



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 64/2019/SEC7
CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-
CANADÁ – CAM-CCBC

MANIFESTAÇÃO SOBRE ITEM [iii] DA ORDEM PROCESSUAL Nº 01

VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A.
(Requerente)

Vs.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT
(Requerida)

TRIBUNAL ARBITRAL

Carlos Ari Vieira Sudfeld
Carlos Alberto Carmona
Paula Andrea Forgioni



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Sumário

I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO	2
II – PRELIMINARMENTE: ABRANGÊNCIA DA ARBITRAGEM	3
III – DA AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO (<i>FUMUS BONI IURIS</i>)	7
III.1. Crise Econômica	8
III.2. Esclarecimentos sobre a revisão quinquenal	10
III.3. Solo Massapê	13
III.4. Reequilíbrio decorrente da Lei dos Caminhoneiros (Lei nº 13.103/2015)	13
III.5. Desconto de reequilíbrio	13
III.6. Aumento do Cimento Asfáltico de Petróleo - CAP	13
III.7. Obras de ampliação de capacidade	14
III.8. Atraso na abertura da praça de pedágio	15
IV – DO PERICULUM IN MORA INVERSO	16
IV.1. Grave lesão à ordem administrativa	16
IV.2. Do processo administrativo sancionador nº 50500.321761/2019-58	20
V. DOS REQUERIMENTOS	21
VI – DOCUMENTOS	23

1. **A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT**, qualificada como Requerida no procedimento arbitral em epígrafe, representada pelos membros da Advocacia-Geral da União infra-assinados, em obediência à determinação contida na Ordem Processual nº 01, item [iii], vem expor e requerer o seguinte.

I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO

2. Trata-se de procedimento arbitral instaurado com vistas à solução de controvérsias decorrentes do Contrato de Concessão relativo ao Edital nº 001/2008 (doc. RDA-01), que tem por objeto a exploração da infraestrutura e prestação de serviços atinentes ao Sistema Rodoviário da BR-116/BA, BR-324/BA, BA 526 e BA 528.

3. Sustenta o requerente ter havido uma série de eventos causadores de desequilíbrio do contrato, sem que a Agência tivesse tomado as providências cabíveis para o consequente restabelecimento da equação econômico-financeira.

4. Assim, antes mesmo da formulação de requerimento de arbitragem, propôs a ação cautelar antecedente nº 1023220-63.2019.4.01.3400, que tramita perante a 3ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária do Distrito Federal, e obteve provimento liminar, nos seguintes termos:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

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

5. Relata ainda ter proposto a Ação Ordinária nº 1009371-92.2017.4.013400, na qual, em sede de Agravo de Instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000, também obteve tutela de urgência, desta vez, para lhe assegurar a suspensão de algumas obrigações contratuais, até que concluída a revisão quinquenal.

6. Por fim, genericamente, “informa que existem outros processos judiciais em curso envolvendo as Partes desta arbitragem, inclusive com tutelas de urgência (ainda não apreciadas), os quais serão oportunamente levados ao conhecimento do Tribunal Arbitral.”

7. Diante desse quadro, conforme será esmiuçado a seguir, importante que sejam esclarecidas duas questões fundamentais: (i) a abrangência deste procedimento arbitral; (ii) a ausência dos requisitos para manutenção das tutelas de urgência.

II – PRELIMINARMENTE: ABRANGÊNCIA DA ARBITRAGEM

8. Na petição apresentada em 27 de novembro de 2019, a requerente lista uma ação ordinária, uma ação cautelar antecedente e encerra sua manifestação com uma afirmação genérica acerca da existência de outras ações judiciais que seriam trazidas à arbitragem.

9. Quanto à ação cautelar antecedente nº 1023220-63.2019.4.01.3400, não há dúvidas de que as questões ali discutidas farão parte da presente arbitragem.

10. Por outro lado, a ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.013400 foi proposta antes mesmo da inclusão da cláusula compromissória no contrato de concessão, por meio do seu 3º Termo Aditivo (doc. 04). Diferentemente do compromisso arbitral, instrumento pelo qual as partes submetem à arbitragem um litígio já instaurado (Lei nº 9.307/96, art. 9º), a cláusula compromissória abará apenas controvérsias futuras, tudo conforme art. 4º da Lei nº 9.307/96:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

11. Considerando que o referido aditivo não conferiu expressamente ao juízo arbitral competência para apreciar as ações judiciais em curso, todos esses processos, em princípio, deveriam prosseguir judicialmente.

12. Importante destacar que o órgão de representação da Requerida não dispõe da prerrogativa de celebração de compromisso arbitral para que o objeto da referida ação judicial seja incorporado à presente arbitragem, na medida em que está vinculado ao procedimento previsto no Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, nos termos seguintes:

Do compromisso arbitral

Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto.

§ 1º Será dada preferência à arbitragem:

I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e

II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa:

- a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou
- b) inibir investimentos considerados prioritários.

§ 2º O compromisso arbitral poderá ser firmado independentemente de celebração prévia de termo aditivo de que trata o § 3º do caput do art. 5º.

§ 3º Caso já tenha sido proposta ação judicial por quaisquer das partes, além das condições estabelecidas no caput, antes da celebração de compromisso arbitral, o órgão da Advocacia-Geral da União responsável pelo acompanhamento da ação judicial emitirá manifestação sobre as possibilidades de decisão favorável à administração pública federal e a perspectiva de tempo necessário para o encerramento do litígio perante o Poder Judiciário, quando possível de serem aferidas.

§ 4º A submissão do litígio à arbitragem na hipótese de que trata o § 3º ocorrerá por compromisso arbitral judicial ou extrajudicial, nos termos do disposto no § 2º do art. 9º da Lei nº 9.307, de 1996, que indicará, com precisão, o objeto do litígio.

§ 5º Na hipótese prevista no § 3º, se celebrado compromisso arbitral, a petição de homologação do acordo judicial em que as partes se comprometam a levar a questão ao juízo arbitral observará o disposto na Lei nº 9.469, de 1997.

Art. 7º São cláusulas obrigatórias do compromisso arbitral, além daquelas indicadas no art. 10 da Lei nº 9.307, de 1996:

I - a determinação do local onde se desenvolverá a arbitragem; e

II - a obrigatoriedade de cumprimento das disposições deste Decreto.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

13. O tema também guarda relação com a Portaria nº 911, de 10 de dezembro de 2018 (doc. RDA-05), editada pela Procuradoria-Geral Federal – PGF, que limita as atribuições das Procuradorias junto às Autarquias e Fundações à representação extrajudicial, ou seja, sem a possibilidade de decidir sobre as ações judiciais em curso.

14. Contudo, especificamente quanto à ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.013400 é possível perceber quase que uma superposição com os temas a serem tratados na arbitragem, o que pode gerar a perplexidade de decisões conflitantes.

15. Nesse contexto, de modo a evitar tumulto processual e tornar mais efetiva a presente arbitragem, a requerida, **dentro das limitações de atribuições que lhe são próprias**, se dispõe a **envidar esforços** no sentido de buscar a celebração desse compromisso de modo a atrair para o juízo arbitral as discussões constantes da ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.013400, **bem como outras ações que ainda não possuam sentença**.

16. Importante apenas destacar que ações judiciais em curso não incorporam automaticamente à presente arbitragem, visto que não foram objeto de compromisso arbitral específico nem abarcados pela cláusula compromissória.

17. No caso específico da requerente, como se trata de descumpridora contumaz do contrato de concessão com histórico de atuação pouco cooperativa na resolução dos conflitos, há inúmeras ações anulatórias de multas além de ações civis públicas - ACP. Cita-se como exemplo a ACP nº 1000238-14.2017.4.01.3307, já com sentença (doc. RDA-06) e que determina à Concessionária o seguinte:

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO** para:

a) **determinar que a ré VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A execute a obrigação de fazer consistente na apresentação à ANTT de todos os projetos e licenciamentos necessários à execução das obras de duplicação dos subtrechos 15 a 20 da BR-116 em 180 dias, sob pena de multa de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais) por dia de descumprimento;**

b) **determinar que a ré VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A execute a obrigação de fazer consistente na execução das obras de duplicação dos subtrechos 15 a 20 da BR 116, no prazo de 12 meses para cada trecho, a partir da aprovação dos projetos pela ANTT, observando-se o limite de 90 km por ano, sob pena de multa de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais) por dia descumprimento;**

c) **determinar às rés VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A e ANTT que se abstenham de realizar qualquer ato ou proferir qualquer decisão tendente a reverter a cláusula 9.5.1 do contrato de e o item 2.3.1.2.1 do PER, de modo que mantenham a obrigação de duplicação condicionada nos subtrechos 15 a 20, nos termos do contrato de concessão original;**

d) **determinar a ANTT que efetivamente fiscalize o contrato de concessão da BR-116, em especial as obras de duplicação condicionada.**

Condeno, ainda, a ré VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no montante de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais), em favor do Fundo criado pela Lei nº 7.347/85, acrescida de correção monetária a partir da publicação da sentença (Súmula 362 do STJ) e juros de mora a partir da citação (art. 405 do Código Civil).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

18. Outra ACP também com sentença tramita na Subseção Judiciária de Feira de Santana, sob o número 6049-88.2011.4.01.3304, também com sentença (RDA-07) dispondo o seguinte:

Ante o exposto, **julgo parcialmente procedente o pedido para condenar a VIABAHIA e a ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres, solidariamente, no pagamento de R\$ 1.269.842,00 (um milhão, duzentos e sessenta e nove mil, oitocentos e quarenta e dois reais)** a título de perdas de danos pelo efetivo descumprimento parcial dos Trabalhos Iniciais previstos no contrato de concessão do Trecho da BR 324 que liga Feira de Santana a Salvador, valor este que será revertido ao Fundo Nacional de Defesa dos Interesses Difusos, com juros de mora contados da data de aprovação dos trabalhos iniciais (24.08.2010) e correção monetária a partir desta sentença.

19. Uma terceira ACP, sob o nº 8290-50.2016.4.01.3307, também possui sentença (RDA-08) desfavorável à concessionária, nos seguintes termos:

DISPOSITIVO

Ante o exposto:

a) concedo a tutela provisória de urgência para determinar que: a) a ré ViaBahia apresente, no prazo máximo de 30 (trinta) dias projeto detalhado de instalação dos Postos de Pesagem Fixos ao longo do trecho localizado na BR-116/BA (entre Feira de Santana/BA e a divisa da Bahia com Minas Gerais - fl.331), que deverá, todavia, respeitar o prazo máximo de 2 (dois) anos para a total instalação e funcionamento dos aludidos postos, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil) reais; b) a ré ViaBahia e a ANTT apresentem, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, as medidas de fiscalização de peso a serem adotadas no trecho acima indicado, até que os Postos de Pesagem Fixos estejam em pleno funcionamento, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para a ré responsável pelo descumprimento.

b) **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO** para determinar que as rés cumpram a obrigação de fazer consistente em: a) instalar e fazer funcionar Postos de Pesagem Fixos, ao longo do trecho localizado na BR-116/BA (entre Feira de Santana/BA e a divisa da Bahia com Minas Gerais - fl.331), no prazo máximo de 2 (dois) anos; b) manter uma rotina de efetiva fiscalização do transporte terrestre com excesso de peso, ao longo do trecho localizado na BR-116/BA (entre Feira de Santana/BA e a divisa da Bahia com Minas Gerais - fl.331), dentro dos limites de suas atribuições contratual e legalmente estabelecidas, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para a ré responsável pelo descumprimento.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

20. Por fim, embora ainda sem sentença, a ACP nº 1002166-29.2019.4.01.3307 possui decisão antecipatória de tutela (RDA-09) vigente, nos termos seguintes;

4. À vista do exposto, pela presença dos seus requisitos, DEFIRO a tutela de urgência para determinar à VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A que:

4.1. Realize o escoramento e adote as medidas emergenciais necessárias para minorar o risco de colapso da ponte do Rio Pardo, em Cândido Sales/BA, enquanto não forem efetivamente iniciados os projetos para a demolição da ponte e de construção de uma nova, ou de reforma da atual nos termos e critérios estabelecidos contratualmente.

4.2. Deixe de cobrar ou reduza, proporcionalmente e de imediato, devendo apresentar neste caso o cálculo da redução, na praça de pedágio seguinte ao trecho da ponte do Rio Pardo, em Cândido Sales/BA, o valor das tarifas cobradas para os veículos que deixam de trafegar sobre a ponte em função da restrição de peso e que, por isso, tenham que pegar rotas alternativas fora da concessão.

4.3. Execute, no prazo de 90 dias, a obrigação de fazer consistente na apresentação à ANTT de todos os projetos e licenciamentos necessários à execução das obras de construção de uma nova ponte sobre o Rio Pardo, em Cândido Sales/BA, com a obrigatoriedade de observância dos seguintes padrões técnicos mínimos: a.1) a nova edificação deverá suportar o peso regular admitido para o restante da rodovia; a.2) a largura final da nova ponte deverá ter sua largura final ampliada para se igualar à largura da rodovia; a.3) implantação de passeios laterais em ambas as pistas, com, no mínimo, 1,5 de largura, com barreiras separando-os das pistas.

4.4. Execute as obras em até 180 dias após a aprovação da autarquia.

21. Tendo em vista que o objeto da discussão nas referidas ações civis públicas, embora possuam pontos de contato com a presente arbitragem, têm como parte o Ministério Público Federa. Assim, afigura-se essencial ao bom andamento dos trabalhos que o Tribunal exclua expressamente de sua apreciação todas as questões que envolvem essas ações coletivas.

22. Diante desse quadro, requer que este Tribunal fixe desde já sua competência restrita ao objeto da ação cautelar nº 1023220-63.2019.4.01.3400, sem prejuízo da posterior incorporação à presente arbitragem dos temas discutidos na ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.013400, porém, **excluídos todas as demais ações judiciais em curso que já possuam sentença ou que as partes não se limitem à ANTT e ViaBahia.** O pior cenário para o bom andamento dos trabalhos seguramente seria permanecer a afirmação genérica da requerente no sentido de que “existem ações judiciais”.

23. Assentadas essas questões preliminares, passamos aos motivos pelas quais as liminares vigentes na ação cautelar nº 1023220-63.2019.4.01.3400 devem ser revogadas.

III – DA AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO (*FUMUS BONI IURIS*)

24. Pois bem, nenhum dos eventos listados pelo requerente como causadores de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato pode ser utilizado como fundamento para a



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

manutenção da tutela cautelar. Também não houve mora por parte da ANTT capaz de gerar desequilíbrio do contrato.

25. Quanto aos requisitos para concessão de liminares em arbitragem, importante destacar a doutrina nacional no sentido de que a concessão de tutelas provisórias deve ser fundamentada na análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*:

Na arbitragem, a concessão de tutela provisória deve observar também os requisitos do *fumus boni iures* 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. (FICHTNER, José Antônio; 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. Coordenação de Carlos Alberto Carmona.. [et al] (coordenadores). 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 483.)

26. Ora, assentado que as tutelas de urgência exigem demonstração da plausibilidade do direito invocado, não faz sentido a concessão de liminares com fundamento em tese jurídica frontalmente contrária ao Contrato celebrado pelas partes. Conforme será demonstrado, os eventos de desequilíbrio listados pela requerente: (i) ou se enquadram como risco contratualmente atribuído ao concessionário; (ii) ou já foram reequilibrados e a discussão remanesce apenas quanto ao valor, o que demandaria prova técnica complexa, inviável de ser produzida e apreciada em sede de cognição sumária própria das tutelas de urgência; (iii) ou não foram apreciadas pela ANTT porque a Concessionária ainda não apresentou toda a documentação necessária a que o pleito pudesse ser avaliado.

27. **Enfim, se é certo que o moderno direito administrativo não tolera que o Estado tenha prerrogativas de supremacia absoluta em detrimento dos direitos assegurados aos particulares (ainda que em relações especiais de sujeição), também não se pode admitir o outro extremo, qual seja, desconsiderar completamente o contrato e o mérito da análise administrativa das questões sob presunção absoluta de que a Administração Pública erra, age de má-fé ou tem alguma espécie de fetiche em promover a bancarrota das Concessionárias. Por isso, é preciso insistir que este Tribunal avalie concretamente o *fumus boni iuris*, análise essa que faltou ao Poder Judiciário.**

III.1. Crise Econômica

28. O contrato de concessão, na subcláusula 19.1.2, é bastante claro ao alocar ao Concessionário o risco pelo volume de tráfego:



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

19 Alocação de Riscos

19.1 Alocação de Riscos

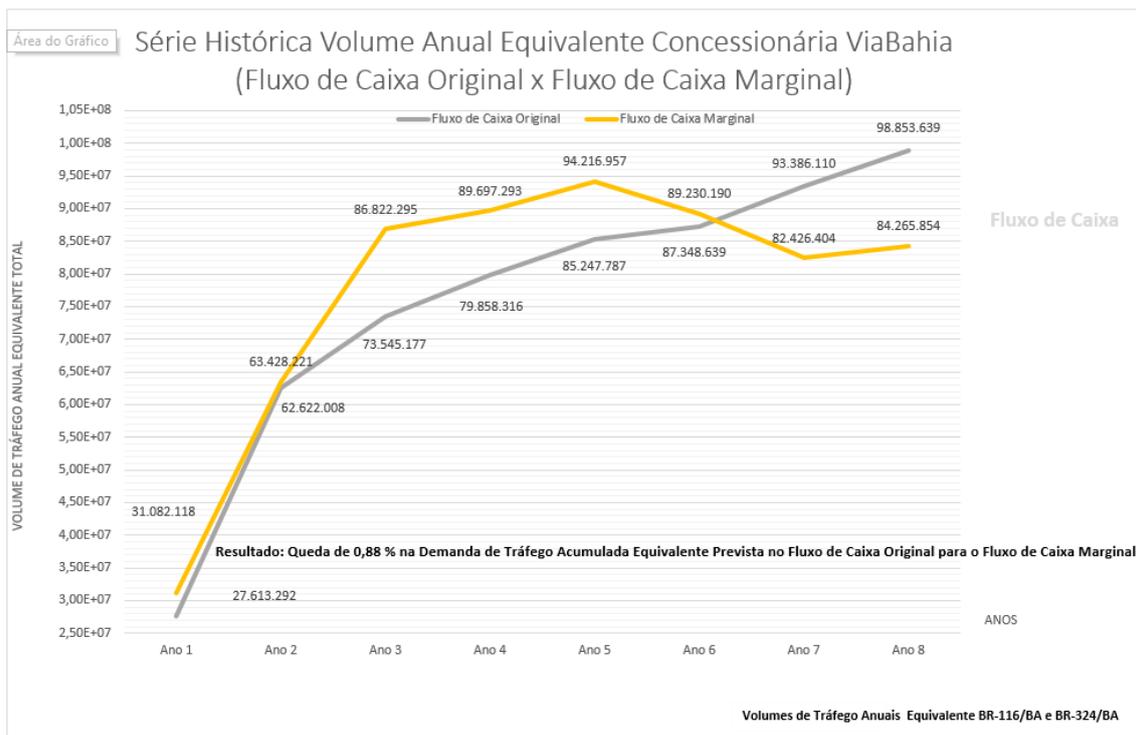
19.1.1 A Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, à exceção dos riscos indicados na subcláusula 19.1.3.

19.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

- (i) volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente, com exceção do disposto na subcláusula 20.5.4;

29. Assim, ainda que eventualmente tenha havido flutuação do volume de tráfego ou que o volume observado não corresponda às projeções da Concessionária, esta assumiu o risco por esse fato. Lembremos que o contrato tem prazo de 25 (vinte e cinco) anos e é natural que em parte do período o tráfego fique abaixo das expectativas, assim como pode ficar acima das expectativas após algum tempo.

30. No caso concreto, se pegarmos o volume de tráfego total no período e fizermos uma média ponderada que nos revele o volume de tráfego equivalente temos o seguinte gráfico:





ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

31. O chamado Fluxo de Caixa Original - FCO constitui a projeção de tráfego prevista no Plano de Negócios da própria Concessionária e o Fluxo de Caixa Marginal – FCM constitui-se no tráfego real observado na Concessão ao longo do tempo. Observa-se que nos seis primeiros anos de Concessão, o tráfego real foi superior ao projetado pela própria Concessionária e, só então, no sétimo ano, o tráfego cai a patamares inferiores ao projetado. E mais, se considerado todo o período da Concessão até o momento, o comparativo entre o Volume Anual Equivalente projetado (Plano de Negócios) e o real é minimamente negativo, apenas **0,88% (oitenta e oito décimos por cento)** inferior às projeções.

32. Ora, o contrato é claro em não admitir reequilíbrio em razão da redução do tráfego, justamente por se tratar de risco alocado à Concessionária. Não se pode admitir que em juízo de cognição sumária próprio das tutelas de urgência, o contrato seja simplesmente desconsiderado com base em argumentos heterodoxos de uma suposta extraordinariedade da redução de tráfego experimentada pela requerente.

33. Em vez de preservar o texto contratual, pretende a requerente que este Tribunal, em análise perfunctória, afaste a aplicação do contrato em nome de uma suposta e futura demonstração técnica de que suportou evento extraordinário. Mais do que isso, ao pretender existir um direito de reequilíbrio decorrente da variação do tráfego, o Poder Judiciário promoveu verdadeira revisão da matriz de risco do contrato, em ofensa ao *pacta sunt servanda* e ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

III.2 Esclarecimentos sobre a revisão quinquenal

34. Importante ainda esclarecer não ter havido omissão ou mora administrativa em apreciar todos os pleitos de reequilíbrio submetidos à ANTT. Repita-se, absolutamente todos os eventos com potencialidade de trazer desequilíbrio contratual foram apreciados.

35. Nos termos da regulamentação que rege a matéria, a Resolução ANTT nº 675/2004 (doc. RDA-10), os reequilíbrios econômico-financeiro dos contratos regulados pela Agência são feitos por ocasião das denominadas revisões ordinárias e extraordinárias. Vejamos as avaliações próprias de cada uma dessas modalidades de revisão:

Art. 2º Nas revisões **ordinárias** serão considerados:

I – relativamente ao exercício anual anterior:

- a) as receitas complementares, acessórias ou alternativas à receita principal ou de projetos associados, com base nos valores faturados pela concessionária;
- b) os recursos para desenvolvimento tecnológico e verba de laboratório, conforme previsão contratual, quando não utilizados em projetos aprovados pela ANTT;
- c) criação, alteração e extinção de tributos ou de encargos decorrentes de disposições legais, de comprovada repercussão nos custos da concessionária;
- d) os recursos para aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal e demais verbas, conforme previsão contratual, quando não utilizadas integralmente.

II - as diferenças de receita, apuradas entre as datas contratualmente estabelecidas para o



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

do reajuste do ano anterior e do presente, decorrentes de:
a) aplicação, quando da concessão do reajuste anterior, do índice de reajuste tarifário provisório e do índice definitivo;
b) arredondamento da tarifa do reajuste anterior, conforme previsão contratual;
c) defasagem decorrente de eventual concessão de reajuste tarifário em data posterior ao contrato;

III – as repercussões decorrentes de inexecuções, antecipações e postergações de obras e serviços previstos nos cronogramas anuais do Programa de Exploração da Rodovia

Art. 2º-A. Nas revisões **extraordinárias** serão consideradas as repercussões:

I - decorrentes, única e exclusivamente, de fato de força maior, caso fortuito, fato da Administração, fato do príncipe ou alteração unilateral do contrato pelo Poder Concedente, em caráter emergencial, ou da ocorrência de outras hipóteses previstas expressamente no contrato de concessão;

II - que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária, ou que comprometa ou possa comprometer a solvência da Concessionária e/ou continuidade da execução/prestação dos serviços previstos neste Contrato.

36. Observa-se que, a depender do evento potencialmente causador de desequilíbrio, a apreciação da ANTT far-se-á no âmbito da revisão ordinária ou no âmbito de revisão extraordinária. O próprio contrato somente menciona revisão TARIFÁRIA, quando trata das revisões ordinária e extraordinária (grifamos):

16.4 Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio

16.4.1. É a **revisão anual da Tarifa Básica de Pedágio**, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incorporar a parcela das Receitas Extraordinárias auferidas no ano anterior, conforme disposto na subcláusula 17.6.

16.4.2. A **revisão da Tarifa Básica de Pedágio** com o objetivo de incorporar os recursos mencionados na subcláusula 16.4.1 acima, será realizada conforme disposto no item (iii) da subcláusula 20.4.2.

16.6 Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio

16.6.1 É a **revisão da Tarifa Básica de Pedágio** decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, cujas hipóteses, procedimentos, critérios e princípios estão estabelecidos na cláusula 20.

37. Situação diversa ocorre nas chamadas Revisões Quinquenais. Estas, embora possam culminar com uma alteração tarifária, têm por objetivo precípuo adaptar o Sistema Rodoviário, que é dinâmico, às necessidades dos USUÁRIOS, inclusive com participação social destes. Essa adaptação se faz mediante alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços. Nesse sentido, confira-se o disposto na Resolução nº 675:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

Art. 2º-B Nas revisões quinquenais serão consideradas as repercussões decorrentes de modificações por: alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços, com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário. (Acrescentado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

Parágrafo único. Quinquenalmente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ser submetida ao Processo de Participação e Controle Social a fim de garantir o direito de manifestação de todos os interessados. (Acrescentado pela Resolução nº 5172, de 25.8.16)

38. Diferentemente das revisões ordinárias e extraordinárias, que constituem direito da Concessionária de periodicamente ter apreciados pela Agência seus pleitos de reequilíbrio, as revisões quinquenais têm finalidade diversa. Buscam atender pleitos dos USUÁRIOS, não do Concessionário. Evidentemente, se o acolhimento de um pleito do usuário impactar no equilíbrio do contrato, haverá a devida revisão tarifária. Mas o importante é que, se a ANTT, por qualquer motivo, deixar de promover a revisão quinquenal, **não há qualquer prejuízo econômico** ao Concessionário, na medida em que resta preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (justamente porque não houve alteração do contrato) e, por conseguinte, a Concessionária não pode exigir qualquer conduta da Agência. O usuário sim tem total interesse nas adaptações do Sistema Rodoviário para satisfação de suas necessidades.

39. Verifica-se que a revisão da tarifa básica de pedágio é elemento apenas acidental na revisão quinquenal. O contrato de concessão deixa claro que o objetivo de tal modalidade revisional, diversamente das revisões ordinária e extraordinária, não é o restabelecimento da equação econômico-financeira, e sim a adequação do sistema rodoviário. Vejamos:

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

40. Portanto, ao insistir que a ausência de revisão quinquenal prejudicou de alguma forma o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Concessionária induziu o órgão jurisdicional a erro, tratando a revisão quinquenal como se esta tivesse o mesmo objetivo de reequilíbrio das revisões ordinária e extraordinária.

41. **Ademais, justamente por estar respaldada por decisões liminares que impedem a Agência de aplicar penalidades, a requerente, no âmbito administrativo, tem revelado completo desinteresse no prosseguimento da revisão quinquenal. Apesar de devidamente notificada para adequar sua proposta de revisão quinquenal à Resolução ANTT nº 5.859/2019 (doc. RDA-11), nos termos do Ofício SEI Nº 18477/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (doc. RDA-12), manteve-se inerte, conforme Carta VB-GEC-11912019 (doc. RDA-13) e Carta VB-GEC-1192/2019 (doc. RDA-14).**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

III.3 Solo Massapê

42. Mais uma vez, pretende a requerente esquivar-se da matriz de risco prevista no contrato, que assim dispõe:

19.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

(v) custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 19.1.3 abaixo;

43. Veja que a Concessionária ingressou em processo competitivo que previa a assunção de riscos para a execução de obras. Materializado o risco, recusa-se a cumprir as obrigações às quais havia se comprometido.

III.4 Reequilíbrio decorrente da Lei dos Caminhoneiros (Lei nº 13.103/2015)

44. Em relação aos impactos trazidos pela Lei nº 13.103/2015 ao contrato de concessão, a própria requerente informa em sua petição de requerimento de instauração da arbitragem (vide parágrafo 21) que a ANTT promoveu os devidos reequilíbrios em 2015 e promoveu ajustes em conformidade com o Acórdão nº 290/2018 do Tribunal de Contas da União – TCU. Não há razão para presumir que tanto o TCU quanto a ANTT tenham feito cálculos equivocados acerca do reequilíbrio.

III.5. Desconto de reequilíbrio

45. Queixa-se ainda a requerente acerca da aplicação do desconto de reequilíbrio. Tal mecanismo de reequilíbrio automático está previsto no anexo 5 do contrato de concessão e a ANTT nada mais fez senão cumprir o contrato.

III.6 Aumento do Cimento Asfáltico de Petróleo - CAP

46. Mais uma vez, pretende a requerente não seja observada a matriz de riscos do contrato, que estabelece ser do Concessionário os custos excedentes para execução das obras, conforme subcláusula 19.1.2 (v) transcrita acima (vide solo Massapê).

47. Ressalte-se que ao longo de 25 anos de contrato, é natural que haja essa flutuação de preços, ora para cima, ora para baixo, sem a necessidade de constante monitoramento,



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

justamente porque o tema já foi tratado na matriz de riscos do contrato. Isso sem falar na completa inviabilidade de que o regulador, num contexto de assimetria informacional, avalie cada item de custo do contrato.

III.7. Obras de ampliação de capacidade

48. Insurge ainda a requerente quanto às obras de ampliação de capacidade previstas na Cláusula 9.5 do Contrato e item 2.3, seção I do Programa de Exploração da Rodovia – PER.

49. Inicialmente, cabe destacar que tais obras já estavam previstas originalmente no contrato. Não se trata de imposição unilateral da ANTT.

50. Em segundo lugar, tais obras constituem-se em obrigações condicionadas ao volume do tráfego. Assim, somente se o volume de tráfego sobe e atinge certo patamar previsto contratualmente, aciona-se o “gatilho” para a execução de tais obras. Curioso que a Concessionária reclama da redução do volume de tráfego, mas reconhece que houve incremento de tráfego suficiente para acionar o dispositivo contratual referente às obras de ampliação de capacidade.

51. Em terceiro lugar, conforme a já citada ação civil pública nº 1000238-14.2017.4.01.3307, houve reconhecimento judicial no sentido de que a requerente vem descumprindo o Contrato de Concessão, ao omitir-se quanto à execução das obras de ampliação de capacidade.

52. Outro ponto mencionado no requerimento de arbitragem reside numa suposta dificuldade na liberação de financiamento pelo BNDES, embora não esclareça o motivo pelo qual, especificamente no caso da ViaBahia, teria havido alguma dificuldade na liberação dos recursos. Ademais, segundo informações do TCU no Acórdão 2190 (doc. RDA-15), **proferido num contexto em que critica o tratamento extremamente brando que a ANTT conferiu a concessionárias ineficientes como a ViaBahia**, houve liberação de mais de **R\$ 1 bilhão de reais** pelo BNDES para a requerente. Vejamos o trecho do referido acórdão:

348. Por exemplo, duas beneficiadas pelo citado TAC **receberam cada uma mais de R\$ 1 bilhão em financiamentos do BNDES**, para serem executados apenas nessas duas concessões .

No caso, a Régis Bittencourt, em 2010, e a Via Bahia, em 2012. Segundo apurado pela própria ANTT, houve inexecução contratual por parte de ambas, no ano da liberação dos recursos e nos dois seguintes: por parte da primeira, inexecuções de 87,41% em 2010, 77% em 2011 e 80,63% em 2012; e, por parte da segunda, inexecuções de 91,06% em 2012, 88,9% em 2013 e 100,00% em 2014 (peça 164).

(...)

408. O IGS (Índice Geral de Satisfação) Médio das concessões atingiu 62,08%. A concessão melhor avaliada foi a Nova

Dutra, pertencente à 1ª Etapa, com IGS Médio de 71,16% e **a pior foi a Via Bahia**, da 2ª Etapa, com

IGS Médio de 52,17%. Abaixo apresenta-se tabela com os resultados da pesquisa (peça 171, p. 27). (grifamos)



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

53. Isso sem falar que o risco relativo à obtenção de financiamento é atribuído pelo contrato ao concessionário. Senão vejamos:

8 Financiamento

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

54. Como de praxe, a Concessionária simplesmente ignora o quanto pactuado no contrato.

III.8. Atraso na abertura da praça de pedágio

55. O início da cobrança da tarifa de pedágio se dá somente após a conclusão dos Trabalhos Iniciais, conforme prevê o contrato de concessão (doc. RDA-01):

16 Tarifa de Pedágio

16.1 Início da Cobrança

16.1.1 A cobrança da Tarifa de Pedágio somente poderá ter início, simultaneamente em todas as praças de pedágio, após a conclusão dos Trabalhos Iniciais no Sistema Rodoviário, e cumprimento, pela Concessionária, do disposto na subcláusula 11.8 .

56. O suposto atraso no início da cobrança da tarifa de pedágio se deve ao fato de a Concessionária não ter concluído as obras necessárias a que a cobrança fosse autorizada. Inclusive, a ANTT foi tão flexível na avaliação do cumprimento dessas condicionantes, que levantou suspeitas do TCU no Acórdão 2061/2015-Plenário (doc. RDA-16), inclusive com apenamento de servidores. Vejamos a ementa da referida decisão do órgão de controle:

AUDITORIA. ANTT. AVALIAÇÃO DA ATUAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA NO CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DA CONCESSÃO DE TRECHO DAS RODOVIAS BR-324, BR-116, BA-526 E BA-528. NÃO SATISFAÇÃO, PELA CONCESSIONÁRIA, DOS PARÂMETROS RELATIVOS À FASE DE TRABALHOS INICIAIS. INEXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS RELATIVOS AO PRIMEIRO E SEGUNDO ANO DA CONCESSÃO. AUTORIZAÇÃO PARA O INÍCIO DA COBRANÇA DE PEDÁGIO SEM QUE TIVESSEM SIDO CUMPRIDOS OS REQUISITOS. OITIVAS DA ANTT E DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

AUDIÊNCIA DOS AGENTES ENVOLVIDOS. MAIOR PARTE DAS OCORRÊNCIAS JÁ AVALIADA EM AUDITORIA OPERACIONAL (ACÓRDÃO 3.273/2013 - PLENÁRIO). FALTA DE PRUDÊNCIA DA COMISSÃO DE VISTORIA AO APROVAR OS TRABALHOS INICIAIS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MULTA

57. Mais uma vez, pretende a Concessionária terceirizar responsabilidades que lhe cabem.

IV – DO PERICULUM IN MORA INVERSO

IV.1. Grave lesão à ordem administrativa

58. A tutela de urgência concedida pela 3ª Vara Federal do Distrito Federal determinou que (doc. 07):

“(…) até a apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo juízo arbitral e/ou até a apreciação do pleito de revisão contratual, a ANTT mantenha as mesmas bases econômico-financeiras contratuais, incluída a condição tarifária, sem nova redução; ii) se abstenha de aplicar penalidades administrativas e contratuais atreladas a obrigações de investimentos, inclusive a caducidade, respeitado o poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado; e iii) se abstenha de impor obrigações à concessionária que estejam atreladas aos investimentos previstos no contrato de concessão” se abstivesse de “de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos questionados nos pleitos de reequilíbrio/revisionais já ofertados, impor novas obrigações de investimento e promover redução tarifária”.

59. Em nova decisão (doc. RDA-17), o juízo foi mais incisivo em relação à tramitação do processo administrativo sancionador nº 50500.321761/2019-58, nos termos seguintes:

DETERMINO expressa e imediatamente a suspensão do processo administrativo nº 50500.321761/2019-58, que trata de procedimento preparatório deflagrado com vistas à abertura de processo de caducidade, bem como do prazo fixado no Ofício SEI Nº 17991/2019/SUINF/DIR-ANTT, que trata da apresentação de Plano de Trabalho referente a investimentos e saneamento das irregularidades relativas às inexecuções das obras, o que será objeto de impacto direto da decisão a ser tomada pelo juízo arbitral.

60. Nos termos em que proferidas, as decisões judiciais efetivamente inviabilizam o exercício da fiscalização 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.

61. De fato, as decisões judiciais mencionadas impossibilitam a gestão do contrato de concessão celebrado, conferindo à Concessionária não apenas imunidade pelo inadimplemento de obrigações contratuais *já identificadas*, mas também permitindo que outras ainda possam



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

ocorrer impunemente. De forma resumida, o Poder Judiciário permitiu que a concessão outorgada pela Administração Pública seja explorada à completa revelia não apenas das normas *contratualmente* previstas, mas até das disposições *legais* aplicáveis às atividades do concessionário.

62. Ao assim proceder, o MM. Juízo da 3ª Vara Federal do Distrito Federal invadiu seara indiscutivelmente reservada à Administração Pública, impossibilitando a gestão de atividade concedida, como bem salientado na ementa de caso recentemente julgado pelo E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cujo trecho é adiante transcrito:

A concessão ou a caducidade da concessão são matérias estritamente administrativas e como tal, compete ao Poder Concedente, seu controle finalístico, visando o bem público. O eventual controle judicial é sempre a posteriori e nunca preventivo ou repressivo da típica atividade administrativa. Além disso, como premissa maior do acórdão, as empresas concessionárias de serviço público não se submetem ao regime restritivo da recuperação judicial ou, pior, da falência; se não podem cumprir com as obrigações assumidas no contrato de concessão, cabe ao poder concedente declarar a caducidade da concessão por inadimplemento contratual.

(BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 22ª Câmara Cível. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 0008768-17.2017.8.19.0000. Rio de Janeiro, 26.06.2018)

63. Imunizar o inadimplemento de obrigações contratuais de qualquer consequência sancionatória representa desvirtuamento dos diplomas legais que regem a especial relação entre particular e Poder Público na concessão de bem ou serviços públicos. Equivale a inviabilizar o *mínus* da Administração como gestora dos interesses coletivos e promotora do bem-estar da sociedade.

64. Assim, ao se requerer que o Tribunal Arbitral revogue as decisões liminares conferidas, pretende-se devolver à Administração Pública os poderes administrativos que decorrem do regular exercício de sua atividade fiscalizatória, bem como do cumprimento das regras contratuais e dispositivos legais que as amparam, ressaltando-se que eventuais sanções só são aplicadas pela ANTT *após* o exercício do direito de defesa, observado o devido processo legal, como determinado pela Constituição e leis que vinculam a atividade da Agência. Mas há de se ponderar que a mesma Constituição que garante ao administrado direito à ampla defesa em processos administrativos o faz também por considerar que a Administração Pública pode aplicar sanções aos particulares após conclusão de tais processos (art. 5º, LV c/c LIV).

65. Ademais, prevê também a Constituição Federal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

66. A decisão judicial em comento, ao engessar a atuação da ANTT sobre o contrato de concessão celebrado, invade as competências do Poder Concedente, retira os instrumentos de gestão do contrato previstos em Lei e no ajuste e imobiliza o ativo nas mãos da Concessionária. Esvazia assim as prerrogativas do Poder Concedente, inclusive em detrimento da vontade do Poder Constituinte Originário, como se percebe pela leitura do inciso I do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal acima transcrito.

67. Essa situação, imposta pela liminar proferida pelo Juízo federal de primeira instância, fragiliza extremamente – o que é intuitivo – o exercício dos poderes regulatório e fiscalizatório da ANTT.

68. As funções regulatória e fiscalizatória da Agência ficam comprometidas se os agentes do setor regulado têm a percepção de que o adimplemento de obrigações durante a execução de contrato de concessão é questão de menor importância, sempre aberta à discussão e paralisação *litis limine*. É evidente que este tipo de situação enfraquece a Administração Pública, de modo que a liminar do Juízo gera grave lesão à ordem administrativa, com possível efeito multiplicador de caráter *antipedagógico* para os agentes do mercado, na medida em que cria um incentivo ao não cumprimento do contrato e à eterna contestação de suas cláusulas.

69. Ademais, o acolhimento da tese da extraordinariedade como fundamento para desmerecer a alocação de riscos do contrato gera um debate acerca da situação inversa, ou seja, em casos nos quais o cenário econômico se tornou muito mais favorável aos concessionários com o passar dos anos, a ANTT será cobrada, sobretudo pelos órgãos de controle, para efetivar um “reequilíbrio” inverso, com redução de tarifas e, em última análise, controle dos lucros do investidor. Num cenário de contratos complexos com milhares de itens impactando no custo da Concessionária aliado à assimetria de informações entre o privado e a Agência, tem-se a própria inviabilidade da regulação.

70. O efeito deletério de decisões judiciais cautelares sobre o exercício de competências administrativas foi bem identificado em texto de JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS, de que se retira o trecho adiante transcrito:

Estará a causar grave lesão à ordem administrativa a medida liminar ou a sentença que a pretexto de garantir direito privado, ou interesse secundário de outro ente público (i) interrompa o regular exercício da função administrativa — imperativo da consecução do interesse público; (ii) interrompa ou suspenda a prestação adequada de serviço público; (iii) transfira para o Magistrado decisão de competência exclusiva daquele legitimado constitucionalmente para o exercício da função administrativa.

(SANTOS, José Anacleto Abduch. A Lesão à Ordem Pública como Fundamento de Suspensão dos Efeitos de Medida Liminar e de Sentença. *Revista Brasileira de Direito Público*. v. 3, n. 11, p. 211-219, out./dez. 2005.)



**ADVOCAIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

71. Além de limitar indevidamente o exercício das competências da Agência, as decisões judiciais proferidas trazem inegável perigo de irreversibilidade de seus efeitos.

72. Conforme informação trazida pela NOTA TÉCNICA SEI Nº 97/2020/GEFIR/SUINF/DIR (doc. RDA-18), o índice de INexecução da Concessionária é altíssimo. Se considerarmos apenas as obras obrigatórias, temos o seguinte quadro:

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

73. Veja que, para as obras obrigatórias, a inexecução está sempre acima de 80%.

74. No caso das obras condicionadas ao volume de tráfego, a situação é ainda mais alarmante, conforme quadro a seguir:

INEXECUÇÃO CONTRATUAL - OBRAS OBRIGATÓRIAS			
ANO CONCESSÃO	ANO CIVIL	MONTANTE PREVISTO (PREÇO INICIAL)	INEXECUÇÃO
5	2013/2014	R\$ 134.215.011,71	100,00%
6	2014/2015	R\$ 137.975.429,98	100,00%
7	2015/2016	R\$ 123.365.820,07	100,00%
8	2016/2017	R\$ 121.622.860,37	100,00%
9	2017/2018	R\$ 96.201.625,08	100,00%

Fonte: GEFIR/SUINF



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

75. Veja que a inexecução tem atingido incríveis 100% (cem por cento) e assim permanecerá, caso as liminares se mantenham.

76. Nesse passo, as decisões liminares do Poder Judiciário, ao imunizarem a Concessionária das consequências jurídicas de seu inadimplemento, permitem que os potenciais prejuízos ao serviço público concedido se acumulem durante todo o trâmite da arbitragem, em prejuízo do Poder Concedente (e, por consequência, da sociedade). Mantida a ineficiência operacional da Concessionária nos termos observados, não restará qualquer esperança futura de indenização dos usuários pelos prejuízos apurados no presente processo arbitral.

77. É preciso ressaltar que o mesmo risco não seria observado no caso da revogação da medida liminar em favor da ANTT pelo Tribunal Arbitral.

78. De fato, em caso de eventual derrota da Agência no presente processo arbitral, a Concessionária poderá ser indenizada integralmente de todos os prejuízos sofridos, não havendo que se falar em risco de insolvência do Tesouro Nacional. Desse modo, fica evidente que a medida liminar concedida trouxe evidente perigo de *irreversibilidade* dos danos causados à sociedade, devendo ser revista pelo Tribunal Arbitral no presente momento.

IV.2. Do processo administrativo sancionador nº 50500.321761/2019-58

79. Não bastasse toda grave lesão à ordem administrativa que os provimentos jurisdicionais vêm causando, especial atenção deve ser conferida à impossibilidade de prosseguimento do processo administrativo sancionador nº 50500.321761/2019-58.

80. Pois bem, diante dos graves inadimplementos que marcaram a execução contratual pela requerente, a ANTT atuou no sentido de resolver o problema consensualmente, mediante celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC (doc. RDA-19). Após encerramento do TAC, apurou-se seu descumprimento parcial, o que conferia à Agência a prerrogativa de instauração de processo administrativo com vistas à decretação de caducidade. Ciente do quão drástica é a penalidade máxima de caducidade, optou-se à época por aplicar somente uma pena de multa.

81. Ocorre que, mesmo após todo esse esforço perpetrado pela ANTT, a Concessionária se manteve relutante ao cumprimento do contrato, motivo pelo qual foi aberto o processo sancionador citado, com vistas a conferir nova oportunidade à Concessionária para sanar as irregularidades, sob pena de prosseguimento do processo punitivo.

82. Quando as decisões judiciais impedem o curso regular desse processo administrativo, a Concessionária se vê desobrigada de corrigir as falhas detectadas.

83. E mais, o processo sancionador que pode vir a culminar com a aplicação de pena de caducidade ainda tem uma peculiaridade. A ANTT faz apenas uma análise técnica da



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCS, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

concessão e propõe ou não à União a decretação da caducidade. Esta sim detém competência para aplicação da penalidade, nos termos do contrato:

28 Caducidade

28.1 A União poderá, mediante proposta da ANTT, declarar a caducidade da Concessão nas hipóteses de inexecução total ou parcial do Contrato, observado o disposto na legislação e nas normas regulamentares pertinentes da ANTT, quando a Concessionária:

84. Tendo em vista que a União sequer faz parte dos processos judiciais ou da arbitragem, essas decisões, por vias transversas, acabam por impactar terceiros completamente estranhos à relação processual.

85. Outro aspecto que pode gerar perplexidade futura reside na própria arbitrabilidade objetiva da questão. Ora, não se duvida que repercussões econômicas dos eventos alegados pela requerente podem sim ser submetidos à arbitragem. Questão diversa reside na suspensão do poder da Agência de prosseguir com processo administrativo sancionador e avaliar o nível de qualidade observado na prestação do serviço público. Essa prerrogativa inerente à regulação é indisponível. Nesse sentido, são lúcidas as palavras de Selma Lemes:

“(…) não são matérias que possam ser submetidas aos árbitros as decisões adotadas pela Administração quanto à pertinência ou legitimidade de particularidades dos contratos administrativos, tais como as que giram em torno das denominadas cláusulas exorbitantes, como a decisão de rescindir unilateralmente o contrato, a de rever seu objeto e escopo etc.”

(LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 144.)

86. Diante desse quadro, dada a inarbitrabilidade da questão atinente à supressão de prerrogativa da ANTT de regular o contrato e do Poder Concedente (União) de avaliar a conveniência e oportunidade quanto à decretação da caducidade, as tutelas de urgência devem ser revogadas.

V. DOS REQUERIMENTOS

87. À luz de tais considerações, requer a ANTT:

i) seja fixada a competência deste Tribunal Arbitral para julgamento das questões tratadas na ação cautelar nº 1023220-63.2019.4.01.3400;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

- ii) a concessão de prazo de 60 (sessenta) dias para que as partes celebrem compromisso arbitral referente à ação ordinária nº 1009371-92.2014.4.013400 e demais ações ainda **sem sentença**;
- iii) a imediata revogação das tutelas de urgência proferidas na ação cautelar nº 1023220-63.2019.4.01.3400, com eficácia *ex tunc*;
- iv) que este Tribunal declare expressamente não fazer parte da presente arbitragem as demais ações judiciais em tramitação.

Brasília, 18 de fevereiro de 2020.

PAULO ROBERTO MAGALHÃES DE CASTRO WANDERLEY
Procurador Federal

EMANOEL GONÇALVES DE CARVALHO
Procurador Federal

VICTOR V. CARNEIRO DE ALBUQUERQUE
Procurador Federal

ANDRÉ LUÍS MACAGNAN FREIRE
Advogado da União

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO
Advogada da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

VI – DOCUMENTOS

Índice de documentos juntados pela requerida ANTT	
Número	Descrição
Resposta ao Requerimento de Arbitragem	
RDA-01	Contrato de Concessão
RDA-02	1º, 2º e 3º termos aditivos contratuais
RDA-03	Programa de Exploração da Rodovia - PER
Manifestação de 18/02/2020 sobre revogação das liminares	
RDA-04	Edital de Concessão nº 001/2008
RDA-05	Portaria PGF nº 911, de 10 de dezembro de 2018
RDA-06	Sentença proferida na ACP nº 1000238-14.2017.4.01.3307
RDA-07	Sentença proferida na ACP nº 6049-88.2011.4.01.3304
RDA-08	Sentença proferida na ACP nº 8290-50.2016.4.01.3307
RDA-09	Decisão proferida na ACP nº 1002166-29.4.01.3307
RDA-10	Resolução ANTT nº 675/2004
RDA-11	Resolução ANTT nº 5859/2019
RDA-12	Ofício SEI 18477/2019/GEFIR/SUINF/DIR/ANTT
RDA-13	Carta VB-GEC-1191/2019
RDA-14	Carta VB-GEC-1192/2019
RDA-15	Acórdão TCU nº 2190
RDA-16	Acórdão TCU nº 2061
RDA-17	Segunda decisão proferida na ação cautelar nº 1023220-63.2019.4.01.3400
RDA-18	Nota técnica SEI nº 97/2020/GEFIR/SUINF/DIR
RDA-19	Termo de ajuste de conduta - TAC