

## PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 24957/GSS/PFF

**REQUERENTE:** Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A.  
(MSVIA)

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

### Ordem Procedimental nº 4

CONSIDERANDO QUE a **MSVIA** apresentou suas Alegações Iniciais e pedido de manutenção da tutela e urgência no dia 17 de agosto de 2020;

CONSIDERANDO QUE a **ANTT** apresentou sua Resposta às Alegações Iniciais e pedido de revogação da tutela de urgência judicial em 19 de outubro de 2020;

CONSIDERANDO QUE a **UNIÃO**, no mesmo dia, apresentou sua Resposta às Alegações Iniciais e arguiu sua ilegitimidade para atuar como Parte deste procedimento, pleiteando sua atuação como interveniente anômala,

CONSIDERANDO QUE a **MSVIA** apresentou sua Réplica no dia 19 de novembro de 2020; e **ANTT** e **União** apresentaram suas Trélicas em 21 de dezembro de 2020,

o Tribunal Arbitral passa a **analisar e decidir** os temas relativos às preliminares suscitadas pela ANTT e pela União, bem como as questões relativas à tutela de urgência.

<b>I. RELATÓRIO.....</b>	<b>3</b>
<b>I.1. Identificação das partes .....</b>	<b>3</b>
<b>I.2. Tribunal Arbitral.....</b>	<b>4</b>
<b>I.3. Cláusula compromissória.....</b>	<b>5</b>
<b>I.4. Síntese do procedimento .....</b>	<b>7</b>
<b>I.5. Síntese dos fatos relacionados a esta Ordem Procedimental.....</b>	<b>9</b>
<b>I.6. Síntese das preliminares arguidas pela União.....</b>	<b>11</b>
I.6.1. Resposta às Alegações Iniciais da União.....	11
I.6.2. Réplica da MSVIA.....	14
I.6.3. Tréplica da União .....	15
<b>I.7. Síntese das preliminares arguidas pela ANTT .....</b>	<b>16</b>
I.7.1. Resposta às Alegações Iniciais.....	16
I.7.2. Réplica da MSVIA.....	17
I.7.3. Tréplica da ANTT .....	18
<b>I.9. Das questões atinentes à tutela de urgência.....</b>	<b>19</b>
I.9.1. Do pedido de manutenção e ampliação da tutela de urgência – MSVIA .....	19
I.9.2. Do pedido de revogação da tutela de urgência – ANTT. ....	20
I.9.3. Réplica da MSVIA.....	23
I.9.4. Tréplica da ANTT .....	24
<b>II. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL .....</b>	<b>24</b>
<b>II.1. Da ilegitimidade da União para atuar como Parte deste procedimento .....</b>	<b>25</b>
<b>II.2. Da condição de interveniente anômala da União neste procedimento.....</b>	<b>28</b>
<b>II.3. Do interesse de agir da MSVIA nos pleitos formulados neste procedimento.....</b>	<b>29</b>
<b>II.5. Da ampliação dos efeitos da tutela cautelar mantida .....</b>	<b>37</b>
<b>III. DISPOSITIVO.....</b>	<b>39</b>
<b>IV. DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO PARCIAL DA ÁRBITRA CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO .....</b>	<b>40</b>

## I. RELATÓRIO

### I.1. Identificação das partes

1. **REQUERENTE** identificada neste procedimento:

**CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA SUL-MATOGROSSENSE S.A. (MSVIA)**, sediada na cidade de Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul, na Av. Zilá Corrêa Machado, nº 5.600 – Moreninha, CEP 79.065-660, inscrita no CNPJ 19.642.306/0001-70,

2. A **REQUERENTE** é representada pelos advogados Arnaldo Wald, Arnaldo Wald Filho, Mariana Tavares Antunes, Riccardo Giuliano Figueira Torre, Clarissa Marcondes Macêa, Letícia Zuccolo P. da Costa Daniel, Marcela Melichar Suassuna, Ana Luiza de Alcântara Ferreira, todos do escritório Wald, Antunes, Vita, Longo e Blattner Advogados, Av. Presidente Juscelino Kubitschek, 510, 8º andar, São Paulo – SP.

3. **REQUERIDAS** identificadas neste procedimento:

a) **AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (“ANTT”)**, autarquia federal, sediada na Cidade de Brasília, Distrito Federal, no Setor de Clubes Esportivos Sul – ST SCE/SUL, trecho 3, lote 10, Projeto Orla, Polo 8, Asa Sul, Brasília, CEP 70200-003, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.898.488/0001-77;

b) **UNIÃO FEDERAL (“União”)**, ente federativo, sediado no Setor de Autarquias Sul – Quadra 3 – Lote 5/6, Ed. Multi Brasil Corporate, CEP 70070-043 – Brasília, inscrita no CPF/MF sob o nº 26.994.558/0001-23.

4. A ANTT é representada pela Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (PF/ANTT) – sede coordenação de assuntos extrajudiciais, com endereço no mesmo local da ANTT.

5. A União é representada pela Advocacia Geral da União – Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA-AGU), com endereço na Rua Bela Cintra, 657, 9º andar, sala 915, Consolação, São Paulo – SP.

## I.2. Tribunal Arbitral

6. O Tribunal Arbitral, devidamente e validamente constituído de acordo com a Lei nº 9.307/1996 e com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI (“Regulamento”), é composto por:

**6.1 CARLOS ALBERTO CARMONA**, brasileiro, advogado, com endereço profissional na Av. Brigadeiro Faria Lima, 1478, 19º andar, São Paulo/SP, CEP 01472-900, e-mail: [carmona@mrtc.com.br](mailto:carmona@mrtc.com.br), indicado pela MSVIA;

**6.2 CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO**, brasileira, advogada, com endereço profissional na Rua Prudenciano Pereira, 8, São Paulo/SP, CEP 04910-030, e-mail: [cristina@mastrobuono.com.br](mailto:cristina@mastrobuono.com.br), indicada pela ANTT e União; e

**6.3 LUCIANO DE SOUZA GODOY**, brasileiro, advogado, com endereço profissional na Av. Brigadeiro Faria Lima, nº 2.055, 5º andar, São Paulo/SP, CEP 01452-001, e-mail: [lsg@luc.adv.br](mailto:lsg@luc.adv.br), designado Presidente do Tribunal pelos demais árbitros.

### I.3. Cláusula compromissória

7. No dia 11 de dezembro de 2019, a MSVIA protocolou o Requerimento de Instauração de Arbitragem junto à Secretaria desta Câmara, tendo por base a cláusula compromissória 37.1. constante do Contrato de Concessão da Rodovia Federal BR-163/MS ("Contrato") firmado entre as partes:

*"37. Resolução de Controvérsias*

*37.1. Arbitragem*

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

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

*37.1.2. 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 a **Concessão**, observadas as prescrições deste **Contrato**.*

*37.1.3 A arbitragem será administrada pela **CCI**, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada.*

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

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

*37.1.6 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**. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) **Partes**, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no art. 9º do regulamento de arbitragem da **CCI**.*

*37.1.7 Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada **Parte**, o terceiro árbitro será indicado pela **CCI**, observados os termos e condições aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem.*

*37.1.8 Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou mesmo durante o procedimento de mediação, as **Partes** poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.*

*37.1.9 As decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as **Partes** e seus sucessores.*

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

8. O valor da causa foi estimado em R\$357.000.000,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões de reais).

#### I.4. Síntese do procedimento

9. No dia 11 de dezembro de 2019, MSVIA protocolou seu Requerimento de Arbitragem junto à Secretaria da CCI para a solução de controvérsia contra ANTT e União, tendo como objeto o Contrato de Concessão referente à Rodovia Federal BR-163/MS, proveniente do Edital no 005/2013, parte VII, e designou como coárbitro o Dr. Carlos Alberto Carmona.

10. Em 28 de janeiro de 2020, a ANTT e a União solicitaram prorrogação de prazo para a Resposta ao Requerimento de Arbitragem com fundamento no artigo 5(2) do Regulamento e indicaram a Dra. Cristina M. Wagner Mastrobuono para coábitra. Na mesma data, a União apresentou pedido de esclarecimentos ao Dr. Carlos Alberto Carmona.

11. Após prorrogação do prazo para apresentação da Resposta ao Requerimento de Arbitragem, a ANTT e a União apresentaram-na conjuntamente no dia 27 de fevereiro de 2020.

12. Em 3 de março de 2020, o Secretário Geral da CCI confirmou como coárbitros neste procedimento o Dr. Carlos Alberto Carmona, indicado pela MSVIA, e a Dra. Cristina M. Wagner Mastrobuono, indicada pela ANTT e pela União.

13. Indicado pelos coárbitros, o Dr. Luciano de Souza Godoy foi nomeado pelo Secretário Geral da CCI para atuar na qualidade de Presidente do Tribunal Arbitral em 28 de abril de 2020.

14. Em 15 de junho de 2020 foi realizada, de forma virtual, a audiência para leitura da Ata de Missão e da Ordem Procedimental nº 1. A Ata de Missão foi assinada pelas Partes e árbitros no dia 17 de junho de 2020.

15. Em 17 de agosto de 2020, MSVIA apresentou suas Alegações Iniciais e manifestou-se pela manutenção e ampliação da tutela de urgência pré-arbitral.

16. Em 19 de outubro de 2020, ANTT e União apresentaram Respostas às Alegações Iniciais. A ANTT alegou razões para a revogação da tutela de urgência pré-arbitral. A União, por sua vez, manifestou-se pela sua ilegitimidade como parte no procedimento e requereu sua participação na qualidade de interveniente anômala.

17. Diante das alegações sobre preliminares por parte da União, e novas alegações da ANTT sobre a tutela de urgência, o Tribunal Arbitral encaminhou comunicação eletrônica no dia 4 de novembro de 2020, informando que decidiria sobre a tutela de urgência e preliminares após a tréplica.

18. Em 19 de novembro de 2020, MSVIA apresentou sua réplica.

19. Em 14 de janeiro de 2021, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Procedimental nº 2, designando audiência de apresentação das preliminares e tutela cautelar para o dia 22 de fevereiro de 2021.

20. Em 19 de janeiro de 2021, e após pedido de adiamento feito pela ANTT e pela União, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Procedimental nº 3 para redesignação da audiência para o dia 8 de março de 2021.

21. Em 3 de fevereiro de 2021, a coárbitra Cristina W. Mastrobuono revelou que foi nomeada árbitra em outro procedimento arbitral, envolvendo a ANTT; revelações que não foram contestadas pelas partes.

22. Em 8 de março de 2021 foi realizada a audiência de apresentação do caso sobre as preliminares levantadas nas manifestações escritas e as questões relacionadas à tutela cautelar judicial.

### **I.5. Síntese dos fatos relacionados a esta Ordem Procedimental**

23. Em 17 de dezembro de 2013, os trechos da rodovia BR-163/MS descritos no Programa de Exploração da Rodovia (PER)<sup>1</sup> foram objeto de leilão realizado para a desestatização do "Sistema Rodoviário"<sup>2</sup>, em conformidade com a Resolução ANTT nº 4.284, de 5 de março de 2014, publicada no Diário Oficial da União de 6 de março de 2014.

24. O Contrato de Concessão em discussão nesta arbitragem corresponde ao trecho entre a divisa com o estado do Mato Grosso e a divisa com o Paraná, correspondente à Parte VII do Edital nº 005/2013<sup>3</sup>.

25. Este Contrato foi assinado em 12 de março de 2014 pelo prazo de 30 anos contados a partir da "Data da Assunção"<sup>4</sup>, podendo ser prorrogado por até 30 anos nas hipóteses da Cláusula 3.2.

26. Em 27 de novembro de 2019, foi publicada no Diário Oficial da União a Deliberação ANTT nº 1.025<sup>5</sup>, do dia anterior. Nesta Deliberação, a Diretoria Colegiada da ANTT, no processo da 4ª. Revisão Ordinária e 6ª. Revisão

---

<sup>1</sup> Anexo 2 do Contrato de Concessão (Doc. R-02)

<sup>2</sup> (xliv) Sistema Rodoviário: área de Concessão, composta pelos trechos da rodovia BR-163/MS descritos no PER, incluindo todos os seus elementos interantes da faixa de domínio, além de acessos e alças, edificações e terrenos, pistas centrais, laterais, marginais ou locais ligadas diretamente ou por dispositivos de interconexão com a rodovia, acostamentos, obras de arte especiais e quaisquer outros elementos que se encontrem nos limites da faixa de domínio, bem como pelas áreas ocupadas com instalações operacionais e administrativas relacionadas à Concessão.

<sup>3</sup> Doc. R-02.

<sup>4</sup> Data da Assunção: data da assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens (Anexo 1 do Contrato).

<sup>5</sup> Doc. M-011.

Extraordinária, alterou a Tarifa Básica de Pedágio (TBP) com base em descontos decorrentes da aplicação do Fator D e ITR e considerando o Fator C negativo.

27. Diante da redução da tarifa, no mesmo dia, a MSVIA distribuiu pedido de Tutela Cautelar Antecedente à 8ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, sob o nº 1039786-87.2019,4,01,3400<sup>6</sup>.

28. Inicialmente rejeitada, a tutela foi deferida aos 30 de novembro de 2019 em sede do Agravo de Instrumento nº 0002451-662019.4.01.0000 para

*Diante desse quadro, evidenciados, de um lado, a existência de desequilíbrio contratual desde 2015 – cujos impactos não foram efetivamente dimensionados e, conseqüentemente, recompostos – e a inércia da Administração na análise dos pleitos formulados pela concessionária e, de outro, a demonstração dos prejuízos decorrentes a partir da entrada em vigor da Deliberação 1.025.2019 da ANTT, que ensejará a redução de mais da metade do faturamento da agravante, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, para suspender os efeitos da Deliberação 1025 ANTT, de 26/11/2019, até que apreciados os conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo juízo arbitral<sup>7</sup>.*

29. Requerida a instauração da arbitragem, a MSVIA pleiteou a manutenção e ampliação da tutela cautelar.

30. ANTT requereu a revogação da referida medida judicial e alegou falta de interesse de agir em relação a alguns pedidos da MSVIA.

---

<sup>6</sup> Doc. M-012.

<sup>7</sup> Doc. M-014.

31. A União, por sua vez, alegou sua ilegitimidade para atuar no polo passivo da demanda e requereu sua participação como interveniente anômala.

## I.6. Síntese das preliminares arguidas pela União

32. A União alega que não detém legitimidade para atuar no polo passivo da presente demanda, mas detém a prerrogativa de participar do procedimento como interveniente anômala.

### I.6.1. Resposta às Alegações Iniciais da União

33. A União argumenta que *"embora não tenha inicialmente composto a relação jurídica integrativa da convenção de arbitragem, passou a desta fazer parte, a partir do momento que, frente ao Requerimento apresentado pela Requerente, anuiu com a convenção de arbitragem (...)."*<sup>8</sup>

34. Dessa forma, não possui legitimidade para atuar no polo passivo da demanda, *"haja vista não ter a União celebrado o contrato objeto da controvérsia, nem sequer possuir em relação à parte requerida – ANTT – qualquer relação apta a imputar-lhe responsabilidade (quer solidária, quer subsidiária), pelos atos daquela."*<sup>9</sup>

35. A falta de responsabilidade tem como fundamentos, do ponto de vista da União, (1) falta de assinatura de qualquer representante da União no Contrato de Concessão entre as Partes<sup>10</sup>, (2) falta de identificação pela MSVIA de quaisquer fatos a manter alguma vinculação com as atribuições de responsabilidade da União<sup>11</sup>, (3) o fenômeno da descentralização administrativa e autonomia das

<sup>8</sup> § 15 da Resposta às Alegações Iniciais da União.

<sup>9</sup> § 21 da Resposta às Alegações Iniciais da União.

<sup>10</sup> §§ 22 e ss da Resposta às Alegações Iniciais da União.

<sup>11</sup> § 26 e ss da Resposta às Alegações Iniciais da União.

Agências Reguladoras<sup>12</sup> e (4) não ingerência da União nas questões de reequilíbrio dos contratos de concessão<sup>13</sup>.

36. Além disso, a União requer sua participação no procedimento na qualidade de interveniente anômala, nos termos do art. 5º da Lei 9.469/1997. De acordo com as alegações do ente federativo, trata-se de uma prerrogativa da União que não depende da existência de interesse jurídico<sup>14</sup>. Tal prerrogativa, nas palavras da União, é aplicável também ao processo arbitral em razão do "*subsistema de Direito Público*"<sup>15</sup>.

37. A União invoca também a aplicação do Decreto 10.025/2019, que dispõe sobre a possibilidade de intervenção da União nas causas arbitrais nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei 9.469/97<sup>16</sup>.

38. Nesse sentido, a União alega que "*inexiste coisa julgada material a abarcá-la*"<sup>17</sup>, mas remanesce interesse econômico consistente, "*no caso da extinção do contrato de concessão, seja de forma antecipada, a partir do exemplo da licitação, seja com o advento do termo contratual, retornam-se ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, havendo, em regra, a imediata assunção do serviço com os levantamentos, avaliações e liquidações necessários (art. 35, §1º e 2º, da Lei 8988, de 1995)*"<sup>18</sup>.

39. Para fins do procedimento, defende a União que "*equiparam-se a figura da intervenção anômala à do amicus curiae, tendo o interveniente a função de elucidar questões por meio de intervenções pontuais, haja vista não compor nenhum dos polos – ativo ou passivo –, apresentando-se como uma espécie de*

<sup>12</sup> Item II.3 da Resposta às Alegações Iniciais da União.

<sup>13</sup> Item II.4 da Resposta às Alegações Iniciais da União.

<sup>14</sup> § 77 da Resposta às Alegações Iniciais da União.

<sup>15</sup> § 84 da Resposta às Alegações Iniciais da União.

<sup>16</sup> Art. 13, §2º, Decreto 10.025/2019.

<sup>17</sup> § 92 da Resposta às Alegações Iniciais da União.

<sup>18</sup> § 96 da Resposta às Alegações Iniciais da União.

*auxiliar técnica da lide*<sup>19</sup> e, por este motivo, inexistente "sucumbência em conjunto com qualquer das partes"<sup>20</sup>.

40. Por fim, a União formula os seguintes pedidos:

- (i) declare que a União não deve figurar no polo passivo da presente arbitragem, uma vez que:*
  - a) não celebrou o Contrato de Concessão relativo ao Edital nº 5/2013, fato este incontroverso, pelas razões acima enunciadas;*
  - b) falta-lhe competência para promover o reequilíbrio econômico-financeiro pleiteado pela Requerente, já que compete à ANTT proceder a revisões, reajustes e demais formas de reequilíbrio dos contratos de concessão de rodovias federais, na forma da legislação aplicável;*
  - c) os efeitos de eventual condenação seriam ineficazes em relação à União, uma vez que não poderá compelir a ANTT - que goza de autonomia e independência na gestão e fiscalização do contrato - a proceder ao pleiteado reequilíbrio contratual;*
  - d) os fatos alegados como ensejadores do reequilíbrio - elencados no Requerimento de Arbitragem - não foram praticados pela União, e se inserem na esfera de atribuições de outros entes; e*
  - e) a participação da União nas concessões rodoviárias resume-se ao planejamento prévio, culminando na elaboração do plano de outorga, conforme exhaustivamente demonstrado.*

---

19 § 113 da Resposta às Alegações Iniciais da União.

20 § 114 da Resposta às Alegações Iniciais da União.

- (ii) *declare a **condição de interveniente anômala da União e aceite as informações prestadas nessa condição**, na medida em que:*
- a) *a intervenção anômala apresenta-se como uma prerrogativa inderrogável da União, em proteção ao interesse público, aplicável tanto às lides judiciais como às lides arbitrais, com fundamento no art. 5º da Lei 9.469, de 1997; e*
- b) *embora seja desnecessária a demonstração de interesse de qualquer natureza com fundamento no caput do citado dispositivo, a União demonstrou existir patente interesse econômico no acompanhamento do caso, razão pela qual pugna pelo reconhecimento de sua condição de interveniente.*
- (iii) **Subsidiariamente**, *caso seja mantida no presente processo arbitral, o que se admite exclusivamente a título de argumentação, a União desde já apresenta uma negativa geral dos pedidos da Requerente, pugnando pela sua improcedência e reiterando, "in totum", as alegações apresentadas pela Requerida ANTT quanto ao mérito da demanda.*

## 1.6.2. Réplica da MSVIA

41. A MSVIA entende que "o Contrato define 'Poder Concedente' como englobando a União e a ANTT [Cláusula 1.1.1(xxxv)]."<sup>21</sup> Além disso, alega que "a cláusula 22.3.1(ii) é clara no sentido de que o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato pode, entre outras formas, ser feito por meio de pagamento pelo "Poder Concedente" – que é definido no preâmbulo contratual como ANTT "em conjunto com a União", do que exsurge a solidariedade entre ambas as Requeridas. A

---

21 § 5 da Réplica da MSVIA.

*própria União, aliás, reconhece taxativamente que "representa, primariamente e, no limite, denominado "Poder Concedente", nos exatos termos do art. 2º, I, da Lei nº 8987/1995."*<sup>22</sup>

42. Argumenta também a MSVIA que a própria União reconhece sua condição de parte, pois *"foi ela própria, através do Ministério dos Transportes, idealizadora do Plano de Outorga e responsável pela modelagem dos contratos de concessão em discussão e pelo Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica que balizou as propostas dos licitantes."*<sup>23</sup> e *"grande parte da presente demanda tem por fundamento atos atribuíveis à União, e não à ANTT, como a avassaladora crise econômica que assolou (e ainda assola) o país, o atraso nas licenças ambientais a cargo do Poder Concedente, as deletérias mudanças legislativas e regulamentares, e o aumento extraordinário dos insumos asfálticos por empresa diretamente controlada pela União."*<sup>24</sup>

43. Em relação à aplicabilidade do Decreto 10.025/2019, a MSVIA defende que *"sequer se aplica ao caso em exame, por expressa dicção de seu art. 16, considerando a data em que firmada a convenção de arbitragem"*<sup>25</sup>.

### **I.6.3. Tréplica da União**

44. A União reafirma sua tese de ilegitimidade para atuar como parte neste procedimento e defende que *"não pode a União ser considerada parte do contrato em decorrência da falta de tecnicidade de sua redação."*<sup>26</sup>, além de *"não ser ela o ente competente para celebrar e fiscalizar o contrato de concessão, não podendo, portanto, recompor o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste ou*

---

<sup>22</sup> § 10 da Réplica da MSVIA.

<sup>23</sup> § 16 da Réplica da MSVIA.

<sup>24</sup> § 17 da Réplica da MSVIA.

<sup>25</sup> § 13 da Réplica da MSVIA.

<sup>26</sup> § 6 da Tréplica da União.

*compelir a ANTT a fazê-lo, por ser a Agência ente jurídico autônomo, dotado de autonomia e independência, nos termos da sua lei de criação."*<sup>27</sup>

45. Enfatiza que o interesse do ente federado em participar deste procedimento como interveniente anômala decorreria do seu interesse econômico, uma vez que *"a arbitragem em questão trata de um contrato em processo de relicitação, cujo resultado pode impactar na formulação da política pública em tela e, sobretudo, na prestação do correlato serviço público"*<sup>28</sup>.

46. Afirma que *"a Requerente não nega a possibilidade de aplicação do instituto da intervenção anômala a processos arbitrais."*<sup>29</sup> e defende que *"a aplicação do instituto da intervenção anômala à presente arbitragem prescinde do regramento do Decreto n. 10.025/2019."*<sup>30</sup>, pois é uma *"prerrogativa já prevista na Lei n. 9.469/1997"*<sup>31</sup>, *"não lhe sendo imputável qualquer cobrança relacionada aos custos do procedimento arbitral."*<sup>32</sup>

## **I.7. Síntese das preliminares arguidas pela ANTT**

47. O ponto a ser decidido pelo Tribunal Arbitral em relação às preliminares arguidas pela ANTT diz respeito à alegação de falta de interesse de agir da MSVIA em relação a certos pedidos formulados no procedimento, quais sejam, aqueles relacionados aos atrasos de licenças ambientais e aos efeitos da pandemia da COVID-19.

### **I.7.1. Resposta às Alegações Iniciais**

---

<sup>27</sup> § 16 da Tréplica da União.

<sup>28</sup> § 22 da Tréplica da União.

<sup>29</sup> § 27 da Tréplica da União.

<sup>30</sup> § 28 da Tréplica da União.

<sup>31</sup> § 34 da Tréplica da União.

<sup>32</sup> § 35 da Tréplica da União.

48. Em sua Resposta às Alegações Iniciais, a ANTT alega que *"a arbitragem é necessariamente corretiva, não inaugural"*<sup>33</sup>, motivo pelo qual há *"a necessidade de prévio requerimento administrativo ou que, ao menos, o entendimento da Administração seja notório e reiteradamente contrário à postulação do segurado."*

49. Nesse sentido, *"pretensões de reequilíbrio tais como o ressarcimento por despesas com condicionantes ambientais relacionadas a áreas indígenas, quilombolas e sítios arqueológicos, ou mesmo o reequilíbrio decorrente dos efeitos da pandemia decorrente da COVID-19 sequer foram objeto de requerimento administrativo. Por consequência, não devem ser conhecidas por este Tribunal Arbitral."*<sup>34</sup>

50. A ANTT fundamenta seu entendimento no art. 3º do Decreto 10.025/2019 e art. 31 da Lei 13.448/2017. De acordo com a Agência, a Administração Pública condicionou a arbitragem à existência de decisão administrativa definitiva<sup>35</sup>, não havendo *"nenhuma irregularidade em retirar-se, de antemão (assim como o fez a legislação do mandado de segurança), do espectro da via arbitral determinadas situações as quais à Administração interesse manter sob a égide da jurisdição estatal."*<sup>36</sup>

### I.7.2. Réplica da MSVIA

51. Em relação à preliminar de falta de interesse de agir arguida pela ANTT, a MSVIA defende que *"o Contrato de Concessão foi firmado em 12 de março de 2014, e sua Cláusula 37, que dispõe sobre a resolução de controvérsias por meio*

---

<sup>33</sup> § da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

<sup>34</sup> § 11 da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

<sup>35</sup> § 21 da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

<sup>36</sup> § 23 da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

*de arbitragem, nada prevê acerca do pretensão esgotamento prévio da esfera administrativa."*<sup>37</sup>

**52.** No entender da MSVIA, o art. 31 da Lei 13.448/2017 "*estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação de contratos nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal*"<sup>38</sup> e "*a indenização pelos investimentos em bens reversíveis realizados não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria (...) não se confunde com a indenização por quebra do equilíbrio econômico-financeiro pretendida nesta arbitragem*"<sup>39</sup>. Portanto, "*se houver nova disputa entre as Partes decorrente da relicitação, exigir-se-á a instauração de procedimento arbitral autônomo.*"<sup>40</sup>

### **I.7.3. Tréplica da ANTT**

**53.** Acerca da falta de interesse de agir, a ANTT reafirma que "*a falta de uma decisão administrativa quanto a alguns dos pedidos formulados pela Requerente impossibilita que se analise eventual necessidade de correção da atuação administrativa pelos árbitros. De fato, indefinido ainda o pleito na seara administrativa, é possível que futura decisão da ANTT acolha de maneira satisfatória o pedido da requerente, tornando desnecessária e inútil a atuação deste Tribunal.*"<sup>41</sup>

**54.** Alega também que "*qualquer determinação do Tribunal à ANTT quanto a pontos não decididos no âmbito administrativo resultará em invasão da competência do Poder Público*"<sup>42</sup>, "*independente da discussão sobre a*

---

<sup>37</sup> § 24 da Réplica da MSVIA.

<sup>38</sup> § 29 da Réplica da MSVIA.

<sup>39</sup> § 30 da Réplica da MSVIA.

<sup>40</sup> § 31 da Réplica da MSVIA.

<sup>41</sup> § 15 da Tréplica da ANTT.

<sup>42</sup> § 16 da Tréplica da ANTT.

*aplicabilidade dos artigos 3º, VIII, do Decreto n. 10.025, de 2019 e 31, da Lei n. 13.448, de 2018, ao processo ora em curso.*"<sup>43</sup>

## **I.9. Das questões atinentes à tutela de urgência**

### **I.9.1. Do pedido de manutenção e ampliação da tutela de urgência – MSVIA**

55. Narra a MSVIA que "*inúmeros eventos extraordinários, imprevisíveis e que extrapolam os riscos assumidos pela Concessionária geraram o desequilíbrio do Contrato de Concessão*"<sup>44</sup>. Diante desses fatos, a manutenção da tutela de urgência se justifica pela presença de *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

56. De acordo com a MSVIA<sup>45</sup>, o *fumus boni iuris* estaria presente em decorrência (i) da inviabilidade do modelo das concessões rodoviárias da 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais, (ii) da modificação substancial das bases contratuais, (iii) da recusa das Requeridas em proceder à pronta recomposição contratual, (iv) dos impactos causados às concessionárias por conta da pandemia COVID-19, e (v) do processo de relicitação da MSVIA.

57. Já o *periculum in mora* estaria comprovado pelo fato de que a redução da TBP aniquilaria definitivamente a condição financeira da MSVIA, colocando-a em situação falimentar e colocando em risco a continuidade dos serviços públicos essenciais que continuam regularmente desenvolvidos – "*vai de encontro ao interesse público e à segurança dos usuários das rodovias*"<sup>46</sup>.

58. A MSVIA justifica os riscos acima mencionados sob o argumento de que "*o prejuízo financeiro representado pela redução da TBP, no percentual de quase*

---

<sup>43</sup> § 20 da Tréplica da ANTT.

<sup>44</sup> § 150 das Alegações Iniciais da MSVIA.

<sup>45</sup> § 151 das Alegações Iniciais da MSVIA.

<sup>46</sup> § 152 das Alegações Iniciais da MSVIA.

*54% como foi imposto pela Agência, impactaria a Requerente na ordem de R\$ 150 milhões de reais por ano, o que é inadmissível, sobretudo considerando que a MSVIA já opera com severo déficit no seu fluxo de caixa.*<sup>47</sup>

59. A MSVIA pleiteia também a ampliação da tutela de urgência para obter a suspensão da exigibilidade das sanções administrativas que se pretende anular, de forma a "*impedir novo comprometimento financeiro da Requerente enquanto não julgados os demais pedidos desta arbitragem, principalmente o relativo ao reequilíbrio do Contrato de Concessão*"<sup>48</sup>, e impedir a aplicação de novas penalidades até a conclusão da presente arbitragem<sup>49</sup>.

60. Para que seja concedida a ampliação, a MSVIA entende estarem presentes tanto a probabilidade do direito quanto o perigo da demora. O primeiro, em decorrência do fato de que a concessão se tornou inviável em razão da crise econômica, da falha do Poder Público em reequilibrar o Contrato e dos impactos da pandemia.<sup>50</sup> O segundo, em decorrência das recentes penalidades aplicadas pela ANTT (77 nos últimos anos).<sup>51</sup>

61. Por fim, alega inexistência de *periculum in mora inverso*, "*uma vez que a MSVIA prestou seguro-garantia, ainda vigente, para o Contrato de Concessão, no valor de R\$ 449.680.481,20*"<sup>52</sup>.

#### **1.9.2. Do pedido de revogação da tutela de urgência – ANTT.**

62. Ao defender a revogação da medida cautelar, a ANTT alega que "*nenhum dos pontos que serviram de fundamento para a aprovação da referida deliberação foram impugnados pela Requerente ou teve sua ilegalidade*

---

<sup>47</sup> § 153 das Alegações Iniciais da MSVIA.

<sup>48</sup> § 156 das Alegações Iniciais da MSVIA.

<sup>49</sup> § 166 (iii) das Alegações Iniciais da MSVIA.

<sup>50</sup> § 158 e ss das Alegações Iniciais da MSVIA.

<sup>51</sup> § 161 e ss das Alegações Iniciais da MSVIA.

<sup>52</sup> § 162 das Alegações Iniciais da MSVIA.

*reconhecida pelo órgão jurisdicional. Aliás, os temas que justificaram a redução tarifária sequer são objeto de questionamento no âmbito da presente arbitragem*"<sup>53</sup>.

**63.** A ANTT alega que a redução da TBP "*se deve à aplicação dos Fatores C e D (desconto de reequilíbrio)*."<sup>54</sup>

**64.** A aplicação do Fator C está definida no Anexo 6<sup>55</sup> e "*busca contemplar eventos que geram impacto na receita da concessionária ou nas verbas contratuais*."<sup>56</sup> Nesse sentido, o deferimento da tutela de urgência teria "*gerado um desequilíbrio em favor da Concessionária e em prejuízo ao usuário*"<sup>57</sup>, uma vez que as verbas não utilizadas permaneceram na tarifa<sup>58</sup>, contrariando também o art. 11 da Lei nº 9.897/93.<sup>59</sup>

**65.** A aplicação do Fator D, por sua vez, "*consiste num incrementador ou redutor tarifário, aferido objetivamente, conforme níveis de execução contratual*"<sup>60</sup>, de acordo com o Anexo 5 do Contrato de Concessão<sup>61</sup>. Em relação a este Fator, a tutela de urgência teria permitido "*que a Concessionária não efetivasse investimentos na rodovia e, mesmo assim, recebesse uma tarifa como se esses investimentos tivessem sido realizados*"<sup>62</sup>.

**66.** A ANTT combate o teor da decisão judicial no sentido de que ele "*desconsidera o fato de já ter havido um reequilíbrio, não esclarece por qual razão esse reequilíbrio implementado padece de alguma incorreção e ainda suspende*

---

<sup>53</sup> §305 da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

<sup>54</sup> § 308 da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

<sup>55</sup> Doc. R-01.

<sup>56</sup> § 309 da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

<sup>57</sup> § 311 da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

<sup>58</sup> § 310 da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

<sup>59</sup> § 312 da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

<sup>60</sup> § 313 da Resposta às Alegações Iniciais.

<sup>61</sup> Doc. R-01.

<sup>62</sup> § 314 da Resposta às Alegações Iniciais.

*a aplicação de dispositivos contratuais não discutidos naqueles autos ou impugnados pela Concessionária*"<sup>63</sup>.

67. Além disso, alega que o Fator D é aplicado automaticamente<sup>64</sup> nos termos da cláusula 10.3.2 do Contrato de Concessão. Traz também uma decisão<sup>65</sup> de árbitro de emergência no procedimento arbitral nº 23238 da CCI que reconheceu a sua aplicabilidade.

68. A ANTT também alega a inexistência do *periculum in mora*, pois a MSVIA não comprovou que a revogação da liminar a colocaria em situação falimentar. Alega que os investimentos da MSVIA na rodovia foram menores do que o previsto, mas a Concessionária "*vem usufruindo de uma arrecadação tarifária bem superior à devida*"<sup>66</sup>. Além disso, a ANTT argumenta que "*o risco materializado com a manutenção da liminar é justamente a prestação de um serviço público de qualidade inferior àquele que vem sendo cobrado do usuário (...) sem os investimentos devidos na rodovia e sem que o regulador disponha dos mecanismos de incentivo capazes de induzir a Concessionária a cumprir o contrato tal qual pactuado, tudo isso acompanhado de cobrança excessiva dos usuários.*"<sup>67</sup>.

69. Por fim, a ANTT defende a existência de *periculum in mora* inverso, pois "*a decisão judicial efetivamente inviabiliza o exercício da regulação estatal do contrato administrativo celebrado, bem como impede o desempenho das competências legais da ANTT em seu papel de ente gestor da concessão federal outorgada, causando grave lesão à ordem administrativa*"<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> § 322 da Resposta às Alegações Iniciais.

<sup>64</sup> § 326 da Resposta às Alegações Iniciais.

<sup>65</sup> Doc. R-17.

<sup>66</sup> § 332 da Resposta às Alegações Iniciais.

<sup>67</sup> § 334 da Resposta às Alegações Iniciais.

<sup>68</sup> § 337 da Resposta às Alegações Iniciais.

70. Nas palavras da ANTT, "*além de limitar indevidamente o exercício das competências da Agência, a decisão judicial proferida traz inegável perigo de irreversibilidade de seus efeitos*"<sup>69</sup>, pois "*não restará qualquer esperança futura de indenização dos usuários pelos prejuízos apurados no presente do processo arbitral*"<sup>70</sup>.

71. Em relação ao seguro garantia, a ANTT argumenta que "*somente as multas aplicadas à Requerente somam R\$ 224.200.614,55, praticamente metade do valor segurado*"<sup>71</sup> e "*se acrescido a esse valor a quantia recebida a maior em razão da liminar, fica ainda mais clara a insuficiência do seguro-garantia para cobrir a quantia devida pela Requerente, em caso de derrota na presente arbitragem*"<sup>72</sup>.

### I.9.3. Réplica da MSVIA

72. A MSVIA alega que "*se o Contrato tivesse sido efetivamente reequilibrado, no tempo e modo devidos, a tarifa atualmente praticada seria diferente, significativamente maior, e a Concessionária não teria requerido a instauração de um processo de relicitação ou a indenização neste Procedimento.*"<sup>73</sup> Além disso, "*a comprovação dos efeitos da redução da tarifa em suas contas estava feita na própria Medida Cautelar, à qual fez explícita referência.*"<sup>74</sup>

73. Mais adiante, a MSVIA argumentou que "*não há qualquer impedimento ao exercício da função fiscalizatória da ANTT*"<sup>75</sup> e que "*a própria ANTT reconheceu, perante o TCU (TC nº 008.508/2020-8) que os valores recebidos a maior pelas concessionárias estão sendo apurados e haverá apuração de haveres e deveres da outorga ao final, que permitirá eventuais descontos via Fator C.*"<sup>76</sup>

---

<sup>69</sup> § 352 da Resposta às Alegações Iniciais.

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> §355 da Resposta às Alegações Iniciais.

<sup>72</sup> § 356 da Resposta às Alegações Iniciais.

<sup>73</sup> § 238 da Réplica da MSVIA.

<sup>74</sup> § 242 da Réplica da MSVIA.

<sup>75</sup> § 245 da Réplica da MSVIA.

<sup>76</sup> § 246 da Réplica da MSVIA.

#### I.9.4. Tréplica da ANTT

74. Alega que *"a Requerente busca lhe seja deferida o benefício da exceptio non adimpleti contractus"*<sup>77</sup> e que *"não há que se falar em suspensão de exigibilidade e aplicação de novas penalidades. O que está em questão não é apenas o impacto financeiro destas penalidades, mas principalmente a possibilidade de a Concessionária deixar de cumprir exigências contratuais de acordo com a conveniência e oportunidade da própria empresa, o que não pode ser admitido."*<sup>78</sup>

75. A ANTT finaliza o ponto, argumentando que a ampliação da tutela cautelar significa *"permitir que a Concessionária decida, de acordo com sua conveniência, o que não irá cumprir no contrato, algo inimaginável para um serviço público concedido e regulamentado."*<sup>79</sup>

## II. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

76. Analisadas todas as alegações feitas pelas Partes e considerando as apresentações do caso na audiência do dia 8 de março de 2021, o Tribunal Arbitral se reuniu e deliberou acerca dos temas tratados em sede de preliminares e da revisão da tutela judicial antecedente a este procedimento arbitral.

77. Salienta-se que os árbitros não são obrigados a endereçar todas as alegações das partes, nem se ater aos fundamentos jurídicos ou legais indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontraram motivo suficiente para fundamentar a decisão.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> § 247 da Tréplica da ANTT.

<sup>78</sup> § 256 da Tréplica da ANTT.

<sup>79</sup> § 20 da Tréplica da ANTT.

<sup>80</sup> "O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão." STJ. EDcl no MS 21.315/DF. Rel. Min. Diva Malerbi. Julgado em 8.6.2016.

**78.** Da mesma forma, ressalta-se que a questão acerca da aplicabilidade do Decreto 10.025/2019 foi debatida na audiência do dia 8 de março de 2021 e, naquela oportunidade, tanto a União<sup>81</sup> quanto a ANTT<sup>82</sup> concordaram que o Decreto 10.025/2019 não é aplicável ao caso concreto.

**79.** Em decorrência do fato ocorrido em audiência, o Tribunal Arbitral considerará a questão prejudicada e não levará em conta qualquer argumentação em relação à aplicação do referido Decreto.

## **II.1. Da ilegitimidade da União para atuar como Parte deste procedimento**

**80.** Assiste razão à União. Conforme reconhecido em audiência pela ANTT<sup>83</sup>, a União não é parte do Contrato de Concessão em questão.

**81.** Por um lado, a União alega que existem algumas obrigações atinentes ao ente federado por força legal e que foram reproduzidas no Contrato de Concessão, mas que não estão relacionadas ao objeto da arbitragem e não são suficientes para torná-la parte da relação contratual.

**82.** A MSVIA, por outro lado, endereça a indicação da União como coobrigada no Contrato de Concessão pela menção da palavra 'União' por 17 vezes ao longo do instrumento contratual, bem como 'Poder Concedente' por 30 vezes. Alega também que há uma responsabilidade solidária da União ao pagamento de reequilíbrio econômico-financeiro na cláusula 22.3.1(ii). Além disso, a União teria atuado na modelagem do Contrato de Concessão e o Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica que balizou as propostas dos licitantes. Por fim, traz uma

---

<sup>81</sup> 3h e 50 min da audiência.

<sup>82</sup> 3h e 31min da audiência.

<sup>83</sup> 3h e 27 min da audiência.

jurisprudência do STJ sobre a legitimidade da União para figurar em demandas que tratem de reajuste de pedágio.

**83.** Do ponto de vista deste Tribunal Arbitral, a relação da União com a ANTT decorre da delegação para a contratação, fiscalização e revisão contratual, tendo essa Agência Regulatória autonomia financeira própria para solução das questões relacionadas a eventual reequilíbrio dos contratos de concessão que pactua. Este entendimento pode ser extraído do inciso VI do art. 24 da Lei 10.233/2001<sup>84</sup>, lei que institui a ANTT.

**84.** Nota-se que o que se pretende neste procedimento é a revisão do Contrato de Concessão pactuado entre ANTT e MSVIA. Esse reequilíbrio econômico-financeiro é de competência única e exclusiva da ANTT<sup>85</sup>, autarquia sob regime especial, não cabendo nenhuma providência à União relativa à matéria.

**85.** A especialidade das Agências Reguladoras advém principalmente da sua independência administrativa e autonomia decisória e econômico-financeira. Salienta-se, inclusive, que as Agências Reguladoras são dotadas de independência econômica e financeira e personalidade jurídica própria, que não se confundem com a União<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: (...) VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;

<sup>85</sup> “No que diz respeito à atuação da ANTT nas concessões de rodovias, pode-se dizer que as relações entre a agência e as concessionárias giram basicamente em torno da fiscalização e disciplina dos contratos e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.” SILVA, Fernando Quadros da, FARIA, Luis Alberto Gurgel de, GUEDES, Néviton de Oliveira Batista, DIP, Ricardo Henry Marques. Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT. In Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>86</sup> “As autarquias (todas elas, e não só as agência reguladoras), que em resumo são patrimônios personalizados e afetados a um fim, no caso, de interesse público e sob o regime jurídico de direito público, dispõem de autonomia porque são entes dotados de personalidade jurídica (e não órgãos, que não a possuem) e patrimônio próprios, diversos dos da entidade estatal que lhes deu origem, como acontece também com as empresas estatais e fundações públicas.”<sup>86</sup> ARAÚJO, Edmir Neto de. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In Agências Reguladoras. Org. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.

**86.** De fato, a autonomia e a responsabilidade financeira da Agência Reguladora pelo resultado desta arbitragem excluem a hipótese de responsabilidade da União por eventuais condenações decorrentes de reequilíbrio econômico-financeiro de Contrato de Concessão de serviços públicos.

**87.** Além disso, a falta de assinatura de qualquer representante da União é uma prova inequívoca de que a ANTT é o único ente público diretamente vinculado pela relação com a MSVIA.<sup>87</sup> A alegação de que há responsabilidade solidária entre o ente federado e a Agência Reguladora, portanto, carece de fundamentos legais ou fáticos.

**88.** Em relação à jurisprudência indicada, o Tribunal Arbitral entende que não se trata aqui especificamente sobre uma demanda de reajuste de tarifa de pedágio - embora esse tema virá a ser discutido incidentalmente em razão do pedido de suspensão dos efeitos da Deliberação ANTT 1.025 - mas de reequilíbrio de um Contrato de Concessão específico, do qual a União não é parte diretamente.

**89.** Reconhecem os árbitros que a redação do Contrato de Concessão é efetivamente atécnica, o que pode ter induzido a MSVIA em equívoco. Entretanto, a atecnia da Cláusula 1.1.1(xxxv) do Contrato de Concessão – que parece patente – não pode justificar a admissão, como parte, da União.

**90.** Desta forma, o Tribunal Arbitral por unanimidade entende que a União não tem legitimidade para figurar no polo passivo desta demanda.

---

<sup>87</sup> Quanto à ilegitimidade de parte, entendemos que a questão é um pouco diferente. Embora seja certo que tanto no processo estatal quanto no arbitral o vício levará à extinção do feito, no âmbito arbitral ele sempre terá relação com a convenção. Surgirá como consequência da ausência de convenção arbitral relativamente a quem não deveria ser parte. Quem é parte ilegítima em processo arbitral assim o é porque não convencionou, o que não ocorre no processo estatal." PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo Arbitral e Sistema. Tese de Doutorado em Processo Civil na Universidade de São Paulo, 2009, p. 159.

## II.2. Da condição de interveniente anômala da União neste procedimento

**91.** Decidido que a União não tem uma relação jurídica direta com a MSVIA, reconhece-se o interesse da União em – ao menos – participar deste procedimento como forma de planejar sua política pública<sup>88</sup> rodoviária em relação ao trecho específico.

**92.** São duas as questões que levam a essa conclusão: (i) participação da União por desejo do próprio ente federado e (ii) não oposição das Partes a essa participação da União como interveniente anômala, caso reconhecida a sua ilegitimidade passiva.

**93.** A Lei 9.469/1997 cria uma espécie de intervenção de terceiros que não existe no Código de Processo Civil. Apesar da constante discussão acerca da natureza jurídica da intervenção anódina da União, não se discute o fato de que a referida lei é de ordem processual.

**94.** Em arbitragem, o procedimento a ser adotado é livre e as Partes podem estipular as regras procedimentais que desejam aplicar, respeitado o Regulamento da Instituição arbitral.<sup>89</sup> Por este motivo, este Tribunal Arbitral entende que a Lei 9.469/1997 é aplicável à arbitragem, mormente porque as Partes manifestaram sua expressa concordância .

---

<sup>88</sup> "Atributos do desenho institucional de políticas públicas – como seu grau de descentralização, autonomia e coordenação intersetorial e os tipos de relações públicas e público-privadas que suscitam, bem como sua integração com outros programas – de alguma forma dependem, em síntese, da consciência do arcabouço jurídico que as 'vertebra'." COUTINHO, Diogo R. Capítulo 16. O Direito nas Políticas Públicas. In Contratos Públicos e Direito Administrativo. CARLOS Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis (org.). São Paulo: Malheiros, p. 468.

<sup>89</sup> No processo arbitral há o preenchimento do conceito de decido processo legal de outra maneira, seja com a Lei de Arbitragem, seja também, principalmente, com a forma volitiva das partes e ao mesmo tempo diretiva do árbitro com o que o processo é construído." PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo Arbitral e Sistema. Tese de Doutorado em Processo Civil na Universidade de São Paulo, 2009, p. 129

95. Não é necessário, aqui, discorrer sobre ser a interveniência anômala uma prerrogativa ou não do ente público, uma vez que a própria MSVIA não se opõe<sup>90</sup> à interveniência da União, caso reconhecida sua ilegitimidade passiva.

96. Diante da concordância das Partes e do reconhecimento da ilegitimidade da União para atuar no polo passivo da demanda, portanto, o Tribunal Arbitral por unanimidade autoriza a participação da União como interveniente anômala, o que não se confunde com a posição de parte<sup>91</sup>, motivo pelo qual não incidirão sobre ela os ônus de eventual alocação de custas e despesas pelo Tribunal Arbitral ao final do procedimento.

### **II.3. Do interesse de agir da MSVIA nos pleitos formulados neste procedimento**

97. A ANTT alega que inexistiria o interesse de agir da MSVIA em relação a alguns pleitos trazidos nesta arbitragem em decorrência da falta de prévio requerimento administrativo e consequente decisão administrativa definitiva.

98. A MSVIA alega que não há previsão legal ou contratual que determine a necessidade de prévio requerimento administrativo e o art. 31 da lei 13.448/2017 foi aprovado em data posterior à celebração do Contrato de Concessão.

99. Assiste razão à MSVIA. Esta decisão é tomada por maioria no Tribunal Arbitral, havendo divergência parcial da árbitra Cristina M. Wagner Mastrobuono, conforme declaração de voto parcialmente divergente, apresentado ao final.

---

<sup>90</sup> 2h e 48min da audiência.

<sup>91</sup> "Observe-se também que a intervenção fundada no art. 5º da Lei 9.469/97 não atribui à Fazenda Pública interveniente sequer a condição de parte do processo. Pela dicção legal, essa condição somente será adquirida pela Fazenda interveniente se houver interposição de recurso contra alguma decisão proferida no feito." STF. RE 747.912/RJ. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 18.3.2014.

100. O Contrato de Concessão estabelece na cláusula 37.1.1 que *"as partes obrigam-se a resolver por meio da arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato e/ou quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados."*

101. Não existe, no referido Contrato ou na lei, qualquer requisito prévio à instauração da arbitragem. Sequer existe qualquer exigência de pedido administrativo prévio ao ajuizamento de demanda referente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

102. O art. 31 da Lei 13.448/2017 – invocado pela ANTT – trata de demandas oriundas de contratos realizados no âmbito da relicitação ou das prorrogações, pois *"estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei 13.334"*. A relicitação não é objeto desta arbitragem.

103. Não é condizente a interpretação dada pela ANTT ao dispositivo, uma vez que esta interpretação fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXV, da CF) e impõe uma condição à arbitragem que não existia ao tempo da contratação.

104. Atendo-se aos fatos do Contrato de Concessão objeto desta demanda, fosse o contato contemporâneo à lei invocada e fosse a intenção da ANTT condicionar a instauração da arbitragem, teria ela refletido essa condição na cláusula arbitral, nos termos do §1º do próprio art. 31 da Lei 13.448<sup>92</sup>.

105. Nota-se que o inciso XVI do art. 35 da Lei 10.233 estabelece ser cláusula essencial do contrato de concessão a relativa a *"regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação"*

---

<sup>92</sup> §1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.

*e a arbitragem*". Não pode o ente público querer alterar a cláusula inserida com base em lei posterior que, supostamente, teria conferido à Concessionária um ônus à persecução de seus direitos.

**106.** Nesse mesmo sentido, no âmbito da jurisdição estatal, a única hipótese de necessidade de prévio requerimento administrativo é relacionada ao direito previdenciário, conforme entendimento jurisprudencial trazido pela ANTT. Nos termos do mesmo precedente, não há sequer necessidade de esgotamento daquelas vias nem mesmo no âmbito de benefícios previdenciários.

**107.** Assim, este Tribunal Arbitral entende por maioria que – em relação ao Contrato de Concessão objeto desta arbitragem – não há necessidade de esgotamento das vias administrativas para que seja instaurado o procedimento arbitral e, portanto, não se verifica a alegada falta de interesse de agir para quaisquer dos pedidos feitos pela MSVIA, observando-se a divergência parcial exposta ao final da decisão.

#### **II.4. Da manutenção da tutela cautelar judicial antecedente**

**108.** A tutela cautelar<sup>93</sup> deferida no Tribunal Regional Federal da 1ª Região contou com os seguintes fundamentos:

*Nos termos do disposto no artigo 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

*No caso em análise, não obstante a argumentação adotada pelo magistrado a quo, reputo presentes ambos os requisitos.*

*A documentação carreada aos autos, à primeira vista, parece evidenciar que o apontado desequilíbrio contratual é*

---

<sup>93</sup> Doc. M-014.

*incontroverso, haja vista que a necessidade de recomposição do contrato foi admitida pela própria ANTT.*

*Nesse sentido, está demonstrado nos autos que a agravante apresentou pleito de reequilíbrio contratual em 14/9/2016 (PR-000064/2015, Doc. 7), pleito este também abordado nas correspondências PR 000066/2016 (Doc. 8) e PR 000204/2017, recebida em 12/12/2017 (Doc. 9).*

*Por sua vez, no Ofício 1145/2017/GEINV/SUINF, de 22/12/2017, a ANTT informa estar desenvolvendo metodologia para definição dos impactos devido ao aumento da tolerância máxima da pesagem dos veículos de carga, bem como os valores a serem reequilibrados (Doc. 10) e, na Nota Técnica 028/2016/GEINV/SUINF – que trata das propostas de revisão ordinárias e extraordinárias da Tarifa Básica de Pedágio da Concessionária MSVIA – a Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária – SUINF reconheceu que, no mérito, a concessionária faria jus ao direito de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência da edição da “Lei dos Caminhoneiros”, tanto assim que recomendou a inclusão dos custos operacionais para mitigar os custos incorridos pela Concessionária e reduzir o impacto tarifário futuro (Doc. 11).*

*Ainda, a Ata Notarial trasladada no Doc. 16, ao tempo em que confirma a redução da Tarifa Básica de Pedágio objeto do contrato firmado entre as partes em 53,94%, evidencia que ainda não há decisão definitiva da agravada quanto ao efetivo dimensionamento dos reais impactos negativos no pavimento causados pelo aumento dos limites de excesso de peso dos caminhões.*

*Diante desse quadro, evidenciados, de um lado, a existência de desequilíbrio contratual desde 2015 – cujos impactos não foram efetivamente dimensionados e, conseqüentemente, recompostos – e a inércia da Administração na análise dos pleitos formulados pela concessionária e, de outro, a demonstração dos prejuízos decorrentes a partir da entrada em vigor da Deliberação 1.025/2019 da ANTT, que ensejará a redução de mais da metade do faturamento da agravante, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, para suspender os efeitos da Deliberação 1025 da ANTT, de 26/11/2019, até que apreciados os conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo juízo arbitral.”*

109. Embora os argumentos utilizados na decisão acima tenham suas bases no Código de Processo Civil, fato é que este diploma não se aplica na arbitragem – ao menos não automaticamente – e a Lei de Arbitragem brasileira não os elenca, limitando-se a dispor no art. 22-B que "*instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.*"

110. De qualquer forma, com base na Teoria Geral do Processo (e não no Código de Processo) não há porque duvidar que os requisitos para a concessão de qualquer medida cautelar estão resumidos nas consagradas expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. De modo pragmático, a doutrina processual – aplicável também ao processo arbitral – alerta para um contrapeso aos requisitos referidos, qual seja, a irreversibilidade da medida<sup>94</sup>.

111. A MSVIA alega que o *fumus boni iuris* estaria configurado pela inviabilidade do modelo das concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE<sup>95</sup>, pela modificação substancial das bases contratuais, pela recusa da ANTT e União à pronta recomposição contratual, pelos impactos incontroversos às concessionárias de rodovias por conta da pandemia e a consequente redução do volume de veículos, e pelo processo de relicitação da MSVIA – que confirma a falha no modelo da concessão e a inviabilidade do cumprimento das obrigações contratuais da concessão.

---

<sup>94</sup> Na arbitragem, a concessão de tutela provisória deve observar também os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. A Lei de Arbitragem poderia dispor diversamente desses requisitos, mas preferiu silenciar a respeito. Por essa razão, devem-se buscar esses requisitos no Direito processual brasileiro (sede da arbitragem). (...) O fundamento não é exatamente este, mas sim o fato de que esses requisitos integram o Direito processual brasileiro. Coincidentemente esses requisitos estão dispostos no estatuto processual civil, mas poderiam não estar e ainda assim se aplicariam à arbitragem. (...) A irreversibilidade fática da medida também é um requisito (negativo) que se aplica à tutela provisória requerida na arbitragem. (...) os árbitros deverão realizar uma ponderação de interesses, bens jurídicos e direitos e optar, num juízo de proporcionalidade, pelo mal menor. A irreversibilidade fática, portanto, cede também na arbitragem diante da relevância do direito a ser protegido e da gravidade da urgência a ser contornada. O juízo de valor a respeito da irreversibilidade, em regra, se trata de aspecto também insuscetível de controle pelo Poder Judiciário. FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo código de processo civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In 20 anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz / Carlos Alberto Carmona... [et al.] (coordenadores). 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 485 a 488.

<sup>95</sup> Programa de Concessões Rodoviárias Federais.

112. O *periculum in mora* estaria configurado pelos prejuízos financeiros que se acumulam e risco de falência da continuidade dos serviços públicos, ao mesmo tempo que não há riscos ou prejuízos à ANTT ou à União uma vez que haverá a continuidade dos serviços públicos e está em andamento o processo de relicitação.

113. A ANTT, por sua vez, alegou que a MSVIA não impugnou nenhum dos pontos que fundamentam a Deliberação 1.025, quais sejam o Fator C e o Fator D, limitando-se a apontar argumentos que servem de base para o reequilíbrio do Contrato de Concessão. Alegou a ANTT também que não foi reconhecida a ilegalidade das reduções aplicadas e que os Fatores utilizados na redução da TBP sequer são objeto desta arbitragem.

114. Além disso, alega que não há *periculum in mora* à MSVIA em razão da falta de demonstração das reais dificuldades financeiras da Concessionária, mas existe o *periculum in mora* inverso, uma vez que os usuários pagam por um serviço prestado a descontento e não seria possível reverter os efeitos dessa cobrança ao usuário no futuro. Alega, ainda, que a garantia prestada pela MSVIA é irrisória, se comparada aos valores em disputa.

115. Pois bem. De fato, os Fatores C<sup>96</sup> e D<sup>97</sup> previstos no Contrato de Concessão correspondem a cálculos objetivos que utilizam por base os investimentos realizados pela Concessionária, as condições da rodovia concedida e os impactos exclusivamente sobre a receita ou verbas devidas pela Concessionária.<sup>98</sup> E não se encontram nestes autos questionamentos acerca da metodologia estipulada.

---

<sup>96</sup> Cláusula 1.1(i) Acréscimo de reequilíbrio: (...) manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função da antecipação de Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias, tal como previsto no PER e no Anexo 5, mediante a aplicação do Fator D.

<sup>97</sup> Desconto de Reequilíbrio: (...) manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função do não atendimento aos Parâmetros de Desempenho e à inexecução das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível de Serviço, tal como previstos no PER e no Anexo 5, mediante a aplicação do Fator D.

<sup>98</sup> Conforme Doc. M-002: Tabela I do Anexo 5 (Fator D), p. 65; e fórmula matemática do Anexo 6 (FATOR C), p. 68.

**116.** No entanto, no entender deste Tribunal Arbitral, a MSVIA atribui a falta de investimentos, as condições da rodovia e os impactos nas receitas a questões que estão intrinsecamente ligadas aos pedidos de reequilíbrio do Contrato de Concessão.

**117.** Desta forma, não há como desconsiderar, em uma análise sumária das alegações, os argumentos trazidos pela MSVIA como autorizadores da suspensão dos efeitos da Deliberação 1.025 da ANTT.

**118.** Saliente-se que o Tribunal Arbitral não decidirá sobre a forma de aplicação do Fator C e do Fator D como método de reequilíbrio do Contrato de Concessão, mas deverá decidir sobre questões que poderão impactar no reequilíbrio das receitas recebidas por meio da TBP, uma vez ter sido esse o critério de julgamento da licitação, que permitiu a escolha da proposta mais vantajosa no procedimento da licitação.

**119.** No entanto, ainda que não seja possível, neste momento, analisar em profundidade o mérito dos argumentos trazidos pela Requerente, é incontroverso que existe ao menos um reequilíbrio reconhecido pela ANTT<sup>99</sup>, ainda não equacionado a contento no entender da Requerente, que é a recomposição dos impactos causados pela Lei nº 13.103/2015, a chamada “Lei dos Caminhoneiros”. Ainda, a variação do montante da recomposição que está em discussão, em uma variação de valores entre R\$ 69 milhões e R\$ 420 milhões, indica a existência de um potencial impacto no fluxo de caixa da concessão, em benefício da possibilidade de execução do contrato em condições financeiras melhores que as atuais.

**120.** Nesse passo, conforme salientado pela Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso<sup>100</sup>, aparentemente a própria ANTT reconheceu a necessidade de

---

<sup>99</sup> Conforme Nota Técnica Cjta 3/2020/DEAT/SFPP – Doc. R-05.

<sup>100</sup> Doc. M-014.

recomposição do contrato. Sendo assim, viável supor – neste momento da demanda – que eventual necessidade de recomposição do Contrato de Concessão poderá ser oportunamente equacionada mediante o abatimento de valores que foram cobrados a mais por meio da TBP não ajustada, praticada com base na liminar concedida.

**121.** Enfim, não cabe ao Tribunal Arbitral – em sede de tutela cautelar – decidir se a decisão da ANTT em aplicar a redução tarifária deveria ter considerado os fatos que se discutem nessa demanda, sem o exame pleno das provas que as partes queiram produzir.

**122.** Cabe ao Tribunal Arbitral analisar a aparência do direito, o que – conforme salientado acima – conduz à conclusão de que existe relação entre a Deliberação 1.025 e os fatos aqui alegados e que as decisões sobre estes fatos poderão repercutir nos valores da Tarifa Básica de Pedágio.

**123.** Quanto ao perigo da demora, o Tribunal Arbitral entende que a alteração da Tarifa Básica de Pedágio, no atual estágio da arbitragem e sem a análise exauriente das alegações da MSVIA, somente trará mais prejuízos aos serviços prestados, uma vez que essa medida agravaria a posição jurídica da Concessionária e poderia inviabilizar a prestação do serviço público.<sup>101</sup>

**124.** Deve o Tribunal Arbitral ponderar entre o interesse público primário – consubstanciado no interesse público social e da coletividade como um todo – e o interesse público secundário relativo aos interesses da ANTT. E o que se mostra, no cenário descrito nos autos, é a probabilidade do colapso do serviço público da rodovia federal BR-163/MS.

---

<sup>101</sup> Sem dispor de recursos para custear as despesas, o concessionário cairá em insolvência. Isso inviabilizará o serviço público e produzirá dívidas relevantes para os cofres públicos – seja em virtude do pagamento de indenização ao concessionário, seja pela necessidade de adotar soluções emergenciais para satisfazer as necessidades dos usuários. (JUSTEN FILHO, Marçal. Cobrança de Tarifa pela Prestação dos Serviços Públicos de Saneamento Básico. In Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro/ Floriano de Azevedo Marques Neto ... [et al.] (organizadores). São Paulo: Atlas, 2013. p. 473)

125. A possibilidade de haver algum enriquecimento indevido da Concessionária em decorrência da deficiência dos investimentos e cronogramas previstos no Contrato de Concessão só pode ser apurado em cognição exauriente. Em sendo rejeitados os argumentos da Requerente, os valores recebidos com fundamento na suspensão da Deliberação ANTT 1.025 poderão ser abatidos de eventual condenação ao reequilíbrio do Contrato de Concessão ou ser contabilizados em encontro de haveres entre as partes, como, inclusive, permite a cláusula 22.8.3 do contrato de concessão.

126. Diante de dois cenários (eventual enriquecimento da Concessionária *versus* eventual paralisação dos serviços), é de se considerar que a primeira hipótese é passível de reversibilidade em decorrência de eventuais pedidos de perdas e danos pelo Poder Concedente. Já na segunda hipótese, quem mais perderia seriam os usuários, situação que seria de difícil ou impossível reparação.

127. A suspensão da Deliberação 1.025, portanto, privilegia a continuidade dos serviços públicos, ou seja, o interesse público primário e deve ser mantida até que a instrução processual evolua, permitindo – se e quando for o caso – nova apreciação da matéria com base nas evidências que vierem a ser produzidas.

## **II.5. Da ampliação dos efeitos da tutela cautelar mantida**

128. A MSVIA pretende a ampliação da tutela cautelar de forma que abarque também a suspensão da exigibilidade das penalidades impostas pela ANTT e o impedimento de aplicação de novas penalidades. Para tanto, alega existirem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não havendo falar em *periculum in mora* inverso à ANTT.

129. A ANTT, por seu turno, alega que a ampliação da medida cautelar nos moldes pretendidos pela MSVIA retiraria da Agência Reguladora o seu poder de fiscalização.

130. Nota-se que, dentre os pedidos da MSVIA nesta arbitragem, há o pleito de nulidade das penalidades impostas administrativamente. As multas aplicadas pela ANTT, até o momento da apresentação da primeira manifestação da MSVIA, podem ser verificadas na planilha juntada como Doc. M-062<sup>102</sup>. Conforme relatou a MSVIA, parte destas multas já foram quitadas e outra parte delas aguarda a análise desse Tribunal Arbitral. Em audiência<sup>103</sup>, MSVIA trouxe também o fato de haver mais de 30 penalidades impostas pela ANTT desde a apresentação das Alegações Iniciais.

131. Os motivos determinantes das sanções impostas relacionam-se com os demais pleitos nesta arbitragem para o reequilíbrio econômico-financeiro e que serão julgadas apenas após a apresentação do caso e produção das provas necessárias à cognição exauriente pelo Tribunal Arbitral.

132. Desta forma, a exigibilidade das multas aplicadas pela ANTT teria o condão de impactar o mínimo eficiente da prestação dos serviços públicos, da mesma forma que a redução da Tarifa Básica de Pedágio o faria.

133. Sendo, portanto, as multas objeto de discussão perante este Tribunal Arbitral, presume-se razoável a suspensão de sua exigibilidade. Não se vislumbra, no entanto, o impedimento da atividade fiscalizatória da Agência Reguladora.

134. A fiscalização da ANTT e o reconhecimento de falhas que ensejam a aplicação das multas administrativas fogem da jurisdição deste Tribunal Arbitral, uma vez que a própria cláusula 37.1.1(i) dispõe que "*não poderão ser objeto de*

---

<sup>102</sup> Atualizada pela tabela do Doc. M-082.

<sup>103</sup> 44 min da audiência.

*arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre exploração do serviço delegado."*

135. Além disso, conforme demonstrado nos autos, a garantia prestada pela MSVIA (R\$449.680.481,20, doc. M-064) é suficiente para cumprir com todas as penalidades existentes até o momento. Segundo a MSVIA em audiência<sup>104</sup>, estas penalidades remontam a aproximadamente 392 milhões de reais, ou seja, cerca de 87% da garantia, o que ainda pode ser compensado com eventual reequilíbrio do Contrato de Concessão.

136. Assim, o Tribunal Arbitral por unanimidade amplia o conteúdo da tutela cautelar concedida para que também abarque tão somente a **suspensão da exigibilidade** das penalidades aplicadas à MSVIA em decorrência da prestação dos serviços objeto do Contrato de Concessão.

### III. DISPOSITIVO

137. Por todo o exposto, o Tribunal Arbitral **decide**

- a) **Reconhecer** a ilegitimidade passiva da União;
- b) **Autorizar** a participação da União como interveniente anômala, nos termos do art. 5º da Lei 9496/1997;
- c) **Reconhecer** a existência de interesse de agir da MSVIA em relação aos pedidos formulados, pois desnecessário o exaurimento das vias administrativas previamente à instauração da arbitragem por maioria; a árbitra Cristina M. Wagner Mastrobuono diverge quanto a este ponto;
- d) **Manter** a suspensão dos efeitos da Deliberação 1.025/2019, conforme tutela cautelar antecedente;

---

<sup>104</sup> 42 minutos do início da audiência.

- e) **Ampliar** a tutela cautelar para suspender a exigibilidade das penalidades aplicadas pela ANTT à MSVIA.

**138.** O Tribunal Arbitral **ênfatiza** que, a despeito da suspensão da exigibilidade das penalidades impostas, a ANTT mantém seu poder de fiscalização dos serviços prestados pela Concessionária – inclusive podendo instaurar processos administrativos para sua apuração –, uma vez não se tratar de objeto desta arbitragem nos termos da cláusula 37.1(i) do Contrato de Concessão.

**139.** A respeito dos próximos passos do procedimento, o Tribunal Arbitral deverá deliberar em nova Ordem Procedimental.

#### **IV. DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO PARCIAL DA ÁRBITRA CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO**

1. Deixo de acompanhar a maioria dos árbitros em relação ao pedido preliminar trazido pela Requerida ANTT, no sentido de ser afastado o pleito de reequilíbrio contratual formulado pela Requerente para recompor os prejuízos ocasionados pela pandemia do Covid-19, em razão da ausência de requerimento administrativo<sup>105</sup>.
2. Entendo que a preliminar deve ser acolhida, pois, do que se verifica dos documentos apresentados<sup>106</sup>, não foi formulado pedido administrativo pela Requerente anteriormente ao início do procedimento arbitral. Observo que a cláusula arbitral não elege o prévio pleito administrativo como requisito à propositura da arbitragem. No entanto, assim entendo com fundamento na própria Lei nº 9.307/1996, que autoriza o uso da

---

<sup>105</sup> § 11 da Resposta às Alegações Iniciais da ANTT.

<sup>106</sup> Vide o quadro anexo.

arbitragem pela administração pública para dirimir *conflitos*. E a identificação de um *conflito* deve considerar os termos contratuais e a legislação aplicável às partes.

3. Nesse passo, verifico que o contrato de concessão celebrado entre as partes estabelece na cláusula 18.5.1 que o desequilíbrio econômico-financeiro ocasionado pela ocorrência de riscos não assumidos pela concessionária, dentre os quais aqueles caracterizados como eventos de força maior, serão equacionados por meio de revisão extraordinária. Outrossim, a cláusula 22.2.1 do contrato prevê a forma de encaminhamento dos pleitos de reequilíbrio: *“O procedimento para a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro por meio de revisão dar-se-á conforme estabelecido em resolução da ANTT”*.
4. Essa fase administrativa não foi cumprida e, portanto, não há ainda conflito ou controvérsia a ser dirimida, faltando à Requerente interesse de agir nesse pleito em particular.
5. Não se pode esquecer que se trata de um contrato sujeito a regulação por parte de uma agência federal, cuja observância se insere no conceito de *arbitragem de direito*, que deve nortear o julgamento do tribunal arbitral, nos termos do § 3º do artigo 2º da Lei de Arbitragem. Isso significa dizer que deverá ser observada a regulamentação emanada da ANTT, no caso, a Resolução 675/2004<sup>107</sup> (que estabelece o procedimento) e, além da legislação que rege especificamente a atuação dessa agência, também a Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019, a chamada “lei das agências reguladoras”.

---

<sup>107</sup> Doc. R-05.02.

6. Referido diploma legal impõe a necessidade de que a regulamentação de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços – como parece ser o caso, seja precedida de Análise de Impacto Regulatório, num procedimento que abarca também consulta pública e participação popular.
7. Pelo que se verifica do noticiário recente<sup>108</sup> tais medidas de consulta à população estão em curso, com a abertura da Audiência Pública n. 3/2021, que visa "*colher sugestões e contribuições ao processo de elaboração da metodologia para o cálculo dos impactos causados pela pandemia de coronavírus (Covid-19) no âmbito dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária sob gestão da ANTT, bem como da disciplina da respectiva recomposição do equilíbrio econômico-financeiro*".
8. Tais aspectos me fazem concluir que: (i) não existe ainda conflito, disputa ou controvérsia a ensejar manifestação deste Tribunal; (ii) não cabe a este Tribunal, sem que exista uma justificativa plausível – como o atraso indevido por parte da administração pública ou reiteradas negativas de pleito similar, se antecipar à agência reguladora na decisão sobre a matéria; de maneira que, respeitada a opinião divergente, entendo que não tem a requerente interesse de agir para discutir o pleito relativo ao desequilíbrio causado pelos efeitos do Covid19 na presente arbitragem.
9. Em relação aos demais pleitos, entendo que foi cumprida a previsão contratual e que o tempo decorrido sem que a Agência tenha dado uma solução administrativa à questão justifica a busca da Requerente por uma decisão arbitral.

---

<sup>108</sup> <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/antt-abre-ap-para-discutir-impactos-da-covid-19-nos-contratos-de-concessao-rodoviaria> - acesso em 16.04.2021.

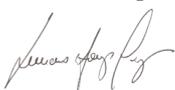
Quadro anexo:

ITEM/EVENTO QUE FUNDAMENTA O PEDIDO DE REEQUILÍBRIO	REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO	
	Houve?	Se sim, em qual manifestação?
Redução do volume de tráfego decorrente de grave, imprevista e imprevisível crise econômica	Sim	Anexo M-026.11 – Carta PR-000079/2017, enviada pela MSVIA à ANTT em 06.04.2017
Atraso e fragmentação das licenças ambientais	Sim	Anexo M-026.11 – Carta PR-000079/2017, enviada pela MSVIA à ANTT em 06.04.2017
Aumento dos custos dos insumos asfálticos	Sim	Anexo M-026.3 – Carta PR-000001/2016, enviada pela MSVIA à ANTT em 12.01.2016
Impactos da Lei dos Caminhoneiros (Aumento na tolerância de pesagem dos veículos de carga_	Sim	Anexo M-026.2 – Carta PR000064/2015, enviada pela MSVIA à ANTT em 08.09.2015
Impactos da pandemia de Covid-19	Sim, mas após a instauração da arbitragem	Anexo M-079 – Carta PR 000455.2020, enviada pela MSVIA à ANTT, em 02.09.2020

*(A presente folha é parte integrante da OP n. 04 no Processo Arbitral ICC 24957/GSS/PFF sob a administração Corte Internacional de Arbitragem - CCI – São Paulo)*

Local da Arbitragem: Brasília, Distrito Federal, Brasil.

Data: 22 de abril de 2021.

**DocuSigned by:**  
  
33E599E20241466...

**Luciano de Souza Godoy**

**Árbitro Presidente**

*(A presente folha é parte integrante da OP n. 04 no Processo Arbitral ICC 24957/GSS/PFF sob a administração Corte Internacional de Arbitragem - CCI – São Paulo)*

Local da Arbitragem: Brasília, Distrito Federal, Brasil.

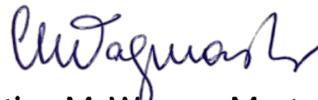
Data: 22 de abril de 2021.

  
Carlos Alberto Carmona  
Árbitro

*(A presente folha é parte integrante da OP n. 04 no Processo Arbitral ICC 24957/GSS/PFF sob a administração Corte Internacional de Arbitragem - CCI – São Paulo)*

Local da Arbitragem: Brasília, Distrito Federal, Brasil.

Data: 22 de abril de 2021.



**Cristina M. Wagner Mastrobuono**

**Árbitra**