. Com efeito, vê-se que as Partes [i] buscaram redação condizente com a adotada em outros contratos de concessão celebrados pela Requerida [v. fl. 33 do doc. RDA024, por exemplo]; e [ii] jamais discutiram as ações em curso perante o Poder Judiciário²⁵.

18. Confirma-se, portanto, que as Partes não atribuíram, a este Tribunal, jurisdição para julgar o objeto das ações em curso perante o Poder Judiciário. Os pleitos formulados naquelas ações não serão, portanto, objeto de julgamento na presente Arbitragem.

19. Daí não decorre, no entanto, que a jurisdição do Tribunal Arbitral esteja limitada a fatos posteriores a 3 de maio de 2.019, como parece querer a Requerida em certas passagens das suas manifestações. Nem a Lei de Arbitragem nem o Contrato impõem impedimento temporal nesse sentido. Ou seja: o fato gerador da disputa submetida a este Tribunal pode ser anterior à celebra-

relacionada” [v. <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>>, consultado em 28 de maio de 2.020].

²⁵ Há apenas uma menção clara a ação em curso, constante de despacho exarado pelo Procurador Federal Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho em 7 de dezembro de 2.018 [fl. 141 do doc. RDA024], nos seguintes termos: “[s]abe-se, por fim, que a concessionária, em processo judicial movido em face da ANTT, já sinalizou a possibilidade de acordo que abarcaria inúmeros pontos de controvérsia entre a empresa e a Agência, donde se pode concluir que não haveria urgência na implementação de cláusula arbitral no contrato”. Esse trecho evidentemente não é suficiente para indicar que as Partes estivessem negociando o abarcamento dessa ação pela cláusula compromissória.

ção do Terceiro Termo Aditivo, estando excluídas da sua jurisdição apenas as pretensões já submetidas ao Poder Judiciário em 3 de maio de 2.019.

20. Anota-se, por fim, que a decisão do Tribunal quanto aos limites da jurisdição não nega o princípio do *favor arbitralis*. No entanto, no presente caso, as Partes não negociaram a interrupção das ações judiciais em curso nem sua transferência para o foro arbitral [doc. RDA024] e, por consequência, não trataram desse tema na cláusula redigida. Nesse cenário, o intérprete não está autorizado a ultrapassar os limites postos no Contrato. As Partes somente se vinculam àquilo que contrataram²⁶ e, nesse caso, não ajustaram a abrangência das ações judiciais pela cláusula compromissória.

21. Por essas razões, o Tribunal decide não possuir jurisdição para julgar as demandas propostas pelas Partes perante o Poder Judiciário antes de 3 de maio de 2.019. Esta Arbitragem está limitada, portanto, aos pedidos postos no Termo de Arbitragem, naquilo em que não coincidirem com o objeto das ações judiciais.

22. O Tribunal não ignora a complexidade criada pelo trâmite paralelo das ações perante o Poder Judiciário, em especial a ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.01.3400, e da Arbitragem [que eventualmente poderá levar à necessidade de suspensão de parte da Arbitragem até a resolução de questões antecedentes no Poder Judiciário]. No entanto, essa clara inconveniência não autoriza o Tribunal a alterar o acordo das Partes constante da cláusula compromissória, para avocar jurisdição que não lhe foi atribuída.

23. Isso posto, o Tribunal ainda decide:

²⁶ Na esteira da clássica oitava regra de interpretação de Pothier: “Por muito genericos que sejam os termos em que foi concebida huma convenção, ella só comprehende as cousas, sobre as quaes parece que os contrahentes se propozirão tratar, e não as cousas em que elles não pensarão” [Robert Joseph Pothier. Tratado das obrigações pessoas e reciprocas nos pactos, contratos, convenções &c. Trad. port. José Homem Corrêa Telles. Lisboa: Nevesiana, 1.835. p. 74].

[i] tendo em vista a ausência de controvérsia entre as Partes, que:

[i.1] respeitada a restrição estabelecida no parágrafo 21 acima, o Tribunal possui jurisdição sobre o objeto da ação cautelar pré-arbitral nº 1023220-63.2019.4.01.3400; e

[i.2] a circunstância de determinados fatos serem discutidos em ações civis públicas propostas contra uma ou ambas as Partes não exclui a apreciação, pelo Tribunal, das eventuais consequências dos mesmos fatos na relação contratual entre as Partes; e

[ii] tendo em vista a ausência de jurisdição sobre o objeto do agravo de instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000, não cabe a este Tribunal declarar “que os autos do Agravo de Instrumento e respectiva ação de origem seguirão o seu trâmite perante o Poder Judiciário, ficando mantida a medida liminar concedida até ulterior decisão naqueles autos, para não haver solução de continuidade (ou descontinuidade)”, conforme pleiteado pela Requerente; no entanto, visando a evitar confusões, o Tribunal esclarece que o quanto decidido abaixo acerca da medida de urgência concedida nos autos da ação cautelar pré-arbitral nº 1023220-63.2019.4.01.3400 não afeta de forma nenhuma a ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.01.3400 e o agravo de instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000, sobre os quais o Tribunal não possui jurisdição, nem implica juízo sobre os limites e efeitos da medida liminar deferida naqueles autos.

II. MEDIDA DE URGÊNCIA CONDEDIDA NOS AUTOS DA AÇÃO CAUTELAR PRÉ-ARBITRAL Nº 1023220-63.2019.4.01.3400

24. Segundo narra a Requerente, a concessão discutida nesta Arbitragem é parte da última fase da 2ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais, implementada no “auge do crescimento nacional”. Nesse cenário

favorável, o Tribunal de Contas da União [doc. RTE010] teria determinado a inserção, no Contrato, de mecanismo de “ampla revisão, inclusive em vista das variações do custo de oportunidade (para mais ou para menos) em virtude da situação econômica do Brasil”, constante da cláusula 16.5.1²⁷:

“16.5 Revisão quinquenal da Tarifa Básica de Pedágio

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

25. Diante do conteúdo dessa cláusula, a Requerente defende que os efeitos gerados na concessão pela “crise macroeconômica vivenciada desde pelo menos 2014” devem ser “apurados e recompostos a partir do procedimento de Revisão Quinquenal”. Isso porque teria ocorrido a frustração imprevisível das perspectivas de crescimento econômico consideradas no momento da contratação, que teria sido reconhecida pela Requerida no estudo juntado aos autos como doc. RTE011 – cuja aprovação seria provada pelos docs. RTE012 e RTE035 a RTE038. Os efeitos daí decorrentes consistiriam, basicamente: **[i]** na redução do tráfego rodoviário e na conseqüente queda da receita auferida com a tarifa de pedágio; e **[ii]** na “abrupta alteração da política de concessão de crédito dos bancos públicos”²⁸.

26. Segundo a Requerente, a Requerida teria admitido, nos docs. RTE011 e RTE013, tanto “o direito das concessionárias à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em razão da extraordinária queda do volume de tráfego”, quanto a inviabilização do planejamento financeiro das concessionárias em decorrência da “alteração da política de concessão de créditos do

²⁷ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, §§ 79 a 84.

²⁸ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, §§ 85 e 88 a 93; e manifestação da Requerente de 8 de maio de 2.020, pp. 2 e 3.



BNDES”, que por sua vez estaria “diretamente relacionada à crise político-econômica”. Para além disso, o BNDES teria recusado a “realocação do crédito já disponível” enquanto estivesse pendente a revisão quinquenal [doc. RTE014]²⁹.

27. Em decorrência desse quadro, a Requerente não teria tido o desempenho financeiro esperado, restando reduzida a sua capacidade de investimento e, por consequência, também a de cumprimento das obrigações assumidas no Contrato³⁰.

28. A situação deveria ter sido remediada por meio da revisão quinquenal, que seria não só um direito da Requerente, mas também “a melhor solução em favor do próprio Poder Concedente” [cf. doc. RTE011]. No entanto, a Requerida nunca teria realizado o procedimento, sendo que o marco temporal de cinco anos teria sido atingido pela primeira vez em 2.014 e pela segunda vez em 2.019³¹.

29. A Requerente afirma que solicitou a revisão quinquenal em setembro de 2.016 [doc. RTE015], mas o procedimento administrativo correspondente só foi iniciado pela Requerida em fevereiro de 2.017 [doc. RTE016]³². Apesar dos esforços da Requerente [que seriam provados pelos docs. RTE035 e RTE042 a RTE053], a Requerida teria alterado as regras da revisão quinquenal por meio da Resolução nº 5859/2019, arquivando o procedimento em dezembro de 2.019 [doc. RTE008]. Para a Requerente, essa decisão violaria os limites da discricionariedade da Administração, pois as novas regras contrariariam o Contrato e não poderiam ser aplicadas à revisão quinquenal da concessão discutida nesta Arbitragem, como teria sido registrado nos docs. RDA013 e

²⁹ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, §§ 94 a 98.

³⁰ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 99.

³¹ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, §§ 100 a 103 e 106.

³² A Requerente afirma também ter buscado, sem sucesso, o reequilíbrio econômico-financeiro da avença por meio das revisões extraordinárias [previstas na cláusula 16.6 do Contrato] [manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 107].

RNA014³³.

30. Devido ao inadimplemento da cláusula 16.5.1 do Contrato pela Requerida, a concessão teria entrado em “estado de profundo desequilíbrio, com a manutenção de obrigações da Concessionária totalmente descompassada com as reais necessidades dos usuários das rodovias concedidas, bem como com a situação econômica do país”. A situação seria agravada pelo fato de a Requerida seguir penalizando a Requerente, de forma arbitrária, pelo descumprimento de “obrigações e parâmetros que, concretamente, apenas subsiste[m] no Contrato pela desídia da ANTT”³⁴.

31. No entendimento da Requerente, a Requerida “não poderia [...] lançar mão de atos executórios contra a VIABAHIA e, muito menos, concluir pela caducidade da Concessão, enquanto persistente seu estado de flagrante mora, haja vista a previsão da cláusula 28.2 combinada com a cláusula 19.1.3 do Contrato”³⁵. Com base nesses fundamentos, a Requerente pleiteou e obteve, em 22 de agosto de 2019, medida de urgência nos autos da ação cautelar pré-arbitral nº 1023220-63.2019.4.01.3400 [doc. RTE003], cuja confirmação requer, nos seguintes termos:

“Outrossim, o desequilíbrio econômico-financeiro das concessões rodoviárias é de conhecimento da ANTT, considerando que referida autarquia encaminhou a diversas partes, por meio do Ofício Circular nº 001/2018/DG/ANTT, de 18.09.2018, o documento denominado *Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias Federais*, e que menciona um *diagnóstico da superveniência da crise e como as concessões rodoviárias tiveram o seu*

³³ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2020, §§ 104, 105 e 113 a 119; e manifestação da Requerente de 8 de maio de 2020, pp. 4 a 6.

³⁴ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2020, §§ 3, 12 a 14, 76, 108 a 110, 112 e 125; manifestação da Requerente de 16 de abril de 2020, §§ 23 e 25; e manifestação da Requerida de 20 de abril de 2020, § 24.

³⁵ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2020, §§ 121, 152 e 153.

desempenho afetado pela queda acentuada do tráfego, bem como pela restrição de acesso às linhas de crédito ofertadas previamente à crise [...].

Ademais, no Memorando nº 876/2018/SUINF, de 10.09.2018, o Superintendente de Exploração da Infraestrutura Rodoviária – SUINF/ANTT, expôs que *os impactos da combinação desses efeitos diretos (queda no tráfego) e indiretos (condições de financiamento) são apresentados, demonstrando-se que, atualmente, as obras de grande vulto encontram-se praticamente paralisadas. Acumulam-se multas e inexecuções que tendem a ser agravar com a aplicação dos devidos descontos tarifários, levando a uma situação de insolvência generalizada [...].*

Entretanto, apesar de tais manifestações, a parte ré, por meio da Nota Técnica nº 061/2018/GEREF/SUINF, de 28.09.2018, recusou o pleito de revisão de tarifas ao argumento, de *que o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro devido aos efeitos da crise econômica na receita tarifária da Concessionária não procede [...],* pontuando que o pleito deve ser tratado no âmbito da Revisão Quinquenal, que, apesar de já apresentado pela parte autora, não foi analisado.

A propósito, consta do Ofício SEI nº 7700/2019/SEFIR/SUINF/DIR-ANTT, de 10.07.2019 [...], que a análise da revisão quinquenal é vinculada à regulamentação da matéria junto às entidades competentes, o que, a meu ver, não pode servir de fundamento para não efetividade de sua análise, uma vez que, conforme bem pontuado pelo Ilustre Desembargador Federal Souza Prudente, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 1026337-14.2018.4.01.0000, em 18.09.2018, *eventual atraso na apreciação de tais pleitos, ao argumento de ausência de regulamentação do procedimento de relicitação por parte da Administração, não autoriza, em princípio, transferir-se para a suplicante a ônus dessa mora administrativa.* Ainda mais no presente caso, em que apesar de não analisar o pleito de revisão, deu início ao processo preliminar de caducidade do contrato, conforme consta do Ofício SEI nº 8184/2019/SUINF/DIR-ANTT, de 16.07.2019, ao fundamento de

que os serviços prestados pela concessionária se encontravam inadequados e ineficientes.

Assim, ciente esta Magistrada da grave crise econômica que assola o País e considerando a relevância da argumentação da parte autora no tocante ao desequilíbrio contratual entre os litigantes; a ciência da parte ré do impacto do cenário econômico nas concessões rodoviárias; a pendência de análise do pleito administrativo de revisão quinquenal; a possibilidade contratual de serem submetidas as controvérsias decorrentes de tal questão à arbitragem, bem como a manifesta intenção da requerente em se utilizar desse instrumento alternativo de solução de conflitos, há de se deferir a tutela aqui pretendida, a fim de manter as bases contratuais inicialmente estabelecidas, até a deliberação do juízo arbitral sobre a relação jurídico-contratual OU a análise do pleito de revisão já protocolado.

[...]

Ante o exposto, com base no poder geral de cautela e com fundamento no art. 22-A da Lei nº 9.307/96, **DEFIRO A MEDIDA ACAUTELATÓRIA** requerida nesta ação cautelar para assegurar que, até a apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo juízo arbitral e/ou até a apreciação do pleito de revisão contratual, a ANTT mantenha as mesmas bases econômico-financeiras contratuais, incluída a condição tarifária, sem nova redução; ii) se abstenha de aplicar penalidades administrativas e contratuais atreladas a obrigações de investimento, inclusive a de caducidade, respeitado o poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado; e iii) se abstenha de impor obrigações à concessionária que estejam atreladas aos investimentos previstos no contrato de concessão”.

32. Adicionalmente, a Requerente pede, pelas mesmas razões, a extensão da medida liminar para suspender a “exigibilidade de multas aplicadas nos termos dos autos de infração de nº 5656 e 5657” [docs. RTE033 e RTE034], “com a abstenção da ANTT de tomar qualquer ato contra a Requerente, incluindo a abstenção de executar a garantia contratual prestada pela Re-

querente e/ou inscrição no CADIN e Dívida Ativa da União, até a conclusão desta arbitragem”³⁶.

33. Para a Requerente, a medida liminar seria “indispensável” para evitar o grave risco de danos de impossível reparação, decorrentes de:

[i] inviabilização da continuidade da concessão: sem a manutenção da medida liminar, a Requerente não “sobreviver[ia] até o término desta arbitragem”, como provariam as suas demonstrações financeiras [doc. RTE019];

[ii] decretação da caducidade da concessão: a Requerida já teria instaurado o procedimento administrativo nº 50500.321761/2019-58 [doc. RTE020], visando a decretar a caducidade da concessão; apesar de suspenso atualmente [doc. RDA017], o procedimento estaria em estágio avançado [doc. RTE060]; o Ministro da Infraestrutura ainda teria demonstrado, na imprensa, “inexplicável ‘urgência’ na caducidade da Concessão”; caso concretizada, a caducidade geraria dano coletivo, “haja vista, de um lado, a relevância dos serviços públicos prestados pela VIABAHIA; por outro, o impacto socioeconômico do declínio da empresa, que movimenta uma rede de milhares [de] funcionários, prestadores de serviços, subcontratados e fornecedores em uma região com menos oportunidades de empregos, serviços e geração de riquezas”; além disso, o andamento do procedimento administrativo de caducidade esvaziaria a presente Arbitragem, cujo “objeto por excelência” seria “a apreciação da responsabilidade pelo estado atual em que se encontra a Concessão”;

[iii] aplicação de penalidades à Requerente por descumprimento do Contrato, que somariam R\$ 600 milhões: a Requerida teria demonstrado, nesta Arbitragem e em outras searas [doc. RTE030], a intenção

³⁶ Manifestação da Requerente de 16 de abril de 2.020, §§ 27 e 29(iii); e manifestação da Requerente de 20 de abril de 2.020, §§ 10 e 13.

de adotar “atos executórios para a exigência do cumprimento de sanções impostas em face da Requerente”;

[iv] acionamento das garantias contratuais fornecidas pela Requerente, o que reduziria a sua capacidade de crédito e de obtenção/endorosso de seguros e levaria à piora da sua situação financeira, assim como de suas acionistas controladoras; e

[v] inscrição das dívidas da Requerente na Dívida Ativa da União e inclusão da Requerente no Cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal [CADIN], o que a deixaria em situação fiscal irregular e justificaria a caducidade da concessão, nos termos do art. 38, incisos II, IV, V e VI da Lei ° 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995³⁷.

34. Por fim, a Requerente defende que a sua “pretensão acautelatória [...] está em consonância com o disposto no caput do art. 20 da atual redação da LINDB, na medida em a situação ora submetida a este Tribunal pressupõe a ponderação, concreta e consequencial, dos efeitos nefastos da adoção de atos arbitrários por parte dos agentes que compõem a ANTT (destinados à exigência das sanções de tão elevado valor) à continuidade da operação da Concessão”³⁸.

35. Em sentido contrário, a Requerida propugna a revogação da medida liminar e da Ordem Processual n° 3.

36. Primeiramente, com relação à [suposta] redução de tráfego na rodovia em decorrência da crise econômica de 2.014, a Requerida entende ser natural a flutuação de demanda ao longo da execução de um contrato com

³⁷ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, §§ 4, 10, 11, 23, 76, 125, 126, 128, 130 a 137, 143 a 145, 147 a 151, 154, 155, 158, 160 a 168 e 172; manifestação da Requerente de 16 de abril de 2.020, §§ 8 a 12 e 24; e manifestação da Requerente de 8 de abril de 2.020, p. 8.

³⁸ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, §§ 169 a 171.

prazo de vinte e cinco anos. Não obstante, afirma, com base no doc. RDA026, que a demanda efetiva nos oito primeiros anos de concessão teria sido apenas 0,88% inferior à projetada pela Requerente³⁹. Alega jamais ter reconhecido qualquer direito da concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato com fundamento na alegação de redução no tráfego, negando ter aprovado o estudo juntado como doc. RTE011⁴⁰.

37. No que tange aos problemas no financiamento da concessão, a Requerida aponta para o fato de a Requerente ter recebido do BNDES, até o momento, R\$ 847.868.000,00, valor que corresponde a 62% do previsto no contrato celebrado com a instituição financeira. O restante não estaria sendo liberado por fatos imputáveis à própria Requerente, como “o envolvimento de sócios em atos suspeitos”, os “atrasos na avaliação da substituição da garantia” e o “baixo nível de execução das obras se comparado ao volume financeiro liberado” [como constaria do doc. RTE014]⁴¹.

38. De qualquer forma, a Requerida argumenta que tanto o “volume de tráfego em desacordo com as projeções” quanto a “obtenção [de] financiamentos” são riscos alocados à Requerente no Contrato, cf. cláusulas 8.1 e 19.1.3(i)⁴².

39. Além disso, a Requerida afirma não ter havido “omissão ou mora administrativa em apreciar todos os pleitos de reequilíbrio submetidos”. Na verdade, de acordo com a Resolução ANTT nº 675/2004 [doc. RDA010], o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e a consequente revisão tarifária deveriam ser objeto das revisões ordinárias e extraordinárias, prestando-se a revisão quinquenal apenas à adaptação do “Sistema Rodoviário, que é dinâmico, às necessidades dos usuários”, por meio da “alteração, inclu-

³⁹ Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 27 a 29, 31, 32 e 36.

⁴⁰ Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 33 a 35; e manifestação da Requerida de 15 de maio de 2.020, §§ 14 e 15.

⁴¹ Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 38 a 42.

⁴² Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 31, 32, 36, 37 e 42.

são, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços”. Nesse sentido, a revisão quinquenal visaria a atender pleitos dos usuários da rodovia e não da concessionária, sendo a revisão da tarifa básica do pedágio “elemento apenas incidental” nesse procedimento. Por essa razão, a eventual não realização da revisão quinquenal não geraria prejuízos para a concessionária, “na medida em que resta preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (justamente porque não houve alteração do contrato, e sim a manutenção das condições originais avençadas)”⁴³.

40. Com relação à alegação da Requerente de que a Resolução ANTT nº 5.859/2019 [doc. RDA011] não poderia ser aplicada à revisão quinquenal do Contrato, a Requerida alega que o novo diploma trata apenas de normas procedimentais, diminuindo a discricionariedade da agência. Na verdade, a Requerente estaria criando empecilhos ao prosseguimento da revisão quinquenal, aproveitando-se da proteção conferida pelas medidas liminares [docs. RDA012 e RDA014]⁴⁴.

41. Por fim, a Requerida assevera não haver *periculum in mora* capaz de justificar a medida liminar, mas sim *periculum in mora* inverso criado pela sua manutenção. Isso porque:

[i] a medida liminar criaria incentivo para a Requerente não executar as obrigações previstas no Contrato, enquanto continua recebendo a tarifa do pedágio, o que prejudicaria os usuários; nesse ponto, a Requerida afirma que pouquíssimas obras foram executadas pela Requerente até o momento [doc. RDA018] e a rodovia encontra-se em “situação precária de manutenção”, como teria sido atestado pelo Tribunal de Contas da União [doc. RDA025];

[ii] a caducidade seria medida extrema, que dependeria de procedimento administrativo, no qual se dá à concessionária a oportunidade

⁴³ Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 43 a 51, 56 e 57.

⁴⁴ Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 52 a 54 e 57.

de sanar o seu inadimplemento; de qualquer forma, caso essa remota hipótese fosse verificada, esta Arbitragem não seria inutilizada, pois os pleitos da Requerente poderiam ser convertidos em indenizatórios, sem risco de insolvência por parte do Tesouro Nacional; ademais, a decretação de caducidade caberia, nos termos da cláusula 28.1 do Contrato, à União, que sequer é parte da Arbitragem; também aqui a medida liminar criaria um incentivo perverso, pois a Requerente estaria “completamente imunizada de qualquer ameaça de sanção ou mesmo de reequilíbrio negativo da tarifa em razão dos descumprimentos contumazes”;

[iii] a aplicação de penalidades, assim como a eventual excussão de garantias e inscrição da Requerente na Dívida Ativa da União e no CADIN, seriam prerrogativas da Requerida, que teria o poder-dever de executar os seus atos; não haveria qualquer “intenção deliberada de, sem o devido respaldo jurídico, simplesmente causar prejuízo à Concessionária”; as medidas eventualmente tomadas pela Requerida teriam a finalidade de incentivar a Requerente a cumprir o Contrato e entregar serviço adequado ao usuário; por isso, manter as medidas liminares significaria “extirpar qualquer instrumento de regulação em poder da Requerida”;

[iv] o desconto de reequilíbrio previsto no Contrato já seria mais brando do que o inserido em contratos de concessão posteriores;

[v] o argumento de que a Requerente não sobreviveria à revogação das liminares não seria crível; a Requerente deveria “gozar de boa saúde financeira”, pois [v.1] a concessão vem gerando receita compatível com a projetada; [v.2] a Requerente recebeu valores vultosos do BNDES; [v.3] esses valores não foram efetivamente aplicados na concessão [cf. docs. RTE014 e RDA025]; [v.4] o desconto de reequilíbrio previsto no Contrato é brando e sequer vem sendo aplicado, devido às medidas liminares; e [v.5] a Requerente vem utilizando as medidas



liminares para deixar de realizar novos investimentos ou pagar multas; de qualquer forma, a documentação juntada pela Requerente para comprovar sua “situação de penúria” seria insuficiente, por tratar apenas do período posterior a 2.016 e não ser auditada, sendo que o TCU já teria registrado a “pouca confiabilidade dos demonstrativos contábeis da Requerente” [doc. RDA025]; e

[vi] se realmente houvesse possibilidade de insolvência da Requerente, “a situação denotaria um perigo inverso”, pois o eventual prejuízo seria suportado pelo Poder Público e pelos usuários da rodovia; a existência de seguros não seria suficiente para amenizar o risco, pois a cláusula 11.1 do Contrato exigiria apólices no valor de R\$ 80 milhões e apenas nesta arbitragem o valor da causa é de R\$ 3 bilhões⁴⁵.

42. Sobre as alegações da Requerida, a Requerente afirma que diversos dos seus pleitos de reequilíbrio do Contrato deixaram de ser apreciados ou foram negados pela agência [v. docs. RTE008 e RTE039], que também teria emitido pronunciamentos contraditórios quanto ao mecanismo [revisão extraordinária ou quinquenal] por meio do qual deveria ser analisado o reequilíbrio em decorrência da crise de 2.014 [cf. docs. RTE011, RTE040 e RTE041]⁴⁶. De qualquer forma, a alegação da Requerida no sentido de que a falta da revisão quinquenal não traria prejuízos à Requerente, “além de contrariar (i) o que foi contratado, (ii) seu prévio reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro e (iii) a relevância da Revisão Quinquenal para a continuidade do Contrato, corresponde[ria] a manifesto atentado aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé contratual, no intuito de fazer valer apenas as obrigações contratuais que lhe convém”⁴⁷.

43. Com relação à alocação de riscos, a Requerente argumenta que

⁴⁵ Manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 97 a 102, 104, 106 a 113, 115 a 121 e 124 a 141.

⁴⁶ Manifestação da Requerente de 8 de maio de 2.020, p. 4.

⁴⁷ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 122.

não assumiu nem o risco de força maior extraordinária [crise de 2.014], nem o risco de inadimplemento da Requerida [não realização da revisão quinquenal], como se verificaria dos itens (iii) e (iv) da cláusula 19.1.3 do Contrato⁴⁸.

44. Finalmente, para a Requerente, não haveria que se falar em *periculum in mora* inverso, pois:

[i] as medidas liminares suspenderiam apenas investimentos e serviços não essenciais;

[ii] a Requerente teria recebido aportes de R\$ 206 milhões dos seus controladores desde 2.016, sendo que nesse período teriam sido despendidos mais de R\$ 724,4 milhões na concessão [cf. doc. RTE019]

[iii] as obras não executadas pela Requerida, tratadas no doc. RDA018, seriam “basicamente” as obras condicionadas ao volume do tráfego, “em relações às quais há profundas discussões tanto no que concerne aos aspectos técnicos, quanto aos aspectos econômico-financeiros”; segundo a Requerente, a Requerida teria reconhecido, no doc. RTE056, “que a obrigação de execução dessas obras, tal como originalmente configurada era inexequível”;

[iv] suas demonstrações financeiras [doc. RTE019] seriam auditadas por auditores independentes reconhecidos;

[v] o valor do seguro-garantia mantido pela Requerida não poderia ser considerado insuficiente, pois foi estipulado pela própria Requerida e é, hoje, de R\$ 121,8 milhões [doc. RTE061];

[vi] as medidas liminares não inviabilizariam a gestão e fiscalização da concessão [pois a Requerida “continua[ria] a poder registrar as

⁴⁸ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 111.

ocorrências e a supervisionar as obrigações da VIABAHIA”], nem imunizariam a Requerente “das consequências advindas de descumprimentos contratuais lesivos à operação regular da concessão”, mas apenas “ponderar[ia]m os efeitos concretos e imediatos advindos da decretação da caducidade da concessão e/ou da viabilização da exigência de apenamentos sucessivos e deveras controversos, tanto aos usuários – que ficariam desguarnecidos dos serviços prestados pela VIABAHIA –, como pela cadeia econômica por ela movimentada”; nesse sentido, as medidas liminares somente impediriam a Requerida de continuar a aplicar “múltiplas sanções relacionadas com obrigações de investimentos afetadas pela sua inadimplência em promover as devidas revisões e reequilíbrios previstos contratualmente”; e

[vii] seria “extremamente temerária” a alegação “de que uma simplória indenização futura bastaria para compensar os prejuízos exorbitantes correspondentes ao declínio da Concessão”, que atingiriam os usuários da rodovia, “milhares de empregos diretos e indiretos”, “fornecedores e prestadores de serviços”⁴⁹.

DECISÃO

45. Os argumentos e documentos trazidos pelas Partes aos autos até o momento mostram que, em sede de cognição sumária, o pleito da Requerente não reúne os requisitos necessários para justificar a manutenção da medida de urgência concedida nos autos da ação cautelar pré-arbitral nº 1023220-63.2019.4.01.3400.

Fumus boni iuris

46. Como narrado, a Requerente acusa a Requerida de inadimplir a

⁴⁹ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, §§ 178, 183 a 185, 187 a 190 e 198; manifestação da Requerente de 20 de abril de 2.020, § 16; e manifestação da Requerente de 8 de maio de 2.020, pp. 6 a 8.

cláusula 16.5.1 do Contrato ao deixar de realizar sua revisão quinquenal. Por consequência, a Requerente estaria sofrendo prejuízos, consistentes basicamente [i] na queda da receita auferida com a tarifa de pedágio devido à diminuição do tráfego na rodovia; e [ii] na dificuldade de obtenção de crédito junto ao BNDES. Como estaria sendo prejudicada pela situação de desequilíbrio do Contrato objeto de discussão na Arbitragem, a Requerente entende que a Requerida não poderia exigir o cumprimento de obrigações de investimento no decorrer do Procedimento, nem aplicar penalidades pelo seu descumprimento.

47. Em sede de análise preliminar, o Tribunal não vislumbra verossimilhança nessa linha de argumentação.

48. Em primeiro lugar, o material probatório carreado à Arbitragem até o momento não permite a conclusão de que a Requerente tenha sofrido as consequências alegadas em decorrência da crise econômica de 2.014.

49. Não há, por enquanto, documento que ateste com razoável grau de credibilidade queda da receita auferida pela Requerente com a tarifa de pedágio devido à diminuição do tráfego na rodovia⁵⁰. A princípio, a tabela preparada pela Requerente com base nas suas demonstrações financeiras [doc. RTE019] indica o movimento contrário⁵¹⁻⁵²:

⁵⁰ O Tribunal nota que, em 8 de junho de 2.017, a Requerente afirmou que a “consultoria econômica Tendências Consultoria Integrada” estaria “concluindo cuidadoso estudo a respeito dos ‘*impactos da crise econômica sobre o tráfego da VIABAHIA*’ entre 2014 e 2016” [doc. RTE048, p. 8]. Tal estudo não foi, por enquanto, abordado nesta Arbitragem.

⁵¹ Manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020, § 128.

⁵² Apontando no mesmo sentido, a Requerida calculou, com base no doc. RDA026, que o tráfego efetivamente verificado na rodovia até hoje teria sido apenas 0,88% menor do que o tráfego projetado pela Requerente no momento da contratação [manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, §§ 28 a 30]. Em sua manifestação de 8 de maio de 2.020, a Requerente taxou diversas afirmações da Requerida de falsas, mas optou por não enfrentar esse cálculo.

Demonstração do resultado operacional – antes de despesas com pagamento de dívidas e com tributação sobre lucro e faturamento (IRPJ, PIS e COFINS)				
R\$ milhões				
Ano	2016	2017	2018	2019 ²
Receita de pedágio	245,9	306,8	346,0	351,0

50. Da mesma forma, o documento apresentado para provar a dificuldade de obtenção de financiamento pela Requerente junto ao BNDES [doc. RTE014] parece destacar outros problemas [que não a crise de 2.014 e a não realização da revisão quinquenal] como preponderantes para a negativa de concessão/remanejamento de empréstimos. O principal impeditivo decorre, aparentemente, da não realização de obras:

“Ainda que o BNDES anuísse ao pleito de remanejamento de recursos, caso já houvesse ocorrido a aprovação do plano de ação da ViaBahia pela ANTT, não seria possível a realização de novos desembolsos à Concessionária, uma vez que não se encontram atendidas as seguintes condições para liberação do crédito do Contrato de Financiamento BNDES, nos termos das Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES:

- (i) *‘permanecerem regularmente constituídas as garantias e serem consideradas suficientes, a juízo do BNDES’* – conforme mencionado no item 1 desta Carta, encontra-se pendente de regularização a garantia corporativa do Contrato de Financiamento BNDES, que, até o momento, não reflete a atual estrutura societária da ViaBahia, tal como aprovada pela Dec. Dir. nº 870/2015 – BNDES, de 18/12/2015; e
- (ii) *‘estar a Beneficiária e os demais integrantes do Grupo Econômico em dia com todas as obrigações contratuais perante o Sistema BNDES’* – **pende de regularização obrigação constante do inciso XXI da Cláusula Décima Sétima do Contrato de Financiamento BNDES, referente às obras de duplicação que deveriam estar realizadas**

em 28/02/2016⁵³.

51. Em segundo lugar, ainda que houvesse prova de que a crise de 2.014 causou redução do tráfego e dificuldade de financiamento, uma análise preliminar do Contrato sugere que esses elementos não poderiam ser considerados na revisão quinquenal. Com efeito, a cláusula 16.5.1 prevê que a revisão quinquenal seria realizada “preservando-se a alocação de riscos e as regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato” e as cláusulas 8.1. e 19.1.2 parecem indicar que os riscos em questão foram assumidos pela Requerente⁵⁴:

“**8.1** A Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato”.

“**19.1.2** A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (i) volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente, com exceção do disposto na subcláusula 20.5.4”.

52. O Tribunal Arbitral não ignora a argumentação da Requerente no sentido de que a crise de 2.014 configuraria álea extraordinária, alocada à Requerida pela cláusula 19.1.3(iv) do Contrato. Mas não há elementos nos autos, por enquanto, para confirmar essa afirmação, cuja consistência não se pode presumir.

53. Em terceiro lugar, ao que tudo indica, mesmo se fossem superados esses dois obstáculos, o [suposto] inadimplemento da Requerida não seria suficiente para justificar a medida liminar na largura solicitada da Requerente.

⁵³ Destaques do Tribunal.

⁵⁴ Como apontado diversas vezes pela Requerida em sede administrativa, v. docs. RTE040, pp. 18 a 20; RTE041, pp. 18 e 19; e RTE042, p. 2.

54. Na magnitude em que pleiteada, a medida de urgência impediria a Requerida de “impor obrigações à concessionária que estejam atreladas aos investimentos previstos no Contrato”, bem como de aplicar desconto de reequilíbrio ou quaisquer outras “penalidades administrativas e contratuais atreladas a obrigações de investimento, inclusive a de caducidade”. Ou seja, durante o decorrer desta Arbitragem, a Requerente não estaria obrigada a cumprir nenhuma das obrigações “atreladas aos investimentos previstos no Contrato”. Para que medida tão forte pudesse ser mantida, seria necessário reunir indícios igualmente fortes de que todas essas obrigações foram afetadas pela ausência da revisão quinquenal. Em outras palavras, a Requerente precisaria apresentar indícios bastante consistentes de que, devido à não realização da revisão quinquenal, restou financeiramente impedida de executar toda e qualquer obrigação atrelada “aos investimentos previstos no Contrato”⁵⁵.

55. Não é, no entanto, o que se depreende da análise das manifestações e documentos apresentados pelas Partes até o momento. Ainda que fosse possível pressupor que, se a revisão quinquenal fosse levada a cabo, deveria ser deferida nos moldes pretendidos pela Requerente, esses parâmetros não foram expostos ao Tribunal nem se demonstrou estarem ligados às obrigações de investimento hoje vigentes. Em outras palavras, não se sabe quais obrigações de investimento a Requerente pretende ver extirpadas ou remodeladas por meio da revisão quinquenal e por quais razões. Por mais que alegue que a não realização da revisão quinquenal teria gerado “a manutenção de obrigações da Concessionária totalmente descompassada com as reais necessidades dos usuários das rodovias concedidas, bem como com a situação econômica do país”, a Requerente não especifica nem delinea prova, por enquanto, desta alegação. Neste momento do procedimento, portanto, o Tribunal não possui subsídios para inferir que a integralidade das obrigações de investimento devesse ser alterada pela revisão quinquenal, razão pela qual não pode liberar a Requerente de executá-las.

⁵⁵ Veja-se que a Requerente poderia ter optado por formular pedido de urgência mais restrito, como o apresentado à própria Requerida em sede administrativa [doc. RTE46].



56. Pelas mesmas razões, não se pode impedir a declaração de caducidade do Contrato com base na cláusula 28.2, da qual consta que “[a] União não poderá declarar a caducidade da Concessão com relação ao inadimplemento da Concessionária resultante” de inadimplemento da Requerida ou evento de força maior, como pretende a Requerente. Se a Requerente não provou em que medida o inadimplemento das obrigações de investimento decorre da ausência da revisão quinquenal, o Tribunal não possui subsídios suficientes para concluir que se aplica a cláusula em questão.

57. Em resumo, o Tribunal não enxerga *fumus boni iuris* a justificar a manutenção da medida liminar por entender, por ora, que: [i] inexistem provas ou fortes indícios dos efeitos sofridos pela Requerente em decorrência da crise de 2.014; [ii] o Contrato não garante que tais efeitos serão considerados na revisão quinquenal; e [iii] inexistente demonstração ou forte indício de que a não realização da revisão quinquenal tenha gerado efeitos sobre a totalidade das obrigações de investimento previstas no Contrato.

58. O doc. RTE011, sobre o qual a Requerente joga todas as luzes, não altera essa conclusão, ao menos por ora⁵⁶. Isso porque o estudo em questão [i] é genérico, não tratando especificamente do Contrato discutido nesta Arbitragem; e [ii] não parece reconhecer direito das concessionárias ao reequilíbrio econômico-financeiro de seus respectivos contratos em decorrência de imprevisibilidade da crise de 2.014. Ao que tudo indica, o documento expõe as alternativas das quais a Requerida poderia se valer em face do alto nível de inadimplemento dos contratos de concessão, tratando da caducidade, da relicitação e da revisão. Apesar de expor preferência pela última solução, o estudo não aparenta ser suficiente para falar em reconhecimento de direito da Requerente por parte da Requerida.

59. Dessa forma, o Tribunal não vislumbra verossimilhança suficiente do direito da Requerente para manter a medida liminar concedida nos autos

⁵⁶ Neste momento preliminar, o Tribunal não adentra a discussão das Partes acerca da aprovação ou não do doc. RTE011 pela Requerida.

da ação cautelar pré-arbitral nº 1023220-63.2019.4.01.3400. Note-se que, neste momento, o Tribunal não decide acerca da existência ou não de inadimplemento da Requerida quanto à obrigação de realizar a revisão quinquenal, mas apenas verifica que a Requerente não apresentou prova suficiente de que esse [suposto] inadimplemento gerou as consequências alegadas, ainda mais na magnitude pleiteada.

Periculum in mora

60. A despeito do exposto acima ser suficiente para a revogação da medida liminar, o Tribunal ainda anota que a sua manutenção geraria grave *periculum in mora* inverso, a corroborar o quanto decidido até aqui.

61. Isso porque o doc. RDA018 sugere que a Requerente vem inadimplindo suas obrigações de investimento desde muito antes da crise de 2.014⁵⁷:

ViaBahia - BR-324/BA e BR-116/BA			
ANO CONCESSÃO	ANO CIVIL	PERCENTUAL DE INEXECUÇÃO (%) ANUAL	DOCUMENTO
2º	2010 - 2011	100,00%	Parecer Técnico nº 021/2012/GEINV/SUINF
3º	2011 - 2012	100,00%	Parecer Técnico nº 117/2012/GEINV/SUINF
4º	2012 - 2013	85,96%	Parecer Técnico nº 116/2014/GEINV/SUINF
5º	2013 - 2014	100,00%	Parecer Técnico nº 001/2015/GEINV/SUINF
6º	2014 - 2015	86,48%	Parecer Técnico nº 322/2015/GEINV/SUINF; Parecer Técnico nº 080/2016/GEINV/SUINF, e NOTA TÉCNICA Nº 041/2016/GEINV/SUINF
7º	2015 - 2016	83,48%	Parecer Técnico nº 057/2017/GEINV/SUINF; Parecer Técnico nº 181/2017/GEINV/SUINF, e Nota Técnica nº 042/2017/GEINV/SUINF
8º	2016 - 2017	97,56%	Parecer Técnico nº 024/2018/GEINV/SUINF
9º	2017-2018	99,37%	Parecer Técnico nº 347/2018/GEFIR/SUINF
10º	2018-2019	92,71%	Parecer Técnico SEI nº 687/2019/GEFIR/SUINF/DIR e Nota Técnica SEI nº 4509/2019/GEFIR/SUINF/DIR

62. Diante disso, impedir a Requerida, durante toda a Arbitragem, de

⁵⁷ Uma primeira leitura do documento não parece autorizar a conclusão defendida pela Requerente, no sentido de que as obras não executadas seriam apenas aquelas condicionadas ao volume de tráfego. Com efeito, o documento divide a análise entre as “obras obrigatórias e previstas no PER” e as “obras condicionadas ao volume de tráfego”, sendo a tabela reproduzida aqui referente às “obras obrigatórias e previstas no PER”.

“impor obrigações à concessionária que estejam atreladas aos investimentos previstos no Contrato” ou de penalizá-la pelo descumprimento dessas obrigações significaria chancelar possível inadimplência que parece ter sido verificada até o momento, prejudicando os usuários da rodovia.

63. Por outro lado, levantar o impedimento hoje imposto à Requerida não significa retirar efeitos práticos e jurídicos da presente Arbitragem, na medida em que qualquer dano eventualmente sofrido pela Requerente, em decorrência de caducidade que venha a ser decretada em afronta à Lei ou de penalidades mal aplicadas pela Requerida, pode ser ressarcido a tempo e modo.

64. Também por essas razões, o Tribunal decide revogar a medida liminar.

III. QUESTÕES PROCEDIMENTAIS

III.1. SIGILO DO DOCUMENTO RDA025

65. A Requerente acusa a Requerida de agir de forma ilegal e desleal ao embasar parte de suas alegações no doc. RDA025, que conteria relatório de fiscalização do Tribunal de Contas de União protegido por sigilo, cujo conteúdo a Requerente teria tentado acessar diversas vezes, sem sucesso [cf. docs. RTE057 a RTE0590]. O acesso apenas à parcela do documento juntada pela Requerida ainda prejudicaria o direito de defesa da Requerente, violando o contraditório⁵⁸.

66. Em resposta, a Requerida afirma que seus patronos desconheciam o caráter sigiloso do relatório juntado. No entanto, “como a Requerente já teve conhecimento do documento, inclusive exerceu o devido contraditório”, não haveria benefício no seu desentranhamento. Por essa razão, a Requerida informa estar “encaminhando ao TCU” solicitação “para utilização ampla do

⁵⁸ Manifestação da Requerente de 8 de maio de 2.020, pp. 7 e 8.



documento” e pede ao Tribunal que confira tratamento sigiloso tanto ao documento, quanto à sua manifestação de 29 de abril de 2.020, juntando versão tarjada como doc. RDA028⁵⁹.

DECISÃO

67. Tendo em vista a concordância das Partes, o Tribunal defere o pedido de tratamento sigiloso do doc. RDA025 e dos trechos da manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020 que lhe façam referência, determinando seja tornada disponível ao público apenas a versão da manifestação juntada pela Requerida como doc. RDA028.

68. O Tribunal ainda informa que, por ora, não extraiu quaisquer conclusões do doc. RDA025 e das alegações formuladas com base no seu conteúdo, determinando à Requerida que o mantenha informado acerca da resposta do Tribunal de Contas da União quanto ao acesso da integralidade do relatório de fiscalização pela Requerente.

III.2. ASSINATURAS NAS MANIFESTAÇÕES

69. Desde o início da pandemia da COVID-19, os patronos da Requerente têm apresentado manifestações não assinadas por e-mail, acompanhadas da seguinte ressalva: “em razão do isolamento recomendado pelas autoridades públicas, a manifestação não foi fisicamente assinada pelos advogados da Requerente, mas todos estão copiados neste e-mail e ratificam integralmente o seu teor”.

70. A Requerida afirma não parecer “crível que dois dos maiores escritórios de advocacia do país e que representam a Requerente não tenham em seus quadros advogados aptos a assinar as petições eletronicamente” e pede ao Tribunal que, “com vistas a preservar a segurança do procedimento”, exija que

⁵⁹ Manifestação da Requerida de 15 de maio de 2.020, §§ 8 a 12.

a Requerente assine eletronicamente suas petições⁶⁰.

DECISÃO

71. No entendimento do Tribunal, deve-se presumir a boa-fé de todos os envolvidos neste Procedimento, nada havendo a indicar que a ausência de assinatura das manifestações da Requerente gere perigo à sua “segurança”.

72. Aplicando por analogia a regra prevista no item 10.1 do Termo de Arbitragem⁶¹, o Tribunal decide, por ora, indeferir o pedido da Requerida. Caso, em face de alegação fundamentada, o Tribunal vislumbre indícios suficientes de falsidade, poderá tomar providências para a autenticação da documentação, no momento adequado, sem prejuízo da aplicação das penalidades cabíveis.

III.3. DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS

73. Por fim, o Tribunal anota que, antes mesmo da apresentação das Alegações Iniciais, este Procedimento já conta com mais de 20.000 páginas de documentos.

74. Com fundamento no item 9.1 do Termo de Arbitragem⁶² e visando a garantir o respeito ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, o Tribunal determina às Partes que, a partir de agora, indiquem com precisão, em suas manifestações, os trechos específicos dos documentos juntados considerados relevantes para a comprovação de suas alegações.

⁶⁰ Manifestação da Requerida de 15 de maio de 2.020, § 16.

⁶¹ “As cópias dos documentos terão a mesma força probante das vias originais, salvo impugnação reconhecida pelo Tribunal Arbitral”.

⁶² “O Procedimento Arbitral desenvolver-se-á de acordo com as disposições deste Termo de Arbitragem, do Regulamento e demais regras procedimentais que forem determinadas pelo Tribunal Arbitral, por intermédio de Ordens Processuais, de modo a que seja garantido o atendimento aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade dos árbitros e do livre convencimento destes”.

75. A fim de preservar a higidez deste Procedimento, os documentos juntados sem a indicação do ponto relevante para a defesa das posições das Partes não serão levados em consideração, caso não efetivamente trazidos à luz e submetidos ao contraditório. É impossível pressupor seriamente que uma parte conseguirá defender-se ou argumentar sobre todo o conteúdo trazido em mais de 20.000 páginas, na ausência de qualquer apontamento eficaz do que afronta ou corrobora a linha de argumentação trazida ao Tribunal Arbitral.

IV. DISPOSITIVO

76. Por todo o exposto acima, o Tribunal:

[i] DECIDE que, por não possuir jurisdição sobre a matéria, não julgará pretensões manifestadas pelas Partes perante o Poder Judiciário antes de 3 de maio de 2.019;

[ii] REVOGA a medida liminar anteriormente concedida nos autos da ação cautelar pré-arbitral nº 1023220-63.2019.4.01.3400, bem como o quanto decidido na Ordem Processual nº 3; e

[iii] CONFERE tratamento sigiloso ao doc. RDA025 e à manifestação da Requerida de 29 de abril de 2.020, determinando a divulgação da versão pública juntada como doc. RDA028 em seu lugar.

77. Por consequência, restam prejudicados os pedidos das Partes de [i] confirmação/revogação/delimitação da abrangência da medida liminar deferida nos autos do agravo de instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000⁶³; e [ii] delimitação da medida liminar anteriormente deferida nos autos da ação

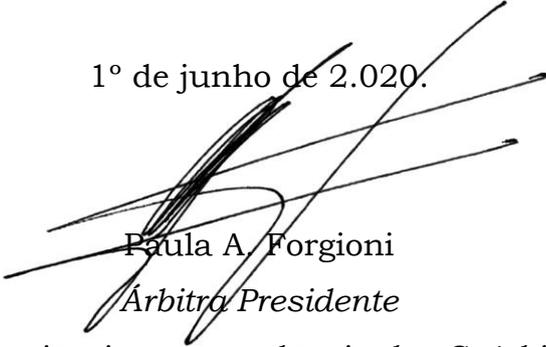
⁶³ Pedidos formulados nos itens (ii)(a), (ii)(b) e (iii) do § 239 da manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020.



cautelar pré-arbitral nº 1023220-63.2019.4.01.3400⁶⁴, ora revogada.

Local da arbitragem: Brasília, Distrito Federal, Brasil.

1º de junho de 2.020.



Paula A. Forgioni

Árbitra Presidente

Com a ciência e concordância dos Coárbitros

Carlos Ari Vieira Sundfeld e Carlos Alberto Carmona

⁶⁴ Pedidos formulados nos itens (i)(b) do § 239 da manifestação da Requerente de 26 de março de 2.020 e 17(viii) da manifestação da Requerida de 15 de maio de 2.020.