



PROCEDIMENTO ARBITRAL N° 23932/GSS/PFF

REQUERENTE: Concessionária BR-040 S.A.

REQUERIDA: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT

Ordem Procedimental nº 3

CONSIDERANDO QUE a **REQUERIDA** se manifestou no dia 25 de outubro de 2019 pela revogação da medida cautelar deferida, antes da instituição desta arbitragem, pela Justiça Federal;

CONSIDERANDO QUE a **REQUERENTE** protocolou pedido de medida cautelar em 11 de novembro de 2019 para que o Tribunal Arbitral conceda medida liminar em decorrência de suposto descumprimento estratégico pela **REQUERIDA** da liminar judicial;

CONSIDERANDO QUE a **REQUERIDA** se manifestou no prazo de 72 horas, concedidas pelo Tribunal Arbitral, no sentido de que havia emitido a Resolução 1.001/2019, revogando a Resolução 986/2019;

CONSIDERANDO QUE a **REQUERENTE** se manifestou no prazo de 72 horas, concedidas pelo Tribunal Arbitral, manifestando a perda do interesse no pedido de tutela cautelar incidental;

CONSIDERANDO QUE a **REQUERENTE** se manifestou no dia 29 de novembro de 2019 pela manutenção da medida cautelar deferida pela Justiça Federal, em resposta ao pedido de revogação pela **REQUERIDA**;

O Tribunal Arbitral passa a **analisar e decidir** o pedido de revogação da medida liminar judicial, conforme segue:

I. RELATÓRIO	3
I.1. Identificação das partes	3
I.2. Tribunal Arbitral	3
I.3. Cláusula compromissória	4
I.4. Síntese do procedimento	6
I.5. Síntese dos fatos	9
II. DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA LIMINAR FORMULADO PELA REQUERIDA ANTT	
11	
II.1. Insustentabilidade da decisão judicial por ofensa ao interesse público	12
Da confusão da decisão judicial entre aplicação de fator de reequilíbrio econômico financeiro e aplicação de penalidades por descumprimento de obrigações contratuais	13
Cumprimento da 1 ^a liminar – pedido de relitigação analisado	15
Deferimento da 2 ^a liminar e o prejuízo ao usuário da rodovia concedida	15
Ordem à ANTT de abster-se de aplicar penalidades	16
II.2. Controle externo pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no contrato administrativo.	17
II.3. Apelo para o fiel adimplemento contratual	18
II.3. Recomendações do Ministério Público Federal (MPF)	18
II.4. A concessão no alvo da mídia	19
III. DA MANIFESTAÇÃO DA REQUERENTE SOBRE O PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR	
19	
III.1. Contexto inalterado e fundamentos subsistentes da medida cautelar.	20
Recessão abrupta da economia brasileira, licenças ambientais atrasadas e investimentos públicos aquém do necessário.	22
Aumento inesperado de preços, alteração da Lei dos Caminhoneiros e Fundo Garantidor	23
Alteração legislativa que confirma o desequilíbrio contratual	23
Reconhecimento – pela Requerida – do desequilíbrio contratual	24
III.2. Subversão arbitrária de previsão contratual denominado Fator D	25
III.3. Inexistência de inércia da Via 040 e pedido de relitigação em tramitação	26
III.4. Alegação de inadimplemento que não autoriza a revogação da liminar	26
III.5. Presentes os requisitos cautelares	27
Fumus boni iuris	27
Periculum in mora	27
Ausência de risco de irreversibilidade	28
IV. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL	
28	
IV.1. Manutenção/ revogação da tutela cautelar judicial	30
IV.2. Manutenção da condição tarifária	32
IV.3. Inaplicabilidade de penalidades contratuais	35
IV.4. Não imposição de obrigações atreladas aos investimentos do Contrato	37
V. DISPOSITIVO	
	38



I. RELATÓRIO

I.1. Identificação das partes

1. REQUERENTE identificada neste procedimento:

a) CONCESSIONÁRIA BR-040 S.A. ("Via 040"), sediada na cidade de Nova Lima, Estado de Minas Gerais, na Av. Niágara, nº 350 – Jardim Canadá, CEP 34007-652, inscrita no CNPJ/MF sob nº 19.726.048/0001-00, e

2. A REQUERENTE é representada pelos advogados Ana Tereza Basílio (OAB/RJ 74.802), Bruno Di Marino (OAB/RJ 93.384), Bruna Maria Pinheiro Fernandes (OAB/ 111.072) e Thiago Drummond de Paula Lins (OAB/RJ 123.483), todos com escritório na Av. Presidente Wilson, nº 210, 12º andar, bairro Centro – Rio de Janeiro/RJ.

3. REQUERIDA identificada neste procedimento:

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

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

I.2. Tribunal Arbitral

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

6. SÉRGIO ANTÔNIO SILVA GUERRA, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 61.072, com endereço profissional na Praia de Botafogo, 190, 13º andar, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22250-900, e-mail: sergio.guerra@fgv.br, nomeado árbitro pela REQUERENTE.

7. LAURO DA GAMA E SOUZA JR., brasileiro, advogado inscrito na OAB/RJ nº 60.587, com endereço profissional na Rua Ataulfo de Paiva, 135, sala 410, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22440-901, e-mail: lauro.gama@laurogama.adv.br, nomeado árbitro pela REQUERIDA.

8. LUCIANO DE SOUZA GODOY, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/SP nº 258.957, com endereço profissional na Av. Brigadeiro Faria Lima, nº 2.055, 5º e 6º andares, São Paulo/SP, CEP 01452-001, e-mail: luciano@pvg.com.br, designado Presidente do Tribunal pelos demais árbitros.

I.3. Cláusula compromissória

9. No dia 17 de setembro de 2018, a REQUERENTE protocolou o Requerimento de Instauração de Arbitragem junto à Secretaria desta Câmara, tendo por base a cláusula compromissória 37.1. constante do Contrato de Concessão da Rodovia Federal BR 040 (“Contrato”) firmado entre as partes:

“37. Resolução de Controvérsias

37.1. Arbitragem

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

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

37.1.2. A submissão a arbitragem, nos termos deste item, não exime o Poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.



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

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

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

37.1.6 O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada Parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) Partes, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no art. 9º do regulamento de arbitragem da CCI.

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

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

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

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



A handwritten signature in blue ink, appearing to be a stylized 'B' or 'Z'.

10. O valor da causa foi estimado em R\$140.000.000,00 (cento e quarenta milhões de reais).

1.4. Síntese do procedimento

11. Em 17 de setembro de 2018, a REQUERENTE apresentou o seu Requerimento de Arbitragem em face da REQUERIDA, noticiando controvérsia relativa ao Contrato de Concessão – Edital nº 006/2013, celebrado em 12 de março de 2014, e indicando o Dr. Sérgio Guerra como árbitro.

12. Em 18 de setembro de 2018, a Secretaria confirmou o recebimento do Requerimento de Arbitragem, data em que se considera iniciada a arbitragem conforme o Art. 4(2) do Regulamento.

13. Em 3 de outubro de 2018, a Secretaria notificou a REQUERIDA do recebimento do Requerimento de Arbitragem em 18 de setembro de 2018, fixando prazo de 30 (trinta) dias para a apresentação de sua Resposta.

14. Em 7 de novembro de 2018, a Secretaria tomou nota da designação do Dr. Calixto Salomão Filho, por parte da REQUERIDA, para atuar como árbitro deste procedimento.

15. Em 3 de dezembro de 2018, a Secretaria considerou que a REQUERIDA (i) retirou a sua designação ao Dr. Calixto Salomão Filho, tendo em vista a revelação apresentada por ele e (ii) designou a Dra. Eugenia Cristina Cleto Marolla para atuar como árbitra deste procedimento.

16. Em 6 de dezembro de 2018, a REQUERIDA apresentou sua Resposta ao Requerimento de Arbitragem.

17. Em 17 de janeiro de 2019, a Secretaria tomou nota da correspondência enviada pela Dra. Eugenia Cristina Cleto Marolla de 17 de janeiro de 2019, em que declinou a indicação para atuar como árbitra neste



A handwritten signature in blue ink, appearing to be a stylized 'E' or 'Z'.

procedimento. Nessa oportunidade, a Secretaria concedeu prazo, até 4 de fevereiro de 2019, à REQUERIDA para designar novo árbitro.

18. Em 6 de fevereiro de 2019, a Secretaria acusou o recebimento de manifestação da REQUERIDA, por meio da qual designou o Dr. Giovanni Ettore Nanni para atuar como árbitro deste procedimento.

19. Em 26 de fevereiro de 2019, a Secretaria tomou nota que o Dr. Giovanni Ettore Nanni declinou a indicação para atuar como árbitro neste procedimento, motivo pelo qual concedeu prazo, até 13 de março de 2019, à REQUERIDA para designar novo árbitro.

20. Em 13 de março de 2019, a REQUERIDA designou como árbitro o Dr. Lauro da Gama e Souza Jr.

21. Nessa mesma data, a Secretaria informou que, em 11 de março de 2019, recebeu correspondência da Câmara Municipal de Conselheiro Lafaiete, convidando as Partes a apresentar os comentários que considerassem necessários até 22 de março de 2019.

22. Em 29 de março de 2019, as Partes concordaram com o envio de suas respectivas manifestações, datadas de 22 de março de 2019, à Câmara Municipal de Conselheiro Lafaiete.

23. Em 9 de abril de 2019, a Secretaria informou a confirmação da designação dos árbitros Drs. Sérgio Guerra e Lauro da Gama e Souza Jr.

24. Em 26 de abril de 2019, os Drs. Sérgio Guerra e Lauro da Gama e Souza Jr. designaram o Dr. Antônio Cesar Rocha Antunes de Siqueira para presidir o Tribunal Arbitral.

25. Em 9 de maio de 2019, a REQUERIDA apresentou objeção à designação do Dr. Antônio Cesar Rocha Antunes de Siqueira.



A handwritten signature in blue ink, appearing to be a stylized 'Z' or 'J'.

26. Em 21 de junho de 2019, a Secretaria informou que a Corte, em sua sessão de 20 de junho de 2019, decidiu não confirmar o Dr. Antônio Cesar Rocha Antunes de Siqueira como presidente do Tribunal Arbitral. Convidou os Drs. Sérgio Guerra e Lauro da Gama e Souza Jr. a designarem novo presidente do Tribunal Arbitral.

27. Em 25 de junho de 2019, os árbitros designaram o Dr. Luciano de Souza Godoy para presidir o Tribunal Arbitral.

28. Em 18 de julho de 2019, a REQUERIDA informou não se opor à designação do presidente do Tribunal Arbitral.

29. Em 22 de julho de 2019, a REQUERENTE informou não se opor à designação do presidente do Tribunal Arbitral.

30. Em 29 de julho de 2019, a Secretaria informou que, nos termos do artigo 13(2) do Regulamento, o Secretário Geral confirmou, em 26 de julho de 2019, a nomeação do Dr. Luciano de Souza Godoy para atuar na qualidade de presidente do Tribunal Arbitral.

31. A Ata de Missão foi assinada em 25 de setembro de 2019.

32. No dia 25 de outubro de 2019, a REQUERIDA protocolou pedido de revogação da medida cautelar concedida em caráter antecedente pela 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, sob nº 1014300-37.2018.4.01.3400.

33. No dia 11 de novembro de 2019, a REQUERENTE protocolou pedido de Tutela Cautelar Incidental neste procedimento arbitral.

34. Por mensagem eletrônica, no mesmo dia 11 de novembro de 2019, o Tribunal Arbitral concedeu o prazo de 72 horas para a REQUERIDA se manifestar sobre o pedido cautelar, dada a urgência e a proximidade da audiência.

35. Em 14 de novembro de 2019, a REQUERIDA se manifestou no sentido de que a Deliberação 986/2019 foi revogada pela Resolução 1.001/2019.

36. Em 21 de novembro de 2019, a REQUERENTE se manifestou pela perda do objeto do pedido de tutela cautelar incidental no procedimento arbitral em decorrência da Resolução 1.001/2019.

37. Em 29 de novembro de 2019, a REQUERENTE apresentou sua manifestação ao pedido de revogação da medida cautelar concedida preventivamente pela Justiça Federal.

I.5. Síntese dos fatos

38. Em 27 de dezembro de 2013 foi realizado leilão para a concessão da BR 040/DF/GO/MG, na qual a Invepar sagrou-se vencedora.

39. O Contrato de Concessão foi assinado em 12 de março de 2014, para o qual foi constituída a Via 040 (ora REQUERENTE), sociedade de propósito específico, sendo a Invepar a titular da totalidade de suas ações.

40. Em 2018, a ANTT (ora REQUERIDA), por meio da Deliberação 523/2018, decidiu reduzir a Tarifa Básica de Pedágio (TBP) de R\$5,30 para R\$5,10.

41. A REQUERENTE, então, propôs a Ação Cautelar em Caráter Antecedente de nº 1014300-37.2018.4.01.3400, que tramitou perante a 17ª Vara Federal do Distrito Federal.

42. Os pedidos formulados pela REQUERENTE perante a Justiça Federal se resumiram na (a) manutenção da condição tarifária atual; (b) inaplicabilidade de penalidades contratuais; e (c) não imposição à REQUERENTE de obrigações atreladas aos investimentos previstos no Contrato de Concessão; até resolução da questão pelo Tribunal Arbitral ou até que fossem definidas as novas obrigações e parâmetros contratuais.



43. Em 23 de agosto de 2018, a liminar foi deferida integralmente pelo Juízo Federal até deliberação do Juízo Arbitral ou, conforme o caso, até a solução acerca do pedido de relicitação, na forma da Lei 13.448/2017.

44. A *ratio decidendi* do Juízo Federal para a concessão da medida cautelar se ateve à “*plausibilidade jurídica autorizadora da medida acautelatória.*” Mediante cognição sumária, o Juízo entendeu que os motivos apresentados pela REQUERENTE em 2016 indicavam a existência de desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão, além de ter a REQUERENTE formulado o pedido de relicitação, nos termos do art. 13 e seguintes da Lei 13.448/2017.

45. Em 13 de setembro de 2018, o pedido de relicitação foi negado em razão da ausência de regulamentação do referido instituto.

46. A REQUERENTE informou o descumprimento, pela REQUERIDA, da cautelar deferida pelo Juízo Federal, que proferiu nova decisão, condenando a ANTT ao restabelecimento da tarifa do pedágio no valor de R\$5,30, no prazo de 24 horas, sob pena de pagamento de multa diária de R\$10.000,00 em favor da REQUERENTE.

47. Em 17 de setembro de 2018, a REQUERENTE protocolou seu Requerimento de Instauração de Arbitragem perante a CCI e o Tribunal Arbitral foi formado em 26 de julho de 2019, com a confirmação do Presidente do Tribunal Arbitral indicado pelos co-árbitros, conforme detalhado na síntese do procedimento.

48. A Ata de Missão foi assinada em 25 de setembro de 2019.

49. O pedido de revogação da tutela cautelar judicial foi protocolado pela REQUERIDA em 25 de outubro de 2019 e, em 5 de novembro de 2019, foi emitida a Deliberação 986 da ANTT, implementando a redução das tarifas vigentes em relação ao Contrato de Concessão. Esta Deliberação, de acordo com a REQUERENTE, produziria seus efeitos a partir de 19 de novembro de 2019.



10

50. A REQUERENTE, então, protocolou pedido de tutela cautelar incidental em 11 de novembro de 2019, requerendo (i) a manutenção da liminar judicial, abstendo-se a REQUERIDA de realizar qualquer ato de diminuição da tarifa aplicada, (ii) a imposição de multa diária por descumprimento da Requerida no valor de R\$500.000,00 e (iii) a condenação da Requerida em litigância de má-fé.

51. No mesmo dia, o Tribunal Arbitral concedeu o prazo de 72 horas para que a REQUERIDA se manifestasse sobre o pedido de tutela incidental, o que foi feito em 14 de novembro de 2019, informando esta que havia emitido a Resolução 1.001/2019, revogando a Resolução 986/2019.

52. Concedido prazo de 72 horas para a REQUERENTE se manifestar, esta esclareceu que não mais possuía interesse no pedido de tutela cautelar incidental em 21.11.2019.

53. Em 29 de novembro de 2019, a REQUERENTE apresentou sua manifestação contrária ao pedido de revogação da medida cautelar deferida pela Justiça Federal, (i) mantendo-se as mesmas bases econômico-financeiras do Contrato, incluindo a condição tarifária e deixando de aplicar o Fator D; e (ii) abstendo-se a REQUERIDA de aplicar penalidades decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro contratual, bem como impor penalidades atreladas às metas de investimentos.

II. DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA LIMINAR FORMULADO PELA REQUERIDA ANTT

54. O pedido de suspensão da liminar judicial proferida pelo Juízo da 17^a Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (JFDF) dispõe sobre

(...) os fundamentos que desnudam a permanência e validade dos efeitos suspensivos da Deliberação ANTT 523/2018, editada com o objetivo de reduzir a tarifa básica de pedágio em contraposição a reiterada inadimplência contratual por

parte da REQUERENTE, já apurada nos atos de fiscalização da ANTT, do TCU e ainda do MPF.¹

55. Em razão da impossibilidade de a REQUERIDA ajustar os preços do contrato, portanto, requer a imediata revogação de ordem liminar concedida nos autos da ação 1014300-37.2018.4.01.3400, com decisão *ex tunc*, de modo a salvaguardar o interesse público.

II.1. Insustentabilidade da decisão judicial por ofensa ao interesse público

56. Alega a REQUERIDA que a manutenção da liminar judicial afronta o interesse público pelas razões assim resumidas:²

- a) O Contrato já se encontra no seu 5º ano de execução e apenas 17,2% das obras de duplicação da rodovia foram concluídas;
- b) Apesar das inexecuções contratuais pela REQUERENTE, a REQUERIDA se encontra impedida de aplicar penalidades administrativas em decorrência da decisão cautelar proferida pelo Juízo Federal;
- c) Apesar do item b da decisão de primeiro grau preservar o poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado, impede a aplicação de penalidades administrativas e contratuais;
- d) A decisão judicial restabeleceu o valor da tarifa de pedágio instituída em 2017, impedindo os reajustes de 2018 e 2019, inclusive o desconto de reequilíbrio (Fator D);
- e) Os usuários da Rodovia pagam uma tarifa que refletiria uma contraprestação pela execução total das obras e serviços previstos no contrato para essa etapa de execução do contrato, sem que a Concessionária tenha cumprido os marcos fixados no PER;
- f) A proposta da área técnica da REQUERIDA para o ano de 2019 é uma tarifa de R\$3,40, o que corresponde a uma diferença de R\$1,90 em relação ao valor cobrado.

¹ ANTT – pedido de revogação da medida cautelar pré-arbitral, 25.10.2019, §70.

² ANTT – pedido de revogação da medida cautelar pré-arbitral, 25.10.2019, §47.

57. De acordo com a REQUERIDA, o pedido de revogação da Medida Cautelar em vigor se pauta na suposta violação à obrigatoriedade implementação de políticas públicas definidas na Constituição Federal, causando vulnerabilidades sociais, em descompasso da correta razoabilidade das tarifas (modicidade tarifária) perseguida pela Lei nº 8987/95, que atualmente atende exclusivamente aos interesses privados da REQUERENTE, que é destinatária dos retornos financeiros sem oferecer a devida contraprestação na modalidade pactuada no contrato de concessão rodoviária.³

58. Manifesta-se a REQUERIDA, em suma, sobre os efeitos negativos experimentados pelos usuários finais (sociedade), que deixam de usufruir plenamente dos serviços de transporte ante a falta de obras de duplicação da rodovia federal e demais obrigações previstas no Plano de Exploração da Rodovia – PER, enquanto, *a contrario sensu*, a REQUERENTE vem sendo remunerada como se cumprisse todas as suas obrigações estabelecidas no Contrato de Concessão.⁴

59. A REQUERIDA fundamenta esse argumento nos seguintes pontos:

Da confusão da decisão judicial entre aplicação de fator de reequilíbrio econômico financeiro e aplicação de penalidades por descumprimento de obrigações contratuais

60. Alega a REQUERIDA que o Juízo Federal, ao determinar que a ANTT se abstivesse de aplicar penalidades administrativas e contratuais decorrentes do suposto desequilíbrio econômico-financeiro, entendeu que o desconto na tarifa básica de pedágio decorrente do desequilíbrio econômico-financeiro constitui uma penalidade.

61. A REQUERIDA traz em seu pedido de revogação a explicação do fator D⁵ (desconto de reequilíbrio) como ferramenta de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

³ ANTT – pedido de revogação da medida cautelar pré-arbitral, 25.10.2019, §58.

⁴ ANTT – pedido de revogação da medida cautelar pré-arbitral, 25.10.2019, §57.

⁵ Cláusula 1.1.1 (XIII) Desconto de Reequilíbrio: percentual que será deduzido da tarifa básica de pedágio na forma da subcláusula 22.6, com vistas a manutenção da equivalência contratual entre os serviços

62. Alega a REQUERIDA que o referido fator D é objetivo e, portanto, independe da apuração de culpa da Concessionária, servindo simplesmente como mecanismo de equilíbrio contratual, a partir da ponderação entre serviços efetivamente executados e remuneração da Concessionária.

63. Aduz que nos termos da cláusula 22.4.2.⁶ do Contrato de Concessão, o fator D não constitui penalidade pelo inadimplemento contratual voluntário (doloso ou culposo), mas apenas mecanismo de manutenção da equação financeira inicial por meio do desconto e acréscimo de reequilíbrio (cláusula 22.6⁷).

64. A REQUERIDA ainda ressalta que o Contrato de Concessão contém cláusula específica (subcláusula 22.6.4.⁸) diferenciando a aplicação do Fator D e a aplicação de penalidades.

prestados e a sua remuneração, em função do não atendimento aos parâmetros de desempenho e na inexecução das obras e serviços da frente de ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço, tal como previstos no PER e no Anexo 5, mediante a aplicação do fator D.

⁶ Cláusula 22.4.2. (I) Na hipótese de atraso ou inexecução dos serviços e obras, dos escopos, parâmetros de desempenho e parâmetros técnicos da frente de recuperação e manutenção e da frente de ampliação da capacidade e manutenção de nível de serviço, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do desconto de reequilíbrio, nos termos da subcláusula 22.6, sendo que a hipótese de antecipação de entrega das obras de ampliação da capacidade poderá ensejar o acréscimo de reequilíbrio, tudo conforme a metodologia de aplicação do Fator D.

⁷ 22.6. Desconto e acréscimo de reequilíbrio

22.6.1. A ANTT promoverá a avaliação do desempenho da Concessão de acordo com as regras e procedimentos previstos no anexo 5, considerando o descumprimento dos indicadores, bem como o atraso e a inexecução das obras e serviços da frente de recuperação e manutenção e da frente de ampliação de capacidade e manutenção de nível dos serviços. A antecipação da entrega das obras de ampliação de capacidade poderá ensejar o acréscimo de reequilíbrio, observadas as regras previstas no anexo 5.

22.6.2. A cada ano do prazo de concessão, o resultado da avaliação de desempenho determinará o desconto ou acréscimo de reequilíbrio para o respectivo ano, na forma prevista no anexo 5.

22.6.3. O percentual do desconto ou acréscimo de reequilíbrio de cada ano será aplicado sobre a tarifa básica de pedágio na forma indicada na subcláusula 18.3.3.

⁸ A concessionária declara ter pleno conhecimento e reconhece que:

(i) considerando caráter objetivo da avaliação realizada pela ANTT, o seu resultado indicará as condições físicas do sistema rodoviário e a sua conformidade com os parâmetros de desempenho, com o cumprimento do prazo de execução das obras e demais exigências do contrato e do PER, observados os parâmetros técnicos e os escopos;

(ii) o desconto ou acréscimo de reequilíbrio, determinado pela avaliação anual de desempenho e execução de obras, é um mecanismo pactuado entre as partes para reequilibrar o contrato nos casos de atraso ou inexecução de obras e serviços ou no caso de antecipação de determinadas obras, e será aplicado de forma imediata e automática pela ANTT;

(iii) a redução ou aumento do valor da tarifa básica de pedágio em decorrência da aplicação do desconto ou acréscimo de reequilíbrio não constitui penalidade contratual ou receita adicional, mas sim mecanismo preestabelecido no contrato para a manutenção do seu econômico-financeiro;

(iv) a avaliação do desempenho da concessão e a aplicação do desconto de reequilíbrio não prejudicam a verificação, pela ANTT, de inadimplemento contratual da concessionária e consequente aplicação das penalidades previstas no contrato e na regulamentação da ANTT;

65. Em decorrência desse entendimento, defende a REQUERIDA que a Deliberação 523/2018 trata de álea ordinária da relação contratual, não implicando em penalização, devendo o desconto de reequilíbrio ser aplicado ainda quando o descumprimento de metas decorra de medidas que fujam da responsabilidade do concessionário, o que evita o enriquecimento sem causa da REQUERENTE.

Cumprimento da 1^a liminar – pedido de relíctação analisado

66. De acordo com a REQUERIDA, a ANTT analisou o pedido administrativo de relíctação, conforme a decisão judicial no que se refere a “até deliberação do juízo arbitral ou, conforme o caso, até que seja solucionado o pedido de relíctação”.

67. O pedido foi negado por meio do ofício 353/2018 sob o argumento de que o Poder Executivo não publicou ato específico disciplinando o art. 14⁹ da Lei 13.448/2017.

Deferimento da 2^a liminar e o prejuízo ao usuário da rodovia concedida

68. Alega a REQUERIDA que o requerimento de arbitragem foi realizado somente meses depois da revisão tarifária, retardando a apreciação da matéria e culminando na demora da constituição do Tribunal Arbitral.

69. A REQUERIDA informa que, após a decisão judicial de 23 de agosto de 2018, a Diretoria da ANTT, por meio da Deliberação 841 de 10 de outubro de 2018, suspendeu a Deliberação 523/2018 (56 dias de vigência dos seus efeitos), restabelecendo a tarifa de pedágio no valor de R\$5,30, valor instituído em 2017 por meio da Revisão Tarifária e Reajuste.

(v) em caso de atraso na execução das obras e serviços da frente de ampliação de capacidade e manutenção dos serviços decorrente de eventos que sejam comprovados e reconhecidos expressamente pela ANTT como de enquadramento na cláusula 21.2 será aplicado o desconto de reequilíbrio, mas não será aplicada a penalidade.

⁹ Art. 14. A relíctação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Público.

70. Narra a REQUERIDA que já se passou quase um ano da primeira decisão liminar, fazendo-se oportuno conferir os exatos termos do Contrato no sentido de que estão previstas revisões anuais de desempenho da concessão a serem promovidas pela ANTT.

71. Alega, assim, que

(...) mesmo se submetendo uma controvérsia entre os contratantes à arbitragem, deve, por força do contrato, ser mantido o integral cumprimento da avença e, portanto, a interrupção das atividades vinculadas ao contrato devem ser objeto de apenação. Todavia, o Poder Concedente apesar da previsão nas cláusulas do contrato de concessão, encontra-se impedido pela ordem judicial cautelar de aplicar as penalidades, como multas moratórias, pelas obras e serviços não executados.¹⁰

72. Aduz a REQUERIDA, portanto, que a liminar concedida, de certa forma, premia a Concessionária, apesar de seu baixo desempenho contratual. Assevera que a REQUERENTE se beneficia com uma verba bem maior do que faria jus segundo regras de reequilíbrio econômico financeiro, uma vez que a REQUERENTE, entre outras falhas, executou apenas 60,2 km e obras de duplicação, enquanto o contrato exigia 258,4 km.

Ordem à ANTT de abster-se de aplicar penalidades

73. Diante da insuficiência dos serviços de conservação e melhoria da rodovia BR-040, foi instaurado processo administrativo no âmbito da ANTT. As inexecuções contratuais mais relevantes já identificadas são decorrentes da não implantação da duplicação da rodovia, de vias marginais, de faixas adicionais, de conversão de multifaixas para vias duplicadas e de dispositivos (passarelas, acessos, correção de traçado).

¹⁰ ANTT – pedido de revogação da medida cautelar pré-arbitral, 25.10.2019, §31.



16

74. Informa a REQUERIDA que, até o momento, a REQUERENTE duplicou somente 70,1 km dos 407,8 km previstos contratualmente. Além disso, a Gerência competente da Superintendência de Exploração de Infraestrutura Rodoviária – SUINF da ANTT já expediu 107 autos de infração por descumprimento contratual, que geraram Processos Administrativos Simplificados (PAS). Há, ainda, outros 97 PAS em desfavor da REQUERENTE.

75. Alega a REQUERIDA, portanto, que a medida cautelar deferida pelo Juízo da 17^a Vara Federal do DF impede o regular cumprimento do contrato ao impedir a aplicação de multas moratórias pelas obras e serviços não executados pela REQUERENTE.

II.2. Controle externo pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no contrato administrativo.

76. O Congresso Nacional solicitou ao Tribunal de Contas da União pedido de fiscalização apresentado pelo presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CCFC), com base em proposição de autoria do Deputado Padre João, para examinar possíveis irregularidades no contrato de concessão firmado entre a União e a Concessionária BR 040.

77. De acordo com a REQUERIDA, o TCU confirmou significativo descumprimento contratual, principalmente pela inexecução dos investimentos necessários para a recuperação, ampliação de capacidade da rodovia e melhoria da infraestrutura, os quais representam, financeiramente, a maior parte do contrato.¹¹

78. Foram identificados descumprimentos em relação a obras de melhoria e licenças ambientais, estas concedidas ao Estado de Goiás nos anos de 2016 e 2017, e cujas titularidades poderiam ter sido cedidas, se solicitadas pela REQUERENTE.

¹¹ ANTT – pedido de revogação da medida cautelar pré-arbitral, 25.10.2019, §§ 48 a 56.

79. A REQUERIDA alega que a conclusão do TCU no Acórdão 2218/2018-Plenário é suficiente para bem demonstrar que existem prejuízos diários e concretos causados sistematicamente pela REQUERENTE, denunciados pelo Município de Conselheiro Lafaiete (MG), acrescidos da análise prévia realizada pelos TCU e posteriormente pelo MPF, que devem ser revisitadas pelo Tribunal Arbitral.

II.3. Apelo para o fiel adimplemento contratual

80. A REQUERIDA apresentou informações contidas em ofício expedido pela Câmara Municipal de Conselheiro Lafaiete, sobre os efeitos negativos experimentados pelos usuários finais que deixam de usufruir plenamente os serviços prestados pela REQUERENTE.

81. Alega a REQUERIDA que o Ofício denuncia violação expressa à obrigatoriedade implementação de políticas públicas definidas na Constituição Federal (art. 175), causando vulnerabilidades sociais, em descompasso da correta razoabilidade das tarifas (modicidade tarifária) perseguida pela Lei 8.987/95.

II.4. Recomendações do Ministério Público Federal (MPF)

82. Em 29 de março de 2019, a ANTT exibiu cópias do Ofício 1847/2019/PRMG/FAM, da lavra do MPF, onde consta Recomendação à REQUERENTE para que adote todas as premissas contratuais em resposta à comprovada inexecução total ou parcial já desvendada nos seguintes pontos: (i) duplicação da via, (ii) correta sinalização; (iii) inserção de barreira rígida e construção de retorno; (iv) elaboração manual e prestação de informações; (v) fiscalização/monitoração diária, acrescida da recomposição e/ou pronta implantação e reforço de dispositivos; (vi) disponibilização de painéis.¹²

83. A REQUERIDA ressalta que as Recomendações do MPF, por este ser “órgão autônomo de tutela do interesse público”, têm grande importância a

¹² ANTT – pedido de revogação da medida cautelar pré-arbitral, 25.10.2019, §§ 61 a 63.

ponto de afastar a aplicação da teoria da cegueira deliberada que está implicitamente inserida na postura da REQUERENTE em não assumir os compromissos das obras sob sua responsabilidade.

II.5. A concessão no alvo da mídia

84. A REQUERIDA trouxe ao procedimento reportagem publicada em 7 de outubro de 2019 no site “www.valor.globo.com” sobre a falta de obras em rodovias como justificativa na redução de tarifas, dentre as quais figura a BR 040, alegando assim que o descumprimento contratual deve ser combatido por razões lógicas de eficiência.

III. DA MANIFESTAÇÃO DA REQUERENTE SOBRE O PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR

85. Narra a REQUERENTE que, em meados de 2015, fatores supervenientes, extraordinários e imprevisíveis romperam com as bases econômicas mínimas do vínculo negocial, o que resultou em manifesto e nefasto desequilíbrio econômico-financeiro, que impedia, de uma só vez, a prestação do serviço de forma adequada e a realização de todos os investimentos previstos à época da celebração do contrato.

86. Segundo a REQUERENTE, o cenário de desequilíbrio econômico e financeiro do contrato e a situação de grave crise suportada pelas concessionárias já foram explicitamente reconhecidos por todos os envolvidos:

- a) ANTT, em audiência pública (Doc. 16), apresentou alternativas de solução para o problema, dentre os quais a revisão quinquenal dos contratos, ainda em 2018;
- b) União Federal: por meio da Exposição de Motivos que antecedeu a Lei 13.448/2017 (não se poderia apenar a Concessionária com a redução das tarifas e a exigência de execução de investimentos);
- c) Congresso Nacional: com a edição da Lei 13.448, com vistas a estabelecer “diretrizes gerais para prorrogação e reliberação dos contratos de parceria;” (Doc. 7);

d) Ministério Pùblico Federal: noticia veiculada na Revista IstoÉ (Doc. 17), na qual o MPF reconhece que a “situação das concessões de rodovia é grave e exige ‘inovações ousadas’.¹³

87. Afirma a REQUERENTE que o seu objetivo ao ajuizar pedido de medida cautelar era o de remediar a crise do contrato, porque a preservação do *status quo* tarifário simplesmente não resolveria – como não resolverá – o *déficit* da operação, mas evita que seja agravado e que a Concessionária entre em colapso financeiro.

88. Alega, assim, que o que se postula na via arbitral só se realizará com o efetivo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou então com a rellicitação (ou seja, um novo começo).

III.1. Contexto inalterado e fundamentos subsistentes da medida cautelar.

89. Diante do cenário de recessão nacional, a REQUERENTE pediu junto à REQUERIDA, em 8.7.2016, e reiterou em 23.5.2017, a revisão completa do Contrato de Concessão e do Programa de Exploração da Rodovia, mediante fundamentos – segundo a REQUERENTE – indeclináveis e até mesmo em face do reconhecimento expresso, por parte do Governo Federal, do grave cenário que assolava – e ainda assola – os contratos de concessão de rodovias federais.

90. Segundo a REQUERENTE, a REQUERIDA se manteve inerte e encaminhou o Ofício nº 271/2017, por meio do qual indicou supostos descumprimentos de obrigações contratuais que teriam sido praticados e que deveriam ser corrigidos pela Concessionária no prazo de 90 dias, sob pena de instauração do processo de caducidade. A REQUERIDA teria recomendado à REQUERENTE, neste mesmo Ofício, a instauração do processo de rellicitação.

91. Alega a REQUERENTE que substanciais valores¹⁴ foram aportados pelos acionistas da Concessionária nos últimos anos – apenas para viabilizar a

¹³ Requerente – resposta ao pedido de revogação da medida liminar, 29.11.2019, §16.

¹⁴ Requerente – resposta ao pedido de revogação da medida liminar, 29.11.2019, §§20 a 23. Valores investidos: R\$138.700.000,00 em 2017; R\$162.050.000,00 em 2018; e R\$184.873.000,00 em 2019, até o momento.

continuidade da prestação do serviço público. Além disso, diz que teve que desembolsar R\$1,53 bilhão em virtude de obrigações financeiras e operacionais (conforme Relatório Técnico nos autos do processo de rellicitação – Doc. 38). No entanto, informou que sua receita bruta tarifária foi de R\$909 milhões, o que não permite um equilíbrio de suas contas. Sem os aportes de seus acionistas, portanto, o Relatório Técnico aponta a necessidade de majoração da tarifa.

92. Assim, em pedido cautelar antecipado, o Juízo da 17^a Vara Federal do Distrito Federal concedeu a liminar postulada com fundamento na:

(..) existência de desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão em evidência (fls. 286/307), apontando as dificuldades de arcar com as obrigações contratuais, não apenas com base na previsão de redução da lucratividade, inerente aos riscos eventuais do negócio, mas sim, por questões outras, relacionadas ao descumprimento, pelo contratante público, de obrigações relativas ao licenciamento ambiental e outros investimentos afetos ao Poder Público.

93. Narra também a REQUERENTE que a liminar foi integralmente confirmada pelo Desembargador Federal Souza Prudente, da 5^a Turma do TRF1, que indeferiu o requerimento de efeito suspensivo formulado pela REQUERIDA, nos seguintes termos:

(...) desde os idos de 2016, a suplicada, ora recorrente, não se pronunciou acerca dos pedidos veiculados pela autora da demanda, na esfera administrativa, buscando a revisão das cláusulas contratuais por ela pactuadas, de forma a manter o equilíbrio econômico e financeiro do contrato por elas celebrado.¹⁵

94. Desta forma, alega a REQUERENTE que a liminar, ainda em vigor, mostra-se irretocável, não apenas em virtude da inércia da REQUERIDA e de sua

¹⁵ Requerente – resposta ao pedido de revogação da medida liminar, 29.11.2019, §26.

confissão em relação ao grave cenário, mas sobretudo, porque eventual redução tarifária poderia implicar na impossibilidade de manutenção de suas atividades empresariais até o julgamento de mérito deste processo arbitral.

Recessão abrupta da economia brasileira, licenças ambientais atrasadas e investimentos públicos aquém do necessário.

95. A REQUERENTE reitera a diferença do cenário econômico entre o momento da licitação em 2013 – cenário extremamente favorável com crescimento anual de 3,01% do PIB e inflação de 5,9% – e os anos de 2015 e 2016 – com quedas significativas e sucessivas do PIB de -3,8% e -3,6% respectivamente.

96. Além disso, a oferta da REQUERENTE no momento da licitação só foi possível em decorrência das condições de financiamento publicamente oferecidas pelo Governo Federal, às concessões da 3^a Etapa do Programa Federal de Concessão de Rodovias.

97. No entanto, as condições de financiamento público não se confirmaram, o que impactou as bases negociais do ajuste firmado entre as partes. Segundo aponta a REQUERENTE, esta teve que arcar com 60% dos investimentos, equivalente ao dobro do montante inicialmente previsto.

98. A REQUERENTE alega também que o licenciamento ambiental para a realização das obras previstas no contrato foi manifestamente atrasado e fragmentado. Segundo a REQUERENTE, esta era uma obrigação assumida contratualmente pelo Poder Concedente e a licença somente foi emitida pelo IBAMA 1 ano e 2 meses após o prazo contratual e apenas para 16,7% do trecho concedido.

99. Segundo a REQUERENTE a licença referente ao trecho rodoviário situado no Estado de Minas Gerais somente foi concedida 2 anos após o prazo contratual, mas com diversos trechos bloqueados pelo Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais.¹⁶

¹⁶ Requerente – resposta ao pedido de revogação da medida liminar, 29.11.2019, §§37 e 38.

Aumento inesperado de preços, alteração da Lei dos Caminhoneiros e Fundo Garantidor

100. Alega a REQUERENTE que, desde 2014, em razão de mudanças na política tributária nacional e com o fim de retenção de preços, a principal fornecedora de materiais betuminosos do país, controlada pelo Poder Público, reajustou seus preços de forma atípica e sem precedentes, o que impactou diretamente nas atividades da REQUERENTE, por se tratar de insumos utilizados nas obras das rodovias.

101. Além disso, a REQUERENTE alega que a promulgação da Lei Federal 13.103/2015, conhecida como “Lei dos Caminhoneiros” aumentou os limites de tolerância na pesagem de caminhões, diminuindo a vida útil do asfalto, o que exige emprego de recursos mais elevados na manutenção das vias.

102. Por fim, alega a REQUERENTE que também deve ser considerada a insuficiência de recursos públicos empregado no Fundo Garantidor de Infraestrutura (FGIE), criado pela Lei 12.712/12, com a finalidade de proporcionar cobertura de riscos relacionados a projetos de infraestrutura relacionados às concessões. No entanto, em 2015, houve somente R\$5.000,00 de investimento, tendo recebido R\$500.000.000,00 somente em 2016 – mas ainda assim, muito distante dos 11 bilhões previstos inicialmente.¹⁷

Alteração legislativa que confirma o desequilíbrio contratual

103. Aduz a REQUERENTE que, na Exposição de Motivos da Medida Provisória 752/16, que antecedeu a edição da Lei 13.448/17, foi reconhecido o cenário que afetava as concessionárias do setor rodoviário, assim como a necessidade da revisão dos contratos de concessão. Nesta Exposição de Motivos foi prevista a necessidade de rellicitação – substituição gradual de um concessionário por outro – dos contratos de concessão vigentes, cuja continuidade de exploração dos serviços tenha se mostrado inviável.

¹⁷ Requerente – resposta ao pedido de revogação da medida liminar, 29.11.2019, §§41 a 46.

104. Diante disto, a REQUERENTE alega que a Exposição de Motivos indica um desequilíbrio econômico nos contratos de concessão de rodovias federais, não sendo possível cogitar-se em redução das tarifas atualmente praticadas antes da realização da relicitação ou de novos investimentos.

105. Segundo a REQUERENTE, o art. 14, §3º, da Lei 13.448/2017 prevê que

"qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrepostas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado."

106. Desta forma, de acordo com a REQUERENTE, não poderia haver também outras penalidades contratuais, como, por exemplo, a redução substancial da tarifa vigente, requerendo, pois, seja mantida a decisão liminar proferida pela Justiça Federal.

Reconhecimento – pela Requerida – do desequilíbrio contratual

107. Alega a Requerente que o Sr. Mário Rodrigues Júnior – quando diretor-geral da Requerida – declarou, em audiência pública, que *"essas concessões da Fase 3 estão num desequilíbrio violento que, dependendo da ação que vai ser adotada, ou elas vão virar caducidade ou elas vão entrar numa lei já aprovada que permite a relicitação do trecho (...)"*.¹⁸

108. Relata a REQUERENTE também que o assunto foi veiculado em matéria jornalística em *"Estado de Minas"*, de 12.9.2017, em que o então Ministro dos Transportes, Portos e Aviação reconheceu que a crise econômica que sobreveio em 2014 tornou inexequíveis os projetos das rodovias.

109. No mais, ressalta a REQUERENTE que o próprio sítio eletrônico do Ministério da Infraestrutura veiculou matéria sobre o encontro entre o Ministro Tarcísio Gomes de Freitas e os governadores de Goiás, Mato Grosso

¹⁸ Requerente – resposta ao pedido de revogação da medida liminar, 29.11.2019, §52.

e Mato Grosso do Sul, no qual discutiram os contratos de concessão, que *“atualmente, estão em desequilíbrio financeiro”*.

110. A REQUERENTE também aduz que, em 26.11.2019, por ocasião da Deliberação 837, a própria ANTT recomendou o procedimento de relíctação que havia sido requerido pela Via 040, reconhecendo sua insustentabilidade econômica.

111. Assim, a REQUERENTE alega que, se a própria ANTT já recomendou procedimento de relíctação, não há qualquer razão lógica para a revogação da liminar judicial.

112. Segundo a REQUERENTE, se a ANTT admite a necessidade de readequação da concessão, se o próprio Governo Federal e o Congresso Nacional reconheceram que existe um grave cenário econômico suportado pelas concessionárias, a redução da tarifa atual implicaria a inviabilização da prestação do serviço.

III.2. Subversão arbitrária de previsão contratual denominado Fator D

113. Afirma a REQUERENTE que – ao contrário do que foi exposto pela REQUERIDA – a aplicabilidade do Fator D pressupõe uma inexecução injustificada do cronograma de obras e serviços, dependendo de prévio acordo entre as partes ou pronunciamento de um órgão jurisdicional; mas em nenhuma hipótese poderia se dar de forma unilateral – ainda que pelo Poder Público.

114. Segundo a REQUERENTE – nos termos do art. 58, §1º, e art. 65, ‘d’, e §6º, da Lei 8666/93 – só um ajuste bilateral poderia readequar as condições econômicas do contrato de concessão, cabendo ao Poder Concedente, no limite, socorrer-se ao Poder Judiciário para discutir a questão.

115. Também alega a REQUERENTE que não há qualquer enriquecimento desta às custas dos usuários, pois a prestação do serviço tem sido mantida por intermédio de aportes de sócios da REQUERENTE.

116. Em última análise, ainda que se admitisse descumprimento, a REQUERENTE aduz que caberia à REQUERIDA invocar exceção do contrato não cumprido, nos termos do art. 476 do Código Civil.¹⁹

III.3. Inexistência de inércia da Via 040 e pedido de relíctação em tramitação

117. Ao contrário do que afirma a REQUERIDA, a REQUERENTE não demorou a propor o requerimento de instauração de arbitragem. A REQUERIDA foi intimada da decisão liminar concedida pelo Poder Judiciário em 27.8.2018 e a REQUERENTE apresentou o requerimento de instituição de arbitragem em 17.9.2018 – 21 dias depois. Alega a REQUERENTE, portanto, que não houve qualquer inércia premeditada.

118. De acordo com a REQUERENTE, a justificativa invocada pela REQUERIDA para o indeferimento de seu pedido de relíctação não existe mais. Isso porque a Lei 13.448/2017 foi regulamentada por meio do Decreto 9557/2019. Assim, diante do novo cenário, a REQUERENTE reiterou o pedido de relíctação.

III.4. Alegação de inadimplemento que não autoriza a revogação da liminar

119. De acordo com a REQUERENTE, já foi esclarecido por meio da resposta ao ofício 271.2017.SUINF, nos autos do processo de caducidade, que o atraso na entrega das obras de reforma e construção dos Postos da Polícia Rodoviária Federal decorreu das reiteradas solicitações de alteração do projeto apresentadas pela própria Polícia Rodoviária Federal. Ademais, alerta que as referidas obras já foram entregues.²⁰

120. Já os atrasos na apresentação dos estudos referentes aos Contornos Rodoviários – de acordo com a REQUERENTE – se deu, exclusivamente, em virtude da conduta adotada por parte das Prefeituras Municipais – também de conhecimento da REQUERIDA.

¹⁹ Requerente – resposta ao pedido de revogação da medida liminar, 29.11.2019, §§67 a 73

²⁰ Requerente – resposta ao pedido de revogação da medida liminar, 29.11.2019, §§82 e 83.

121. Por fim, alega a REQUERENTE que não se furtou de realizar as obras para implementação de sistema de fibra ótica e CFTV, e que já entregou as obras referentes ao Sistema de Atendimento aos Usuários e a reforma de implementação dos Postos de Pesagem Veicular.

III.5. Presentes os requisitos cautelares

Fumus boni iuris

122. Alega a REQUERENTE que a plausibilidade da sua argumentação se funda em três aspectos essenciais:

- (i) Modificação substancial das bases do vínculo negocial – condições de financiamento não cumpridas pelo Poder Público, não realização da projeção do volume de tráfego, atraso considerável da concessão das licenças ambientais;
- (ii) Postura estratégica da REQUERIDA em não se manifestar sobre o reequilíbrio do contrato e, em seguida forjar uma linha defensiva de inadimplemento para aplicação de sanções e redução do padrão tarifário;
- (iii) *Venire contra factum proprium* da REQUERIDA, que reconheceu a ausência de condições de financiamento e a imprevisibilidade que sobre o valor da tarifa, tendo inclusive sido reconhecido pela União Federal, Congresso Nacional e pelo Ministério Público.²¹

123. Assim, alega a REQUERENTE que há “enormíssima desproporção” entre as prestações contratuais, acarretando onerosidade excessiva a uma das partes.

Periculum in mora

124. Alega a REQUERENTE que a iminente redução tarifária de R\$5,30 para R\$2,90 agravará ainda mais a situação de desequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão firmado entre as partes.

²¹ Requerente – resposta ao pedido de revogação da medida liminar, 29.11.2019, §§86 e 87.

125. Aduz a REQUERENTE que, de um lado, agravará os prejuízos suportados por ela e, de outro, provavelmente inviabilizará a sobrevivência da Concessionária – o que impossibilitaria aguardar o julgamento de mérito do pedido de revisão do negócio.

Ausência de risco de irreversibilidade

126. Alega a REQUERENTE que, mantida a tutela cautelar e reconhecida a existência de descumprimentos com a necessidade de redução tarifária, isso poderia ser feito de imediato e a defasagem resolvida em perdas e danos.

127. Já no caso de revogação da medida e consequente redução do padrão tarifário em mais da metade, a REQUERENTE não terá condições de prosseguir com suas atividades, nem tampouco aguardar o julgamento de mérito deste procedimento.

128. A REQUERENTE conclui, portanto, que qualquer redução tarifária neste momento não traz benefícios.

IV. DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

129. A cautelar deferida pelo Juízo Federal em caráter preventivo – mediante pedido realizado pela REQUERENTE – contou com os seguintes fundamentos (Doc. 14 RTE):

Conferindo exegese à norma constitucional²², a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em respeito aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência e razoável duração do processo (CF/88, arts. 37, caput, e 5º, LCCVIII), a demora desarrazoada da Administração para apreciar processo administrativo legitima ao Poder Judiciário fixar prazo para a

²² Art. 5º, LXXVIII, da CF/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

conclusão do procedimento. Demora essa que configura verdadeira situação de abuso de direito. (...)

Sobre a temática, nossa Corte Regional assentou o entendimento de que a Administração Pública deve apreciar, no prazo fixado pela legislação correlata, os pedidos que lhe forem dirigidos, não podendo postergar, indefinidamente e sem justificativa plausível, a análise de requerimento administrativo.

(...)

Na concreta situação dos autos, em juízo de cognição sumária, repto presente a plausibilidade jurídica autorizadora da medida acautelatória. Isso porque se depreende do acervo probatório que a parte autora, em 2016, ao se manifestar a respeito da posição da ANTT em relação à 1^ª Revisão Ordinária e à 3^ª Revisão Extraordinária do Contrato, apresentou diversos motivos a indicar a existência de desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão em evidência (fls. 286/307), apontando as dificuldades de arcar com as obrigações contratuais, não apenas com base na previsão de redução da lucratividade, inerente aos riscos eventuais do negócio, mas sim, por questões outras, relacionadas ao descumprimento, pelo contratante público, de obrigações relativas ao licenciamento ambiental e outros investimentos afetos ao Poder Público. Corroborando tal plausibilidade, a parte demandante demonstra que, em 2017, formulou, com base no art. 13 e seguintes da Lei 13.448/2017, requerimento de relicitação, já ao fundamento de incapacidade econômico-financeira de execução do contrato, o qual se encontra pendente de apreciação (fls. 612/617).

Nesse diapasão, (...) é de se ter por necessária a manutenção das bases contratuais, até deliberação do juízo arbitral sobre a relação jurídico-contratual ou, conforme o caso, até que se resolva a pendência administrativa de relicitação, nos moldes da orientação jurisprudencial firmada sobre a matéria.

À vista do exposto, com base no poder geral de cautela, e apoiado no art. 22-A da lei 9307/96, defiro a medida acautelatória requerida, para (...) determinar que a ANTT que: a) mantenha as mesmas bases econômico-financeiras contratuais, aí incluída a condição tarifária, sem a redução prevista na Deliberação 523; b) se abstenha de aplicar penalidades administrativas e contratuais decorrentes do suposto desequilíbrio econômico-financeiro, respeitado o poder de fiscalizar sobre a exploração do serviço delegado e; c) se abstenha de impor obrigações à concessionária que estejam atreladas aos investimentos previstos no contrato de concessão.”

130. Em sede arbitral, a REQUERIDA pleiteia a revogação desta medida provisória para que (i) se torne possível a redução da base tarifária com base no fator D do contrato, (ii) possa fiscalizar a execução do contrato e, consequentemente, aplicar as penalidades contratuais e administrativas e (iii) possa exigir as obrigações da REQUERENTE, ainda que atreladas a supostos investimentos que não foram realizados.

131. A REQUERENTE, por sua vez, defende a manutenção integral da medida deferida preventivamente, sob o argumento de que eventual redução das condições tarifárias e a aplicação de penalidades por parte da REQUERIDA poderiam gerar agravamento da situação econômica e financeira do contrato, além de inviabilizar a prestação dos serviços prestados pela REQUERENTE e ocasionar a ruína desta.

132. Diante dos relevantes argumentos apresentados por ambas as partes, o Tribunal Arbitral discutiu e deliberou pela manutenção da medida cautelar judicial na sua integralidade, conforme passa a fundamentar.

IV.1. Manutenção/revogação da tutela cautelar judicial

133. A doutrina ressalta que não há uniformidade na abordagem sobre quais requisitos devem ser preenchidos para que o pedido de tutela cautelar

em sede de arbitragem seja concedido. Assim, em geral, muita discricionariedade é conferida aos árbitros em tal tarefa²³.

134. Para que seja fundamentada a manutenção da medida cautelar, no entanto, este Tribunal Arbitral se pauta na prática das arbitragens nacionais, visto que a este procedimento aplica-se a lei brasileira, as partes são brasileiras e trata-se de contrato de concessão de serviços públicos nacionais.

135. Nesse sentido, nota-se que a doutrina entende ser cabível falar em análise dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* quando da decisão sobre a concessão ou não de tutelas provisórias na arbitragem:

*Na arbitragem, a concessão de tutela provisória deve observar também os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora. A Lei de Arbitragem poderia dispor diversamente desses requisitos, mas preferiu silenciar a respeito. Por essa razão, devem-se buscar esses requisitos no Direito processual brasileiro (sede da arbitragem). (...) O fundamento não é exatamente este, mas sim o fato de que esses requisitos integram o Direito processual brasileiro. Coincidemente esses requisitos estão dispostos no estatuto processual civil, mas poderiam não estar e ainda assim se aplicariam à arbitragem.*²⁴

136. Além desses dois requisitos, pode-se dizer também que é imperioso observar a possibilidade de reversibilidade da medida a ser proferida, submetido a um juízo de valor pelo Tribunal Arbitral:

A irreversibilidade fática da medida também é um requisito (negativo) que se aplica à tutela provisória requerida na

²³ NEVES, Flávia Bittar; LOPES, Christian Sahb Batista. Medidas cautelares em arbitragem. In 20 anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz. Carlos Alberto Carmona ... [et al.] (coordenadores). 1^a ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 458.

²⁴ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo código de processo civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidencia, tutela antecedente e tutela incidental. In 20 anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz. Coordenação de Carlos Alberto Carmona ... [et al.] (coordenadores). 1^a ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 483.

*arbitragem. (...) os árbitros deverão realizar uma ponderação de interesses, bens jurídicos e direitos e optar, num juízo de proporcionalidade, pelo mal menor. A irreversibilidade fática, portanto, cede também na arbitragem diante da relevância do direito a ser protegido e da gravidade da urgência a ser contornada. O juízo de valor a respeito da irreversibilidade, em regra, se trata de aspecto também insusceptível de controle pelo Poder Judiciário.*²⁵

137. A análise em cognição sumária da tutela provisória em discussão demanda do Tribunal Arbitral, portanto, uma ponderação necessária entre o interesse público e outros princípios que permeiam os contratos de concessão como a continuidade, generalidade, atualidade, segurança e eficiência da prestação dos serviços públicos.

138. Os argumentos trazidos pela REQUERIDA, ainda que relevantes em seu pleito pela revogação da tutela provisória judicial, dizem respeito à análise meritória (ofensa ao interesse público, vulnerabilidade social e baixa eficiência da REQUERENTE na execução do contrato) – pano de fundo deste procedimento – que deverá ser esmiuçado quando da prolação da sentença.

139. Assim, ainda que se admita que a REQUERENTE não cumpriu suas obrigações plenamente, é ela quem administra a rodovia, prevalecendo – ao menos, por ora – o interesse público primário da continuidade desta prestação de serviços públicos.

140. O Tribunal Arbitral passa a analisar, portanto, a presença dos três requisitos para a manutenção da medida cautelar em cada aspecto requerido ao Juízo Federal e reiterado pela REQUERENTE.

IV.2. Manutenção da condição tarifária

²⁵ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo código de processo civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidencia, tutela antecedente e tutela incidental. In 20 anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz / Carlos Alberto Carmona... [et al.] (coordenadores). 1^a ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 488.

141. De um lado, a REQUERIDA alega que os serviços estão sendo prestados aquém da qualidade pactuada no contrato de concessão e que há previsão de uma equação que permita o reequilíbrio econômico do contrato (Fator D) de forma a reduzir a base tarifária. De outro lado, a REQUERENTE alega que há muito tempo demanda do Poder Concedente medidas para que seja reequilibrado o contrato pactuado e que o referido Fator D somente seria aplicável em caso de inadimplemento das obrigações.

142. De um lado, portanto, vislumbra-se provável enriquecimento da REQUERENTE pela manutenção das bases tarifárias em decorrência de não cumprimento de suas obrigações contratuais (o que será verificado posteriormente). De outro lado, vislumbra-se o risco de descontinuidade na prestação dos serviços pela Concessionária em decorrência da redução da base tarifária.

143. Diante dessa dualidade de argumentações, salienta-se que decidir por suposto reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em sede de cognição sumária atentaria contra os direitos do Concessionário.

144. A base tarifária foi estabelecida pelo Poder Concedente no momento da contratação e, portanto, não poderia agora – sem qualquer análise mais aprofundada – reduzir esses valores, que é uma garantia da Concessionária. Nesse sentido:

Uma prática antijurídica reside em promover a redução tarifária em momento posterior à outorga. Essa solução é incompatível com a ordem jurídica. A Constituição protege a intangibilidade da equação econômico-financeira e impõe a manutenção da relação original entre encargos e vantagens assumidos pelas partes. O art. 37, inc. XXI, da CF/88 determina que as condições da proposta deverão ser



*respeitadas ao longo do contrato, que deverá prever mecanismos adequados a assegurar a sua intangibilidade.*²⁶

145. Adiciona-se a isso o fato de que não cabe ao Tribunal Arbitral fazer um juízo de valor para definir qual seria o montante adequado para remunerar o trabalho da REQUERENTE até o momento, sem que haja qualquer apresentação de provas.

146. Ainda que a estrutura tarifária integre o núcleo essencial de implementação de políticas públicas reservado ao Poder Concedente, falta ao Tribunal Arbitral o conhecimento necessário dos aspectos que dizem respeito às condições para execução do contrato de concessão, ainda que ficasse evidenciado que a REQUERENTE não cumpriu as obrigações previstas no contrato (o que será objeto de produção de provas).

147. Também não cabe ao Tribunal Arbitral analisar, neste momento, a incidência do chamado Fator D – seja ele aplicável automaticamente ou não – considerando-se que este é um assunto afeto ao tema de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (tema central do procedimento) e um dos pontos controvertidos no procedimento.

148. Cabe ressaltar, ademais, que as tarifas estipuladas inicialmente – ainda que se admita que representam alguma defasagem desde 2017 – são necessárias para a continuidade da prestação dos serviços pela REQUERENTE, não havendo falar, neste moment, em prejuízo dos usuários pela manutenção do atual valor. Nesse sentido:

Além de antijurídica, a solução de agravar a posição jurídica do concessionário posteriormente à outorga é economicamente insatisfatória. Sem dispor de recursos para custear as despesas, o concessionário cairá em insolvência. Isso inviabilizará o serviço público e produzirá dívidas relevantes para os cofres públicos – seja em virtude do

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Cobrança de Tarifa pela Prestação dos Serviços Públicos de Saneamento Básico. In Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro/Floriano de Azevedo Marques Neto ... [et al.] (organizadores). São Paulo: Atlas, 2013. p. 473.

*pagamento de indenização ao concessionário, seja pela necessidade de adotar soluções emergenciais para satisfazer as necessidades dos usuários.*²⁷

149. A manutenção da medida, portanto, é imprescindível para se evitar eventuais danos irreparáveis ou ainda para evitar que se torne inútil a decisão de mérito a ser proferida ao final.

150. Nota-se, portanto, que eventual diminuição da tarifa paga pelos usuários do serviço público – neste momento – é capaz de trazer maior risco aos seus usuários, tendo em vista a possibilidade de descontinuidade da prestação deste mesmo serviço ou – na melhor das hipóteses – queda na sua qualidade (ainda que atualmente deficiente).

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

IV.3. Inaplicabilidade de penalidades contratuais

152. A possibilidade de aplicação de penalidades (contratuais e administrativas) também foi suspensa pelo Juízo Federal, sem prejuízo do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.

153. Da mesma forma, este Tribunal Arbitral também entende que não poderá a autoridade concedente – por ora – aplicar penalidades unilateralmente, visto que as partes divergem quanto à atuação do Poder Público e da Concessionária no trato da execução do contrato.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Cobrança de Tarifa pela Prestação dos Serviços Públicos de Saneamento Básico. In Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro/Floriano de Azevedo Marques Neto ... [et al.] (organizadores). São Paulo: Atlas, 2013. p. 473.

154. Há dúvida razoável a ser debatida e esclarecida na fase de instrução quanto à interpretação do contrato e sua execução.

155. Nota-se que o momento é de uma patente crise contratual, visto que a relação entre as partes se encontra em uma fase extremamente sensível, com a existência de procedimento administrativo de caducidade e também de procedimento administrativo de relicitação.

156. De um lado, estamos falando em inadimplemento por atrasos e não entrega de obras. De outro lado, estamos falando em inércia do Poder Concedente às reclamações da Concessionária desde o início da relação contratual e ausência da implementação das condições necessárias para início da sua execução.

157. É relevante notar, neste momento, que a questão da repactuação do contrato é tema que se desenrola há algum tempo. A REQUERIDA, inclusive, chegou a asseverar que foi indeferida a relicitação por falta de regulamentação do dispositivo pertinente (art. 14, Lei 13.448/2017).

158. A REQUERENTE relatou que – pela alteração do cenário das concessões com o advento do Decreto 9.557/2019 - novo pedido administrativo de relicitação foi apresentado por ela, REQUERENTE. Trata-se, *prima facie*, de hipótese de possível recontratação por desequilíbrio econômico-financeiro, caracterizando, pois, a fumaça do bom direito.

159. Da mesma forma que a diminuição da base tarifária poderia ensejar interrupção da prestação dos serviços públicos pela REQUERENTE, eventuais penalidades unilaterais, neste momento do contrato, também impactariam o mínimo eficiente da prestação dos serviços, pois inviabilizariam o mínimo de execução do escopo contratual (da forma como é realizado hoje).

160. Ressalta-se, ainda, que a falta de aplicação das penalidades não afasta da REQUERIDA seu dever de fiscalização, tampouco torna esse dever ineficaz, devendo a REQUERIDA continuar a avaliar a prestação dos serviços pela REQUERENTE e formalizar todos os acontecimentos e faltas ocorridas.

161. Este também é um tema que será examinado com maior profundidade quando da análise do mérito, mas que – neste primeiro momento – deve ser tratado com cautela em benefício da continuidade da prestação do serviço público.

IV.4. Não imposição de obrigações atreladas aos investimentos do Contrato

162. O contrato de concessão transmite ao Concessionário a responsabilidade pela execução do seu objeto²⁸. Neste modelo, deve haver, por parte da empresa, análise elaborada no sentido da viabilidade do objeto do contrato. Assim, as obras deveriam ser realizadas por sua conta e risco.

163. Por outro lado, o Poder Concedente, ao analisar uma proposta, leva em consideração a capacidade jurídica, técnica e financeira do Concessionário. E, pelo que consta até o momento, parece que a ANTT levou em consideração a promessa de investimentos do Poder Público para determinar a REQUERIDA como vencedora.

164. Por ora, portanto, a situação fática que permeia o contrato de concessão não pode ser modificada sem que haja uma correta análise das particularidades do procedimento licitatório e dos fatos que antecederam e sucederam a adjudicação do contrato.

165. Forçar cumprimento de obrigações que supostamente tiveram como fundamento fatos que não ocorreram pode apresentar risco de irreversibilidade, uma vez que os números abordados no pleito cautelar revelam uma grande soma em dinheiro, capaz de – em tese – prejudicar as atividades da Concessionária.

²⁸ Lei 8987/87, Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. (Vide ADC 57)

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

166. Salienta-se, contudo, que essa medida provisória não exime a Concessionária de continuar a prestar os serviços públicos delegados. Tampouco autoriza a Concessionária a cessar as obras e providências que estão em andamento, até que outra seja a solução decidida – na via arbitral ou administrativa.

167. Assim, ainda que a Requerida não seja obrigada a realizar todas as suas obrigações atreladas aos investimentos, deverá ela continuar a prestar o serviço de forma eficiente e sem maior onerosidade para os consumidores, adotando as cautelas e medidas necessárias à manutenção e comodidade da rodovia.

V. DISPOSITIVO

168. Nota-se, portanto, que a revogação da medida cautelar – em detrimento de sua manutenção – na fase atual deste procedimento, apresentaria mais riscos ao interesse público em decorrência da provável deterioração dos serviços, além de prejuízos muito mais significativos aos usuários em decorrência da sua não prestação. Assim, a revogação da medida provisória pré-arbitral não se mostra adequada.

169. Oportuno destacar, ainda, que a liminar foi deferida pelo MM. Juízo Federal da 17ª Vara Federal do Distrito Federal e mantida em julgamento de recurso no Tribunal Regional Federal da 1ª. Região.

170. Com base nos fundamentos acima, portanto, o Tribunal Arbitral deliberou e concluiu que a medida cautelar deverá ser mantida, pois as premissas básicas de sua concessão continuam presentes, sendo mais adequada – neste momento procedural – a manutenção da base tarifária do contrato (no patamar estipulado em 2017), a proibição de aplicação de penalidades (administrativas ou contratuais) por parte do Poder Concedente e a inexigibilidade de obrigações atreladas aos investimentos públicos (conforme proporção prevista em contrato), até nova análise após a instrução no curso do procedimento.

Brasília/DF, 7 de janeiro de 2020.

V7-5

SÉRGIO GUERRA
Árbitro

Lauro Gama
LAURO DE GAMA E SOUZA JR.
Árbitro

Luciano de Souza Godoy
LUCIANO DE SOUZA GODOY
Presidente