

PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 24957/GSS/PFF

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

REQUERIDA: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT

INTERVENIENTE ANÔMALA: União Federal

Ordem Procedimental nº 6

CONSIDERANDO QUE, em 22.4.2021, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Procedimental nº 4 (“OP nº 4”) decidindo as questões preliminares e aquelas relacionadas à tutela cautelar;

CONSIDERANDO QUE, em 27.4.2021, a ANTT apresentou pedido de esclarecimentos à OP nº 4; e

CONSIDERANDO QUE, em 25.5.2021, a MSVIA e a União Federal se manifestaram sobre o pedido de esclarecimentos apresentado pela ANTT,

O Tribunal Arbitral passa a endereçar as questões trazidas pela ANTT, ratificando a decisão proferida na Ordem Procedimental nº 4.

I. Pedido de esclarecimentos formulado pela ANTT em relação à OP nº 4

1. Segundo a ANTT, *“alguns fatos e informações constantes na Ordem Processual nº 4 merecem ser aclarados”*¹. No entendimento da parte, permaneceriam dúvidas quanto à decisão do Tribunal Arbitral de não acolher a preliminar de inexistência de

¹ §2 do pedido de esclarecimentos.

interesse de agir suscitada pela ANTT quanto aos pleitos formulados pela MSVIA relacionados a áreas indígenas, sítios arqueológicos e comunidades quilombolas², bem como relacionados à pandemia de COVID-19.³

2. A ANTT afirma que o Tribunal Arbitral entendeu, por maioria, que não haveria a necessidade de esgotamento das vias administrativas para que fosse instaurado o presente procedimento arbitral. Nada obstante, pontua que a ausência de pleito administrativo anterior não pode ser confundida com a necessidade de exaurimento da discussão em via administrativa.

3. Nas palavras da ANTT, *“o ponto fulcral na presente análise não é apenas a pendência da decisão administrativa, tampouco o exaurimento de sua apreciação, mas sobretudo a avaliação da repercussão da apresentação inédita e unilateral de pleitos jamais ventilados na via administrativa.”*⁴

4. A parte ainda reforça que não teria havido, por parte da Requerente, oposição à tese de exigência de prévio requerimento administrativo, mas tão somente oposição ao exaurimento desta via.⁵

5. Entende a ANTT que, uma vez que não houve apresentação de requerimento em via administrativa, não haveria uma “pretensão resistida” apta a configurar o surgimento de um litígio, na medida em que a Administração não teria analisado ou oferecido resistência aos pleitos da contraparte. Tal situação seria ainda mais gritante em relação ao pedido de reequilíbrio contratual em decorrência da pandemia de COVID-

² “Na hipótese dos autos é perceptível aferir que quanto ao pedido de ressarcimento de custos de atendimento de condicionantes relacionadas a pesquisas arqueológicas, áreas indígenas ou comunidades quilombolas, não houve qualquer apresentação de requerimento na via administrativa, não havendo, por isso, análise e resistência da Administração em relação aos valores não apresentados pela Requerente.” §23 do pedido de esclarecimentos.

³ “Isso porque se demonstrou nos autos não apenas a apresentação do pedido de forma inédita na via arbitral, mas também a emissão de atos internos voluntários da própria Administração para análise e investigação dos impactos causados no setor (Docs. R-05.37, R-05.38 e R-22), o que denota a total proatividade da Requerida a despeito da ausência de pedido casuístico da concessionária na via administrativa.” § 24 do pedido de esclarecimentos.

⁴ §6 do pedido de esclarecimentos.

⁵ “**Reforça-se: houve oposição da Requerente apenas quanto à tese do exaurimento da via administrativa para a consecução de seus direitos, e não na tese de exigência de prévio requerimento administrativo.**” §9 do pedido de esclarecimentos.

19, tendo em vista que, na concepção da parte, restou demonstrado nos autos a ocorrência de atos internos voluntários da Administração para a investigação dos impactos da pandemia no setor.

6. Alega, assim, que permitir a apresentação de pleitos inéditos em via arbitral contrariaria a noção de *jurisdição* e *controvérsia*. A esse respeito, a parte sustenta que a prolação de decisão fora do escopo jurisdicional seria causa de nulidade absoluta do procedimento.⁶ Além disso, entende que a decisão proferida desestimularia a criação de campos de autocomposição inaugural entre as Partes (que seria permitida pela via administrativa).⁷

7. Também alega a ANTT que o Contrato de Concessão impõe a via administrativa para solução de eventuais pleitos de reequilíbrio (cláusula 22.2.1)⁸, pelo que a apresentação de pedidos inéditos em arbitragem afrontaria não apenas a teoria do interesse de agir mas também o próprio instrumento contratual. Nesse sentido, alega que *“a dicção do contrato firmado entre as partes é clara ao prever que os pleitos de reequilíbrio dele decorrente devem ser avaliados na via administrativa, por meio de processo de revisão tarifária, a ser realizado de forma transparente, imparcial e isonômica pela agência reguladora, nos termos das resoluções da entidade pública.”*⁹

8. Para afastar a necessidade de prévio requerimento administrativo, seria então *“crucial que o decisor realize uma clara e fundamentada análise de impacto regulatório, com avaliação não apenas da repercussão da decisão no mercado regulado, mas,*

⁶ *“É inconteste aferir, ainda, a repercussão da inclusão dos pleitos tratados. Ao fim e ao cabo, não há outro caminho senão concluir que **a decisão sobre matéria fora da jurisdição é causa de nulidade absoluta do procedimento, ao menos nesse ponto específico.**”* §26 do pedido de esclarecimentos.

⁷ *“Salvo melhor juízo, com as devidas vênias, abrir a via arbitral para apresentação de pleitos inéditos e inaugurais não apenas ataca a própria ideia de jurisdição e controvérsia, mas também vai na contramão das tendências mundiais que estimulam a criação de campos de composição entre as Partes, encorajando-os a priorizarem pela análise autocompositiva inaugural, que, no presente caso, é, por excelência, a análise administrativa do pleito.”* §27 do pedido de esclarecimentos.

⁸ *“No presente caso, tratando-se de alegados eventos imprevisíveis, a dinâmica normativa determina a sua apresentação à Agência através de pedido de Revisão Extraordinária do valor tarifário para crítica avaliação, que, uma vez comprovado e quantificado o impacto, passa a ter efeitos financeiros a partir da revisão ordinária subsequente, senão vejamos as previsões da Resolução ANTT 645/2004:”* §29 do pedido de esclarecimentos.

⁹ § 32 do pedido de esclarecimentos.

*principalmente, buscando demonstrar que o direito afastado na espécie é disponível nos termos da lei.”*¹⁰

9. Alega também a ANTT que o afastamento da preliminar discutida te-la-ia impossibilitado *“de avaliar com criticidade os pleitos apresentados somente na via arbitral”*¹¹, *“com flagrante ataque ao direito ao contraditório da Requerida (...) sem a necessária digressão crítica interna que determina a regulação da matéria.”*¹² Além disso, *“não foi apontada qual a conduta da ANTT teria resultado em violação dos pleitos apresentados. A exigibilidade do contraditório e paridade de armas entre as partes impõe o envolvimento no litígio, que in casu sequer foi constatado.”*¹³

10. Por fim, caso seja mantida a decisão proferida pelo Tribunal Arbitral, a ANTT requer o detalhamento circunstancial sobre a amplitude da investigação arbitral nesses pontos, sobretudo no que diz respeito aos efeitos da pandemia de COVID-19¹⁴. Ressalta, nesse sentido, que há uma análise regulatória dos efeitos da pandemia em curso e com ampla participação do setor na construção metodológica, de modo que seria fundamental que os árbitros traçassem os limites da investigação, a fim de que não seja rompida a regulação buscada pelo Agente Regulador¹⁵.

11. E, ainda caso seja mantida a decisão, requer igualmente que o Tribunal Arbitral decida sobre a alocação dos custos incidentes sobre o pleito inserido somente na via arbitral.¹⁶ Sustenta que, uma vez que os gastos despendidos nesta arbitragem poderiam ser evitados caso as matérias fossem debatidas em via administrativa – e considerando que foi a MSVIA quem iniciou a arbitragem – seria *“intuitivo perceber que a Requerente*

¹⁰ § 31 do pedido de esclarecimentos.

¹¹ § 40 do pedido de esclarecimentos.

¹² § 41 do pedido de esclarecimentos.

¹³ § 43 do pedido de esclarecimentos.

¹⁴ § 36 do pedido de esclarecimentos.

¹⁵ *“Em outras palavras, não sendo o painel arbitral agente regulador, em qual medida se dará a análise de pleitos inéditos (e não corretivos) em discussão democrática com o mercado regulado? Quais os limites incidirão para garantir, a um só tempo, a análise inaugural na via arbitral e o respeito às competências regulatórias da Agência e o tratamento isonômico dos demais regulados que vem participando da discussão democrática administrativa?”* § 39 do pedido de esclarecimentos.

¹⁶ *“Isso porque todo o regramento só aponta numa direção: **os custos decorrentes da opção exclusiva de uma das Partes devem ser a ela imputáveis**. Não havendo resistência da Requerida – e optando a Requerente pela apresentação do pleito na via arbitral, é lógico que a ela cabe a responsabilidade sobre os custos incidentes dessa escolha.”* § 45 do pedido de esclarecimentos.

se expõe a todos os custos consecutórios” já que “todo o regramento só aponta numa direção: os custos decorrentes da opção exclusiva de uma das Partes devem ser a ela imputáveis”¹⁷.

II. Manifestação da MSVIA acerca do pedido de esclarecimentos da ANTT

12. Em sua resposta ao pedido de esclarecimentos da ANTT, a MSVIA argumentou que o pedido em questão não teria por objeto a correção de vícios da OP nº 4, mas representariam mero inconformismo da ANTT.

13. Requereu, assim, a rejeição do pedido de esclarecimentos, afirmando, para tanto, que a fundamentação da OP nº 4 teria esclarecido que não é necessária a formulação prévia de pedido administrativo para “*permitir a instauração da via arbitral*”, tendo afastado expressamente as alegações da ANTT a esse respeito.

14. Afirmou, ainda, que a ANTT cometeria *venire contra factum proprium*, uma vez que seu argumento somente poderia ser decorrente do Decreto nº 10.025/19 e da Lei nº 13.448/17, normas que a própria ANTT teria reconhecido como inaplicáveis ao caso.

15. Insistiu que o Tribunal Arbitral teria concluído, analisando as disposições do Contrato de Concessão, que “*a existência de pedido administrativo em curso não é requisito de arbitrabilidade objetiva, não se podendo extrair tal exigência da Cláusula 22.2.1*”.

16. A MSVIA ainda destacou, no que diz respeito às condicionantes ambientais, que teria havido regular requerimento administrativo sobre o pleito, como teria sido inclusive reconhecido no voto divergente da árbitra Cristina M. W. Mastrobuono. Além disso, também já teria sido apresentada proposta de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da pandemia de COVID-19, que não teria tido consequências práticas até o momento.

¹⁷ § 45 do pedido de esclarecimentos.

17. Sustentou, ademais, que os documentos referentes a tais pleitos teriam sido apresentados neste procedimento arbitral, delimitando a lide, sendo “*prematureo pedir que o Tribunal trace ‘os limites da investigação’ neste estágio processual*”, já que a ANTT poderá, durante a fase instrutória, trazer aos autos as informações e provas que entender pertinentes. Não haveria, portanto, qualquer prejuízo ao direito de defesa da ANTT.

18. No que diz respeito ao pedido de alocação dos custos dos pleitos, a MSVIA afirmou se tratar de pedido incompreensível, uma vez que a ANTT e a União não estariam arcando com os custos do procedimento e os pleitos em questão ainda seriam ilíquidos e apurados no curso da fase instrutória. Além disso, o pedido formulado pela ANTT contrariaria a convenção de arbitragem e a Ata de Missão, que dispuseram sobre a alocação de custos na sentença.

III. Manifestação da União sobre a OP nº 4

19. Em manifestação apresentada em 25.5.2021, a União aderiu aos argumentos utilizados pela ANTT em seu pedido de esclarecimentos, defendendo, em suma, que a jurisprudência e a doutrina brasileiras demonstram a necessidade de prévio requerimento administrativo para a caracterização do interesse de agir e que o exercício de direito de reequilíbrio econômico-financeiro dependeria da apresentação de pleito ao órgão competente, sem o qual não haveria como se falar em lesão ou ameaça de lesão ao direito do concessionário.

IV. Considerações do Tribunal Arbitral

20. Ainda que o Termo de Arbitragem não preveja a apresentação de pedido de esclarecimentos especificamente para ordens procedimentais, este expediente serve exclusivamente para corrigir erros materiais e ver sanadas eventuais dúvidas, contradições ou obscuridades presentes na decisão. A dúvida apta a ensejar a pretensão aclaratória deve residir nos elementos internos da decisão, e não no confronto entre a *ratio decidendi* e o entendimento que, na visão da parte insurgente, deveria prosperar.

21. Feita essa consideração inicial, cumpre destacar que, em seu pedido de esclarecimentos à OP nº 4, a ANTT apresenta argumentos já analisados e decididos por este Tribunal Arbitral. O pedido de esclarecimentos apresentado presta-se tão somente a obter uma revisão do *decisum*, evidenciando o inconformismo da parte com a decisão exarada¹⁸, sem que isso signifique que o Tribunal Arbitral deixou de decidir a questão de forma adequada, completa e fundamentada.

22. O Tribunal Arbitral esmiuçou as razões pelas quais decidiu rejeitar, por maioria, a preliminar de falta de interesse de agir suscitada pela ANTT, evidenciando seu entendimento de que inexistente no Contrato de Concessão qualquer elemento que condicione a instauração da arbitragem por MSVIA ao prévio acionamento da via administrativa. Nesse sentido, consta da OP nº 4 o seguinte:

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 acordo a ele relacionado.”

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.

(...)

104. Atendo-se aos fatos do Contrato de Concessão objeto da demanda, fosse o contrato 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.

(...)

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.

23. Sobre este ponto, inclusive, restou expressa a divergência interna do Tribunal Arbitral consignada no voto divergente da árbitra Cristina M. W. Mastrobuono quanto à

¹⁸ “desde a Ata de Missão a Requerida sustenta a inarbitrabilidade de tais pleitos, por inexistir impugnação da Requerente quanto a qualquer ato material praticado pela Requerida, de tal sorte que a instauração da arbitragem para tanto implicaria a violação à competência regulatória da ANTT. Em outras palavras, já ali registrou-se a ausência de pretensão resistida em face dos pleitos enumerados pela Requerida.” §7 do pedido de esclarecimentos.

necessidade de que o pleito de recomposição do equilíbrio econômico financeiro deve ser objeto de requerimento administrativo ao Poder Concedente, em atenção às cláusulas 18.5.1 e 22.2.1 do contrato de concessão. Em seu entendimento, enquanto não cumprido o procedimento previsto no contrato, não haveria litígio a ensejar o início de uma arbitragem.

24. A ANTT sustenta que o Tribunal Arbitral analisou a preliminar apenas à luz da necessidade de esgotamento da instância administrativa. Contudo, ainda que no dispositivo da OP nº 4 conste expressamente que o Tribunal Arbitral entende ser desnecessário o exaurimento das vias administrativas previamente à instauração da arbitragem, a fundamentação da decisão perpassa pelo argumento de que não haveria a necessidade de formulação prévia de pedido administrativo para permitir a instauração da via arbitral – tese essa que foi rejeitada pela maioria do Tribunal Arbitral (ver trecho da OP nº 4 transcrito acima).

25. A jurisdição do Tribunal Arbitral advém da própria vontade das Partes, expressa por meio da cláusula arbitral – que, por sua vez, limita o objeto a ser submetido à análise dos árbitros. Assim, para que seja definido o escopo de sua jurisdição, o Tribunal deve se atentar ao conteúdo da cláusula arbitral.

26. Foi ressaltado na OP nº 4 que o Contrato de Concessão não previa qualquer condição prévia à instauração da arbitragem, via eleita pelas Partes para discutir *“controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato e/ou quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordo a ele relacionado”*. Inexiste qualquer menção à necessidade de requerimento administrativo prévio na cláusula.

27. Não há dúvidas, portanto, de que, em sua literalidade, a cláusula arbitral não condiciona a possibilidade do exercício do direito de ação por via arbitral ao prévio enfrentamento da questão em sede administrativa. Mesmo porque o âmbito administrativo não se reveste dos atributos típicos da jurisdicionalidade e tampouco pode impedir o acesso à via heterocompositiva jurisdicional.

28. É importante notar que, sendo a jurisdição arbitral uma decorrência direta da vontade expressa pelas Partes, estas últimas poderiam, caso fosse de sua vontade, condicionar a instauração de eventual procedimento arbitral à prévia análise e decisão da questão em sede administrativa. Seria possível pactuar, por exemplo, que MSVIA apenas poderia recorrer à arbitragem quando inconformada com a decisão proferida pela ANTT em sede administrativa ou, então, após formular pleitos administrativos que não obtivessem resposta em certo lapso temporal. Não foi isso, porém, o que restou delineado na convenção de arbitragem do Contrato de Concessão do caso em tela.

29. Ressalta-se, ainda, que a cláusula que define o procedimento para o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (cláusula 22.1.1) não diz respeito à via jurisdicional, mas tão somente à via administrativa desses pleitos – instâncias independentes entre si. Assim, muito embora o Contrato de Concessão preveja a forma de ser pleiteado o reequilíbrio econômico-financeiro, não impõe nenhum condicionante às Partes caso queiram discutir tal matéria em procedimento arbitral.

30. A parte ainda sustenta que a leitura da cláusula compromissória tornaria necessária a existência de uma “controvérsia”, o que em seu entendimento inexistia no presente caso por não ter havido uma pretensão resistida da ANTT em via administrativa. Cabe ao Tribunal Arbitral lembrar às Partes que a configuração de uma disputa ou controvérsia não depende, em hipótese alguma, da prévia manifestação da ANTT em instância administrativa, exatamente por ser possível a manifestação de controvérsia apenas em âmbito jurisdicional. O simples fato de as Partes divergirem em relação às teses e pleitos trazidos nesta arbitragem evidencia a existência de uma controvérsia passível de resolução por parte deste Tribunal Arbitral. Não é necessária a negativa expressa da Administração Pública ou notório entendimento contrário em instância administrativa para que se configure uma demanda arbitral.

31. O Tribunal Arbitral toma nota da alegação da ANTT no sentido de que os princípios do contraditório e da ampla defesa restariam prejudicados pela rejeição da preliminar de falta de interesse de agir, uma vez que a parte não teria tido a oportunidade de se defender em instância administrativa. Nada obstante, o processo arbitral se presta a permitir exatamente a concretização desses postulados, garantindo

à ANTT a oportunidade de se insurgir e se defender das alegações trazidas pela MSVIA. Não se pode supor que o prévio exame da matéria no âmbito interno do órgão regulador faça parte dos direitos e deveres inerentes ao processo. Como insistentemente pontuado pelo Tribunal Arbitral, a via administrativa e a via jurisdicional são instâncias independentes e que não se confundem.

32. Vale ressaltar ainda que a rejeição da preliminar de ausência de interesse de agir suscitada pela ANTT não implica no reconhecimento de que os pleitos de MSVIA serão julgados procedentes. A análise do Tribunal Arbitral levada a cabo na OP nº 4 diz respeito, única e exclusivamente, às preliminares processuais, não tendo o Tribunal Arbitral realizado qualquer avaliação sobre o mérito dos pleitos.

33. Feitos os esclarecimentos acima, o Tribunal Arbitral mantém o entendimento exarado na OP nº 4. Assim, passa-se agora à análise dos dois tópicos finais suscitados pela ANTT em caso de manutenção da decisão prolatada.

34. O primeiro diz respeito às questões levantadas pela ANTT acerca do detalhamento circunstancial sobre a amplitude da investigação arbitral em relação ao pleito de reequilíbrio por conta da pandemia de COVID-19. A parte alega que, por existir uma análise regulatória dos efeitos da pandemia sendo realizada, seria fundamental que os árbitros definissem os limites da investigação, a fim de que não seja rompida a regulação buscada pelo Agente Regulador. O Tribunal Arbitral informa que as Partes poderão trazer aos autos todos os elementos que considerarem relevantes para a cognição do Tribunal Arbitral, inclusive eventuais estudos e relatórios que venham a ser produzidos pela ANTT acerca do assunto. Nada obstante, o Tribunal Arbitral relembra que não está vinculado a nenhuma conclusão/decisão dos órgãos regulatórios, pelo que a sua decisão jurisdicional não está adstrita aos resultados da análise que está sendo levada a cabo pela ANTT no mercado. As Partes terão – como vêm tendo – ampla oportunidade de se manifestarem sobre os pontos controvertidos dessa demanda, bem como instruir o presente feito.

35. O segundo tema diz respeito à alocação de custos incidentes neste procedimento. Qualquer matéria referente à alocação de custas e despesas do

arbitragem deverá ser analisada em sede de sentença, em conformidade com o quanto estabelecido no item 142 da Ata de Missão, segundo o qual “[n]a sentença, o Tribunal Arbitral definirá a condenação de custas, despesas dos árbitros, além de outras despesas que a MSVIA tenha antecipado e efetivamente incorrido”. Importante pontuar ainda que, até o presente momento, MSVIA foi a única parte a incorrer em despesas com o procedimento arbitral, já que, nos termos do item 125 da Ata de Missão, a ANTT não adiantará as custas do procedimento.

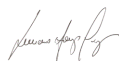
V. Comando decisório

36. Por todas as considerações expostas, o Tribunal Arbitral **decide** manter a OP nº 4 pelos seus próprios fundamentos, **retificando-se** tão somente o parágrafo 107 para que sua redação passe a ser a seguinte, a fim de que não parem dúvidas quanto ao entendimento do Tribunal Arbitral:

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

37. O Tribunal Arbitral concede o prazo até o dia 30.07.2021 para que as partes apresentem manifestação, especificando as provas que pretendem produzir.

Brasília/DF, 15 de julho de 2021.



LUCIANO DE SOUZA GODOY

Árbitro Presidente

(Com anuência do Árbitro Carlos Alberto Carmona e da Árbitra Cristina Wagner Mastrobuono)