

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

José Roberto Manesco, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires, Marcos Augusto Perez, Floriano de Azevedo Marques Neto, Ane Elisa Perez, Tatiana Matiello Cymbalista, Fábio Barbalho Leite, Luís Justiniano Haiek Fernandes, Wladimir Antonio Ribeiro, Adriana Roldan Pinto de Lima, Adalberto Pimentel Diniz de Souza, Raul Felipe Borelli, Lucas Cherem de Camargo Rodrigues, Caio de Souza Loureiro, Mais Moreno, Licínio dos Santos Silva Filho, Fernando Herren Aguillar, Milene Louise Renée Coscione, Carlos Eduardo Bergamini Cunha, Bruno Moreira Kowalski, Marina Fontão Zago, Eduardo Stênio Silva Sousa, Carlos Alberto Laurino, Fernanda Esbizaro Rodrigues Rudnik, Carolina Smirnovas Quattrocchi, Diego Gonçalves Fernandes, Elisa Martinez Giannella, Hendrick Pinheiro da Silva, Mariana Magalhães Avelar, Bruna Silveira Sahadi, Isabela Morbach Machado e Silva, Anna Beatriz Savioli, Kelly Ribeiro Félix de Souza, Ana Luiza Fernandes Calil, Tiago Francisco da Silva, Alexandre Rodrigues de Sousa, Raquel Lamboglia Guimarães, Deise da Silva Oliveira, Patrícia Trompeter Secher, Juliana Moitas Nogueira de Menezes, Beatriz Antonelli Cardoso, Rafael Pereira Fernandes, Rodrigo Amaral Paula de Méo, Rafaella Bahia Spach, Lara de Coutinho Pinto, Luiz Claudio Pimenta Filho, Maria Gabriela Freitas Cruz, Douglas da Silva Oliveira, João Falcão Dias, Leonardo Thomaz Pignatari, Carlos Henrique Benigno Pazetto, Giuliana Ribeiro Alfredo, Roberta Helena Ramires Chiminazzo, Alessandra Jeronimo Ungria, Tamara Cukiert, Patrícia Mutti e Mattos, Vinicius Alvarenga e Veiga, Larissa Nunes de Lima, Rafael De Marchi Santos, Nina Nobrega Martins Rodrigues

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL - CCI
ARBITRAGEM 23238/GSS

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS MINAS GERAIS GOIÁS S.A.

(REQUERENTE)

VS.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

(REQUERIDA)

RÉPLICA À RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS

22 DE NOVEMBRO DE 2018

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

À

Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI

Rua Surubim, 504, 12º andar, Brooklin Novo
04571-050, São Paulo, SP
Tel.:(11) 3040-8830
E-mail: ica10@iccwbo.org

C/C

Dr. Sérgio Mannheimer

Av. Almirante Barroso, 139, 4º andar
20031-005, Rio de Janeiro-RJ
E-mail: mannheimer@afadv.com.br

Dr. Calos Alberto Carmona

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1478, 19º andar
01452-001, São Paulo, SP
E-mail: carmona@mrtc.com.br

Dr. Flávio Amaral Garcia

Rua São José, 20, 15º andar
20010-020, Rio de Janeiro, RJ
E-mail: flavioamaral@juruenadadv.br

Drs. Milton Carvalho Gomes, Artur Watt Neto, Emanuel Gonçalves de Carvalho, Márcio Luís Galindo, Coordenação-Geral de Contencioso da PF/ANTT

Setor de Clubes Esportivos SUL – SCES,
trecho 03, lote 10, Projeto Orla Polo 8
70200-003, Brasília, DF

E-mails: milton.gomes@antt.gov.br;
milton.gomes@agu.gov.br;
artur.watt@agu.gov.br;
emanoel.carvalho@antt.gov.br;
marcio.galindo@antt.gov.br;
contencioso.pfantt@antt.gov.br

SUMÁRIO

I.	Introdução.....	5
II.	As premissas contratuais para a aplicação do Desconto de Reequilíbrio (Fator D) e a realidade da Concessão.....	8
	II.i. Diferença entre causalidade que justifica a aplicação do desconto de reequilíbrio e culpabilidade que justifica a aplicação de sanções	13
III.	Real estado de desequilíbrio	17
IV.	Inadequação técnica da Ordem do Árbitro de Emergência.....	21
	A) Existência de dois cronogramas.....	22
	B) Discussões sobre a aplicação do Desconto na 2ª Revisão Ordinária	24
	C) A contrariedade da Ordem do Ilmo. Árbitro de Emergência ao entendimento em consolidação sobre o tema no Poder Judiciário.....	26
V.	Aplicação proporcional do desconto de reequilíbrio (Fator D)	28
VI.	Vícios ocultos nas OAE.....	32
	A) Suposta ausência de pedido	33
	B) Limitação da matriz de risco assumida pela Requerente e o regramento contratual próprio.....	35
VII.	Insubsistência da alegação de litigância de má-fé.....	38

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

VIII. Caução e/ou apontamento de dotação orçamentária para custear as despesas com a arbitragem..... 40

IX. Forma de fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais e o reembolso dos contratuais 42

X. Conclusão..... 43

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

I. INTRODUÇÃO

01. O presente procedimento arbitral, instaurado a partir do requerimento da Concessionária MGO, conforme exhaustivamente detalhado em suas alegações iniciais, visa (i) a discutir a aplicação do Desconto de Reequilíbrio no tocante ao atendimento das metas anuais de duplicação previstas na Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço; e (ii) à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato rompido em decorrência da execução, pela Requerente, de obras alheias a sua matriz de risco.

02. Por seu turno, na sua resposta às alegações iniciais, a Requerida evidencia a ausência de argumentos hábeis a rechaçar o direito perseguido pela Requerente, constatando-se, inclusive, que a Requerida sequer se debruçou sobre a integralidade dos fatos demonstrados e comprovados pela Concessionária ora Requerente.

03. Nesse sentido, no que tange à pretensão da Requerente em relação à reconstrução das OAE 223 e 225, a Requerida não tece qualquer argumento de natureza técnica para tentar rechaçar a pretensão da Concessionária, se limitando a suscitar (i) a aplicação do prazo decadencial previsto no artigo 455 do CC/02 ao presente caso, (ii) suposta ausência de pedido expresso para a recomposição pretendida.

04. Na mesma toada, quanto à discussão sobre a aplicabilidade do Desconto de Reequilíbrio (Fator D), verifica-se que a Requerida construiu sua defesa lastreada tão somente na análise teórica e enviesada da forma de aferição e aplicação do Desconto, olvidando-se, contudo, **que nesta arbitragem discute-se, justamente, a ruptura da lógica teórica e da própria finalidade desse mecanismo, diante da realidade econômico-financeira e disciplinar da relação contratual.**

05. Esse distanciamento proposital da Requerida para com a situação real e concreta objeto dessa arbitragem é ressaltado por sua incapacidade de tecer uma linha sequer para rebater os fatos que, ao refletirem a real situação do Contrato de Concessão em comento, se mostram essenciais para a aferição da (in)admissibilidade da aplicação do Desconto de Reequilíbrio (Fator D) como vem sendo promovida pela Requerida. São eles:

- (i) A execução das obrigações relacionadas à duplicação das vias é disciplinada pelo PER – Plano de Exploração da Rodovia, no qual é fixado o cronograma para tais obras;
- (ii) O único cronograma formal previsto expressamente no Contrato é o estabelecido no PER, não havendo cronograma financeiro desassociado desse instrumento de acordo com as delimitações do Contrato;
- (iii) O cronograma executivo previsto no PER tinha, expressamente, a obtenção da Licença de Instalação como condição inicial para o desenvolvimento de todas as metas e etapas da obrigação de duplicação;
- (iv) A realização dos investimentos para andamento das obras de duplicação pressupõe a existência das condições legais para início, avanço e conclusão dessas obras, como refletido no PER;
- (v) A Requerente, antes da liberação da LI, promoveu a mobilização de suas equipes para dar início às obras de duplicação, mas suas frentes foram impossibilitadas de executar o escopo ante a falta da LI;
- (vi) Esse fato ensejou, inclusive, procedimento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, o qual culminou no reconhecimento, pela ANTT, do direito da Concessionária ser ressarcida pelos custos incorridos com a frustração das atividades das frentes mobilizadas (RTE – 21);
- (vii) A aplicação do Desconto de Reequilíbrio integral foi rechaçada pela própria ANTT na 2ª Revisão Ordinária (RTE-21), quando o

cálculo do Fator D foi feito com a ponderação apenas do saldo não duplicado pela Concessionária até a data da vistoria realizada em janeiro de 2017;

(viii) A forma atual de aplicação do Desconto de Reequilíbrio está distanciada da finalidade do mecanismo, pois na prática a incidência anual e cíclica do Fator D constitui verdadeiro evento de desequilíbrio contratual, que, em médio prazo, inviabilizará a Concessão;

(ix) A redução da receita decorrente da aplicação do Desconto de Reequilíbrio frustrará, inclusive, a liberação de créditos extraordinários do financiamento tomado junto ao BNDES, os quais são essenciais para manutenção do autofinanciamento da Concessão previsto no Estudo de Viabilidade Econômica licitado (RTE – 36);

(x) Mesmo a aplicação objetiva do Desconto de Reequilíbrio não afasta a indispensabilidade de ser demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta imputada à Concessionária e a restrição à sua única fonte ordinária de remuneração.

06. Além da ausência de impugnação aos fatos acima, a Requerida também não se dignou a compulsar os documentos que instruíram as alegações iniciais da Requerente, tendo, inclusive, acostado documentos que em nada inovam no arcabouço documental desta arbitragem, visto se limitarem a duplicar aquilo que já fora apresentado pela Requerente.

07. Tecidas as indispensáveis considerações iniciais, passa-se à análise pormenorizada dos motivos pelos quais a defesa da Requerida não se sustenta e, assim, porque deve o pleito da Requerente ser acatado em sua integralidade.

II. AS PREMISSAS CONTRATUAIS PARA A APLICAÇÃO DO DESCONTO DE REEQUILÍBRIO (FATOR D) E A REALIDADE DA CONCESSÃO

08. Em síntese, a Requerida tenta fazer crer que a aplicação do Desconto de Reequilíbrio, por meio do redutor tarifário Fator D, não está relacionada ao cumprimento, pelo Poder Concedente, das condicionantes legais e contratuais diretamente vinculadas à execução das metas inseridas na Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço (cf. Cláusula 10.3 do Contrato e Item 3.2.1 do PER). Além disso, ela cria uma dicotomia entre o que seria um Cronograma Executivo (real) e um Cronograma Planejado (de natureza financeira).

09. Sem razão, evidentemente, a Requerida.

10. Como bem delineado nas alegações iniciais, a presente demanda tem como ponto fulcral a aplicação cíclica do Desconto de Reequilíbrio na tarifa de pedágio, diante do não atingimento das metas de duplicação na data de aniversário da Concessão. Isso porque, **a Requerida atrasou em 06 (seis) meses a obtenção da Licença de Instalação (“LI”)**, impedindo a adoção de qualquer medida pela Requerente para dar andamento às mencionadas obras.

11. É relevante destacar que **a obrigação de obtenção da LI é inquestionavelmente atribuída à Requerida**, conforme clara previsão das Cláusulas 5.2.1¹ e 10.3.2(i)², além disso,

¹ 5.2. O Poder Concedente deverá:

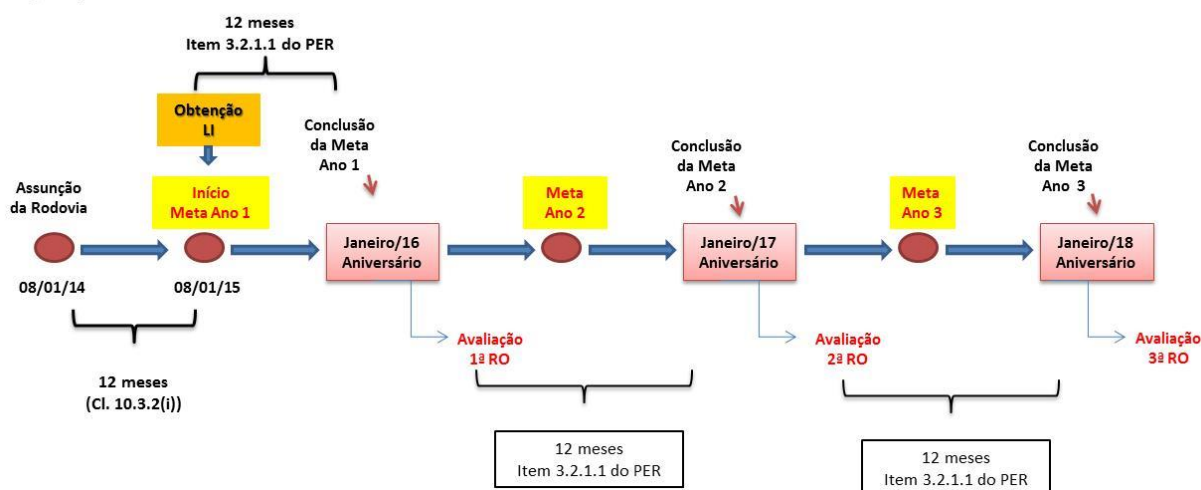
5.2.1. Obter licença prévia e licença de instalação das Obras de Ampliação de Capacidade de Melhorias do Item 3.2.1 do PER, nas condições previstas na subcláusula 10.3.2”.

² “10.3.2. A licença de instalação prevista na subcláusula 5.2.1 será disponibilizada a Concessionária **em prazo compatível para o atendimento das metas anuais de duplicação previstas no item 3.2.1.1 do PER**, de acordo com as seguintes condições. transcrição.

também não se admite qualquer discussão quanto ao fato de ser a LI uma condicionante legal para o desenvolvimento das obras em referência, sendo, nos termos do Item 3.2.1 do PER³, o *dies a quo* para o prazo para conclusão das metas de duplicação.

12. Desse modo, o cenário executivo que a Requerida tenta confundir pode ser sintetizado da seguinte forma:

Apuração do Fator D sem atraso da ANTT

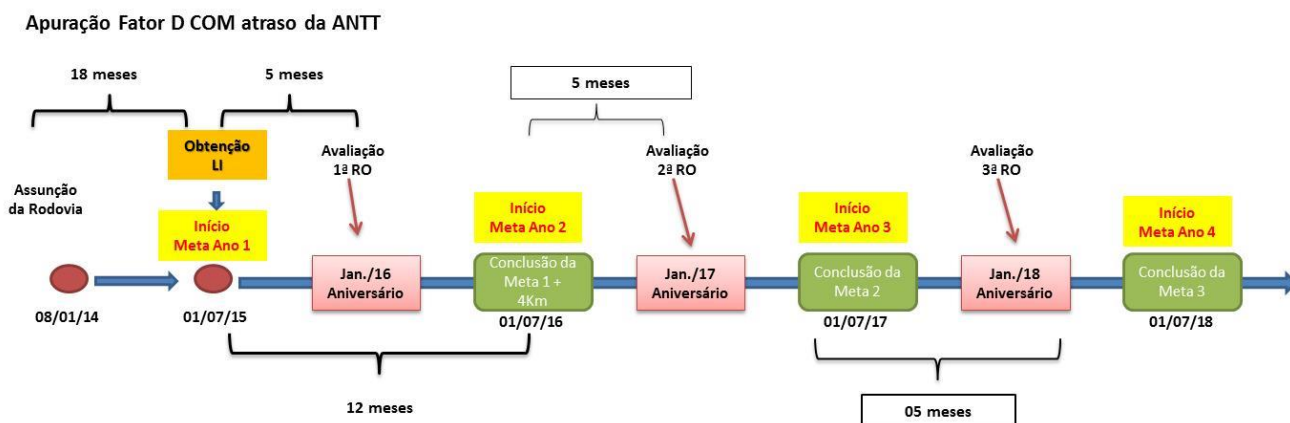


(i) a licença de instalação necessária ao cumprimento da primeira meta anual das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias prevista no item 3.2.1 do PER **será disponibilizada a Concessionária em até 12 (doze) meses contados da Data de Assunção.**”

³ “3.2.1. Obras de Ampliação da Capacidade e Melhorias

Objeto: conjunto de obras e serviços de duplicação da Rodovia, implantação de vias marginais, viadutos e passagens inferiores, trevos em nível, correção de traçado, passarelas e melhorias em acessos, implantação de barreiras, divisórias de pistas e implantação de pórtico, observados os Parâmetros Técnicos.

Período: inicia-se a partir da data de expedição da Licença de Instalação e deve ser concluída em até 48 (quarenta e oito) meses, salvo as exceções expressamente indicadas abaixo.” – Grifos da transcrição.



13. Somado a isso, não se pode olvidar que as disposições contratuais relacionadas às metas inseridas na Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço estão reguladas pelo PER, no qual estão fixadas desde as características dos serviços que devem ser executados, até os marcos contratuais para conclusão desses. **Ou seja, o PER define o cronograma de execução das obrigações da Concessionária.**

14. E a leitura integral do Contrato e dos documentos que integraram o Edital de Licitação, permite concluir com clareza que o PER é o único instrumento que define um cronograma vinculante para o cumprimento das metas contratuais, na medida em que toda a disciplina, premissas, condicionantes, especificação técnicas dessas metas estão previstas exclusivamente no PER.

15. A unicidade do cronograma fixado pelo PER é extraída, como exhaustivamente demonstrado nas alegações iniciais, do próprio Estudo de Viabilidade Econômica da Concessão que, ao prever a forma de financiamento externo (pelo BNDES) e a proporção de investimento com capital próprio dos acionistas da Concessionária e o advindo do financiamento tomado junto ao BNDES, previu como premissa econômica a liberação de tais recursos pelo banco financiador. **Assim, ao se analisar o próprio Contrato de**

Financiamento a Longo Prazo (RTE-33), nota-se, novamente, a estrita vinculação do sistema de liberação de crédito aos marcos fixados pelo PER.

16. Portanto, o argumento da Requerida no sentido de existir o que seria um *cronograma financeiro* desassociado do cronograma executivo do PER, parte de uma premissa incompatível com a própria realidade contratual. Denunciando, com isso, o desconhecimento da Requerida sobre as estruturas financeiras da Concessão.

17. Não bastasse a própria inexistência do que seria um *cronograma financeiro* (ou um *cronograma planejado*), é incontroverso no presente caso que a **impossibilidade** de conclusão das metas anuais de duplicação na data do aniversário da concessão (janeiro de cada ano) se deu pelo inadimplemento, pela Requerida, da sua obrigação contratual expressa de obter a LI até 08/01/2014. Ou seja, **a ruptura desse suposto cronograma financeiro decorreu da omissão da própria ANTT que, agora, pretende transferir os ônus da sua mora à Concessionária.**

18. Esse *modus operandi* da Requerida compromete, ano após ano, tanto o avanço dos investimentos na melhoria do trecho concedido, como a própria sobrevivência da Concessão – que até o momento é a única que ainda subsiste sem riscos de caducidade e relicitação.

19. A insustentabilidade da tese defendida pela Requerida em detrimento desta Concessionária, inclusive, foi reconhecida por seu próprio corpo técnico (RTE-11, RTE-18 e RTE-30) e, recentemente, foi objeto de estudo sistematizado englobando todas as concessões de rodovias que contam com a previsão de aplicação do Desconto de Reequilíbrio (RTE-53). No mencionado estudo, a SUINF conclui:

Os percentuais de redução tarifária acima mencionados representam majoritariamente descontos oriundos da não execução de duplicações, considerando as metas previstas para os primeiros três anos de contrato, cujos marcos contratuais se deram em 2017. Quando forem apurados os valores dos marcos contratuais dos anos quatro e cinco, 2018 e 2019 respectivamente, caso persistam sem avanço de execução, esses descontos serão substancialmente aumentados.

A partir do aumento percentual desse redutor tarifário, potencializar-se-á a tendência de formação de um círculo vicioso de debilitação da capacidade de execução das concessões, tendo em vista que esse efeito impactará drasticamente as receitas das concessionárias, que, por sua vez, prejudicarão a liberação de novos recursos pelos financiadores dos projetos. O resultado esperado é o agravamento das condições de solvência da terceira etapa.

20. Além disso, esse mesmo estudo salienta a posição inigualável da Concessionária ora Requerente quanto ao cumprimento das metas de duplicação e aprimoramento do trecho por ela operado, mesmo diante do movimento de sufocamento contratual conduzido ano após ano pela ANTT (RTE-53). Veja-se:

Como exemplo, tem-se a situação das duplicações em concessões da 3ª etapa:

- **VIA 040 - BR-040 DF/GO/MG (Brasília-DF - Juiz de Fora - MG)** – Previsão de duplicar 557,2 km até abril de 2019, dos quais 69,5 km foram liberados ao tráfego até o momento (12%);
- **MGO - BR-050 GO/MG (Entroncamento com a BR-040 (Cristalina/GO) - Divisa MG/SP)** – Previsão de duplicar 218,5 km até janeiro de 2019, dos quais 122 km foram liberados ao tráfego até o momento (56%);
- **CONCEBRA - BR-060-153-262 DF/GO/MG (DF – Divisa com MG/SP)** – Previsão de duplicar 647,8 km até março de 2019, dos quais 69 km foram liberados ao tráfego até o momento (11%);
- **MSVIA - BR-163 MS - (Início na divisa com o estado do MT e término na divisa com o PR)** – Previsão de duplicar 806,3 km até abril de 2019. Hoje essa obra de duplicação encontra-se com 150 km liberados ao tráfego até o momento (19%);
- **CRO - BR-163/MT - BR-163 e MT-407 (do MS até o entroncamento com a MT-220)** – Previsão de duplicar 453,6 km até março de 2019, dos quais 116,7 km foram liberados ao tráfego até o momento (26%).

21. É relevante destacar que o resultado da performance da Concessionária MGO acima apontado evidencia que, de fato, o atraso da ANTT na obtenção da LI constitui a única razão para incidência do Desconto de Reequilíbrio, no tocante às obras de duplicação.

22. Destarte, **novamente** verifica-se que a própria equipe técnica da ANTT, na seara administrativa, reitera seu entendimento sobre a insubsistência da forma de aplicação do Desconto de Reequilíbrio, subsistindo tão somente a resistência de uma interpretação jurídica descontextualizada com a realidade da Concessão, e cujas premissas são insustentáveis face às disposições contratuais.

II.I. DIFERENÇA ENTRE CAUSALIDADE QUE JUSTIFICA A APLICAÇÃO DO DESCONTO DE REEQUILÍBRIO E CULPABILIDADE QUE JUSTIFICA A APLICAÇÃO DE SANÇÕES

23. A Requerida finca sua tese defensiva na previsão contratual de ser o Desconto de Reequilíbrio aplicado de forma objetiva e automática, conforme previsão das Cláusulas 22.6.2, 22.6.4 (v) e 21.2.10. Contudo, a Requerida se olvida:

- (i) A aplicação do Desconto de Reequilíbrio pressupõe **atraso** ou **não conclusão** das obras no prazo contratual;
- (ii) O **único cronograma contratual previsto** de forma **expressa** é o **fixado pelo PER**, que foi ratificado pelo 1º Termo Aditivo ao Contrato, que prevê como marco inicial para o prazo de execução das metas de duplicação a data da obtenção da LI;
- (iii) A finalidade do Desconto de Reequilíbrio é evitar que as concessionárias deixem de cumprir, **propositalmente**, as metas fixadas pelo PER, o que causaria um dano à equação contratual de ônus e bônus;
- (iv) Por isso, ainda que se afira a aplicabilidade do Desconto de modo objetivo, deve restar configurado o **nexo causal** entre a omissão/comissão da Concessionária e o alegado dano a ser recomposto em favor da Requerida ou usuário;
- (v) No presente caso, esse nexo não restou formado, pois a condicionante legal e contratual para a exigibilidade da obrigação contratual nos moldes reivindicados pela ANTT não foi cumprida por ela, visto o atraso incontroverso na obtenção da LI;

(vi) O dano real, ao contrário do alegado pela Requerida, vem sendo acumulado pela Concessionária, com a aplicação irrestrita do Desconto de Reequilíbrio.

24. Os aspectos acima sintetizados devem pautar a análise do presente caso, na medida em que, justamente, se discute a aplicabilidade concreta do Desconto de Reequilíbrio na tarifa de pedágio em decorrência do suposto não atendimento às metas de duplicação do trecho concedido. Isto significa que a divergência entre as partes está na: *(i)* configuração ou não de atraso ou descumprimento das ditas metas, *(ii)* forma de apuração desse suposto inadimplemento, *(iii)* suas consequências, *(iv)* tratamento contratual previsto para essa situação, como detalhadamente exposto nas alegações iniciais da Requerente, e totalmente ignorado pela Requerida em sua resposta.

25. Isso porque, não se admite a partir da sistemática contratual de definição restrita da matriz de risco assumida pela Concessionária (Cláusula 21.2), bem como pela disciplina legal sobre a manutenção das condições de equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, que haja a redução contínua e cíclica da remuneração da Requerente por ato para o qual ela não deu causa.

26. Nesse sentido, é relevante destacar que não se está aqui discutindo a existência de culpa ou dolo por parte da Concessionária na impossibilidade de atendimento das metas na data de aniversário da concessão. Mas, na realidade, discute-se a relação de causa e efeito que acarretou essa impossibilidade. Afinal, em qualquer passagem da defesa da Requerida **não é controvertido** que a Requerente tem agido de modo diligente no sentido de cumprir as metas de duplicação, tampouco que o início de suas atividades foi inviabilizado pela mora da ANTT, em conformidade com o cronograma executivo.

27. Acrescido a essa constatação, também não se controverte que o PER traduz o cronograma executivo⁴ e, de acordo com o seu Item 3.1.1, o *dies a quo* para os marcos das obrigações de duplicação é a obtenção da LI, na medida em que sem ela inexistente condição legal para a adoção de qualquer ato pela Requerente.

28. Diante disso, como inclusive já exposto no tópico acima, não se sustenta a ideia suscitada pela Requerida no sentido de que não se *“confunde a redefinição dos prazos para cumprimento das metas de duplicação (obrigação contratual) em razão do atraso na obtenção da licença, com a pretendida redefinição dos prazos para a incidência do Desconto de Desequilíbrio”*. Isso porque, os prazos para incidência do Desconto de Reequilíbrio estão intrinsecamente relacionados ao cronograma executivo definido pelo PER, conforme se extrai da 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 à **manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função do não atendimento aos Parâmetros e à inexecução das obras e serviços da Frente de Ampliação e Manutenção de Nível de Serviços, tal como previsto no PER e no Anexo 5**, mediante a aplicação do Fator D”*

29. O próprio detalhamento da aferição do Fator D, previsto no Item 2.2, do Anexo 5, ressalta a vinculação indissociável da aplicação do Desconto de Reequilíbrio à disciplina do PER:

“2.2 A avaliação de desempenho prevista neste Anexo é a verificação objetiva, promovida pela ANTT, para medir o desempenho da Concessão com base nos indicadores estabelecidos na Tabela I a seguir, com vistas à manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados pela Concessionária e a sua remuneração, em função do atendimento aos

⁴ Tendo os marcos contratuais para duplicação sido ratificados pelo 1º Termo Aditivo ao Contrato (RTE-17).

Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção e à execução das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço de acordo com os Escopos, Parâmetros Técnicos e Parâmetros de Desempenho, **tal como previstos no PER.**”

30. Nota-se que a redação das Cláusulas que definem o Fator D (reductor tarifário para aplicação do Desconto de Reequilíbrio) vincula, expressamente, sua aferição e incidência ao **atraso** ou **não conclusão** das metas **na forma fixadas pelo PER.**

31. Essa vinculação não poderia ser diversa, pois, sendo o PER o instrumento contratual que contém condições, metas, critérios, requisitos, intervenções obrigatórias e especificações mínimas que determinam as obrigações da Concessionária (cf. Cláusula 1.1.1(xxxiv)⁵), não há como se ignorar sua previsão naquilo que se mostrar conveniente à Requerida, como ela pretende nesse procedimento.

32. Logo, prevendo o PER que a obtenção da LI pela ANTT constituía o marco inicial do prazo para conclusão das metas anuais de duplicação, indiscutível se mostra a ausência de

⁵ “[...] todas as condições, metas, critérios, requisitos, intervenções obrigatórias e especificações mínimas que determinam as obrigações da Concessionária, englobando, dentre outros, (a) os Parâmetros de Desempenho e respectivas metas de prazo de atendimento, indicados na Frente de Recuperação e Manutenção; (b) **as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias**, as Obras em Trechos Urbanos, as Obras de Manutenção de Nível de Serviços, as Obras Emergenciais **e respectivos prazos de implantação, indicados na Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço**; (c) as obrigações relativas à conservação indicadas na Frente de Conservação; (d) as obrigações de implantação e operacionalização dos Serviços Operacionais e respectivos prazos, indicados nas Frentes de Serviços Operacionais; (e) os Escopos e Parâmetros Técnicos mínimos a serem observados pela Concessionária; (f) as obrigações quanto à Monitoração e Relatórios; e (g) as obrigações quanto à Gestão Ambiental e à Gestão Social.” – grifos da transcrição e no original.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

atraso ou não conclusão de tais obras pela Concessionária que, nessas datas, já havia até mesmo ultrapassado tais metas.

33. Ademais, não é demais rememorar que o **Desconto de Reequilíbrio tem como finalidade elidir que a Concessionária obtenha benefício com a postergação das obras. Porém**, a forma indiscriminada como ele vem sendo aplicado em desfavor da Requerente, o distancia dessa finalidade, na medida em que com o descolamento sustentado entre o que seriam cronogramas físico (real) e financeiro (projetado e sem base contratual), **a Requerente já sabe de antemão que, independentemente dos esforços que envidar, sofrerá com a redução tarifária e não obterá qualquer recomposição caso tente antecipar as obras com base no cronograma físico previsto no PER.**

34. Portanto, mesmo sob o ângulo da finalidade do Desconto de Reequilíbrio, inadmissível se afigura a forma indiscriminada como ele vem sendo aplicado pela Requerida, desconsiderando a real situação da relação contratual e, especialmente, a integralidade do regramento contratual sobre a execução das obras de duplicação fixadas pelo PER.

III. REAL ESTADO DE DESEQUILÍBRIO

35. A Requerida suscita, ainda, que o Desconto de Reequilíbrio proporcionaria a recomposição do equilíbrio contratual, rompido com a não conclusão das metas nos aniversários da Concessão (janeiro de cada ano), uma vez que o valor da tarifa não refletiria o valor real do trecho concedido.

36. Ocorre que, o argumento da Requerida se restringe a elucubração teórica acerca do que seria esse *valor da concessão* e do ponto de equilíbrio econômico-financeiro do Contrato,

uma vez que, como exaustivamente exposto nas alegações iniciais e sequer rebatido pela ANTT em sua resposta:

- (i) O desequilíbrio não pode ser presumido em favor do Poder Concedente⁶ e, especialmente, sua aferição não pode ignorar as condicionantes contratuais⁷ e a matriz de risco⁸ tabulada a cada uma das partes contratantes;
- (ii) Reforçando esse entendimento, a própria ANTT reconheceu que o atraso na obtenção da LI acarretou danos diretos à Concessionária – que estava mobilizada aguardando a liberação das frentes -, tendo efetuado a correspondente recomposição em abril/2017, no bojo da 5ª Revisão Extraordinária (RTE-21), conforme preconizado pelas Cláusulas 21.2.10⁹ e 22.1.2¹⁰;
- (iii) De outro modo, a aplicação do Desconto de Reequilíbrio, de forma cíclica e independente do avanço da Requerente - como sendo feita pela ANTT -, está conduzindo o Contrato ao aprofundamento do desequilíbrio em detrimento da Concessionária, comprometendo a execução dos investimentos previstos.

⁶ Artigo 10 da Lei Geral de Concessões assim dispõe: “[s]empre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

⁷ Cf. Cláusula 10.3.2(i) e Item 3.2.1 do PER.

⁸ Cf. Cláusula 21.2

⁹ “22.2.10 atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais a cargo do Poder Concedente;”

¹⁰ “22.1.2 A Concessionária somente poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses previstas na subcláusula 21.2 acima.”

37. Os pontos acima destacados sintetizam a inadequação da pretensão da Requerida, na medida em que denunciam a ilegalidade da aplicação do Desconto (dito de *Reequilíbrio*) irrestrita e ao arrepio dos pressupostos contratuais, doutrinários e legais para aferição de qualquer hipótese de recomposição da equação econômico-financeira. Afinal, não se pode olvidar que a manutenção do equilíbrio entre os ônus e bônus originalmente firmado para a relação contratual não pode ser alterada ao alvedrio do Poder Concedente.

38. Essa regra é reforçada no presente caso, uma vez que todos os investimentos relacionados à Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção de Nível de Serviço são oriundos de capital próprio (da própria tarifa de pedágio) ou de financiamentos tomados pela Concessionária – **vinculados ao seu desempenho financeiro** -, inexistindo qualquer participação estatal nos aportes.

39. A impossibilidade de manutenção da aplicação irrestrita do Desconto de Reequilíbrio com base em um desequilíbrio presumido, ademais, encontra óbice expresso no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, que rechaça as decisões administrativas pautadas em conceitos abstratos sem a devida ponderação dos efeitos práticos de tal ato. Veja-se:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.**

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

40. Essa previsão é plenamente aplicável ao presente caso para rechaçar a aplicação do Desconto pretendida pela ANTT, uma vez que ao promover a aplicação de severa redução tarifária, ignorando *(i)* o cronograma de execução, *(ii)* a matriz de risco do Contrato, a conduta da Concessionária e *(iii)* os pressupostos firmados no Direito Administrativo sobre a manutenção do equilíbrio contratual, a Requerida compromete, inequivocamente, a sustentabilidade da Concessão, **sem a devida ponderação das consequências práticas desses atos.**

41. Isso porque, prevalecendo a anômala sistemática instaurada pela Requerida, admitir-se-ia que as metas anuais de duplicação, a partir do atraso na obtenção da LI pela ANTT, passaram a ser metas semestrais. Uma vez que esse impacto inicial reverberou por todo o período de execução, de tal modo que, por mais eficiente que a Concessionária seja, ela não logrará êxito em completar as metas no período de seis meses e estará, por consequência, sujeita à aplicação do Desconto de Reequilíbrio.

42. Desse modo, verifica-se que, na prática, o Desconto de Reequilíbrio passa a ser aplicado de forma cíclica e absolutamente descomprometida com a execução efetiva das metas de duplicação, isso em decorrência exclusivamente do atraso da ANTT na obtenção da LI – como ela mesma reconhece.

43. A irracionalidade jurídica da conduta da Requerida, ademais, é verificada quando se analisa que, de acordo com o cronograma executivo fixado pelo PER, a Concessionária antecipou as duplicações, elevando com isso o *valor da concessão*. Porém, **essa precificação jamais será refletida na tarifa, que permanecerá com o redutor apurado na data hipotética, cujo cumprimento se tornou inatingível em virtude da inadimplência da própria ANTT.**

44. Esse descompasso abrupto na receita e na projeção de lucros auferidos pela Requerente, importa, ainda, em grave risco de impedimento ao desenvolvimento regular da liberação do crédito tomado com o BNDES e, até mesmo pode ensejar a redefinição da proporção da participação do financiador externo na concessão. Isso porque, considerando serem as metas estabelecidas pelo PER progressivas, a margem de apuração do Fator D para os próximos dois anos (2018 e 2019) será ainda maior que a praticada nas duas últimas revisões ordinárias da tarifa (RTE-21 e RTE-28), impedindo que a Concessionária alcance a performance financeira necessária à liberação do crédito.

45. Logo, o argumento de que o Desconto de Reequilíbrio permitiria que a tarifa praticada ao longo de um ano refletisse o valor da concessão e permitira a recomposição de um pseudo desequilíbrio contratual, também não se sustentam diante da realidade dos fatos.

IV. INADEQUAÇÃO TÉCNICA DA ORDEM DO ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA

46. Toda a contextualização fática exposta nos Capítulos II e III foi tratada e comprovada com detalhes nas alegações iniciais, a fim de permitir a este Tribunal a análise completa dos fatos que antecedem a aplicação do famigerado Desconto de Reequilíbrio e, principalmente, as consequências dessa aplicação.

47. Esse desenvolvimento minucioso, evidentemente, não condiz com o trâmite do procedimento do Árbitro de Emergência, no qual a cognição perfunctória desenvolvida pelo árbitro nomeado não permitiu a apreciação de todos os aspectos que permeiam a discussão.

48. Tecida essa distinção, de pronto se afasta a argumentação da Requerida no sentido de superestimar a Ordem proferida pelo Ilmo. Árbitro de Emergência, haja vista que, com o

devido respeito, essa decisão padece de inadequações técnicas inerentes ao nível da cognição realizada, as quais passa-se a expor.

A) Existência de dois cronogramas

49. O cerne da decisão proferida pelo Ilmo. Árbitro de Emergência está na assunção da tese da Requerida no sentido de existirem dois cronogramas: um executivo (real) e um financeiro (planejado). A aplicação do Desconto de Reequilíbrio estaria vinculada a este último cronograma, não guardando relação com a previsão executiva disciplinada pela PER.

50. Ocorre que, como exposto minuciosamente nas alegações iniciais e reiterado nos Capítulos II e III acima, essa sistemática não encontra supedâneo contratual, na medida em que tanto o Contrato, como todos os seus respectivos anexos ratificam ser o PER o único instrumento **vinculante** às partes contratantes, no que tange às especificações técnicas e aos **marcos temporais** e quantitativos das metas.

51. Também refletindo a via limitada do procedimento acautelatório, o Ilmo. Árbitro de Emergência não apreciou, p.ex., o Estudo de Viabilidade Econômica que instruiu o Edital da licitação predecessor deste Contrato, tampouco a estruturação do financiamento próprio e externo para execução das obras de duplicação¹¹. **Essas informações são essenciais para, em conjunto com a apreciação sistemática do Contrato, expurgar a suscitada existência de uma dicotomia entre cronogramas.**

52. Isso porque, todos esses documentos reafirmam a unicidade do cronograma contratual fixado no PER que, por seu turno, traça como marco inicial para as metas de duplicação a data da obtenção da LI pela ANTT (cf. Item 3.2.1).

¹¹ Cf. Item 4.3 do mencionado Estudo – RTE-36 e Contrato de Financiamento a Longo Prazo – RTE-33

53. Ademais, a ampliação da exposição dos fatos permitida nesta arbitragem afasta a tese de ser a aplicação do Desconto de Reequilíbrio (integral), ao menos da forma pretendida pela ANTT quanto às obrigações de duplicação, um mecanismo para manutenção de um desequilíbrio presumido. Isso porque, como reafirmado no Capítulo III supra, a realidade contratual confirma que a:

- (i) Manutenção da sistemática aplicada pela ANTT implica na transformação das metas anuais em semestrais, alterando, por ato unilateral decorrente da confessa inadimplência por parte do Poder Concedente, a estrutura obrigacional da Concessão;
- (ii) Concessionária não obteve qualquer benefício financeiro com a postergação do início das obras, tendo, inclusive, a própria ANTT reconhecido que a ora Requerente sofreu relevante impacto econômico-financeiro com essa inviabilização, promovendo a recomposição do equilíbrio contratual por meio da 5ª Revisão Extraordinária (RTE-21);
- (iii) perpetuação da redução do faturamento da Concessionária alterará a estrutura de liberação de crédito pelo Banco financiador, impossibilitando o desenvolvimento da proporção de investimento prevista no Estudo de Viabilidade Econômica da Concessão (RTE-36);
- (iv) incompatibilidade entre o cronograma executivo tabulado pelo PER e o marco temporal para aplicação do Desconto de Reequilíbrio acarreta a inadequação da precificação final da concessão repassada ao usuário, estando a tarifa sempre aquém do serviços prestados pela Concessionária para melhoramento do sistema.

54. Esses fatos não foram objeto de apreciação pelo Ilmo. Árbitro de Emergência, tendo sido sistematizados pela Requerente a partir de suas alegações iniciais e desta réplica, em que pese a Requerida não tenha se dignado a traçar uma linha sequer para rebatê-los em sua resposta, ressaltando a fragilidade da sua insurgência.

B) Discussões sobre a aplicação do Desconto na 2ª Revisão Ordinária

55. Outro ponto da Ordem do Ilmo. Árbitro de Emergência que merece ser esclarecido é a incontestada insurgência da Requerente quanto à aplicação do Desconto na 2ª Revisão Ordinária, quando a Requerida, de modo abrupto, alterou seu entendimento **jurídico** sobre o tema¹².

56. Isso porque, ao contrário do consignado pela decisão do árbitro de emergência, no bojo da 2ª Revisão Ordinária, a **Concessionária manifestou expressamente sua irrisignação quanto à aplicação do desconto de reequilíbrio**, salientando o entendimento firmado pela ANTT na 1ª Revisão Ordinária, conforme se observa das missivas MGO-ADC-0279-2016, de 12/08/2016 (RTE-22) e, posteriormente, pelo pedido de reconsideração instrumentalizado pela carta MGO-ADC-0111-2017 (RTE-23).

57. Dessa forma, absolutamente inverossímil se afigura o entendimento esposado pelo Ilmo. Árbitro de Emergência no sentido de que a Concessionária não poderia suscitar a vinculação da Requerida à adoção do cronograma executivo fixado pelo PER como marco para aferição da incidência do Desconto de Reequilíbrio, pois essa conclusão foi afastada sem que a ora Requerente houvesse manifestado qualquer contradição.

58. Ora, a insurgência da Concessionária quanto à alteração de entendimento pela ANTT (especialmente seus órgão de consultoria jurídica), foi manifestada inúmeras vezes, culminando na instauração dessa arbitragem. Porquanto, inamissível se mostra a súbita

¹² É relevante destacar que a SUINF (área técnica da ANTT) reiterou sua posição quanto à insubsistência da conclusão jurídica da PF-ANTT (consultoria jurídica) ante a realidade contratual (RTE-18).

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

alteração de uma orientação administrativa, especialmente quando isso importar em relevante impacto econômico-financeiro a uma relação contratual.

59. Não bastasse a divergência entre a área técnica (SUINF) e a área jurídica (PGF-AGU), nota-se que a própria consultoria jurídica da ANTT manifestou posições antagônicas sobre a aplicabilidade do Desconto de Reequilíbrio, como se vislumbra a partir do excertos a seguir destacados:

PARECER N.º 01181/2016/PF-ANTT/PGF/AGU	PARECER N.º 02425/2016/PF-ANTT/PGF/AGU
Data: 10/06/2016	Data: 25/11/2016
Procurador: Diogo Souza Moraes	Procurador(a): Silvia Machado Leão/ Roberto Magalhães de Castro Wanderley/ Márcio Luis Galindo
Assunto: Emissão de Licença de Instalação pelo Poder Concedente e Aplicação de Desconto de Reequilíbrio. Contratos Administrativos.	Assunto: Desconto de Reequilíbrio. Licença de Instalação.
Conclusão: (...) Ante o exposto, excluídos os aspectos técnicos e de discricionariedade administrativa, esse Órgão de Consultoria e Assessoramento Jurídico entende: (i) Que para efeitos de aplicação do Fator D- Desconto de Reequilíbrio e razão do descumprimento das metas anuais de ampliação e capacidade da rodovia, <u>o prazo a ser considerado para apuração do descumprimento se conta a partir da expedição da Licença de Instalação, porque obrigação do Poder Concedente;</u> e (ii) que a ANTT deve observar o que se disse nos itens 15 e 16 deste parecer.	Conclusão: (...) Assim, em resposta à consulta da SUINF, em respeito às disposições contratuais, compartilhando do entendimento defendido na Nota n.º 04155/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, concluímos que, para efeito de aplicação do desconto de reequilíbrio em razão do descumprimento das metas anuais de ampliação de capacidade da rodovia, <u>o marco inicial deve ser a partir de doze meses a contar da data de assunção do trecho, independentemente da obtenção da licença de instalação, em respeito ao disposto na subcláusula 10.3.2.c.</u> Segundo nossa leitura do Contrato, deve-se,

	portanto, apurar os eventuais descumprimentos anuais e fazer incidir o desconto de reequilíbrio como se as licenças de instalação tivessem sido disponibilizadas na data prevista de doze meses contados da assunção do trecho.
--	---

60. Diante disso, é claro que a cognição perfuntória dos fatos e celeridade do procedimento do Árbitro de Emergência ensejaram a desconsideração de eventos que, de forma inarredável, demonstram a violação à segurança jurídica decorrente da alteração do entendimento esposado pela Requerida.

C) A contrariedade da Ordem do Ilmo. Árbitro de Emergência ao entendimento em consolidação sobre o tema no Poder Judiciário

61. A Requerente fez uso do instituto do Árbitro de Emergência previsto no Artigo 29 do Regulamento de Arbitragem da CCI, renunciando a esfera judicial para apreciação de seu pleito cautelar para suspensão da aplicação do Desconto de Reequilíbrio, relacionado às obras de duplicação, na tarifa do ano corrente de 2018.

62. Todavia, concessionárias em situação semelhante à vivenciada por ela se socorreram diretamente ao Poder Judiciário, com tal propósito.

63. Esse foi o caso da Concessionária BR-040 S/A, que ajuizou a ação cautelar pré-arbitral nº 1014300-37.2018.401.3400, que tramita perante a 17ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, para suspender, dentre outros atos da ANTT, a aplicação do desconto de

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

reequilíbrio. Nota-se que a situação da BR-040 é ainda menos favorável à concessão da medida acautelatória, visto a situação de declínio já anunciado daquela concessão. Porém, mesmo nesse cenário, a MM. Magistrada reconheceu a indispensabilidade de suspensão dos atos da ANTT¹³.

64. Contra essa r. decisão, a ANTT interpôs o agravo de instrumento nº 1026337-14.2018.401.0000, sendo-lhe indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo.

¹³ Destaca-se o excerto da r. decisão liminar: “[A] concreta situação dos autos, em juízo de cognição sumária, reputo 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 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, considerando a relevância da argumentação quanto ao desequilíbrio contratual entres as partes, a intenção de serem dirimidas as controvérsias por meio de arbitragem (previsão contida no item 37 do contrato de concessão em referência), bem como a pendência de requerimento administrativo de relicitação formulado pela acionante, 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 9.307/96, **defiro a medida acautelatória requerida, para, até deliberação do juízo arbitral ou, conforme o caso, até que seja solucionado o pedido de relicitação, na forma da Lei 13.448/2017, determinar 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 fiscalização 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.** – grifos do original (RTE-54)

65. Portanto, evidente se mostra, com o máximo respeito, o desacerto da Ordem proferida pelo Ilmo. Árbitro de Emergência, que, ao tentar se limitar a análise fria das disposições contratuais, olvidou-se da concretude dos fatos que devem ser ponderados para a correta aplicação das disposições legais e contratuais ao presente caso.

V. APLICAÇÃO PROPORCIONAL DO DESCONTO DE REEQUILÍBRIO (FATOR D)

66. A Requerida se insurge quanto à possibilidade de aplicação proporcional do Desconto de Reequilíbrio, com fundamento no Item 2.3 do Anexo 5 do Contrato, que prevê a aplicação integral do redutor Fator D mesmo no caso de não conclusão apenas parcial das metas.

67. **Entretanto, a resposta da Requerida não aborda de qualquer forma o fato da aplicação proporcional do Desconto, de acordo com o avanço físico das obras, ter sido implementada nas 2 e 3ª a Revisões Ordinárias, conforme demonstrado nas alegações iniciais da Requerente.**

68. Nota-se que, novamente, a Requerida pretende a aplicação da literalidade contratual quando lhe convém, **na medida em que revê atos por ela já praticados em situações idênticas** e, as quais geraram a justa expectativa de continuidade da interpretação conferida anteriormente aos mesmos dispositivos contratuais e cenário fático.

69. Nesse sentido, a Requerida prefere ignorar por completo que, embora sustente a aplicação cega e irreal do Desconto de Reequilíbrio sem qualquer ponderação sobre a realidade fática, a ANTT aplica o redutor tarifário a partir da aferição do saldo a ser executado no momento do aniversário da Concessão. Ou seja, mesmo diante do que seria uma previsão expressa no sentido de ser aplicada a alíquota integral do Fator D quando

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

constatado o mínimo descumprimento da meta anual, no caso concreto, a ANTT considera o saldo executivo.

70. Esse cenário fica claro na seguinte sumarização:

Ano	Meta de duplicação	Realizado Jan.	Realizado Jul.	Fator D ref. duplicação ¹⁴	Fator D Integral
1	35 Km	26,3Km	39,3 Km	1,06%	4,28%
2	52,4 Km	13 Km	52 Km ¹⁵	5,88%	6,40%
Total da meta parcial: 87,4 Km		Total realizado: 91,3 Km			

71. No entanto, mesmo com a aplicação da sistemática acima exposta, verifica-se que a Concessionária anualmente estará sujeita a perda de receita tarifária no período entre **janeiro a julho** (quando, de acordo com o Cronograma Executivo, findaria o prazo para conclusão das metas anuais), **na medida em que a Concessionária prossegue rigorosamente com a execução das obras, libera para tráfego a integralidade das frentes duplicadas aos usuários, mas jamais recebe a remuneração pela infraestrutura disponibilizada.**

72. Esse cenário cíclico e completamente desconforme com a finalidade pretendida pelo mecanismo do Desconto de Reequilíbrio, **está atrelado à ausência de realização de uma avaliação intermediária pela ANTT, quando do advento do marco estabelecido no Cronograma Executivo (frise-se: único cronograma expressamente previsto no Contrato e**

¹⁴ Apuração relativa apenas às obras de duplicação e respectivas melhorias.

¹⁵ A MGO realizou 39,3 Km no Ano 1, portanto, teria um crédito relativo à duplicação de 4,3 km, pois a soma dos trechos duplicados atingiam a meta de total de duplicação (que permaneceu, inclusive, adiantada).

Edital), isto é, em julho de cada ano. Em decorrência dessa omissão, o saldo executado pela Concessionária entre o janeiro (aniversário da concessão) e julho (marco do cronograma), é computado tão somente como início da execução da meta do ano seguinte.

73. Atualmente, a Requerida se limita à realização da avaliação na data do aniversário da concessão, aferindo o índice do Fator D a ser aplicado na tarifa de pedágio daquele ano (fixada no mês de abril), ficando em descoberto a parcela executada entre janeiro e julho.

74. Assim, considerando que a inviabilização do cumprimento do escopo até o aniversário da concessão se deu por ato exclusivamente atribuído à ANTT, é imprescindível que, ao menos, haja uma avaliação para cômputo das frentes duplicadas pela Concessionária e disponibilizadas aos usuários de acordo com o marco fixado pelo Cronograma Executivo (julho de cada ano).

75. Essa avaliação proporcional permitiria que, ao menos, a ANTT aferisse o montante executado pela Concessionária e promovesse a recomposição do valor da tarifa na Revisão Ordinária subsequente. Tal metodologia, aliás, é plenamente compatível com a previsão constante da Cláusula 22.4.2(ii) e Anexo do Contrato, que assim dispõe:

“22.4.2. A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do efeito ensejador:

(ii) o reequilíbrio se dará pela aplicação do Fator C, na hipótese de evento que ensejar impacto exclusivamente na receita ou verba da Concessionária, conforme hipóteses previstas nos termos do item 1.2 do Anexo 6, bem como aquelas assim consideradas pela ANTT ou regulação própria.”

76. Cabe destacar que essa sistemática de recomposição do percentual da aplicação proporcional do Fator D nas Revisões Ordinárias subsequentes por meio do Fator C,

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

inclusive, foi aplicada pela ANTT para recalibração do contrato em decorrência do déficit de arrecadação advindo da isenção dos pela Lei nº 13.103/15, cujo percentual é projetado para o ano seguinte e, posteriormente, na revisão ordinária subsequente, por meio da incorporação dos dados de tráfego real, aferindo a perda efetiva da arrecadação (RTE-55).

77. No que toca à recomposição do percentual decorrente da aplicação proporcional do Desconto de Reequilíbrio ora em análise, essa aferição se daria a partir da ponderação do conjunto de tarifas reduzidas aplicadas ao longo do ano Concessão, e com base na avaliação realizada em julho (data marco do Cronograma Executivo), seria feito um novo cálculo da tarifa desconsiderando o efeito do mesmo para verificar o montante a ser revertido à Concessionária **por meio do Fator C**.

78. Essa forma de cômputo proporcional, a partir da recomposição na tarifa subsequente, pode ser melhor identificada pelo seguinte esquema relativo ao cenário do 5º ano da Concessão (meta de janeiro/2019):

5º Ano Concessão			
Evento	Início	Fim	Dias
Período de cobrança tarifa (Com Fator D)	12/04/2018	07/01/2019	271
Período em obras	12/04/2018	30/06/2018	80
Período de cobrança tarifa (Sem Fator D)	01/07/2018	07/01/2019	191

- a. Considerando o aniversário da tarifa em 12/04/2018, o Fator D proporcional passaria a incidir na nova tarifa no período entre 12/04/2018 a 07/01/2019, ou seja, 271 dias.

- b. Considerando que a conclusão das obras relativas à meta verificada se deu em 30/06/2018, o desconto deveria vigorar somente entre 12/04/2018 a 30/06/2018, ou seja, 80 dias.
- c. Portanto, de acordo com o entendimento exarado acima o cálculo de recomposição deverá ser feito com base na diferença ente a tarifa efetivamente cobrada nos 271 dias, e aquela que deveria ser cobrada sem a incidência do desconto nos 191 dias (271 -80).

79. A sistemática ora detalhada, embora não compreendida pela ANTT, se mostra compatível tanto com as disposições contratuais, notadamente a Cláusula 22.4.2.(ii), como permite o implemento da real finalidade do Desconto de Reequilíbrio.

VI. VÍCIOS OCULTOS NAS OAE

80. A Requerida, na sua resposta, limita-se a tecer argumentos de natureza formalística, não adentrando no mérito das patologias que impuseram à Concessionária a necessidade de execução de verdadeira reconstrução das fundações das OAE 223 e 225, respectivamente as pontes sobre os rios Tijuco e Pirapetinga. Em linhas gerais, a Requerida suscita *(i)* decadência do direito da Requerente, pelo decurso do prazo legal, *(ii)* ausência de pedido para recomposição do equilíbrio contratual, rompido com o acréscimo de serviços imprevistos ao escopo da Concessionária.

81. Como se passará a demonstrar, tais argumentos servem tão somente para transparecer a ausência de fundamentos fáticos e jurídicos, por parte da Requerida, para rebater o legítimo e claro direito da Requerente ao ressarcimento dos custos adicionais incorridos com a reconstrução das OAE em comento.

A) Suposta ausência de pedido

82. De início cabe rechaçar a temerária alegação da Requerida no sentido de não existir pedido relativo ao ressarcimento dos custos incorridos pela Concessionária com as obras de reconstrução das OAE, pois, ao contrário do alegado pela Requerida, a pretensão da Requerente está devidamente delimitada e expressamente indicada tanto na Ata de Missão, como no bojo das Alegações Iniciais.

83. Nesse sentido, é relevante destacar que, conforme previsto no Artigo 23(4) do Regulamento de Arbitragem da CCI¹⁶, o pedido deve ser delimitado na Ata de Missão, instrumento que consolida e torna imutável os limites das pretensões das partes no procedimento arbitral. Isso significa dizer que, ao contrário da lógica processualista civil – que a Requerida pretende ver distorcidamente aplicada ao presente caso –, a delimitação dos pedidos, na arbitragem, se dá em momento anterior à apresentação das alegações iniciais das partes, não podendo elas, inclusive, alterar os limites fixados na Ata de Missão.

84. A delimitação do objeto e pretensões da arbitragem, assim como, da atuação do Tribunal Arbitral se dá com a formalização da Ata de Missão, não se confundindo com o detalhamento das razões e provas produzidas na fase posterior.

85. Dessa forma, sendo claro que a formulação expressa e topologicamente incorrigível de pedido na Ata de Missão, absolutamente insubsistente se afigura a alegação da Requerida.

¹⁶ “**Após a assinatura da Ata de Missão** ou a sua aprovação pela Corte, **nenhuma das partes poderá formular novas demandas fora dos limites da Ata de Missão**, a não ser que seja autorizada a fazê-lo pelo tribunal arbitral, o qual deverá considerar a natureza de tais novas demandas, o estado atual da arbitragem e quaisquer outras circunstâncias relevantes.”

86. Ademais, nota-se que a Requerida não se atentou ao inteiro teor das alegações iniciais da Requerente, visto não ter identificado que nela também consta a expressa formulação de pedido ao final da exposição fático-jurídica do seu direito (§ 196, fls. 59 da petição), no sentido de ser a ANTT responsabilizada pelo custeio dos encargos suportados pela Concessionária com a execução das obras de reparação das OAE 223 e 225.

87. Não bastasse todo o exposto, é relevante destacar a má-fé da Requerida ao referenciar o que seria um precedente judicial, sem, contudo, identificar sequer o número do julgado e o órgão prolator. Tal atitude, possivelmente, se deve ao fato de que o referido julgado está vinculado a caso totalmente dispare da presente arbitragem.

88. Isso porque, após a localização da íntegra do acórdão referido pela Requerida, identificou-se que ele foi proferido pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no bojo do recurso de apelação nº 0035260-92.2010.8.26.0001, julgado em 07/04/2015 (RTE-56), infere-se que a discussão travada naqueles autos está atrelada à formação do próprio compromisso arbitral, além de inúmeros outros vícios relacionados, dentre outros aspectos, à própria arbitrabilidade de questões afetas às relações de consumo.

89. Ou seja, o caso referenciado pela Requerida em nada se assemelha à presente arbitragem, em que a Requerente não apenas fez constar seu pedido nas alegações iniciais como, e principalmente, **indicou de forma expressa na Ata de Missão**.

90. Diante de todo o exposto, vê-se que a alegação da Requerida tão somente tem o condão de clarificar a temeridade de sua conduta processual destinada a causar verdadeiro tumulto, haja vista a ausência de argumentos fático-jurídicos para rebater o claro direito da Requerente.

B) Limitação da matriz de risco assumida pela Requerente e o regramento contratual próprio

91. Seguindo seu *modus operandi* de assimilar apenas as disposições contratuais que lhe beneficiam, a Requerida olvida que o Contrato de Concessão delimita de forma expressa a matriz de risco assumida por ambas as partes, excluindo do plexo de responsabilidade da Requerente os problemas estruturais advindos de momento anterior a assunção do trecho concedido. Veja-se:

“21.2. A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados a Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:
21.2.12. vícios ocultos do Sistema Rodoviário e dos Bens da Concessão, vinculados a manutenção e operação, transferidos a Concessionária na Data de Assunção”.

92. O tratamento dos vícios ocultos identificados pela Concessionária ao longo da execução dos serviços relacionados à concessão é, portanto, disciplinado de modo próprio pelo Contrato, em especial pela Cláusula 21.2.12, não sendo aplicável, como pretende a Requerida, a disposição civilista prevista no artigo 455 do CC/02. Isso porque, os vícios ocultos previstos na disciplina contratual não equivalem àqueles indicados na legislação civilista quanto aos vícios redibitórios.

93. A denominação contratual de vício oculto é justificada pela impossibilidade de identificação ao longo da vistoria visual permitida pela ANTT quando da licitação, porém, tais vícios não permitem, p.ex., a devolução da concessão – como ocorre na sistemática civilista diante da constatação de um vício redibitório. Ou seja, a Requerida, claramente, pretende distorcer o conceito contratual, a fim de sustentar a aplicação de previsões legais

absolutamente incompatíveis com o regime jurídico específico aplicado ao Contrato de Concessão em referência.

94. Desse modo, em que pese a denominação contratual, de fato as inadequações identificadas nas OAE 223 e 225 se enquadra na hipótese de verdadeira sujeição imprevista, assim entendida, pela clássica lição de Hely Lopes Meirelles, como:

“Interferências imprevistas (sujétions imprévues, dos franceses; changed conditions, dos norte-americanos), para autores pátrios agravações ou sujeições imprevistas, são ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato, mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos. É o que se verifica, por exemplo, com o encontro de um subsolo rochoso e inesperado para o local, ou de um lençol anormal de água subterrânea, ou de canalizações de serviços públicos não indicados no projeto e que exigem remoções especiais. O que caracteriza a interferência imprevista e a distingue das demais superveniências é a descoberta de obstáculos materiais, naturais ou artificiais, depois de iniciada a execução do contrato, embora sua existência seja anterior ao ajuste, mas só revelada através das obras ou serviços em andamento, dada sua omissão nas sondagens ou sua imprevisibilidade para o local em circunstâncias comuns de trabalho. Essas interferências imprevistas, sendo excepcionais e criando dificuldades e encargos extraordinários para a normal execução do contrato, ensejam sua revisão e a recomposição de preços, por não serem válidos os que foram estabelecidos sem abranger as novas e onerosas ocorrências.”¹⁷ –grifos da transcrição.

95. No mesmo sentido, a também clássica lição de Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece que:

“Agravos econômicos provenientes das chamadas “sujeições imprevistas”, isto é, “dificuldades de ordem material que as partes não podiam prever e que fazem pesar uma carga grave e anormal

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 226-227

para o empreendedor (p. ex., encontro de um lençol d'água insuspeitado na escavação de um tunel)" – como as definiu Vedel.
Em tal caso, o contratante tem direito à indenização total pelo prejuízo, exatamente por se tratar de encargo suplementar que altera a economia do contrato e que não estava suposto na avença travada.
As "sujeições imprevistas" têm seu domínio de aplicação, por excelência, nos contratos de obras públicas. Como esclarece Benoît, diferem da hipótese específica da teoria da imprevisão, em que, nesta última, o que altera o equilíbrio contratual são "circunstâncias, incidentes econômicos", ao passo que nas sujeições especiais o contratante choca-se com "fatos materiais, incidentes técnicos"¹⁸. – grifos da transcrição.

96.No presente caso, especificamente quanto às OAE 223 e 225, está se tratando de pontes construídas sobre dois rios, **cujo detalhamento técnico constante do Edital da Licitação que precedeu a este Contrato indicava que ambas estavam em bom estado de conservação (RTE-37), sem qualquer ressalva sobre problemas estruturais.**

97.Além disso, a Requerida omite que ela própria e o DNIT (**também uma autarquia federal**) impossibilitaram o acesso da Concessionária aos projetos das OAE em comento para aferição da regularidade das estruturas dessas instalações, em que pese os pedidos por ela formulados (RTE-38).

98.Diante especialmente desse último dado, nota-se com clareza que a Requerida se vale da sua própria torpeza ao alegar a decadência do direito da Requerente, uma vez que a ANTT: **(i)** possibilitou aos licitantes apenas a realização de vistoria visual nas OAE; **(ii)** indicou nas Fichas Cadastrais do Edital de Licitação que as OAE 223 e 225 estavam em boas condições;

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Contrato administrativo - inadimplência das pessoas estatais atraso no pagamento de medições já efetuadas - direitos das empreiteiras contratantes - indenização pelos prejuízos sofridos - verbas cabíveis - suspensão do prosseguimento das obras com apoio na arguição de exceptio non adimpleti contractus - direito a postular judicialmente a rescisão do contrato. In Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 4, 2011, p. 1255 – 1298

(iii) não disponibilizou os projetos requeridos pela Concessionária; (iv) pretende ignorar a matriz de risco fixada no Contrato; e (v) ao longo de todo o processo administrativo, jamais suscitou a tese da decadência.

99. Portanto, absolutamente inadmissíveis se mostram as temerárias alegações tecidas pela Requerida na sua resposta às alegações iniciais.

VII. INSUBSISTÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

100. A Requerida, ainda, formula pedido de condenação da Requerente por suposta litigância de má-fé, pois entende que as pretensões da Concessionária são infundadas. Todavia, evidentemente, tal pedido não possui fundamento algum para prosperar.

101. A par de estar absolutamente enganada sobre a suposta “improcedência” dos pleitos da Requerente, é fato que a litigância de má-fé é caracterizada nos casos em que seja nítida a deslealdade processual na condução do procedimento por uma das partes, conforme lecionado pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁹, “a litigância de má-fé caracteriza-se pelo agir em desconformidade com o dever jurídico de lealdade processual”. O que não se vê no presente procedimento arbitral.

102. Na realidade, a Requerida traduz como sendo litigância de má-fé a existência de interpretações diversas daquelas por ela sustentadas. Ora, inquestionável a inadmissibilidade de tal pretensão, especialmente quando se pondera ser a Requerida

¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pag. 179.

integrante da Administração Pública Direta, cuja atuação está diretamente submetida aos mecanismos de contenção a eventuais auspícios a condutas arbitrárias.

103. Assim, nota-se que a conduta da Concessionária, ora Requerente, nesse procedimento arbitral está galgada em farta e pertinente fundamentação jurídica, detalhamento minucioso de fatos, instrução de suas alegações com documentos apresentados em versões integrais. Ou seja, esta demanda arbitral tão somente instrumentaliza o exercício do direito à ampla defesa para afastar restrições patrimoniais, decorrentes de inadimplementos contratuais da Requerida.

104. Nesse sentido, a Requerida não é capaz sequer de apontar uma atitude que transpareça qualquer ato que pudesse ter ultrapassado os limites admissíveis da manifestação de entendimentos diversos daqueles defendidos por ela.

105. Este é o entendimento, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, que já em 1993 esposou a posição de que *“não caracteriza má-fé a litigância só porque a parte emprestou a determinado dispositivo de lei ou a certo julgado uma interpretação diversa da que neles efetivamente contida ou desafeiçoada ao entendimento que lhe dá o juízo”*²⁰.

106. Somado a isso, é relevante rememorar que a imposição da sanção por litigância de má-fé pressupõe o dolo ou a malícia do litigante, o que não resta evidenciado, por parte da Requerente, neste procedimento.

107. Todas as alegações indicadas pela Requerida como “caracterizadoras” da suposta má-fé processual, na realidade, retratam unicamente a interpretação dos fatos e dos documentos sob a ótica da Concessionária, sendo claro que a interpretação diversa do quanto defendido

²⁰ STJ-1ª Turma, REsp 21.185-6-SP, rel. Min. Cesar Rocha

pela Requerida não pode ensejar qualquer tipo de sanção – caso contrário, os princípios constitucionais democráticos seriam diretamente afrontados.

108. De outro modo, a lealdade processual da Requerida é passível de questionamentos, haja vista que em sua resposta ela foi capaz, até mesmo, de omitir dados identificadores de julgado judicial que pretendia utilizar como precedente ao presente caso - isso com vistas, claramente, a tentar omitir a diversidade dos casos.

109. Diante do quanto exposto, especialmente por não ser a má-fé presumível e que a litigância de má-fé pressupõe um ato/omissão doloso, completamente **improcedente** a falaciosa alegação de que a Requerente teria agido com deslealdade no presente procedimento arbitral.

VIII. CAUÇÃO E/OU APONTAMENTO DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA CUSTEAR AS DESPESAS COM A ARBITRAGEM

110. A insurgência da Requerida sobre o pedido acautelatório em referência, está pautada na sua tese de inexistir disposição contratual expressa quanto à repartição dos custos da arbitragem entre as partes contratantes. Todavia, como exaustivamente demonstrado pela Requerente tanto no pedido cautelar formulado à Corte da CCI, como na reiteração no bojo das suas alegações iniciais, tal alegação é claramente inverídica.

111. A Cláusula Compromissória avençada pelas partes adere de modo integral, sem qualquer ressalva, ao Regulamento da CCI, que, por seu turno, contém disposição expressa sobre o repartimento das despesas incorridas com a instauração e trâmite da arbitragem. Veja-se:

“36.2. (...) A provisão para os custos de arbitragem fixada pela Corte nos termos do artigo 36(2) deverá ser paga pelo requerente e pelo requerido em parcelas iguais.”

112. Além disso, não se pode olvidar que foi a própria Requerida, **de modo exclusivo**, que optou pela via arbitral para solução de litígios e elegeu a câmara administradora de eventual demanda. Desse modo, não pode a Administração Pública, sob o temerário argumento de não contingenciamento de custos, simplesmente se recusar a arcar com as despesas da arbitragem, como se ela pudesse escolher se cumprirá ou não uma previsão contratual expressa a qual ela está vinculada.

113. Tampouco se sustenta o argumento de que o pagamento do adiantamento das custas deveria ser integralmente efetuado pela Requerente, visto ser ela pessoa jurídica de direito privado e, por isso, contar com menos restrições ao dispêndio de recursos. Ora, a Requerida parece não ter se atentado ao fato de que sua inacreditável insubordinação à Cláusula Compromissória acarretará um severo impacto no caixa da Concessão, cujo equilíbrio econômico-financeiro, inclusive, é objeto deste procedimento.

114. De outro modo, se a Requerida foi negligente para com seu dever de apontamento das despesas com essa arbitragem na previsão orçamentária do ano corrente de 2018, é inadmissível que perpetue tal estado no próximo ano. Afinal, embora seja característico da Requerida o cumprimento e exigência de disposições legais e contratuais quando essas lhe convenientes, a inadmissibilidade dessa conduta, claramente arbitrária, não pode ser admitida por este Tribunal Arbitral.

115. Dessa forma, considerando a competência deste Tribunal para conceder medidas cautelares hábeis a segurar a efetividade do laudo arbitral que será proferido, de rigor se

mostra que seja determinado à Requerida que preste caução válida e integral do valor da provisão dos custos da arbitragem, com fundamento no artigo 28(1) do Regulamento.

IX. FORMA DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS E O REEMBOLSO DOS CONTRATUAIS

116. Em arremate a sua resposta às alegações iniciais, a Requerida tece o que seria uma “proposta ao Tribunal Arbitral”, para que “*seja estabelecido, previamente, existência ou não da obrigação de a parte vencida pagar à parte vencedora verba a título de honorários advocatícios, bem como a forma de cálculo, para que não paire qualquer dúvida sobre a questão*”.

117. Essa impertinente propositura da Requerida tão somente confirma que, de fato, ela optou por ignorar a Ata de Missão formalizada em 29/06/2018, cuja elaboração contou, inclusive, com sua participação direta em conjunto com esta Requerente e o Tribunal Arbitral. Isso porque, a discussão suscitada pela ANTT já encontra solução expressa no Item 15.1.4 da mencionada Ata de Missão, *in verbis*:

“15.1.4. O Tribunal Arbitral disporá na Sentença Arbitral quanto ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, porém **não contemplará o reembolso de honorários advocatícios contratuais** quando decidir sobre os custos da arbitragem. **O Tribunal Arbitral fixará a verba levando em conta o acolhimento dos pedidos, o trabalho dos advogados, a complexidade da causa e o comportamento das Partes durante o procedimento**”. – grifos da transcrição.

118. Dessa forma, verifica-se que as partes já afastaram a possibilidade de reembolso dos honorários contratuais ao término do procedimento arbitral, assim como, este Tribunal

Arbitral já definiu que avaliará, na prolação da sentença, a proporção dos honorários advocatícios sucumbenciais.

119. A estabilização desse regramento, nos termos do Artigo 23(4) do Regulamento da CCI, já operou em relação a esses temas, haja vista a formalização inequívoca da Ata de Missão e o escoamento das inúmeras oportunidades para que a Requerida apresentasse suas proposições sobre o procedimento.

120. Destarte, absolutamente inadequada se afigura a pretensão da Requerida, devendo ser mantida a solução fixada na Ata de Missão quanto ao tema dos honorários advocatícios.

X. CONCLUSÃO

121. Ante o exposto, a Concessionária requer que sejam afastadas as razões apresentadas pela Requerida em defesa, de forma que todos os pedidos formulados pela Requerente sejam julgados totalmente procedentes, a saber:

(i) Cautelarmente, reiterando o pleito formulado em 18/06/2018, que seja determinado que a Requerida preste caução do valor relativo ao ressarcimento do adiantamento do total das custas pela Requerente.

(ii) seja reconhecido o dever, da Requerida, de recompor o equilíbrio contratual rompido em decorrência da execução, pela Requerente, das obras e serviços destinados à reparação de problemas identificados nas obras de arte especiais (pontes)

instaladas sobre o Rio Tijuco (Km 133-250/MG – Pista Sul) e Pirapetinga (Km 135-150 MG – Pista Sul), obras essas não previstas no Edital de Licitação, visto decorrerem da necessidade de reparação de vícios ocultos que afetavam a estrutura da Rodovia.

(iii) seja reconhecida a inaplicabilidade da data-base originalmente fixada no Contrato para o início das atividades relativas à Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias, para a aferição do atendimento às metas estabelecidas pelo Item 3.2 do PER, adotando-se, para tanto, a data da liberação da Licença de Instalação pela ANTT (cf. Cláusula 10.3.2 e Item 3.2.1.1 do PER);

(ii.1) Por consequência do pedido acima, a inaplicabilidade do desconto de reequilíbrio (Fator D) – destaca-se, em razão da adoção da data-base originalmente fixada no Contrato para o início das atividades relativas à Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias -, nas revisões ordinárias da tarifa básica, a partir da 2ª. Revisão Ordinária e, assim, o direito da Requerente à cobrança da tarifa básica *integral* durante o curso da Concessão;

(ii.2) como consequência do pleito acima, requer-se, também, seja a Requerida condenada a indenizar a Requerente por meio da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão, nos moldes das Cláusulas 22.3 e 22.4 do Contrato, pelos prejuízos por esta incorridos com a indevida aplicação do desconto de reequilíbrio na tarifa básica do pedágio a partir da 2ª Revisão Ordinária (e até onde

perdurar), especialmente a restituição do valor subtraído da tarifa básica, impacto no fluxo de caixa da Concessão e demais consectários decorrentes da subtração do valor das tarifas praticadas desde 2017.

(iv) Subsidiariamente, na remota hipótese de não ser reconhecida a adoção da data da liberação da Licença de Instalação como marco para o cumprimento das obrigações atividades relativas à Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias, em relação ao desconto de reequilíbrio, requer-se ao menos que seja:

(iii.1) reconhecida a indispensabilidade de ser efetuada a aplicação proporcional do desconto de reequilíbrio ao lapso temporal, comprometido pelo atraso na obtenção da Licença de Instalação pela ANTT, readequando-se a meta anual prevista no Item 3.2 do PER ao período impactado por tal atraso na Licença.

(iii.2) como consequência do reconhecimento da aplicação proporcional, condenada a ANTT a indenizar a Concessionária, por meio da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nos moldes das Cláusulas 22.3 e 22.4 do Contrato, pelos prejuízos incorridos com a indevida aplicação integral do desconto de reequilíbrio na tarifa básica do pedágio a partir da 2ª Revisão Ordinária (e até onde perdurar), especialmente a restituição do valor subtraído da tarifa básica, impacto no fluxo de caixa da Concessão e demais consectários decorrentes da subtração do valor das tarifas praticadas desde 2017.

(v) A condenação da Requerida ao pagamento das custas e despesas da arbitragem, assim como, de honorários advocatícios.

122. Requer-se ainda a condenação da Requerida no pagamento das despesas desta arbitragem e de honorários advocatícios, na forma definida na Ata de Missão.

Submetida em 22 de novembro de 2018.

ANE ELISA PEREZ

OAB/SP 138.128

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

OAB/SP 112.208

DEISE DA SILVA OLIVEIRA

OAB/SP 375.613

CAROLINA SMIRNOVAS QUATTROCCHI

OAB/SP 304.877

ROL DE DOCUMENTOS

RTE-53	Ofício-Circular nº 001/2018/DG/ANTT
RTE-54	Decisão ação cautelar pré-arbitral nº 1014300-37.2018.401.3400
RTE-55	Nota Técnica 152-2015-GEROR-SUINF e Nota Técnica 053-2018-GEROR-SUINF
RTE-56	Acórdão recurso de apelação nº 0035260-92.2010.8.26.0001
RTE-57	Nota Técnica 002-2016-GEROR-SUINF