



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DDB

RELATORIA: DDB

TERMO: VOTO À DIRETORIA

NÚMERO: 18/2022

OBJETO: ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO ANTT 5.845/2019

ORIGEM: SUART

PROCESSOS: 50500.104597/2021-31; 50500.020149/2021-85

PROPOSIÇÃO PRGP: parecer 00276/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (8680557); Despacho 01811/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (8680557); Nota 01274/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (8931584)

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO - DIRETORIA COLEGIADA

1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de proposta de alteração da Resolução ANTT 5.845/2019, que dispõe sobre as regras procedimentais para autocomposição e arbitragem no âmbito da ANTT.

2. DOS FATOS

2.1. O processo tem origem no Acórdão 4.036/2020 - TCU - Plenário (SE5611302), de 8/12/2020, referente ao processo de concessão do trecho rodoviário de Aliança do Tocantins (TO) a Anápolis (GO), compreendido pelas BR-153/TO/GO e 080/414/GO, por meio do qual o Tribunal de Contas da União (TCU) decidiu o que se segue:

9.2. **determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)** que, previamente à publicação do edital de concessão dos trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR080/414/GO, com fundamento no artigo 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e em observância ao disposto no art. 4º da Resolução TCU 315/2020:

(...)

9.2.20. **restringa a aplicação do mecanismo de arbitragem para solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis restritos ao rol previsto na Lei 13.448/2017 e no Decreto 10.025/2019, combinado com o disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996;**

9.2.21. **preveja expressamente na minuta de contrato o dever de publicidade dos atos relacionados à autocomposição de conflitos, haja vista os princípios que norteiam a Administração Pública e com a legislação, a exemplo da Constituição Federal, da Lei da Transparência (Lei 12.527, de 18/11/2011) e da Lei do Usuário dos Serviços Públicos (Lei 13.460, de 26/6/2017);**

(...)

9.4. **recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)** com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, e em observância ao disposto no art. 4º da Resolução TCU 315/2020, que:

(...)

9.4.10. **revise a Resolução ANTT 5.845/2019, a fim de compatibilizá-la com a Lei 13.460/2017, os princípios que norteiam a Administração Pública, em especial o da publicidade previsto no art. 37 da Constituição Federal;**

9.4.11. **estabeleça que o mecanismo de arbitragem previsto na Resolução ANTT 5.845/2019 seja empregado para solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis restritos ao rol previsto na Lei 13.448/2017 e no Decreto 10.025/2019, combinado com o disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996.**

[grifos acrescentados]

2.2. Seguidamente ao Acórdão 4.036/2020 - TCU - Plenário (SE5611302), a Superintendência de Concessão da Infraestrutura (SUCON) encaminhou o Ofício 85/2021/SUCON/DIR-ANTT (SE5611531), de 4/1/2021, à Superintendência de Governança, Planejamento e Articulação Institucional (SUART), com destaque, *in verbis*:

(...)

2. Sobre o item 9.4.10 do referido Acórdão, o Tribunal de Contas da União recomenda que a ANTT revise a Resolução ANTT 5.845/2019, a fim de compatibilizá-la com a Lei 13.460/2017, os princípios que norteiam a Administração Pública, em especial o da publicidade previsto no art. 37 da Constituição Federal.

3. Assim, solicitamos informação dessa SUART sobre o encaminhamento que será adotado acerca da questão da revisão da Resolução ANTT 5.845/2019, a fim de complementar o posicionamento da ANTT a ser enviado ao TCU.

4. Em relação ao item 9.4.11, o TCU recomenda que a ANTT estabeleça que o mecanismo de arbitragem previsto na Resolução ANTT 5.845/2019 seja empregado para solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis restritos ao rol previsto na Lei 13.448/2017 e no Decreto 10.025/2019, combinado com o disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996.

5. Sobre este assunto, informamos que os novos contratos de concessão estão sendo adequados para atendimento desta recomendação. Desta maneira, encaminhamos para ciência dessa SUART e avaliação da possibilidade de inclusão deste aspecto em possível revisão da Resolução ANTT 5.845/2019.

[grifos acrescentados]

2.3. Em razão da transversalidade do tema, a SUART assumiu a coordenação das ações referentes à revisão da Resolução ANTT 5.845/2019, as quais se deram no âmbito do grupo de trabalho criado pela Portaria DG 135/2021 (SEI6268411), de 27/4/2021, o qual contou com a participação de membros da própria SUART, da Procuradoria Federal junto à ANTT (PF-ANTT), da SUCON, da Superintendente de Infraestrutura Rodoviária (SUROD) e do Núcleo de Acompanhamento, Monitoramento e Articulação de Assuntos Estratégicos (NAM).

2.4. Ao longo do transcurso do trabalho constituído pela supracitada portaria, foi editada a NOTA TÉCNICA - ANTT 4054 (SEI379036), de 27/7/2021, direcionando algumas questões à PF-ANTT, as quais foram respondidas pelo Parecer 00276/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 7859064), de 19/8/2021, complementado pelo DESPACHO 01811/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 7859064), de 23/8/2021.

2.5. Tendo como norte o entendimento da PF-ANTT, o grupo de trabalho elaborou seu Relatório Final (SEI 7874658), de 30/8/2021, com a seguinte proposição:

(...)

4.1. Após reunião realizada no dia 26/08/2021, apreciando a questão objeto de investigação, os membros do Grupo de Trabalho, alinhado ao entendimento da PF-ANTT, apresentaram as seguintes conclusões:

I - **Em relação à publicidade dos procedimentos de mediação**, e em razão da previsão do Decreto n° 10.608, de 25 de janeiro de 2021, recomenda-se a revogação da previsão de sigilo disposta no parágrafo único, do art. 8º, da Resolução n° 5.845/2019, para seguir as normas emitidas pela entidade competente (Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal), visando não usurpar a atribuição prevista em norma regulamentar;

II - **No que se refere ao rol constante no art. 2º da Resolução ANTT n° 5.845/2019** atendendo à interpretação jurídica de que o rol da Lei n° 13.448/2017 e do Decreto n° 10.025/2019 é exemplificativo, entende-se pelo cabimento da manutenção da previsão de arbitragem para as controvérsias advindas da execução de garantias, tendo em vista sua natureza patrimonial e disponível.

4.2. Por fim, não obstante a proposta de alteração do art. 22 não constar do escopo abordado pelo TCU, o Grupo de Trabalho entende que a alteração sugerida pela Procuradoria se amolda com o disposto no art. 3º, IV, § 1º, do Decreto n.º 10.025, de 2019, fornecendo orientações claras e precisas, em obediência à ordem lógica para permitir a compreensão de seu conteúdo.

[grifos do original]

2.6. Registre-se que relativamente à proposta de alteração da Resolução ANTT 5.845/2019, o grupo de trabalho acolheu a sugestão contida no Despacho 01811/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 8680557), em seus exatos termos.

2.7. Concluídos os trabalhos, o Relatório Final (SEI7874658) referido no parágrafo único do art. 7º da Portaria DG 135/2021 foi encaminhado para conhecimento da Diretoria Colegiada, nos termos do OFÍCIO CIRCULAR 1828 (SEI7874658), de 13/9/2021, bem como enviado à Secretária de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação), por meio do OFÍCIO 24719 (SEI 8157326), de 19/9/2021.

2.8. De forma a instruir o processo para posterior deliberação da Diretoria Colegiada, a SUART juntou aos autos a NOTA TÉCNICA - ANTT 6204 (SB677664) e a MINUTA DE RESOLUÇÃO GERAP (SEB750635), datados de 11/11/2021, ao tempo em que direcionou a proposta à manifestação do órgão de consultoria e assessoramento jurídico, sobretudo quanto à possibilidade de dispensa de análise de impacto regulatório e de processo de participação e controle social.

2.9. Em resposta, constante da Nota 01274/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI931584), de 25/11/2021, a PF-ANTT se manifestou no seguinte sentido:

6. Sabendo-se que as alterações da Resolução n° 5.845/2019 se dão tão somente com vistas a consolidá-la e adequá-la às normas do Decreto n° 10.025/2019 e do Decreto 10.608/2021, parece-nos sim dispensada a realização de audiência pública e análise de impacto regulatório para aprovação das alterações, o que merece, de toda forma, ser chancelado e motivado pela Diretoria Colegiada da Agência, conforme manda o dispositivo transcrito.

2.10. Após a manifestação da PF-ANTT, e com vistas a cumprir o disposto no art. 50 da norma regimental, a SUART juntou ao processo o RELATÓRIO À DIRETORIA 685 (SEI 9200053) e a MINUTA DE RESOLUÇÃO COEPE (SEI 9206011), ambos de 16/12/2021.

2.11. Em 23/12/2021, os autos foram distribuídos a esta Diretoria, mediante sorteio, conforme o DESPACHO CODIC (SEI 9300197).

2.12. É o relatório.

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. Cediço que a alteração da Resolução ANTT 5.845/2019 decorreu do Acórdão 4.036/2020 - TCU - Plenário (SEI5611302), passa-se a orientar essa análise quanto ao atendimento das determinações e recomendações decorrentes da decisão da Corte de Contas Federal.

3.2. Com vistas a facilitar a compreensão dos temas em debate, a controvérsia resume-se a dois aspectos: a publicidade dos atos relacionados à autocomposição de conflitos; e a compatibilização do rol de direitos patrimoniais disponíveis previstos na norma da Agência relativamente ao disposto nos atos hierarquicamente superiores.

3.3. Sobre o primeiro tema, sigilo das informações, a unidade técnica se manifestou conforme o RELATÓRIO À DIRETORIA 685 (SEI 9200053), *in verbis*:

(...)

2.2. Quanto ao sigilo das informações, destaque-se que com relação à observância do dever de publicidade, nos mecanismos alternativos para resolução de controvérsias aplica-se a publicidade mitigada. Posto que, embora a regra para a Administração Pública Federal seja a publicidade, este mister não significa dever de transparência imediata, total e irrestrita, devendo a publicidade adequar-se ao previsto no ordenamento jurídico, especialmente às disposições da Lei n° 13.140 de

26 de junho de 2015 (trata da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública) – mencionada no Acórdão –, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012 (que regulamenta a LAI) e d Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD).

2.3. Com relação à constatação de violação do art. 30 da Lei nº 13.140, de 2015, o Parecer n. 00276/2021/PF-ANTT/PGF/AGU esclareceu que, tomando como base o art. 33 da referida Lei e com o advento do Decreto nº 10.608, de 25 de janeiro de 2021, os processos de mediação serão obrigatoriamente conduzidos pela Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal, em que as regras de procedimento devem ser delineadas pelo órgão competente, qual seja, a Câmara de Mediação e Conciliação. Nessa toada, a PF-ANTT deixa claro que na condução do processo, a Câmara disponibilizará acesso aos atos já documentados no processo, resguardadas as hipóteses legais de sigilo.

2.4. Deste modo, o Despacho n. 01811/2021/PF-ANTT/PGF/AGU, que complementa e aprova o Parecer n. 00276/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (8680557), sugeriu a alteração da Resolução ANTT n.º 5.845, de 2019. A modificação de texto consiste na revogação do parágrafo único do art. 8º e na alteração de redação do art. 22, de modo a compatibilizar a Resolução ANTT n.º 5.845, de 2019, com os Decretos nº 10.025, de 2019, e nº 10.608, de 2021.

(...)

3.4. Não havendo controvérsia a ser dirimida, vez que a medida sugerida caminha ao encontro do atendimento do Acórdão 4.036/2020 – TCU – Plenário (SE5611302), passa-se ao exame relativo ao rol de direitos patrimoniais disponíveis constantes da Resolução ANTT 5.845/2019, os quais, segundo o TCU, extrapolariam as hipóteses previstas no Decreto 10.025/2019 e na Lei 13.448/2017, vez que a Corte de Contas entendeu que o rol de direitos patrimoniais disponíveis previstos nessas normas seria exaustivo.

3.5. Sobre esse ponto assim se manifestou a SUART, na forma do RELATÓRIO À DIRETORIA 685 (SEI 9200053):

(...)

2.5. Da mesma maneira, com relação ao item 9.4.11 do Acórdão 4036/2020-TCU-Plenário, a PF-ANTT prestou esclarecimentos sobre a natureza (taxativa ou exemplificativa) do rol tratado na Lei nº 13.448, de 2017 e no Decreto nº 10.025, de 2019. O referido Parecer n. 00276/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (8680557), informa que o rol tratado na Lei nº 13.448, de 2017 e no Decreto nº 10.025, de 2019, tem natureza exemplificativa, que as controvérsias sobre execução de garantias são arbitráveis e que tal hipótese já está abarcada no art. 2º da Resolução ANTT nº 5.845, de 2019.

2.6. Importante ressaltar que a publicação da Resolução nº 5.845, de 2019, ocorreu antes do Decreto nº 10.025, de 2019, o qual, em seu art. 2º, define quais são os objetos que inicialmente poderiam ser discutidos em sede de arbitragem, deixando aberta a possibilidade de inclusão de novos elementos, dada a utilização da expressão entre outras.

2.7. Desta forma, entendeu-se que as obrigações decorrentes de inadimplementos contratuais, configurados como direitos patrimoniais disponíveis, incluídas aqui as controvérsias da execução de garantias, cujo instrumento tem como fim a satisfação do crédito decorrente de multas e indenizações em razão de inadimplementos no âmbito dos contratos de concessão e permissão, podem ser objeto de juízo arbitral.

(...)

3.6. De fato, entendendo que assiste razão à unidade técnica quanto à natureza exemplificativa do rol de direitos patrimoniais disponíveis constantes do Decreto 10.025/2019. Outrossim, a manutenção da redação do inciso III do art. 2º da Resolução ANTT 5.845/2019, tal como proposto, não se configuraria como encaminhamento adequado frente à determinação e à recomendação do Acórdão 4.036/2020 – TCU – Plenário (SEI 5611302).

3.7. Explica-se. No âmbito do mesmo acórdão, a determinação 9.2.20. e a recomendação 9.4.11. se deram no mesmo sentido, qual seja: compatibilizar a aplicação do mecanismo de arbitragem à solução de controvérsias relativas aos direitos materiais disponíveis “restritos ao rol previsto na Lei 13.448/2017 e no Decreto 10.025/2019, combinado com o disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996.

3.8. A diferença entre a determinação e a recomendação se deu apenas quanto ao âmbito de aplicação. Enquanto a primeira dizia respeito especificamente ao edital de concessão e dos trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO, a última versava sobre a alteração da Resolução ANTT 5.845/2019, objeto destes autos.

3.9. A determinação do item 9.2.20. foi cumprida – conforme adiantado pela SUCON à SUART no corpo do Ofício 85/2021/SUCON/DIR-ANTT5611531) –, conforme a cláusula 41.1.3 do Contrato de Concessão da Ecovias Araguaia:

41.1.3 Estarão sujeitas à arbitragem as controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis nos termos da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, e da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.

3.10. Ocorre que ao tempo em que a Agência deu cumprimento à determinação do TCU, a proposição que chega à apreciação da Diretoria Colegiada se dá em sentido diverso em relação à recomendação da Corte de Contas, ainda que determinação e recomendação versem sobre tema semelhante.

3.11. Registro que essa inconsistência foi observada pelo próprio Tribunal no bojo do Acórdão 3136/2021-TCU-Plenário, que, ao apreciar o processo de desestatização do segmento rodoviário constituído pelas rodovias BR-116/465/493/RJ/MG, entre outros encaminhamentos assim dispôs:

(...)

9.4. dar ciência à ANTT, com fulcro no art. 9º, inciso I da Resolução-TCU 315/2020, que a conclusão contida no “Relatório Final do Grupo de Trabalho – Portaria 135, de 27 de abril de 2021”, acerca da possibilidade da aplicação do mecanismo de arbitragem para solução de controvérsias relativas à execução de garantias contratuais, encontra-se em conflito com o disposto no item 9.2.20 do Acórdão 4.036/2020-TCU-Plenário, relator Ministro Vital do Rêgo, que determinou à ANTT que restringisse a utilização da arbitragem aos casos expressos na Lei

3.12. E é nesse ponto em específico que dirirjo da proposição da unidade técnica, no sentido de manter a menção expressa às controvérsias advindas da execução de garantias no corpo do art. 2º da Resolução ANTT 5.845/2019.

3.13. Contudo, não o faço pelas razões de mérito suscitadas pelo TCU, mas por entender que a supressão dessa expressão é necessária para atender o comando impositivo da Corte de Contas, que não foi objeto de recurso desta Agência tampouco foi retificado por decisões posteriores do Tribunal. Ademais, entendo que compatibilizara redação da norma da Agência com o Decreto 10.025/2019 não traria qualquer prejuízo à efetividade da norma regulatória, assim como está aderente aos instrumentos jurídicos dos novos processos de desestatização em curso na ANTT.

3.14. Antes de avançar sobre as razões desse entendimento, reproduz-se o comando normativo correspondente entre a Resolução ANTT 5.845/2019 e o Decreto 10.025/2019.

3.15. Os trechos equivalentes foram sombreados com a mesma cor, e mostram a plena equivalência entre as disposições da resolução e do decreto, esse editado posteriormente à norma da Agência. A distinção é que os três incisos do decreto foram representados em quatro incisos da resolução, mas com conteúdo semelhante.

Resolução ANTT 5.845/2019	Decreto 10.025/2019
<p>Art. 2º São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de Solução de Controvérsias regulado pela presente Resolução:</p> <p>I - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;</p> <p>II - indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato;</p> <p>III - penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias;</p> <p>IV - o processo de relicitação do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente; e</p> <p>V - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.</p> <p>Parágrafo único. Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em comum acordo, celebrem compromisso arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições, conforme definido no art. 12.</p>	<p>Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.</p> <p>Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras:</p> <p>I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;</p> <p>II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e</p> <p>III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.</p>

3.16. Com todas as vênias devidas, registro que a razão da minha discordância quanto ao mérito da questão trazida pelo TCU reside no fato de que a possibilidade de a execução de garantias ser considerada como direito patrimonial disponível independe de sua previsão expressa no inciso III do art. 2º da Resolução ANTT 5.845/2019. Não há, portanto, incompatibilidade entre as disposições da Resolução ANTT 5.845/2019 e o Decreto 10.025/2019, o que parece haver é uma redundância na menção à execução de garantias no corpo da norma da ANTT.

3.17. Na medida em que a execução de garantias decorre do inadimplemento de obrigações contratuais, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo, fatores previstos tanto na Resolução ANTT 5.845/2019 como no Decreto 10.025/2019, por consectário lógico, a execução de garantias seria plenamente sindicável em uma eventual discussão arbitral.

3.18. Ou seja, na medida em que os fatores geradores da execução de garantias já constam da relação de direitos patrimoniais disponíveis, a expressão "bem como controvérsias advindas da execução de garantias" presente na Resolução ANTT 5.845/2019 seria redundante, de forma que pode ser suprimida sem perda de conteúdo ou redução do escopo de direitos patrimoniais disponíveis.

3.19. Tal como afirma Cesar Pereira [1], os elementos vinculados da execução de garantias seriam sindicáveis por meio de arbitragem, *in verbis*:

Cogite-se, por exemplo, de uma hipótese de encampação de concessão. Haverá inequívoco ato de autoridade por parte do poder concedente. Contudo, tanto o cabimento e a validade da encampação quanto o montante da indenização eventualmente devida poderão ser objeto de solução arbitral, por exemplo. Não será invocável a noção de interesse público para impedir a validade da cláusula compromissória exatamente porque o estrito cumprimento do regime jurídico da concessão – o que abrange sobre os casos de encampação, sobre a indenização e até mesmo sobre a arbitragem – é que corresponde ao interesse coletivo a ser perseguido pela Administração. Tal como ocorreria perante o Poder Judiciário, os elementos vinculados da encampação são sindicáveis por meio de arbitragem. **Com ainda maior razão, é passível de revisão na arbitragem a caducidade da concessão, que pressupõe o descumprimento contratual e o atendimento de requisitos procedimentais específicos, o que a torna, sob esse ângulo, absolutamente vinculada e plenamente sindicável.**

[grifos acrescentados]

3.20. Registre-se que esse entendimento não foi inaugurado neste Voto. Nos memoriais apresentados pela ANTT no âmbito do TC 016.936/2020-5 – Memoriais nº 153 - Sucon (SE5611456)

- as unidades técnicas da Agência já haviam se manifestado nesse sentido, como se depreende do seguinte excerto:

536. Sobre a proposta de recomendação b.6, entendemos oportuno ajustar sua redação (sic) para prever a revisão ampla do normativo, estabelecendo de forma mais explícita o rol de hipóteses de utilização da arbitragem, conforme sugestão abaixo:

b.6) retifique a Resolução ANTT 5.845/2019, de modo tornar claro o rol de hipóteses de utilização da arbitragem, em consonância com o Decreto 10.025/2019 (Resolução de Controvérsias)

537. A Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, estabelece que a Administração Pública poderá utilizar-se de arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Não obstante a Lei de Arbitragem estabeleça que a arbitragem poderá ser de direito, ou de equidade, a critério das partes (art. 2º), o procedimento arbitral, quando envolver a Administração Pública, deverá ser sempre de direito e respeitar o princípio da publicidade.

538. Adicionalmente, destaca-se que a Lei Federal nº 13.448/2017, aplicável aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal, dispõe, em seu artigo 31 que, após a decisão definitiva da autoridade competente, as controvérsias podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

539. O Decreto nº 10.025/2019 estabeleceu, em seu artigo 2º, parágrafo único, o que se considera controvérsia de direito material disponível, como sendo (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

540. A Resolução ANTT nº 5.845/2019 também possui sua própria a definição de controvérsia de direitos patrimoniais disponíveis, que abrange as hipóteses previstas no Decreto nº 10.025/2019 e prevê, de forma expressa, as controvérsias advindas da execução das garantias.

541. Nota-se que a Resolução ANTT nº 5.845/2019 não apresenta qualquer contradição ou extrapolação em relação ao conteúdo previsto na legislação, haja vista que apenas cuidou de especificar que as controvérsias advindas da execução das garantias também poderão ser discutidas pela arbitragem.

542. Isto porque a Lei Federal nº 13.448/2017 e o Decreto nº 10.025/2019 dispõem de maneira clara que poderão ser submetidas à arbitragem questões referentes ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes. É certo que a constituição das garantias pela concessionária e as condições de sua execução são obrigações contratuais que se inserem nas hipóteses legais aplicáveis à arbitragem.

543. Vale considerar que a Resolução ANTT nº 5.845/2019 apenas especificou o conteúdo de uma obrigação contratual, cujo inadimplemento pode ser discutido pela via arbitral, assim como qualquer outra obrigação prevista em contrato, nos termos da Lei Federal nº 13.448/2017 e do Decreto nº 10.025/2019.

544. Portanto, considerando que a garantia de execução está disciplinada de forma expressa na cláusula 10 do contrato de concessão como uma obrigação contratual, qualquer discussão ou controvérsia a seu respeito pode ser submetida à arbitragem, por ser matéria de direito patrimonial disponível decorrente de discussão sobre o inadimplemento de obrigação contratual (diretamente, se não houver a constituição ou recomposição ou, indiretamente, caso o inadimplemento enseje o acionamento da garantia). Não há qualquer razão para excluir tal escopo da discussão pela via arbitral, simplesmente por não haver menção expressa às garantias na legislação. Tal interpretação, literal e restritiva, reduziria a própria eficiência que a arbitragem traz ao contrato de concessão, incrementando os riscos decorrentes do desconhecimento técnico, heterogeneidade e morosidade do Poder Judiciário.

545. De qualquer forma, as determinações do TCU para os itens em questão podem ser convertidas em recomendação, no sentido de considerar que a execução de garantias será espécie do gênero "inadimplemento de obrigações contratuais". Ou seja, não haveria ilegalidade em curso ou irregularidade iminente, passível de enquadrar a discussão como questão que demande determinação do TCU, como prevê o art. 4º, incisos I e II da Resolução TCU nº 315/2020.

546. Assim, a proposição é para a manutenção da redação tal como está vigente na norma e prevista no contrato de concessão, tratando a questão como recomendação, assim entendida a deliberação de natureza colaborativa, visando a trazer à ANTT oportunidade de melhoria, com a eventual atualização da Resolução nº 5.845/2019, oportunidade em que poderá ser previsto, de forma expressa, que a execução de garantia está diretamente relacionada com a questão do adimplemento de obrigações contratuais. Assim, nos termos da Resolução TCU nº 315/2020, a recomendação teria como finalidade "contribuir para o aperfeiçoamento da gestão".

[grifos acrescidos]

3.21. Conforme explicitado pela Agência perante o TCU, a execução de garantias seria uma consequência do "inadimplemento de obrigações contratuais".

3.22. Ocorre que ao dispor expressamente sobre uma consequência do "inadimplemento de obrigações contratuais" sem fazê-lo relativamente às demais, pode-se gerar uma dificuldade ao intérprete da norma, suscitando o entendimento, equivocado, de que outras consequências do inadimplemento contratual não seriam tidas como direitos patrimoniais disponíveis, vez que não constam expressamente do texto normativo.

3.23. Adicionalmente, imperioso lembrar que o Regulamento de Concessões Rodoviárias - Resolução ANTT 5.950/2021 - entrou em vigor no dia 3/1/2022, cabendo destacar a regra referente às diretrizes de interpretação e aplicação:

Art. 4º Em caso de divergência entre a regulamentação da ANTT e o contrato de concessão, devem ser observadas as seguintes regras:

I - o contrato de concessão prevalece sobre a regulamentação da ANTT nas matérias em que discipline expressamente;

II - caso o contrato de concessão não discipline suficientemente a matéria, a regulamentação da ANTT deve ser aplicada supletivamente, desde que não contrarie as disposições do contrato;

III - no que o contrato de concessão for omissivo, aplica-se a regulamentação da ANTT.

Parágrafo único. As partes poderão, de comum acordo, optar pela aplicação da regulamentação da ANTT em detrimento do contrato de concessão, mediante adesão expressa à resolução, por meio de aditamento do contrato de concessão. [grifo acrescido]

3.24. Essa disciplina é relevante, pois, como afirmado anteriormente, a ANTT acatou a

determinação do TCU de que trata o item 9.2.20 do Acórdão 4.036/2020 - TCU - Plenário (SEI 5611302), suprimindo da redação do contrato a menção à Resolução ANTT 5.845/2019, objeto dessa controvérsia, conforme cláusula 41.1.3 do Contrato de Concessão da Ecovias Araguaia.

3.25. Ocorre que na medida em que as cláusulas contratuais relativas à arbitragem não fazem mais menção à norma da ANTT, e o Regulamento de Concessões Rodoviárias, já vigente, é claro no sentido de que a disposição contratual prevalece sobre a regulamentação da Agência, eventual controvérsia sobre a manutenção da expressão "bem como controvérsias advindas da execução de garantias" do corpo do inciso III do art. 2º da Resolução ANTT 5.845/2019 fica carente de sentido.

3.26. Por esse conjunto de razões, entendo que a ANTT deve atender à recomendação constante do item 9.4.11 do Acórdão 4.036/2020 - TCU - Plenário (SEI 5611302), alterando a redação do inciso III do art. 2º da Resolução ANTT 5.845/2019 de forma a compatibilizá-la com as disposições do Decreto 10.025/2019.

3.27. Quanto à discussão sobre a possibilidade de dispensa de elaboração de análise de impacto regulatório e de realização de audiência pública, alinho-me às razões elencadas pela unidade técnica, as quais justificam a dispensa desses instrumentos de controle social e suporte à decisão.

3.28. Relativamente ao prazo de *vacatio legis*, não vislumbrada urgência que afaste a aplicação do disposto no art. 4º do Decreto 10.139/2019, entende-se que a alteração normativa deve entrar em vigor no primeiro dia útil do mês subsequente ao da sua publicação, no caso, no dia 1/3/2022.

3.29. Por derradeiro, aprovada a alteração da Resolução ANTT 5.845/2019, se faz premente que a Agência comunique ao TCU o cumprimento das recomendações correspondentes do Acórdão 4.036/2020 - TCU - Plenário (SEI 5611302).

4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

4.1. Ante o exposto, VOTO no sentido de que a Diretoria Colegiada da ANTT:

- a) dispense a elaboração de análise de impacto regulatório e a realização de audiência pública, com fulcro nos arts. 114, II e 98, III da norma regimental, respectivamente;
- b) aprove a alteração da Resolução ANTT 5.845/2019, na forma da MINUTA DE RESOLUÇÃO DDB (SEI 9814389);
- c) determine à SUART que comunique ao TCU sobre o cumprimento das recomendações dos itens 9.4.10 e 9.4.11 do Acórdão 4.036/2020-TCU-Plenário.

(assinado eletronicamente)
DAVI FERREIRA GOMES BARRETO
Diretor

[1] PEREIRA, Cesar. Arbitragem e função administrativa. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura* estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 63-88.



Documento assinado eletronicamente por **DAVI FERREIRA GOMES BARRETO, Diretor**, em 03/02/2022, às 15:17, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.antt.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **9814388** e o código CRC **A64A529F**.