



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

PETIÇÃO 2 DA REQUERIDA - MANIFESTAÇÃO SOBRE COMPETÊNCIA
DO TRIBUNAL ARBITRAL E REVOGAÇÃO DAS LIMINARES

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 – AUSÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DO ACORDO FIRMADO EM AUDIÊNCIA.....	3
II – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL	5
III – AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO (<i>FUMUS BONI IURIS</i>)	11
III.1 Impactos da crise econômica	12
III.2 Financiamento do BNDES	15
III.3. Revisão quinquenal	17
III.4. Autos de infração discutidos no processo nº 1033023-70.2019.4.01.3400.....	24
III.4.1. Violação ao princípio da hierarquia.....	24
III.4.2. Violação ao princípio da tipicidade	27
III.4.3. Ausência de previsão de penalidade para a conduta da autora	29
III.4.4. Violação aos princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa	30
III.4.5. Ausência de infração ante o atendimento das determinações da ANTT.....	31
III.4.6. Desproporcionalidade e ausência de razoabilidade do valor da multa	31
III.4.7. Violação aos princípios constitucionais regentes da atuação da Administração Pública.....	34
III.4.8. Consumação da prescrição intercorrente	34
IV – AUSÊNCIA DE <i>PERICULUM IN MORA</i>	37
IV.1. Inviabilidade da continuidade da Concessão e prejuízo aos usuários.....	37
IV.2. Caducidade da concessão	39
IV.3. Autoexecutoriedade dos atos administrativos (exigência de multas, acionamento de garantias, CADIN, dívida ativa etc).....	41
IV.4. Risco de insolvência da Concessionária	46
V – DOS REQUERIMENTOS.....	48
VI - DOCUMENTOS.....	50

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 face do cronograma estabelecido na Ata de Missão e no disposto na Ordem Processual nº 03, de 17.04.2020, vem apresentar sua manifestação sobre os limites da competência do Tribunal Arbitral e



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

sobre a necessidade de Revogação da(s) Liminar(es), conforme fatos e fundamentos jurídicos expostos a seguir.

I – AUSÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DO ACORDO FIRMADO EM AUDIÊNCIA

2. Antes de adentrarmos nos temas pertinentes ao presente ato processual, cabe mais uma vez reiterar as razões e requerimentos apresentados ao Tribunal em petição do dia **17 de abril de 2020**, acerca da **ausência de descumprimento** do acordo entabulado pelas partes no dia **12 de março de 2020**, na audiência designada para discussão da Ata de Missão.

3. Primeiramente, importante destacar que houve um acordo entre as partes, e não propriamente uma decisão do Tribunal, motivo pelo qual deve prevalecer a intenção das partes e o quanto acordado.

4. No que se refere ao objeto do acordo, há uma passagem da manifestação do advogado do Requerente nas Notas Estenográficas que não deixa dúvidas sobre a abrangência do acordo. Vejamos:

452 **Dr. Rafael Francisco Alves [Adv. Reqte.]**: Não seria de qualquer multa,
453 seria esses quatro autos que estão em discussão. Lendo os autos, nós
454 entendemos que eles estão cobertos pela liminar dada depois.

5. O próprio requerente informa que o objeto do seu pleito estaria limitado a quatro multas.

6. Posteriormente, o advogado da Requerida postulou que fossem especificadas quais seriam essas multas e houve expressa concordância dos advogados da Requerente:



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

1065 **Dr. Paulo Roberto M de C. Wanderley [Adv. Reqda.]:** Só mais um
1066 ponto aqui, como a preocupação da Requerente é em relação a uma liminar
1067 que, segundo eles, estariam abrangendo a suspensão de algumas multas,
1068 vocês poderiam especificar quais seriam os autos de infração, para a gente
1069 já deixar claro aqui quais são as multas que vão ter uma...?
1070 **Dra. Letícia Q. de Andrade [Adv. Reqte.]:** Aí se tiver uma outra multa
1071 nova, a gente pede aqui evidentemente - é isso.
1072 **Dr. Carlos Alberto Carmona [Coárbitro]:** É fato que não existiu, a gente
1073 não pode imaginar e não pode tratar dele, nós vamos tratar só dos fatos
1074 que já existem.
1075 **Dr. Paulo Roberto M de C. Wanderley [Adv. Reqda.]:** Elas estão
1076 referidas no nosso pedido dois.
1077 **Dr. Carlos Alberto Carmona [Coárbitro]:** São aqueles quatro?

7. Nessa linha, fez-se constar expressamente do Termo de Arbitragem as multas (Autos de Infração) aos quais o acordo se referia:

9.3. Até a primeira decisão do Tribunal Arbitral, a ser proferida até o dia 01 de junho de 2020, as Partes comprometem-se a não promover novas medidas de urgência que digam respeito a esta arbitragem em qualquer foro que não seja o desta arbitragem. A Requerida compromete-se a não executar as garantias contratuais referentes a multas, nem adotar atos executórios a elas referentes, até a referida decisão do Tribunal Arbitral (**Autos de Infração nº 5027, 2082, 5086 e 5087**). De sua parte, a Requerente compromete-se a manter em vigor as garantias, pelo prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data prevista no item 3 da tabela acima, na forma prevista no Contrato de Concessão.

(grifamos)

8. Obviamente, somente essas quatro multas aguardariam a decisão do Tribunal. Considerando que as notificações recebidas pela Requerente estão relacionadas a outros Autos de Infração, de nº 5656 e nº 5657, não há que se falar em descumprimento do acordo.

9. Portanto, imperioso se faz a imediata revogação da Ordem Processual nº 03.



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 – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL

10. 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 abarcará 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.

§ 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. No caso dos autos, o contrato de concessão não trazia originalmente qualquer cláusula que fizesse menção à solução de controvérsias, por meio da instituição de arbitragem. Posteriormente, nos termos do 3º Termo Aditivo (doc. 04), houve a inclusão da referida cláusula. O objeto de tal termo aditivo está bastante claro, no sentido de que se presta a incluir “cláusula”, não “compromisso”:

**CLÁUSULA PRIMEIRA
DO OBJETO**

1.1 O presente TERMO ADITIVO tem por objeto introduzir no Contrato de Concessão relativo ao Edital nº 001/2008 a cláusula de Resolução de Controvérsias.

12. Importante notar que um dos fundamentos para a celebração do termo aditivo é justamente o art. 31 da Lei nº 13.448/2017, norma jurídica que conferiu o devido respaldo para que a Administração Pública, sujeita que é à legalidade estrita, pudesse incluir cláusula arbitral em contrato que não a tinha originalmente. Nesse sentido, constou do referido termo aditivo:



**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

A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, autarquia federal inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.898.488/0001-77, com sede no Setor de Clubes Esportivos Sul – SCES, Trecho 3, Lote 10, Polo 8 do Projeto Orla, CEP 70.200-003, na cidade de Brasília-DF, neste ato representada pelo seu Diretor Geral, Sr. MARIO RODRIGUES JUNIOR, divorciado, engenheiro, portador da Carteira de Identidade nº 933.979-17 SSP-SP, inscrito no CPF sob o nº 022.388.828-12, doravante denominada CONTRATANTE, e a VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A, com sede na cidade de Salvador/BA, na Rua do Jaracatiá, nº 106, Edifício JJB Center, bairro Caminho das Árvores, inscrita no CNPJ sob o nº 10.670.314/0001-55, neste ato representada por seus diretores, Sr. HEDERVERTON ANDRADE DOS SANTOS, brasileiro, casado, advogado, portador da Carteira de Identidade nº 6.074.605-04 SSP/BA e inscrito no CPF sob o nº 252.506.298-14, e o Sr. PAULO JORGE OLIVEIRA LOPES ANDRÉ, português, casado, geólogo, portador do passaporte nº H565741 e inscrito no CPF sob o nº 220.855.328-45, e o Sr. JOSÉ PEDRO GUERREIRO BARTOLOMEU, português, casado, administrador de empresas, portador do passaporte nº N392431, e inscrito no CPF sob o nº 839.240.945-00, com poderes de representação inseridos no Estatuto Social da Empresa e na Ata de Reunião do conselho de Administração do dia 15 de junho de 2016, doravante denominada CONTRATADA, com fundamento legal no art. 58, inciso I e § 2º da Lei nº 8.666/93, no Decreto nº 1.054 de 07/2/94, na Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001 e no art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, bem como no art. 9º da Lei nº 8.987/95, nos artigos 58, § 1º e 65, inciso II, alínea d”, ambos da Lei nº 8.666/93, e suas alterações, resolvem celebrar o presente Termo Aditivo, segundo as cláusulas e condições seguintes.

13. O citado art. 31 da Lei nº 13.448/2017 possui a seguinte redação, com destaque para seu §1º, que trata expressamente de “cláusula”, não de “compromisso” arbitral:

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

§ 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.

(grifamos)

14. A lei é a clara no sentido de que, para os contratos do setor rodoviário, é possível a previsão de **cláusula arbitral** e, caso o contrato ainda não a tenha, fica facultada a inclusão dessa cláusula. Veja que a lei em questão foi bem precisa ao utilizar o termo **cláusula arbitral**. Quando quis tratar especificamente de **compromisso arbitral**, o fez, como é o caso do termo aditivo para relicitação, este sim, com a previsão de celebração de compromisso arbitral a tratar exclusivamente do cálculo da indenização:



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. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a aderência irrevogável e irretroatável do atual contratado à relicitação do empreendimento e à posterior extinção amigável do ajuste originário, nos termos desta Lei;

II - a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento;

III - o **compromisso arbitral** entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

(grifamos)

15. Ao contrário da previsão genérica, própria de cláusula arbitral de que trata o termo aditivo do art. 31, o art. 15 trata de questão específica, própria de compromisso arbitral, para conflitos pertinentes ao cálculo da indenização.

16. Também se analisarmos as tratativas prévias à celebração do termo aditivo, constantes do Processo Administrativo nº 50500.138330/2017-61 (Doc. RDA-024) é possível perceber que o referido aditivo foi **proposto pela Concessionária**, sempre se referindo à necessidade de inclusão de **cláusula arbitral**, jamais **compromisso arbitral**. Nesse sentido, destacamos os seguintes trechos dos documentos encaminhados pela ViaBahia:

Carta da Concessionária VB-GEC-0717/2017 (fl. 10 do Processo Administrativo – Doc. RTE-024)

2. Assim, a referida MP foi convertida na Lei 13.448, publicada no DOU em 06 de junho de 2017, que manteve a previsão acerca da possibilidade dos contratos de parceria vigentes serem aditados para **a inclusão de cláusula arbitral** como mecanismo de resolução de controvérsias, vejamos:

Carta da Concessionária VB-GEC-1118/2017 (fl. 22 do Processo Administrativo – Doc. RTE-024)



**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

A VIABAHIA Concessionária de Rodovias S/A ("VIABAHIA"), em complemento à missiva VB-GEC-0717/2017(50535.001880/2017-28), protocolada em 11 de julho de 2017 nesta Agência, vem, respeitosamente, requerer o andamento e a manifestação desta Agência acerca da inclusão da cláusula arbitral como mecanismo de resolução de controvérsias e/ou disputas relacionadas a concessão, conforme requerido através das VB-GEC-0190/2017(50500.138330/2017-61) e VB-GEC-17/2017(50535.001880/2017-28), que estão localizadas na GEINV desde fevereiro de 2017.

Carta da Concessionária VB-GEC-0133/2018 (fl. 34 do Processo Administrativo – Doc. RTE-024)

1. A Concessionária apresentou, através das cartas VB-GEC-0190/2017 e VB-GEC-0717/2017, proposta de inclusão de cláusula arbitral no Contrato de Concessão, com fundamento no artigo 23-A, da Lei nº 8.987/1995, bem como no artigo 31, §1º, da Lei nº 13.448/2017, que estabelece que os contratos que não a tenham previsto, inclusive em vigor, poderão ser aditados para esse fim.

Correspondência Eletrônica da ViaBahia (fl. 42v do Processo Administrativo – Doc. RTE-024)

De: Luciana Baruque [<mailto:luciana.baruque@viabahiasa.com.br>]

Enviada em: quarta-feira, 7 de fevereiro de 2018 15:32

Para: Vinicius Magnius Torquato De Araújo Lima <vinicius-ma.lima@antt.gov.br>

Cc: Heder Andrade <heder@viabahiasa.com.br>; Gestão Contrato <gestao.contrato@viabahiasa.com.br>

Assunto: Aditivo Cláusula Arbitral

Prezado Vinicius,

Boa tarde!

Segue anexa resposta ao Ofício nº 28/2018/GEROR/SUINF, sobre celebração de aditivo para inclusão de cláusula arbitral no contrato de concessão, que será protocolada hoje na Agência.

Atenciosamente,

Luciana Baruque

Gestora do Contrato de Concessão

Advogada

Tel. (71) 3037-1070

Rua do Jaracatiá, 106 – Caminho das Árvores

CEP 41.820-665 – Salvador/BA





**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

17. Da mesma maneira, as análises jurídicas e técnicas que se seguiram sempre se utilizaram da mesma terminologia, **cláusula arbitral**. Inclusive, **sequer foi cogitado ou discutido nos autos a possibilidade de celebração de compromisso arbitral referente a controvérsias passadas ou processos em curso.**

18. Assim, considerando que o 3º termo aditivo não conferiu expressamente ao juízo arbitral competência para apreciar as ações judiciais em curso em **03/05/2019** (data de celebração do termo aditivo), todos esses processos, em princípio, devem prosseguir judicialmente.

19. Por consequência, os pedidos formulados nesses processos anteriores à inclusão da cláusula arbitral não podem ser repetidos na presente arbitragem, sob pena de configuração de **litispêndência parcial ou continência**. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA LITISPÊNDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. LITISPÊNDÊNCIA PARCIAL.

1. A litispêndência ocorre quando forem propostas ações com as mesmas partes litigantes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, consoante dispõe o art. 301, § 1º, do CPC.

2. A *ratio essendi* da litispêndência visa a que a parte não promova duas demandas visando o mesmo resultado, o que, frise-se, em regra, ocorre quando o autor formula em face do mesmo sujeito, idêntico pedido, fundado da mesma causa de pedir.

3. *In casu*, há identidade parcial dos pedidos, porquanto o do segundo *mandamus* (declaração de isenção da COFINS e compensação) é mais abrangente que o do primeiro (declaração de isenção da COFINS) o que configura a continência, que é espécie de litispêndência parcial.

4. O instituto da continência, como na conexão, importa a reunião dos processos, que visa evitar o risco de decisões inconciliáveis. Por esse motivo, diz-se, também, que são conexas duas ou mais ações quando, em sendo julgadas separadamente, podem gerar decisões inconciliáveis, sob o ângulo lógico e prático.

5. Verifica-se, na hipótese, a impossibilidade de reunião dos processos porquanto o primeiro *mandamus* já foi julgado, inclusive, com trânsito e julgado. Incide na espécie o enunciado da Súmula 235/STJ, "a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado".



**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

6. Reconhecida a continência e a impossibilidade de reunião dos processos, o julgamento do presente *mandamus* deve prosseguir apenas no que se refere ao pedido de compensação, porquanto o trânsito em julgado do pedido procedente da declaração de isenção da COFINS no primeiro *mandamus* importa na redução objetiva da demanda do presente writ.

7. Recurso especial provido para afastar a preliminar de litispendência e determinar o retorno dos autos para que prossiga o julgamento do pedido da compensação, salvo se por outro motivo restar prejudicado o objeto.

(STJ – Processo REsp 953034 / PR - RECURSO ESPECIAL 2007/0115089-0 - Relator(a): Ministro LUIZ FUX (1122) - Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento: 19/05/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 29/06/2009 - **grifamos**)

20. No caso dos autos, houve, antes de inclusão da cláusula arbitral, a propositura pela Requerente da ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.013400, com os seguintes pedidos (vide doc. 11):

V. Pedidos

108. Ante todo o exposto, requer-se:

(i) Seja concedida tutela de urgência, nos termos do artigo 300 do CPC/15, para suspender a execução das Obrigações de Investimentos tabuladas no item 2 da Seção I do PER, isto é, as “Obras e Serviços de Caráter Não Obrigatório” (Item 2.1 da Seção I), as “Obras e Serviços de Caráter Obrigatório” (Item 2.2 da Seção I) e “Obras Condicionadas” (Item 2.3 da Seção I), **bem como os serviços não essenciais de poda, capina e roçada (Quadro 4.6 do PER – Doc. 11) e implantação do Sistema de Pesagem indicado no Item 8.6 do PER, preservando incólume todos os demais serviços atinentes à Conservação (Item 2.1.1.4 da Seção I) e aos Sistemas de Operação (Item 2.2.1.4 da Seção I)**, assim como a exigibilidade de sanções advindas de processos administrativos instaurados pela ANTT relacionados à estas obrigações, passíveis de serem executadas em razão do eventual descumprimento de tais obrigações (que afetam os parâmetros de desempenho estipulados pelo PER), até que haja a conclusão e perfeita exequibilidade da 1ª Revisão Quinquenal do Contrato de Concessão sobre cujo processo ainda pende conclusão e decisão da Ré;

(ii) Ao final, seja reconhecida a PROCEDÊNCIA total da pretensão da Autora, a fim de afastar a exigibilidade das obrigações não essenciais e apenamentos sobre eventual descumprimento das obrigações e parâmetros de desempenho fixados no PER, até que seja concluída a 1ª Revisão Quinquenal do Contrato de Concessão, nos termos da Cláusula 16.5.1.



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) A condenação da Ré aos ônus sucumbenciais, conforme disciplina do artigo 82 e ss. do CPC/15.

21. Todos esses pedidos não poderiam ser renovados na arbitragem, salvo celebração de compromisso arbitral seguido do respectivo aditamento da Ata de Missão. Excluídas as pretensões deduzidas na ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.013400 e em todas as demais ações ajuizadas **antes de 03/05/2019, em especial temas atinentes às revisões e multas aplicadas em tal período**, as questões tratadas na ação cautelar nº 1023220-63.2019.4.01.3400 seriam objeto de avaliação deste Tribunal.

22. Diante desse quadro, requer que esse Tribunal Arbitral declare expressamente que sua competência cinge-se a litígios **posteriores a 03/05/2019**, data da celebração do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, e que não tenham sido previamente submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

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

23. Assentadas as premissas processuais, cabe adentrar na ausência dos requisitos para confirmação das liminares concedidas judicialmente. Nesse ponto, propugna a Requerente, em primeiro lugar, pela confirmação, por este Tribunal Arbitral, da liminar concedida no Agravo de Instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000 decorrente da ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.013400. Conforme já salientado, trata-se de decisão, em princípio, não submetida à competência do Tribunal Arbitral.

24. Em segundo lugar, pretende a confirmação da liminar concedida na Ação Cautelar Antecedente nº 1023220-63.2019.4.01.3400. Embora proposta posteriormente à inclusão da cláusula arbitral, deve ser excluída, por litispendência parcial (ou continência), aquilo que já foi objeto de pretensão formulada na ação ordinária nº 1009371-92.2017.4.013400, **em especial temas atinentes às revisões e multas tratadas na ação ordinária.**



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

25. Importante ainda destacar que, embora os temas objeto de discussão na presente arbitragem sejam vários, motivo pelo qual na petição de **18/02/2020** a Requerida buscou rebater cada um deles, a própria Requerente, a julgar pela **Petição 1 de 26/03/2020**, restringiu os fundamentos de direito para manutenção das tutelas de urgência.

26. Por esta razão, a Requerida será mais pontual no sentido de abordar nesta oportunidade apenas os pontos trazidos pela Requerente, em vez de abordar todo o objeto da arbitragem. Esses pontos são basicamente: (i) impactos da crise econômica no contrato de concessão; (ii) ausência de concessão de financiamento do BNDES; (iii) suposto desequilíbrio em razão da não realização da revisão quinquenal; (iv) autos de infração discutidos no processo nº 1033023-70.2019.4.01.3400.

III.1 Impactos da crise econômica

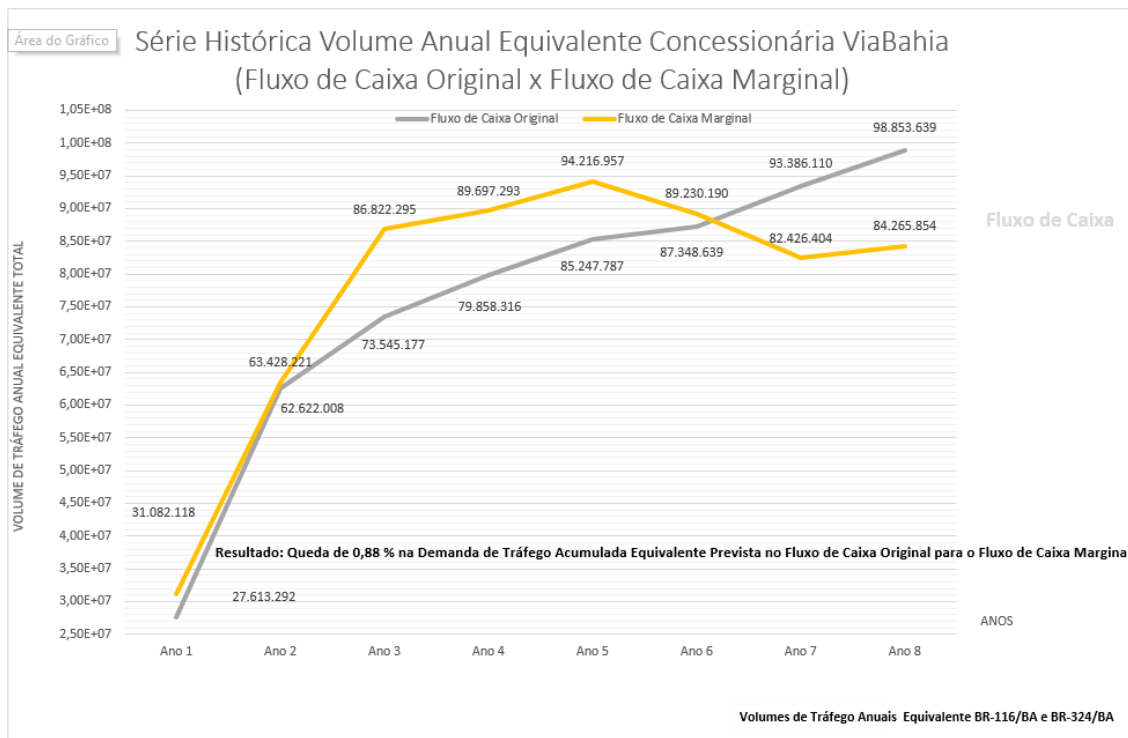
27. Inicialmente, importante destacar que o contrato de concessão foi **celebrado no ano de 2009**, com previsão de **vigência por 25 (vinte e cinco) anos**. Não se trata de contrato iniciado em **2015**, quando a Requerente afirma ter havido recessão econômica. Também **não se trata** de contrato curto, de **3, 4 ou 5 anos**, mas de contrato com período de execução bastante longo, **25 (vinte e cinco) anos!** É natural que haja flutuação de demanda num período tão longo e, evidentemente, os períodos de baixa utilização da rodovia são compensados por outros de alta utilização.

28. De todo modo, vale aqui rememorar as informações trazidas na **petição de 18/02/2020**, **não contestadas pela Requerente**, diga-se, e que comparam o volume de tráfego projetado para o período no **plano de negócios** da própria Concessionária, chamado no gráfico abaixo de **Fluxo de Caixa Original (em amarelo)**, e o **tráfego efetivamente materializado**, chamado de **Fluxo de Caixa Marginal (em cinza)**:

Tráfego total equivalente previsto x realizado em ano concessão – Praças P1 a P7. (dados retirados da Nota Técnica nº 223/2017/GEROR/SUINF, de 09/11/2017- Doc. RDA-026)



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



29. 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.

30. Essas comparações iniciais foram feitas em termos de tráfego. Se transposta a análise em termos financeiros, muito provavelmente sequer houve qualquer prejuízo, dado o valor do dinheiro no tempo. Afinal, o período de opulência é mais antigo, a partir de 2009, e o período de decréscimo foi observado somente em 2015.

31. Não bastasse a frustração das expectativas de tráfego ter sido mínima, apenas **0,88% (oitenta e oito décimos por cento)** inferior às projeções, e da grande probabilidade de a **receita ter sido superior ou em nível similar à projetada**, não se pode desmerecer a alocação de riscos bastante clara constante do contrato de concessão,



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

que em sua cláusula 19.1.2, atribui ao Concessionário o risco pela variação no volume de tráfego:

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;

32. Fica claro, portanto, que **houve uma mínima flutuação de demanda** a ser suportada pela Concessionária em razão da clara **matriz de riscos** estabelecida pelo contrato.

33. Por fim, cabe um último esclarecimento. A Requerente afirma em sua petição (parágrafo 91), o seguinte:

“(...) a crise extraordinária e seus severos e imprevisíveis impactos sobre as concessões rodoviárias foram **expressamente reconhecidos** pela **própria Diretoria Colegiada da ANTT**, ao aprovar o estudo e as medidas apresentadas pela SUINF (Memorando nº 87/2018/GAB/ANTT – RTE 011) (...)”

34. **Essa afirmação não é verdadeira!** A Diretoria-Colegiada, órgão máximo deliberativo da Agência, embora tivesse competência legal para fazê-lo, **jamais aprovou qualquer estudo que reconhecesse os impactos da crise de 2015/2016 e muito menos direito ao reequilíbrio dos contratos.** O chamado “Diagnóstico e Alternativas Frente à Queda de Desempenho das Concessões Rodoviárias” (Doc. RTE-011), além de **apócrifo**, **não constitui opinião técnica da Agência**, justamente porque **não foi subscrito por nenhum técnico especializado** e fundamentalmente porque **não foi aprovado pela**



**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

Diretoria-Colegiada. É preciso que este Tribunal Arbitral atente para que alguns limites éticos não sejam violados neste procedimento, de modo a assegurar que as partes atendam à sua obrigação processual de expor os fatos conforme a verdade, dever oriundo da boa-fé e positivado na teoria geral do direito processual em diversos diplomas (art. 77, I, Código de Processo Civil; art. 4º, I, Lei nº 9.784/1999)!

35. Ademais, referido manuscrito (a Requerida desconhece no meio científico qualquer relevância de estudo sem autor) apenas trata genericamente sobre a crise econômica dos anos de 2015 e 2016. Além de ter sido uma crise como tantas outras vividas pelo país em seu passado recente, afigura-se de pouca relevância especificamente para o contrato de concessão em análise, na medida em **que celebrado 06 (seis) anos antes da alegada crise, período no qual o fluxo de veículos na rodovia se manteve superior às próprias previsões da Requerente.**

36. Portanto, não houve qualquer demonstração de impacto de crise econômica na execução contratual e, ainda que houvesse, o contrato é bastante claro em imputar à requerente os riscos quanto à flutuação do volume de tráfego.

III.2 Financiamento do BNDES

37. No que se refere aos financiamentos, o contrato de concessão (Doc. RDA-001) dedicou subcláusula específica para atribuir ao Concessionário todo o risco quanto à sua obtenção:

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.



**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

38. Além do risco pelo financiamento ter sido atribuído de forma clara e precisa à Concessionária, no caso concreto, **a Requerente chegou a receber vultosa quantia do BNDES a título de financiamento.** Nos termos do Carta AST nº 21/2017 (Doc. RTE-014) **R\$ 847.868.000,00 (oitocentos e quarenta e sete milhões, oitocentos e sessenta e oito mil reais)**, o que equivale a **62% (sessenta e dois por cento)** do total previsto.

39. Ademais, os outros **38% (trinta e oito por cento)** não foram liberados por **fatos imputáveis à própria Concessionária.** Primeiramente, o **envolvimento de sócios em atos suspeitos acarretou investigação pela Polícia Federal e atrasos na avaliação da substituição da garantia.** Vejamos (trecho extraído do Doc. RTE-014):

Ocorre que essa substituição até o momento não ocorreu, permanecendo como fiadores os antigos sócios da ViaBahia. A demora na formalização da garantia está relacionada ao tempo despendido na negociação dos termos do futuro aditivo e na realização de diligências, necessárias em virtude de notícia de investigação da Polícia Federal envolvendo pagamentos da ViaBahia a seus fornecedores. Por se

40. Em segundo lugar, o banco constatou o **baixo nível de execução das obras se comparado ao volume financeiro liberado.** Há um **total descasamento ente a injeção de capital feita pelos bancos públicos e o serviço entregue à população pela Concessionária.** Nesse sentido, foi a manifestação do BNDES, que chegou a apontar inclusive o **sobrecusto nas obras** (extraído do Doc. RTE-014):

Dessa forma, evidencia-se um grande descasamento entre os valores desembolsados do crédito do BNDES e o real avanço físico do projeto tal como previsto e contratado, sugerindo um enorme sobrecusto.

41. Por fim, e não menos importante, o BNDES deixa claro que, **mesmo se houvesse sido finalizada a revisão quinzenal** nos moldes solicitados pela Requerente, o **banco permaneceria impedido de fazer novos desembolsos.** É o que se depreende do documento citado (extraído do Doc. RTE-014):



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

3. Demais considerações

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

- (i) *“permanecerem regularmente constituídas as garantias e serem consideradas suficientes, a juízo do BNDES”³* - conforme mencionado no item 1 desta Carta, encontra-se pendente de regularização a garantia corporativa do Contrato de Financiamento BNDES, que, até o momento, não reflete a atual estrutura societária da ViaBahia, tal como aprovada pela Dec. Dir. nº 870/2015 - BNDES, de 18/12/2015; e
- (ii) *“estar a Beneficiária e os demais integrantes do Grupo Econômico em dia com todas as obrigações contratuais perante o Sistema BNDES”⁴* - pende de regularização obrigação constante do inciso XXI da Cláusula Décima do Contrato de Financiamento BNDES, referente às obras de duplicação que deveriam estar realizadas em 28/02/2016.

42. Verifica-se, dessa forma, que a além da clara atribuição de risco pelo financiamento ao Concessionário e da significativa ingestão de capital por parte do BNDES, não procedem as alegações da requerente sobre a suposta alteração da política de financiamento dos bancos públicos.

III.3. Revisão quinquenal

43. Quanto à revisão quinquenal, importante 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.**

44. Nos termos da regulamentação que rege a matéria, a Resolução ANTT nº 675/2004 (doc. RDA-010), 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:



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

Resolução nº 675/2004.

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 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.

(grifamos)

45. 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, ao detalhar o objeto de cada uma das revisões, somente menciona **revisão tarifária**, quando trata das revisões ordinária e extraordinária.



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

Quando detalha o objeto da revisão quinquenal, menciona apenas **revisão para reavaliação da Concessão**:

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.

(...)

16.5.1 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 a regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato.**

(...)

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.

(grifamos)

46. Importante ainda notar que a subcláusula 16.6.1., ao tratar da **revisão extraordinária**, remete ao procedimento previsto na **subcláusula 20**, justamente a cláusula que trata do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Verifica-se, portanto, que **a avaliação quanto aos impactos que determinados eventos possam causar no equilíbrio econômico-financeiro do contrato é feita, de regra, na revisão extraordinária.** Vejamos:

20 Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro

20.1 Cabimento da Recomposição

20.1.1 Sempre que atendidas as condições do Contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.



**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

20.1.2 A Concessionária poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro somente nas hipóteses previstas na subcláusula 19.1.3 acima.

20.1.3 A ANTT poderá efetuar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando cabível nos termos da lei e observado o disposto na subcláusula 16.7.3.

20.2 Procedimento para Pleito de Recomposição pela Concessionária

20.2.1 O procedimento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será o seguinte:

(i) a Concessionária, “Postulante” deverá enviar notificação de solicitação de recomposição à ANTT, “Postulada”, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da data em que tomar conhecimento da ocorrência da hipótese ensejadora da recomposição;

(ii) dentro de 15 (quinze) dias a contar da data da entrega da notificação, a Postulante poderá enviar à Postulada uma segunda notificação, fornecendo detalhes sobre a hipótese ensejadora da recomposição, bem como, se for o caso, informações sobre:

- (a) a data da ocorrência e provável duração da hipótese ensejadora da recomposição;
- (b) o tempo necessário para compensar eventuais atrasos nos cronogramas previstos no PER;
- (c) a estimativa da variação de investimentos, custos ou despesas, ou variação de receitas;
- (d) qualquer alteração necessária nas obras e nos serviços objeto do Contrato;
- (e) a eventual necessidade de aditamento do Contrato; e
- (f) a eventual necessidade de liberação do cumprimento de quaisquer obrigações, de qualquer das Partes;

(iii) dentro de 20 (vinte) dias a contar da data da entrega da primeira notificação, a ANTT estabelecerá prazo para que se faça a comprovação dos fatos e das condições que ensejaram a solicitação de recomposição do equilíbrio, demonstrando, especialmente, que:

- (a) a hipótese ensejadora da recomposição foi a causa direta dos investimentos, custos ou despesas adicionais, da perda ou aumento de receita ou descumprimento dos Parâmetros de Desempenho ou cronogramas previstos no PER; e



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

(b) os investimentos, custos ou despesas adicionais, a perda ou aumento de receita, o descumprimento dos parâmetros de desempenho ou cronogramas previstos no PER ou a liberação do cumprimento de certas obrigações contratuais não puderam ou não poderão ser evitados, mitigados ou recuperados pela Concessionária ou por seus contratados, atuando com diligência, prudência e perícia, por meio da adoção de medidas que estivessem ou estejam a seu alcance, incluindo, quando for o caso, o uso de avaliações de mercado e demonstração de como a hipótese vem afetando os preços cobrados por outros negócios semelhantes ao objeto do Contrato; e

(iv) a ANTT examinará as informações fornecidas pela Concessionária e decidirá, no prazo de até 90 (noventa) dias a contar da data da comprovação dos fatos e das condições que ensejaram a solicitação de recomposição, pelo cabimento ou não da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro – o referido prazo poderá ser prorrogado, justificadamente, a critério da ANTT.

47. Assim, é no âmbito do procedimento detalhado da **revisão extraordinária** que o equilíbrio do contrato é aferido e eventualmente corrigido.

48. 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 675/2004:

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)

49. Diferentemente das revisões ordinárias e extraordinárias, que constituem direito da Concessionária de periodicamente ter apreciados pela Agência seus pleitos de



**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

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 sim a manutenção das condições originais avençadas) 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.

50. 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**, mas a **adequação do sistema rodoviário**.

51. 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.

52. **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, nos termos do Ofício SEI N° 18477/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (doc. RDA-12), manteve-se inerte, conforme Carta VB-GEC-1192/2019 (doc. RDA-14), ao argumento de que as questões seriam tratadas no âmbito da presente arbitragem:**



**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

2. No entanto, considerando a informação de arquivamento do processo administrativo da 2ª Revisão Quinquenal constante do Ofício SEI nº 18477/2019/GEFIR/SUINF/DIR-ANTT (50500.150539/2017-01) com fundamento na recentemente publicada Resolução ANTT nº 5.859/2019, e a inclusão de cláusula compromissória no Contrato por meio do Terceiro Termo Aditivo, como apontado na carta VB-GEC-1191/2019 (SEI 2309330), a Concessionária informa que, no seu entendimento, **a Resolução ANTT nº 5.859/2019 é inaplicável ao Contrato de Concessão da VIABAHIA e à proposta de 2ª Revisão Quinquenal (carta VB-GEC-0950/2019 – SEI 1565815), razão pela qual o tema relativo à sua aplicação também será objeto da arbitragem já instaurada junto ao CAM-CCBC (Procedimento 64/2019/SEC7).**

53. De modo semelhante, pronunciou-se também na **Carta VB-GEC-1192/2019 (doc. RDA-14)**, esta referente à **1ª Revisão Quinquenal**, que, em princípio, seria objeto de apreciação do órgão jurisdicional (não deste Tribunal Arbitral), visto que houve formulação de pedido referente a essas revisão em ação ordinária anterior à inclusão da cláusula arbitral..

54. Registre-se que a recente Resolução ANTT nº 5.859/2019 (doc. RDA-11) trouxe apenas normas procedimentais com vistas a, reduzindo a discricionariedade da própria Agência, delimitar como será operacionalizada a revisão do contrato. No panorama normativo anterior, formado exclusivamente pela Resolução ANTT nº 675/2004 e pelas normas do contrato, havia verdadeira lacuna no ordenamento jurídico setorial sobre como operacionalizar tecnicamente a revisão quinquenal. A nova resolução, sem colidir com a Resolução ANTT nº 675/2004 e com o contrato, apenas supriu as omissões dos outros diplomas.

55. O argumento da Requerente acerca da **revisão quinquenal** é tão **frágil** que sequer há pedido de suspensão das obrigações contratuais e das multas **até a realização da revisão quinquenal**. O pedido da Requerente é para a suspensão das obrigações **até a sentença** a ser proferida por este Tribunal, justamente porque sabe que a realização de revisão quinquenal em nada altera o equilíbrio econômico-financeiro do 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

56. Também não há, especificamente em relação a eventos alocados na matriz de riscos do contrato ao Poder Concedente, pedido para reequilíbrio, mediante revisão quinquenal. A Requerente traz apenas alegações genéricas no sentido de ter sido prejudicada com a crise e com modificações na política de financiamento do BNDES. **Além de se tratar de eventos cujo risco foi contratualmente alocado à Requerente, na remota hipótese de serem acolhidos, o reequilíbrio devido seria feito em sede de revisão extraordinária, não na revisão quinquenal.**

57. Portanto, a ausência de revisão quinquenal **não prejudica o equilíbrio econômico-financeiro do contrato** e, além do mais, tem sido **utilizada pela requerente para justificar os atuais baixíssimos níveis de execução contratual.**

III.4. Autos de infração discutidos no processo nº 1033023-70.2019.4.01.3400

58. No que se refere aos autos de infração objeto de debate no processo nº 1033023-70.2019.4.01.3400, a Requerente limita-se a fazer afirmações sem a devida comprovação.

59. Embora os temas já tenham sido contestados (vide Doc. RDA-027), cabe reiterar os argumentos daquela manifestação, em relação a cada um dos argumentos suscitados pela Requerente. **Registre-se que todos os documentos citados a seguir referente a esse tópico constam dos respectivos processos administrativos no documento RTE-022.**

III.4.1. Violação ao princípio da hierarquia

60. Relativamente ao AI 5027, alega a requerente violação ao princípio da hierarquia, na medida em que o Auto de Infração teria sido lavrado pelo fiscal da ANTT em desconformidade com decisão do seu superior hierárquico, o Coordenador de Infraestrutura Rodoviária - COINF da Unidade Regional da Bahia - URBA. Todavia, pela análise do processo administrativo nº 50500.107335/2012-37, é possível perceber claramente não ter havido qualquer subversão de hierarquia.



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

61. O motivo da incompreensão do requerente deve-se ao documento de fls. 20 do processo administrativo. Na ocasião, foi expedido ofício com o seguinte teor:

Doc.03 - Anexo da Carta VB-GEC-0917/2012

 **AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES**

Ofício nº 312 /2012/COINF/URBA

Salvador, 08/10/2012

À VIABAHIA – Concessionária de Rodovias S/A

Att.: Dr. José Navas Fernandes - Presidente

Assunto: Termo de Registro de Ocorrência – TRO nº 22583

Prezado Sr.

Pela presente a ANTT comunica que aceita as justificativas apresentadas pela ViaBahia através da correspondência VB-GEC- 0813/2012, relativas ao atendimento do TRO acima discriminado.

Solicitamos entretanto que nos mantenha informados sobre o andamento do processo e que tome todas as medidas necessárias para solução do problema.

Att


EDUARDO JOSÉ DE SANTANA
Coordenador de Infraestrutura Rodoviária - COINF
ANTT / Unidade Regional da Bahia - URBA


VIABAHIA Concessionária de Rodovias S/A
RECEBIDO
09 OUT 2012
HORA: 17:35
Cassio Filadelfo


ANTT
Fl. nº 10
PP
GEFOR



62. Veja que o COINF faz referência ao Termo de Registro de Ocorrência - TRO nº 22583 (não ao auto de infração), para dizer que, embora aceite as justificativas da Concessionária para não ter implementado o cercamento da faixa de domínio, aquela deveria "tomar todas as providências para a solução do problema", ou seja, para providenciar o cercamento, sob pena de lavratura do respectivo auto de infração.

63. Importante registrar que o TRO apenas registra o descumprimento contratual e confere prazo para correção, antes de a Agência tomar a medida punitiva consistente na lavratura do Auto de Infração.



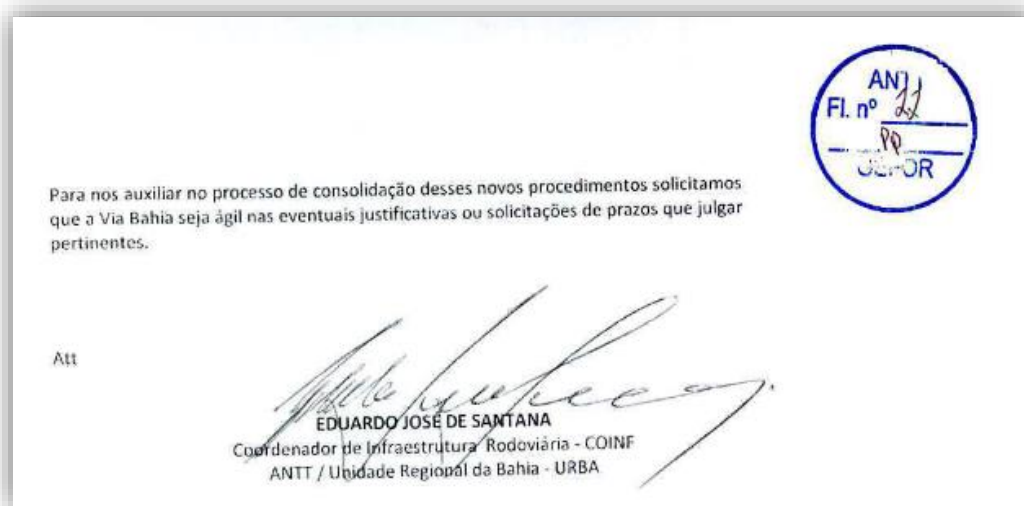
ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
Setor de Clubes Esportivos Sul - SCES, lote 10, trecho 03, Projeto Orla Polo 8 - CEP: 70200-003 - Brasília / DF

64. Pois bem, após o citado ofício, o COINF emite nova correspondência esclarecendo que, por problemas operacionais, não tinha conhecimento do transcurso do prazo para correção e da lavratura do auto de infração, motivo pelo qual, a correspondência anterior deveria ser desconsiderada. Senão vejamos (fls. 21/21v do processo administrativo):

 ANTT AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES	<p>VIABAHIA Concessionária de Rodovias S/A</p> <p>RECEBIDO</p> <p>15 OUT 2012</p> <p>HORA: <u>12:100</u></p> <p><i>[Assinatura]</i></p>	 <p>ANTT Fl. nº <u>21</u> GEFOR</p>
<p>Ofício nº <u>317</u> /2012/COINF/URBA</p>		
<p>Salvador, 11/10/2012</p>		
<p>À VIABAHIA – Concessionária de Rodovias S/A</p> <p>Att: Dr. José Navas Fernandes - Presidente</p> <p>Assunto: Autos de Infração 05026 e 05027</p> <p style="padding-left: 40px;">Ofícios nº 312/2012/COINF/URBA e nº 313/COINF/URBA</p>		
<p>Prezado Sr.:</p> <p>Informamos a V.S. que, em função dos novos procedimentos de controle da fiscalização instaurados nesta COINF URBA, ainda em fase de implantação, houve uma falha operacional na tramitação de correspondências e documentos para essa concessionária.</p> <p>Com efeito, em 9/10/2012 foram encaminhadas a V.S. duas correspondências: a) Ofício nº 312/2012/COINF/URBA, aceitando justificativas da ViaBahia sobre inconformidade identificada pelo TRO nº 22.583; b) Ofício nº 313/COINF/URBA, concedendo prazo para atendimento do TRO nº 31327. Tais correspondências foram indevidamente enviadas por essa COINF, já que a nossa fiscalização de campo já tinha anteriormente detectado o não atendimento de tais TRO's, o que justificou a emissão dos respectivos Autos de Infração, conforme determinam as normas da ANTT. Para a falha mencionada contribuiu também uma pane no nosso sistema de protocolo e de tramitação interna de documentos.</p> <p>Pelos fatos expostos solicitamos que a ViaBahia desconsidere os aludidos ofícios citados acima, considerando pois como válidos os Autos de Infração emitidos.</p> <p>Outrossim comunicamos que estamos tomando providências para minimizar a possibilidade de ocorrência dessas falhas operacionais na nossa Unidade Regional.</p>		



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



65. Ora, sem qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, o próprio COINF reconheceu ter laborado em equívoco, quando do envio da primeira comunicação, erro esse que foi corrigido e devidamente esclarecido com a segunda comunicação, tudo sem prejuízo de que a Concessionária se defendesse. Não houve, portanto, subversão da hierarquia com a superposição do ato emanado do órgão inferior sobre a manifestação de vontade do órgão superior, e sim uma retificação do ato praticado pelo último. E, o mais importante, sem nenhum prejuízo à defesa do autuado.

III.4.2. Violação ao princípio da tipicidade

66. Também não há que se falar em violação ao princípio da tipicidade. Nesse ponto, vale esclarecer que as infrações objeto de discussão nos autos não decorre de um poder geral de polícia outorgado pela legislação à Agência, e sim do próprio Contrato de Concessão voluntariamente assinado pela autora. Nesse sentido, são lúcidas as lições doutrinárias de Lucas Rocha Furtado, ao tratar das prerrogativas das Agências Reguladoras em geral para a gestão e regulação de contratos firmados para delegação de serviço público. São as palavras do autor:



**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

A atividade desenvolvida pelas agências reguladoras se enquadra como simples gestão e regulação dos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos. Isto em nada lhes reduz a importância ou as potestades. Ao contrário, amplia a possibilidade de intervenção estatal. Em razão de as concessionárias explorarem atividade pública delegada, amplia-se sobremaneira a possibilidade de intervenção do Estado, que não se limita aos instrumentos da polícia administrativa. Se a atividade desenvolvida pelas agências reguladoras se inserisse como poder de polícia, as restrições ao exercício dessa atividade seriam aplicáveis, inclusive no que concerne à necessidade de lei específica.

Definida a atividade das agências reguladoras como regulação de contratos, os limites para a intervenção estatal, relativamente às concessionárias, podem decorrer não apenas da lei, mas igualmente do contrato firmado. Pode o contrato de concessão conferir à Agência poderes outros não previstos em lei, desde que constantes no edital da licitação e no respectivo contrato de concessão ou de permissão. Amplia-se igualmente o poder normativo da agência, o que não poderia ocorrer se a atividade fosse de polícia administrativa, que deve observar estritamente o princípio da legalidade administrativa.

Ademais, o regime jurídico que trata dos serviços públicos permite intervenção estatal mais invasiva em razão de se tratar de atividade pública delegada, diversamente do que ocorre com as atividades privadas reguladas e que são objeto de ordenação pelo poder de polícia. (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 5ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 572/573)

67. Nesse diapasão, estabelece o contrato de concessão celebrado com a autora:

- 18.4** O não atingimento dos Parâmetros de Desempenho constantes do PER para as obras e serviços de caráter não obrigatório será considerado inexecução parcial do Contrato de Concessão, e ensejará à Concessionária as sanções previstas nos subitens (ii) e/ou (iii) do item 18.5, sem prejuízo, da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro calculada na forma do Anexo 5. Tais penalidades não poderão ser cumulativas com as multas previstas no item 18.3 acima.
- 18.5** Pela inexecução parcial ou total deste Contrato, a ANTT poderá, garantida prévia defesa, aplicar à Concessionária as seguintes sanções:
- (i) advertência;
 - (ii) multa, de 100 (cem) até 1000 (mil) URT's;
 - (iii) rescisão contratual, na forma prevista neste Contrato.
- 18.6** Na aplicação das sanções será observada regulamentação da ANTT quanto à graduação da gravidade das infrações.



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

68. Observa-se que constitui infração toda e qualquer inexecução do contrato, ou seja, todo e qualquer descumprimento de obrigações estabelecidas no contrato deve ser reputado como infração passível de punição com advertência ou multa. No caso dos autos, cada auto de infração traz de forma precisa a descrição da conduta infracional e o processo administrativo (especialmente os relatórios técnicos) informam expressamente o dispositivo contratual infringido pela Concessionária, os quais podem ser sintetizados no quadro a seguir:

Auto de Infração	Fundamento Contratual
5027	Violação à obrigação prevista no quadro 4.6 do PER - Programa de Exploração da Rodovia
5082	Violação à obrigação prevista no quadro 4.2 do PER - Programa de Exploração da Rodovia
5086	Violação à obrigação prevista no quadro 1.1 do PER - Programa de Exploração da Rodovia
5087	Violação à obrigação prevista no quadro 4.1 do PER - Programa de Exploração da Rodovia

69. Dessa forma, também deve ser rejeitado o argumento da autora de que não houve observância da tipicidade. Todas as infrações estão devidamente enquadradas como obrigações contratuais que foram descumpridas. Essas obrigações permeiam todo o contrato de concessão e seus anexos, especialmente, o Programa de Exploração da Rodovia - PER, documento que detalha de modo eminentemente técnico as obrigações da concessionária em relação ao sistema viário.

III.4.3. Ausência de previsão de penalidade para a conduta da autora



**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

70. Conforme trecho citado no tópico antecedente, o contrato de concessão traz não somente as condutas passíveis de punição (qualquer descumprimento contratual) como também as possíveis penalidades a serem aplicadas, notadamente advertência e multa de 100 (cem) a 1000 (mil) unidades de referência tarifária - URT.

71. Por outro lado, a dosimetria dessa penalidade é remetida para regulamentação da Agência, no caso, a Resolução ANTT nº 4.071, de 3 de abril de 2013, que faz um agrupamento de infrações segundo a gravidade. Nesse sentido, dispõe o art. 2º da referida resolução:

Art. 3º A partir das Concessões da 2ª Etapa do PROCROFE, as penalidades de multas serão calculadas tendo como base a Unidade de Referência de Tarifa - URT, conforme disposto nos Contratos de Concessão, com a seguinte gradação:

I - Grupo 1 - multa de 100 (cem) URTs;

II - Grupo 2 - multa de 165 (cento e sessenta e cinco) URTs;

III - Grupo 3 - multa de 275 (duzentos e setenta e cinco) URTs;

IV - Grupo 4 - multa de 413 (quatrocentos e treze) URTs; e

V - Grupo 5 - multa de 550 (quinhentos e cinquenta) URTs.

72. Nos artigos seguintes, a resolução traz as hipóteses de aplicação de pena de advertência e explicita quais infrações se enquadram em cada um dos grupos.

73. Portanto, o contrato e a regulamentação da Agência deixam indenes de dúvidas as penalidades imputáveis ao concessionário.

III.4.4. Violação aos princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa

74. Basta uma breve análise dos processos administrativos juntados aos autos pela própria requerente para perceber que seguiram rigorosamente a legislação de regência e o contrato de concessão, assegurando ao autuado as garantias do contraditório e da ampla defesa, a possibilidade de recursos e culminou com decisões motivadas de duas instâncias diversas.



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. Não procede, portanto, a alegação da autora e esta não detalha de que modo a Agência teria falhado nesse mister de fundamentar suas decisões e de observar o devido processo legal.

III.4.5. Ausência de infração ante o atendimento das determinações da ANTT

76. Também quanto a este ponto, basta uma breve análise dos processos administrativos para se constatar que a requerente não cumpriu tempestivamente as determinações da Agência, após a lavratura dos Termos de Registros de Ocorrência. Tal omissão culminou na lavratura dos autos de infração seguida da aplicação das penalidades cabíveis.

III.4.6. Desproporcionalidade e ausência de razoabilidade do valor da multa

77. Conforme informado anteriormente, o próprio contrato de concessão remete a gradação das penalidades a regulamentação da Agência, que assim o fez por meio da Resolução nº 4.071/2013. Nos casos discutidos nos autos, os fiscais e posteriormente os especialistas em regulação da Agência nada mais fizeram senão aplicar a referida resolução tal qual é feito em relação a todas as outras Concessionárias. Não houve aplicação de penalidade mais gravosa ou mais branda à ViaBahia Concessionária, mas sim a aplicação de penalidade nos termos estabelecidos pela referida resolução.

78. Ressalte-se que atos dessa natureza, antes de editados, precisam observar o disposto no art. 68 da Lei 10.233/2001, que assim dispõe:

Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das Diretorias Colegiadas para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.

79. Longe de se tratar de uma imposição autoritária por parte da ANTT, uma proposta de resolução desta natureza segue todo um rito de participação e controle social previamente à sua edição (atualmente, esse procedimento é regulamentado pela



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

Resolução ANTT nº 5624, de 21 de dezembro de 2017). De forma resumida, uma proposta fundamentada é formulada pela área técnica; há ampla divulgação no DOU e na imprensa em geral acerca do conteúdo da proposta; são recebidas contribuições por escrito ou orais em audiências públicas; todas essas contribuições são analisadas e fundamentadamente acatadas ou rejeitadas; segue-se para deliberação do órgão máximo da Agência, a Diretoria formada por cinco diretores (ou seja, não basta a vontade de uma autoridade da ANTT).

80. Verifica-se, portanto, que há todo um procedimento prévio transparente que legitima a atuação do regulador.

81. Ademais, ao valer-se a Agência da prerrogativa que lhe foi conferida pela lei e pelo contrato para tratar do tema, é preciso que haja uma deferência do Poder Judiciário à decisão tomada pelo Regulador no âmbito da sua discricionariedade técnica. Nesse sentido, são dignas de nota as ponderações de Marcos Juruena Villela Souto:

No Brasil, como dito, os atos regulatórios, como atos administrativos que são, se submetem ao princípio da jurisdição una, razão pela qual podem ser revistos pelo Judiciário.

É claro que, como frisado, a decisão judicial não poderá substituir a valoração técnica do órgão regulador, que envolve um juízo de valor que pondera aspectos econômicos (e/ou sociais) e jurídicos acerca da melhor técnica de implementação de uma política pública. A independência do regulador, portanto, só afasta a valoração política, que já foi tomada por ocasião da formulação política. (SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 377)

82. Portanto, nada mais adequado do que o próprio regulador, após todo um procedimento transparente e participativo, proceder ao juízo de valor acerca da gradação mais adequada para as penalidades previstas contratualmente.

83. O próprio Superior Tribunal de Justiça também tem se mostrado sensível à necessidade de que o Poder Judiciário confira alguma deferência às decisões regulatórias. Vejamos:



**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

Em que pese aos judiciosos argumentos expendidos e aos do Ministério Público Federal, e sem adentrar no mérito da questão relativa ao critério utilizado para alcançar o índice adotada para o reajuste dos contratos antigos, tenho que a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também instabilidade no mercado de saúde suplementar.

Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia. (...)

Esse o enfoque dado à matéria por Sérgio Guerra, em "Controle Judicial dos Atos Regulatórios", anotando que: "se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio –, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado" (2005, fls. 272/275).

(STJ - AgRg na SLS 163 / PE - AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA - 2005/0128970-7 - Relator(a): Ministro EDSON VIDIGAL (1074) - Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL - Data do Julgamento: 19/12/2005 - Data da Publicação/Fonte: DJ 27/03/2006 p. 133)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 267, § 3º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). DIVERSAS ARBITRAGENS ADMINISTRATIVAS LEVADAS A CABO PELA ANATEL. DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA EM CONFLITO ENTRE PARTES DIFERENTES, MAS COM O MESMO OBJETO. MATÉRIA DE ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. EXTENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ÀS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM OUTRAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DEVER DO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA DEFERÊNCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA, DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA. EVITAÇÃO DE DISTORÇÕES CONCORRENCIAIS. REVISÃO DA EXTENSÃO DA LIMINAR DEFERIDA NO PRESENTE CASO.

(...)

6.4. Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo -, e, na espécie, a cautela possível é apenas promover o redimensionamento da tutela antecipada aos termos do Despacho Anatel/CAI n. 3/2007.



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

(STJ – Processo REsp 1171688 / DF - RECURSO ESPECIAL
2009/0242534-7 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES
(1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento
01/06/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 23/06/2010)

84. Enfim, cai por terra toda e qualquer alegação de desproporcionalidade no caso dos autos, na medida em que a ponderação quanto à penalidade adequada seguiu regulamentação prévia da Agência, elaborada segundo parâmetros técnicos e após todo um procedimento participativo, além de se tratar de normas aplicáveis indistintamente a todos os Concessionários da mesma etapa de concessões (e que, portanto, seguem o mesmo modelo regulatório).

III.4.7. Violação aos princípios constitucionais regentes da atuação da Administração Pública

85. A autora alega genericamente a violação aos princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública.

86. Contudo, o próprio enfrentamento dos pontos acima revela a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência por parte da ANTT.

III.4.8. Consumação da prescrição intercorrente

87. Ao alegar a consumação da prescrição intercorrente, a autora desconsidera o quanto disposto na Lei nº 9.873/99, que assim dispõe:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, **pendente de julgamento ou despacho**, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem



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

prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

(grifamos)

88. Veja que somente incide a prescrição intercorrente em caso de o processo administrativo permanecer paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho. Dessa forma, tanto o julgamento quanto despacho têm o condão de impedir a consumação da prescrição. Nesse sentido, é a jurisprudência dos Tribunais Pátrios:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NÃO OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS MARCOS INTERRUPTIVOS PREVISTOS NA LEI Nº 9.873/99.

1. A Lei nº 9.873/99 cuida da sistemática da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória referidas ao poder de polícia sancionador da Administração Pública Federal.

2. O art. 2º, II, da Lei nº 9.873/99, estabelece que a prescrição da pretensão punitiva da Administração é interrompida por qualquer ato inequívoco que tenha por objetivo a apuração do fato, devolvendo-se integralmente a contagem do prazo prescricional, que é de cinco anos.

3. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os despachos de encaminhamento dos autos proferidos no curso do processo administrativo têm o condão de interromper o prazo prescricional**, visto que necessários à conclusão do iter procedimental instaurado para a apuração do fato.

(TRF4, AC 5013567-54.2016.4.04.7000, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 15/12/2016)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PRESCRIÇÃO TRIENAL INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO VERIFICADA. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. (...) De acordo com o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/99, "incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada" (texto original não sublinhado).

4. No caso em apreço, consoante consignado no acórdão do Tribunal de origem, a autuação ocorreu em 8 de novembro de 2001, tendo a ora executada apresentado defesa no dia 20 do mesmo mês, defesa essa encaminhada ao setor de análise técnica em 6 de setembro de 2002. Segundo o Tribunal de origem, sem que houvesse instrução, constando dos autos do processo administrativo unicamente a defesa, a cópia do auto de infração e o



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

instrumento procuratório, foi proferido despacho intimando o autuado para apresentar alegações finais, em 1º de junho de 2005, despacho esse ratificado em 12 de setembro de 2005. O julgamento na esfera administrativa ocorreu em 3 de abril de 2006.

5. Diante das supracitadas circunstâncias fáticas descritas pelo Tribunal de origem, o acórdão recorrido deve ser reformado, pois, ao contrário do que ali ficou consignado, **o processo administrativo não ficou paralisado por mais de três anos, tendo em vista que o despacho de intimação do administrado para apresentar alegações finais é suficiente para descaracterizar a paralisação do processo administrativo.** (...) (REsp 1431476/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 25/02/2014).

89. Para fins de análise da higidez de cada auto de infração, cabe refutar a contagem de prazo empreendida na petição inicial, notadamente o quadro constante do parágrafo 50 assim confeccionado:

Auto de Infração	Data - Recurso	Data - Decisão	Período transcorrido
AI 5027	25/04/2013	14/08/2019	4 anos e 3 meses
AI 5082	09/03/2015	12/07/2019	4 anos e 4 meses
AI 5086	27/03/2015	14/08/2019	4 anos e 4 meses
AI 5087	25/05/2015	15/07/2019	4 anos e 1 mês

90. Observe que a autora desconsidera completamente os despachos proferidos entre os marcos temporais citados, senão vejamos.

91. Quanto ao AI 5027, constam do processo administrativo nº 50500.107335/2012-37 diversos atos que impediram a consumação da prescrição intercorrente entre a data do recurso e a data da decisão, com destaque para os despachos de **03/02/2015** (fl. 139 do PA) e de **10/02/2017** (fl. 144 do PA), bem como do Parecer Técnico nº 148/2018/GEFOR/SUINF (fls. 149/151v do PA) produzido em **24/04/2018**.

92. Em relação ao AI 5082, também constam do processo administrativo nº 50535.003945/2014-27 diversos atos que impediram a consumação da prescrição



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

intercorrente entre a data do recurso e a data da decisão, com destaque para o despacho de **13/09/2017** (fl. 132 do PA).

93. No processo administrativo nº 50535.004387/2014-17, que trata do AI 5086, é possível citar, dentre outros, o despacho de **13/09/2017** (fl. 90 do PA) como marco impeditivo da consumação da prescrição.

94. Por fim, quanto ao AI 5087, cabe destacar no processo administrativo nº 50535.004386/2014-72 o despacho de **13/09/2017** (fl. 84 do PA) como impeditivo da consumação da prescrição.

95. Assim, também não procede a alegação da autora quanto à suposta consumação da prescrição intercorrente.

IV – AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA*

96. No que se refere ao *periculum in mora*, além de não ter sido demonstradas, as situações invocadas pela requerente atraem risco de *periculum in mora* inverso, em desfavor sobretudo dos usuários da rodovia, conforme demonstrado na petição de **18 de fevereiro de 2020** e esclarecimentos pontuais a seguir.

IV.1. Inviabilidade da continuidade da Concessão e prejuízo aos usuários

97. Alega a Requerente que, caso as liminares sejam revogadas, haverá “inviabilização da continuidade da Concessão e, por consequência, o prejuízo da prestação dos serviços essenciais aos usuários.”

98. Na verdade, o risco é exatamente o oposto. **A manutenção das liminares cria um incentivo para que a Concessionária permaneça sem executar as obrigações previstas no contrato, em prejuízo do usuário.** Tudo isso com o recebimento integral



**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

da tarifa de pedágio. Não custa reiterar as informações trazidas anteriormente pela NOTA TÉCNICA SEI N° 97/2020/GEFIR/SUINF/DIR (doc. RDA-018), **não impugnadas pela Requerente**, diga-se, e que demonstram o **alto nível de inexecução do contrato**. No que se refere às **obras obrigatórias**, **a inexecução é sempre acima de 80% (oitenta por cento)**:

ViaBahia - BR-324/BA e BR-116/BA			
ANO CONCESSÃO	ANO CIVIL	PERCENTUAL DE INEXEÇÃO (%) 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

99. Já quanto às **obras condicionadas ao volume de tráfego**, a **inexecução é total, 100% (cem por cento)**:

INEXEÇÃO CONTRATUAL - OBRAS OBRIGATÓRIAS			
ANO CONCESSÃO	ANO CIVIL	MONTANTE PREVISTO (PREÇO INICIAL)	INEXEÇÃO
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

100. Essas informações estão em consonância com as avaliações trazidas pelo BNDES (vide item III.2 acima), no sentido de haver um **descompasso entre os valores desembolsados pelo banco e a execução física das obras.**

101. Destaca-se também a Auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, por meio do Relatório de Fiscalização da SEINFRA, parte do TC n. 010.222/2019-7 (RDA-025). A área técnica do tribunal destacou que **“durante a auditoria, foi possível atestar a situação precária de manutenção da rodovia BR-116/324/BA”.**

102. No mesmo documento, com relação às inexecuções por parte da Requerente, destacou o sistemático descumprimento das obrigações da concessionária, com o **“desatendimento a todos os parâmetros de desempenho previstos para a fase de recuperação da rodovia, a inexecução de 360 km de duplicação de obras de gatilho previstas para até o 8º ano, e a não realização de obras obrigatórias, que levaram a celebração do TAC, sendo este também descumprido”.**

103. Ademais, não cabe à Concessionária ou mesmo a este Tribunal Arbitral avaliar o se o serviço público será mais bem prestado mediante o estabelecimento de uma nova Concessão Comum, por uma Parceria Público Privada – PPP, ou mesmo se por meio da administração direta da rodovia por uma autarquia federal. A avaliação tanto técnica quanto de conveniência e oportunidade, sequer é da ANTT, mas sim do Poder Concedente (União), que, diga-se, não é parte no processo.

104. Portanto, **o verdadeiro prejuízo ao usuário seria a permanência do atual estado de coisas no qual é cobrado pela tarifa de pedágio e não recebe a contrapartida de um serviço adequado.** A permanecer essa imunidade da Concessionária a qualquer atuação regulatória da Agência, a Requerente terá incentivo perverso para permanecer em estado de inadimplência e potencializando lucros.

IV.2. Caducidade da concessão



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

105. Outro receio apontado pela Requerente consiste na eventual caducidade da concessão.

106. Primeiramente, importante destacar que a caducidade é pena extrema, somente aplicada uma vez desde a criação da Agência em pouco mais de 18 (dezoito) anos. Trata-se do caso da Concessionária Galvão, que ingressou no trecho e praticamente não executou nenhuma obra.

107. Em segundo lugar, nos termos do disposto no §3º do art. 38 da Lei nº 8.987/95, o procedimento administrativo punitivo que pode vir a culminar na aplicação de pena de caducidade possui uma fase preliminar chamada período de cura, no qual à Concessionária é conferido prazo para sanar as irregularidades. A Requerente, dessa forma, **contará com ampla oportunidade de se redimir do atual nível de inexecução contratual**, obviamente se tiver os incentivos adequados para tanto.

108. Em terceiro lugar, na remota hipótese de decretação da caducidade, nada impede que o processo se resolva em perdas e danos, sem qualquer risco de insolvência por parte da ANTT e, em última análise, do Tesouro Nacional.

109. Importante ainda notar que, nos termos da subcláusula 28.1 do Contrato de Concessão, a ANTT fará meramente uma análise técnica dos eventuais inadimplementos contratuais:

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:

110. A responsabilidade pela efetiva decretação da caducidade é da **União**, que **não é parte do processo**. Em última análise, é a União, titular do serviço público em voga, que avaliará se, dado um determinado nível de descumprimento do contrato, afigura-se



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

conveniente e oportuno a decretação da caducidade para que haja a assunção direta do trecho ou a deflagração de nova concessão ou mesmo a constituição de uma Parceria Público Privada.

111. Com efeito, o risco aqui também é inverso, a saber, **impedir terceiro estranho ao processo (União) de exercer suas prerrogativas públicas**. E mais, não há o mínimo indício de que a Concessionária ou este Tribunal teria maior capacidade institucional de avaliar todo um contexto de prestação do serviço rodoviário nacional e tomar a decisão mais satisfatória ao usuário.

112. Acrescente-se mais uma vez o incentivo perverso para o inadimplemento contratual. **A se manterem as liminares, a Concessionária estará completamente imunizada de qualquer ameaça de sanção ou mesmo de reequilíbrio negativo da tarifa em razão dos descumprimentos contumazes.**

113. Portanto, o risco de a Concessionária não cumprir o contrato em razão dessa verdadeira imunidade atribuída pelas liminares é muito maior que eventual decretação de caducidade.

IV.3. Autoexecutoriedade dos atos administrativos (exigência de multas, acionamento de garantias, CADIN, dívida ativa etc)

114. Outro receio apontado pela Requerente como justificativa para manutenção das liminares reside na possibilidade de a Requerida exigir multas, acionar garantias, inscrever o nome do devedor no CADIN dentre outras medidas de caráter executório.

115. Inicialmente, é preciso desmistificar o atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos. Da forma posta em sua petição, a Requerente parece querer imputar à ANTT a pecha de autoritária, tirânica ou outros adjetivos do gênero simplesmente por valer-se da mais comezinha prerrogativa que lhe confere o regime jurídico



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

administrativo¹, que é o poder-dever de executar seus atos. Isso não significa que haverá desrespeito ao ordenamento jurídico.

116. Pelo contrário, observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, bem como os procedimentos previstos em lei e regulamentos, há um verdadeiro dever de agir de ofício por parte da Administração Pública como um todo, na qual inserida também a ANTT. Basta considerar o total absurdo que seria uma situação na qual para cada multa aplicada a empresa de ônibus ou transportador de carga fosse necessário provocar o Poder Judiciário ou mesmo se para cada multa aplicada a Concessionária ter que se instaurar um procedimento arbitral.

117. Assim, que fique claro que a tomada de providências por parte da ANTT é algo rotineiro em toda Administração Pública, e não alguma intenção deliberada de, sem o devido respaldo jurídico, simplesmente causar prejuízo à Concessionária.

118. Assentada essa questão da executoriedade, importante ainda destacar que as discussões postas na presente arbitragem se fazem num contexto da regulação de uma atividade econômica *lato sensu*. Embora toda conceituação seja problemática, é possível afirmar com boa margem de segurança que tratar de regulação, em última análise, é tratar da **capacidade de uma autoridade pública de influenciar o comportamento do regulado com vistas a atingir bens jurídicos maiores identificados com o interesse público**, que, no caso dos autos, se concretiza na busca pelo serviço adequado. Nesse sentido, ensinam os professores britânicos Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge:

Therefore, we follow Julia Black's more wide-ranging definition of regulation as 'the intentional use of authority to affect behaviour of a different party according to set standards, involving instruments of information-gathering and behaviour modification' (Black, 2001)

¹ Nesse sentido, confira-se: MELLO, Celso A. B. de. Curso de direito administrativo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Páginas 383 e 384. - MEIRELLES, Hely L. Direito administrativo brasileiro. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 140. - CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, págs. 112/114. - DI PIETRO, Maria S. Z. Direito administrativo. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 202.



**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

(BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. LODGE, Martin. Introduction: Regulation – The Field and the Devolving Agenda. *In*: The Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press. Oxfordshire/UK, 2010, p. 12)

119. No caso em testilha, o que se busca com as medidas ora impugnadas pela Requerente é **influenciar o comportamento do regulado para que cumpra o contrato e, em última análise, entregar ao usuário um serviço adequado, o que não vem ocorrendo.**

120. No âmbito internacional, muito se debate sobre a melhor estratégia para influenciar o regulado a atingir o comportamento esperado. Da combinação entre abordagens mais persuasivas ou de *compliance* e abordagens mais punitivas (*deterrence*), surgem modelos² apelidados de Regulação Responsiva³ (*Responsive Regulation*), Regulação Inteligente⁴ (*Smart Regulation*), Meta-Regulação⁵ (*Meta-Regulation*) dentre outros⁶. O que há de comum em qualquer desses modelos é o resguardo de instrumentos mínimos à disposição da Autoridade Pública para a implementação da regulação.

121. No caso dos autos, **a manutenção das liminares significa extirpar qualquer instrumento de regulação em poder da Requerida. É manter, a um só tempo, a delegação de um serviço público para o particular sem a correspondente regulação. É ter o bônus, consistente no recebimento de tarifa, sem o ônus do cumprimento do contrato. É ter a prerrogativa de executar o serviço, sem a responsabilidade pelo cumprimento das normas preestabelecidas no contrato para a prestação desse**

² Nesse sentido, confira-se: GUNNINGHAN, Neil. Enforcement and compliance strategies. *In*: The Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press. Oxfordshire/UK, 2010, p. 120/145)

³ Utilizar como estratégia a aplicação de sanções progressivamente mais gravosas, desde a simples advertência (*warning*) até a absoluta impossibilidade de prestação do serviço (*incapacitation*).

⁴ Defende a utilização não só de uma variedade de instrumentos regulatórios como também de atores aptos a exercer alguma influência sobre o comportamento do regulado, como, por exemplo, financiadores que exigem da empresa alguma certificação ambiental ou níveis de execução do contrato para liberação de empréstimos.

⁵ Utilização de estratégias por parte da Autoridade Pública para incentivar que os próprios regulados desenvolvam sistemas de controle interno e de gerenciamento de riscos



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

serviço. Enfim, é abandonar o usuário à própria sorte num mercado naturalmente monopolista.

122. Ainda dentro do tema das estratégias regulatórias, importante destacar que já houve tentativas da ANTT no sentido de resolver o problema consensualmente, mediante celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC (doc. RDA-019). 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.

123. Outros atores, como é o caso do BNDES, também vêm fazendo sua parte para tentar incentivar uma maior nível de execução contratual, conforme tratado anteriormente (ver item III.2 acima), porém, sem sucesso.

124. Os únicos instrumentos contratuais à disposição do regulador são o reequilíbrio contratual, que se faz mediante a utilização de mecanismo contratual chamado desconto de reequilíbrio, e a aplicação de penalidades, **ambos suspensos pelas liminares vigentes**.

125. Especificamente quanto ao **desconto de reequilíbrio**, trata-se de uma predefinição no contrato (subcláusula 20.6) acerca de qual redução tarifária o contratado receberia em razão de inexecução das obras. Nos contratos de concessão mais recentes, celebrados pela ANTT a **partir de 2019**, esse mecanismo recebeu o nome de **Fator D** e foi aperfeiçoado para que reflita de fato um reequilíbrio do contrato, ou seja, para que consiga de fato neutralizar o ganho financeiro obtido pela Concessionária ao deixar de executar uma obra. Esse não é o caso do mecanismo previsto no Contrato da ViaBahia, que possui uma **fórmula bem mais branda**, na medida em que: (i) não contempla alguns descumprimentos, como por exemplo, a não observância de parâmetros de desempenho em obras de arte especiais; (ii) é diluído pelos anos remanescentes do final da concessão.

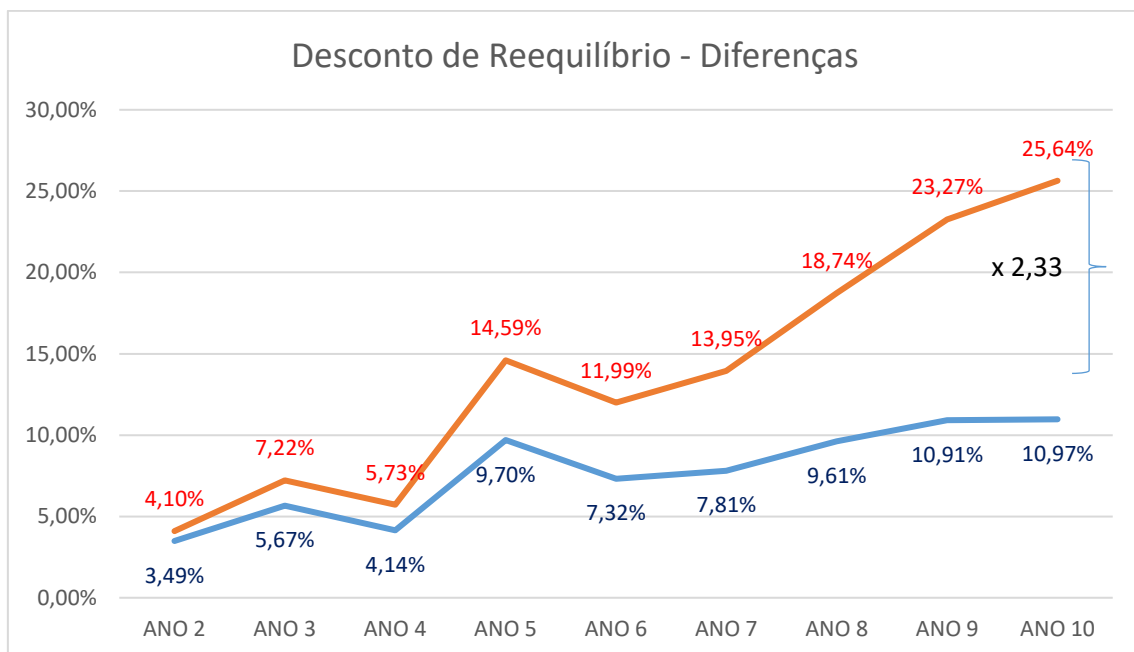
126. Não se pretende, neste momento, aprofundar nas discussões técnicas acerca do modo como o reequilíbrio vem sendo aplicado. Importante destacar apenas que o



**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

desconto de reequilíbrio, por si só, já é um **mecanismo bastante brando**. Se fosse utilizada para a ViaBahia a mesma metodologia utilizada pela ANTT para os **contratos celebrados a partir de 2019**, o percentual aplicado em termos de desconto de reequilíbrio seria **mais do que o dobro (2,33 vezes)**. Observa-se no gráfico abaixo que a **linha em azul** representa o quanto foi aplicado de desconto de reequilíbrio à **ViaBahia** e a **linha vermelha** o quanto seria aplicado se utilizada a metodologia em sua versão aperfeiçoada, utilizada pela ANTT em **contratos celebrados a partir de 2019**:



127. Importante notar que já são limitados os instrumentos previstos no contrato para incentivar o Concessionário a cumprir suas obrigações. Com a concessão de liminares que impedem a aplicação do desconto de reequilíbrio a margem de atuação desta Agência, dentro do permitido pela lei e pelo contrato, fica ainda mais restrita.

128. Não bastasse o impedimento de promover o reequilíbrio do contrato, as liminares ainda impedem qualquer medida punitiva.



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

129. Enfim, mais uma vez, o risco é inverso. Mantidas as liminares com o mesmo teor em que deferidas judicialmente, teríamos o prosseguimento do contrato de concessão sem a respectiva regulação.

IV.4. Risco de insolvência da Concessionária

130. Alega a Requerente haver sério risco de que a revogação das liminares acarrete o próprio fim da Concessionária. O argumento não é crível.

131. Conforme demonstrado acima (item III.1) a Concessionária, em razão de ter observado nos primeiros anos da Concessão **níveis de tráfego superiores às suas próprias expectativas**, muito provavelmente também obteve **receitas compatíveis com suas próprias projeções**.

132. Ainda do lado das entradas de recursos, nos termos do disposto no item III.2 acima, a Concessionária ainda recebeu vultosos recursos do BNDES. Nos termos da Carta AST nº 21/2017 (Doc. RTE-014), **foram liberados empréstimos de R\$ 847.868.000,00 (oitocentos e quarenta e sete milhões, oitocentos e sessenta e oito mil reais)**.

133. Do lado da despesa, **os desembolsos da Concessionária foram mínimos**. Afinal, conforme tabelas constantes do item IV.1. acima, as **obras de grande vulto simplesmente não foram executadas** pela Requerente. Mesma constatação foi feita tanto pelo **BNDES**, acerca do **descasamento entre o volume de financiamentos liberado e o percentual de execução contratual**, os termos do Carta AST nº 21/2017 (Doc. RTE-014), quanto pelo **Tribunal de Contas da União – TCU**, que, no TC n. 010.222/2019-7 (RDA-025), constatou diversos **inadimplementos contratuais**.

134. Ademais, conforme demonstrado acima, o **desconto de reequilíbrio previsto no contrato é bastante brando** e, mesmo assim, a **ANTT não vem conseguindo aplicá-lo** a contento por força das decisões judiciais.



**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

135. Para completar, a **Requerente também tem se sustentado em medidas liminares, para evitar novos investimentos e ainda não pagar as multas que lhe foram aplicadas.**

136. Portanto, de um lado, o imenso volume de recursos decorrentes de arrecadação tarifária compatível com as expectativas aliado a financiamento robusto do BNDES e, de outro, os baixos investimentos na rodovia, a baixa efetividade do desconto de reequilíbrio, e a imunidade conferida pelas decisões judiciais tanto em relação ao reequilíbrio contratual quanto ao pagamento das multas levam a crer que a Concessionária goza ou ao menos deveria gozar de boa saúde financeira.

137. Ademais, a própria Concessionária foi incapaz de demonstrar essa situação de penúria. Limitou-se a apresentar tabelas não auditadas de supostos prejuízos financeiros, a partir de 2016, para uma concessão que teve seu início em 2009.

138. Os dados da Concessionária também não gozam da devida credibilidade. Nesse ponto, cabe destacar notícia do TCU, no Processo TC n. 010.222/2019-7 (Doc. RDA-025), acerca dos **indícios de fraude e da pouca confiabilidade dos demonstrativos contábeis da Requerente:**

“(…) a celebração de contratos sem a correspondente contraprestação de serviços ensejou a lavratura de auto de infração da Receita Federal do Brasil em desfavor da ViaBahia, conforme descrito nas demonstrações financeiras anuais da companhia, encerradas em 31/12/2018 (evidência 74, p. 53). Em abril de 2017, a Receita Federal do Brasil lavrou auto de infração contra a Companhia, tendo como objeto contratos firmados, nos anos de 2012 a 2013 para a prestação de serviços que supostamente não tiveram a sua devida contraprestação do serviço, havendo assim a necessidade de recolhimento de imposto de renda retido na fonte, com valor corrigido e acrescido de multa e juros estimado em aproximadamente R\$ 16.575. 233. Esses elementos indicam que os demonstrativos contábeis são pouco confiáveis.”

(grifamos)

139. Por outro lado, se, por hipótese, fosse admitido o risco de insolvência da Concessionária, a situação denotaria um perigo inverso. Afinal, se é verdade que os



**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

débitos dos entes públicos federais são garantidos, em última análise, pelo Tesouro Nacional, a eventual incapacidade de que a Concessionária honre seus compromissos implicaria na assunção dos prejuízos pelo Poder Público e pelos usuários.

140. **Registre-se que a existência de seguro não supre a gravidade desse risco. Afinal, nos termos da subcláusula 11.1 do contrato de concessão, para o período do 5º ao 10º ano da concessão, são exigidas garantias de R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais), valor irrisório se considerarmos que o valor do contrato (subcláusula 15.1.1) é de R\$ 5.749.707.310,48 (cinco bilhões setecentos e quarenta e nove milhões setecentos e sete mil trezentos e dez reais e quarenta e oito centavos) e o valor da presente arbitragem é de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais).**

141. Verifica-se, portanto, que a Concessionária não logrou êxito em demonstrar iminente estado de insolvência. Ainda que, por hipótese, se admitisse essa possibilidade, o risco seria muito maior de prejuízo à Requerida e aos usuários do que propriamente à Requerente.

V – DOS REQUERIMENTOS

142. Diante do exposto, requer a ANTT:

- (i) A revogação da Ordem Processual nº 03, conforme exposição contida no item I acima;
- (ii) Seja assentada a competência deste Tribunal Arbitral exclusivamente para litígios posteriores a **03/05/2019**, data de celebração do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão e que incluiu a Cláusula Arbitral, decotadas do pedido as pretensões formuladas anteriormente junto ao Poder Judiciário, tudo conforme item II acima;
- (iii) A revogação integral da liminar concedida na ação cautelar nº 1023220-63.2019.4.01.3400 e, se entender da sua competência, também da liminar



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

conferida no âmbito do Agravo de Instrumento nº 1003068-43.2018.4.01.0000;

(iv) Caso este Tribunal entenda por bem a manutenção das liminares, requer seja especificado que eventual impedimento da Requerida de lançar mão de instrumentos regulatórios (atos sancionatórios, execução de garantias etc) estariam restritos cumulativamente a: (i) eventos compreendidos entre a data da celebração do 3º Termo Aditivo, **03/05/2019** e a data da assinatura do Termo de Arbitragem, **12/03/2020**; e (ii) que são objeto de debate na presente arbitragem. Por consequência, em relação aos **eventos anteriores** ao Termo Aditivo, as questões permaneceriam em debate no âmbito do Poder Judiciário ou dependeriam de celebração de compromisso arbitral e **eventos posteriores** ao Termo de Arbitragem dependeriam de instauração de nova arbitragem ou de aditamento do Termo.

Brasília, 29 de abril de 2020.

PAULO ROBERTO MAGALHÃES DE CASTRO WANDERLEY
Procurador Federal – PF/ANTT

KALIANE WILMA CAVALCANTE DE LIRA
Procurador Federal – PF/ANTT

ANDRÉ LUÍS MACAGNAN FREIRE
Advogado da União – PF/ANTT

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO
Advogada da União – PF/ANTT



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-001	Contrato de Concessão
RDA-002	1º, 2º e 3º termos aditivos contratuais
RDA-003	Programa de Exploração da Rodovia - PER
Manifestação de 18/02/2020 sobre revogação das liminares	
RDA-004	Edital de Concessão nº 001/2008
RDA-005	Portaria PGF nº 911, de 10 de dezembro de 2018
RDA-006	Sentença proferida na ACP nº 1000238-14.2017.4.01.3307
RDA-007	Sentença proferida na ACP nº 6049-88.2011.4.01.3304
RDA-008	Sentença proferida na ACP nº 8290-50.2016.4.01.3307
RDA-009	Decisão proferida na ACP nº 1002166-29.4.01.3307
RDA-010	Resolução ANTT nº 675/2004
RDA-011	Resolução ANTT nº 5859/2019
RDA-012	Ofício SEI 18477/2019/GEFIR/SUINF/DIR/ANTT
RDA-013	Carta VB-GEC-1191/2019
RDA-014	Carta VB-GEC-1192/2019
RDA-015	Acórdão TCU nº 2190
RDA-016	Acórdão TCU nº 2061
RDA-017	Segunda decisão proferida na ação cautelar nº 1023220-63.2019.4.01.3400
RDA-018	Nota técnica SEI nº 97/2020/GEFIR/SUINF/DIR
RDA-019	Termo de ajuste de conduta - TAC
Petição 1 da Requerida - Manifestação de 17.04.2020 sobre a Ordem Processual nº 03	
RDA-020	Carta ViaBahia VB_GEC_0358_2020__Suspensao_de_prazos__AI_5657
RDA-021	Carta ViaBahia VB_GEC_0364_2020__Suspensao_de_prazos__AI_05656
RDA-022	Resolução ANTT n. 5.878, de 2020
RDA-023	Decreto Legislativo n. 06, de 2020
Petição 2 da Requerida – Manifestação sobre a competência do Tribunal Arbitral e revogação das liminares	
RDA-024	Processo Administrativo 50500.138330-2017-61 - cláusula arbitral
RDA-025	Relatório de Fiscalização do TCU (TC 010.222/2019-7)



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

RDA-026	Nota Técnica nº 223-2017-GEROR-SUINF
RDA-027	Contestação ANTT - processo 1033023-70.2019.4.01.3400