

**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, Adalberto Pimentel Diniz de Souza, Raul Felipe Borelli, Lucas Cherem de Camargo Rodrigues, Caio de Souza Loureiro, Máis Moreno, Licínio dos Santos Silva Filho, 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, Rafaella Bahia Spach, Lara de Coutinho Pinto, Maria Beatriz de Albuquerque D'Antona, Maria Gabriela Freitas Cruz, Douglas da Silva Oliveira, João Falcão Dias, Carlos Henrique Benigno Pazetto, Giuliana Ribeiro Alfredo, Roberta Helena Ramires Chiminazzo, Alessandra Jeronimo Ungria, Rafael Meng Nóbrega, Tamara Cukiert, Patrícia Mutti e Mattos, Rafael De Marchi Santos, Nina Nobrega Martins Rodrigues, Vinicius Alvarenga e Veiga, Caio Abreu Dias de Moura, Bernardo Asséf Pacola, Fernanda Alves Rosa, Julia Duprat Ruggeri, Carine de Oliveira Dantas

**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)

**MANIFESTAÇÃO DA REQUERENTE – IMPUGNAÇÃO DA REQUERIDA À PETIÇÃO
DE ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS**

22 DE MARÇO DE 2019

São Paulo SP Av. Paulista, 287, 7º and., 01311-000, tel. (11)3068-4700 / Brasília DF SAUS, Quadra 1, Bloco N, sala 509, 5º and., 70070-941, tel. (61) 32237895 / Belo Horizonte MG Rua Sergipe, 925 salas 801 e 802, 8º and., 30130-171, tel. (31) 3261-1128 / Rio de Janeiro RJ Avenida Rio Branco, 01, sala 2006, 20º and., 20090-003, tel. (21) 2263-6041 www.manesco.com.br

1778267v9

**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@juruena.adv.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

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

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Ass.: Manifestação MGO sobre a impugnação da ANTT ao seu pedido de provas

A **Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás (“MGO”)** vem, pela presente, ciente do teor da *impugnação* da Requerida ao seu pedido de provas, manifestar-se conforme os termos de que segue.

1. Em atendimento ao cronograma processual, a Requerente especificou as provas adicionais que pretende produzir para corroborar o quanto demonstrado por suas alegações iniciais (e ratificado na sua réplica), requerendo:

- (i) **Apresentação de laudos técnicos** natureza econômico-contábil e de engenharia, em prazo não inferior a 90 (noventa) dias, bem como prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contados do recebimento dos respectivos laudos, para que elas apresentem laudo-resposta;
- (ii) **Prova testemunhal**, compreendendo a oitiva dos experts e/ou membros de suas equipes técnicas responsáveis pela elaboração dos laudos que serão apresentados pelas Partes, assim como, eventuais outros técnicos especialistas sobre os temas controvertidos; e
- (iii) **Prova documental**

2. Somado a tal requerimento, a Requerente, com fulcro no Artigo 25.2 do Regulamento de Arbitragem da CCI, pleiteou a realização de audiência preliminar para viabilizar o debate entre as partes e para melhor delimitação das provas.

3. A Requerida, por seu turno, restringiu-se à colação de cópia integral dos volumosos processos administrativos de revisões ordinárias (que englobam inúmeras questões não relacionadas à arbitragem), sustentado que o ônus probatório seria exclusivo da Requerente e, portanto, deixou de requerer a produção de qualquer prova adicional.

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

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

4. Considerando os requerimentos formulados pela Requerente, este Tribunal, por meio da Ordem Processual nº 01, oportunizou à Requerida que se manifestasse tanto sobre a dinâmica de produção de provas, como quanto à realização da audiência preliminar.

5. Todavia, de forma surpreendentemente temerária e desarrazoada, a Requerida, alterando os limites da manifestação oportunizada por este Tribunal, submeteu o que seria uma impugnação ao pedido de provas da Requerente, sustentado argumentos que, como se passará a demonstrar, constituem exemplo literário de temeridade processual. Veja-se.

6. A *impugnação* da Requerida ao pedido de provas, além de configurar indiscutível exemplo de litigância de má-fé, parte de premissas fáticas e procedimentais completamente estranhas a este procedimento.

7. Isso porque, a Requerente explicitou em seu requerimento de provas, à exaustão, que a controvérsia, objeto da arbitragem, está **relacionada não apenas à interpretação *in abstracto* das disposições contratuais (como quer fazer crer a Requerida), mas também, e principalmente, à aferição concreta dos fatos que caracterizam a relação contratual, as interações desses com as limitações inerentes à matriz de risco da concessão, as consequências práticas dessas questões na equação econômico-financeira do contrato etc.**

8. Não cabe neste procedimento arbitral, portanto, o raciocínio simplista que a ANTT tenta construir para conduzir este Tribunal à equivocada compreensão da complexidade técnica do objeto em litígio.

9. Ilustra bem tal postura o fato de ter se insurgido a ANTT contra a produção de prova técnica de natureza **econômico**-contábil sob o argumento de que “o Tribunal ainda não fez juízo de valor sob a alegada controvérsia do fator D”.

10. Com efeito, a ANTT ignora totalmente um dos pilares da tese da Requerente, pois, como expressa e detalhadamente apontado em todas as suas manifestações, **sustenta-se que o Fator D não seria aplicável, na forma como vem sendo praticada pela ANTT, pois ele ocasiona justamente o profundo e perigoso desequilíbrio em desfavor da Concessionária MGO.** Sendo, inclusive, um dos pontos fulcrais para identificação dessa distorção, a análise do impacto da aplicação do Fator D na liberação do financiamento de longo prazo da Concessão, o qual é previsto como uma das premissas econômicas do contrato no Estudo de Viabilidade Econômica que lastreou a modelagem da Concessão.

11. A análise econômico-contábil também poderá constatar o quão falacioso é o argumento de que os usuários seriam prejudicados com o pagamento de tarifas sem a aplicação, da forma atualmente sustentada pela ANTT¹, do Fator D. Pois, como demonstrado pela Requerente, atualmente, os usuários pagam tarifas inferiores àquelas que seriam devidas em face da estrutura por eles utilizadas, uma vez que, para fins da aplicação do Fator D, ignora-se que a MGO tem cumprido rigorosamente todas as metas anuais com base no cronograma fixado pelo PER – mesmo sem ser remunerada para tanto.

12. No mesmo passo, a discussão sobre os problemas construtivos das OAEs 223 e 225 carece da averiguação técnica de engenharia, dentre outros aspectos, sobre a possibilidade de

¹ Embora isso tenha sido reconhecido pela própria Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária (“SUINF”) da ANTT, por meio da Nota Técnica nº 038/2016/SUINF (RTE – 2), mas foi ignorado pela mesma compreensão abstrata da PF-AGU sobre o tema.

conhecimento pela Requerente de tais defeitos e suas dimensões. Afinal, se busca exatamente nesta arbitragem a aplicação da exceção contratual prevista na Cláusula 21.2.12 do Contrato.

13. Quanto a esse pleito, ademais, convém sanar mais uma confusão perpetrada pela Requerida em sua impugnação: o 1º Termo Aditivo ao Contrato (RTE-17) não versou sobre esse tema, pois ele estava adstrito à regularização contratual quanto ao cronograma das metas anuais e em virtude da assunção, pela Concessionária MGO, de novos trechos rodoviários, por força da determinação judicial proferida na ação nº 001584-47.2016.4.01.3803. Ou seja, de um lado a ANTT, para fins de apuração do Fator D, nega sua vinculação ao cronograma contratual expressamente constante do 1º Termo Aditivo; porém, tenta suscitar uma assunção de risco pela Concessionária de uma questão **completamente alheia ao objeto do aditivo**.

14. Assim, vê-se com clareza que a análise da questão por *experts* com notória qualificação e responsabilidade técnica (o que a Requerida parece também ignorar), não terá o condão de terceirizar a decisão sobre essa demanda, mas, tão somente, dará a este Tribunal elementos de provas para a adequada apreciação de todas as peculiaridades que caracterizam essa arbitragem.

15. Sobre esse tema, é pertinente a lição de Mauro Cunha Azevedo Neto, no sentido de que:

“[...] Em sendo flexível, o processo arbitral serve como sistema de organização das tarefas que as partes e os árbitros deverão desenvolver, objetivando a resolução da controvérsia por meio da prolação da sentença arbitral.

[...]

Os árbitros procuram conhecer os fatos tal como estes aconteceram e, nesse sentido, não estão sujeitos às formalidades e ritualismos próprios do Código de Processo Civil. A atividade probatória tornasse fundamental no processo arbitral, uma vez, por meio dela, os árbitros conseguirão obter uma ampla

compreensão dos fatos. Na arbitragem, os aspectos procedimentais possuem menor relevância. A grande *vedette* é a prova.”²

16. De modo semelhante, Francisco Cahali evidencia a relevância da apreciação dos elementos de prova pelo Tribunal para formação da sua cognição sobre a causa, haja vista a aplicação, também à arbitragem, do princípio do livre convencimento motivado, a ver:

“Por derradeiro, traz a lei como princípio informativo do procedimento arbitral o *livre convencimento*. Também aqui se reporta ao quanto disse a respeito da independência do árbitro, pois deve o julgador ter condições plenas de conduzir o procedimento e julgar sem influência de elementos externos potencialmente comprometedores de sua autonomia e imparcialidade.

O livre convencimento representa a liberdade do julgador em avaliar e valorar a prova para a conclusão final de seu julgamento quanto à solução a ser dada ao conflito. Mas também contém o juízo de escolha no deferimento, determinação e oportunidade de produção de tais ou quais provas necessárias àquele procedimento.

Assim, tal qual todos os princípios acima, o livre convencimento é dinâmico, e se faz presente em toda gestão do procedimento, e não apenas quando da sentença final.

[...]

Mesmo não previsto no artigo em exame [art. 32 da Lei nº 9307/96], o livre convencimento deverá ser motivado, pois a fundamentação representa requisito obrigatório da sentença arbitral (art. 26, II, da Lei 9.307/1996). E é natural essa assertiva, pois no ambiente do devido processo legal não tem espaço o livre arbítrio. Os atos jurisdicionais, por maior liberdade que se outorgue ao julgador, não são vinculados a atender à justa expectativa das partes na aplicação do direito. E, assim, a fundamentação possibilita o controle da legalidade”³.

17. E, ainda que *a priori* pareça dispensável tecer qualquer esclarecimento sobre a suspeição irrestrita desses *experts*, suscitada pela Requerida, sob o fundamento pueril de que o

² AZEVEDO Neto, Mauro Cunha. Introdução ao Procedimento Arbitral. In: MAIA Neto, Francisco; FIGUEIREDO, Flavio Fernando de. Perícias em arbitragem. 2ª ed. São Paulo: LEUD, 2019. P. 41.

³ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 5ª ed. São Paulo: RT, 2015. P.236.

pagamento dos honorários desses profissionais seria feito pelas partes, é importante ressaltar que a Requerida ignora três fatos em sua acusação:

- (i) os profissionais que atuariam na condição de assistentes/pareceristas estão submetidos aos códigos de ética de suas categorias, estando sujeitos a sanções caso se verifique violação de qualquer dever ético;
- (ii) a apreciação e valoração dos estudos técnicos cabe exclusivamente ao Tribunal, a quem a avaliação de eventual incoerência de conclusões (até mesmo com base nas críticas desenvolvidas pela outra parte); e
- (iii) caso haja a adoção de uma perícia convencional, a Requerente certamente se verá compelida a antecipar a integralidade dos honorários periciais, de tal modo que o argumento financeiro não é oponível como causa geral de suspeição do rigor técnico dos pareceres.

18. Agrega-se ainda ao exposto, que a sistemática de produção de prova técnica por meio da apresentação de pareceres pelas partes, com a preservação da oportunidade de exercício do contraditório amplo, e posterior oitiva desses profissionais em audiência, prestigia sobremaneira a competência exclusiva deste Tribunal para a análise e valoração das provas produzidas de forma igualitária por ambas as partes.

19. Os benefícios obtidos com essa sistemática espelham os apontados pela arbitralista Adriana Noemi Pucci sobre o método *hot tubbing* para produção de prova técnica, com exposição em audiência, cujo desenvolvimento na vindoura audiência de instrução inclusive será possível e extremante enriquecedor à formação da convicção do Tribunal. Veja-se:

“Enquanto método de produção de prova, os principais benefícios do *hot-tubbing* são: [i] a possibilidade de as partes e seus patronos escolherem o profissional técnico de sua confiança, evitando-se, assim, as críticas e desconfianças usualmente levantadas quanto ao Perito do Tribunal

[notadamente nas arbitragens internacionais]; [ii] *precisão técnica*, pois os assistentes técnicos devem prover respostas acuradas acerca dos pontos questionados, sob pena de o especialista da parte adversa, no mesmo momento, apontar-lhe as falhas; [iii] *melhor compreensão dos pontos técnicos pelo árbitro*, que pode rever os posicionamentos dos especialistas e determinar quais são os pontos de convergência e divergência nas opiniões técnicas; [iv] *a aproximação entre árbitro e prova técnica*, o que permite a resolução de dúvidas dos julgadores em relação ao trabalho pericial elaborado pelos especialistas com maior dinamicidade”⁴

20. Ademais, não se sustenta a alegação de que essa sistemática causaria qualquer retardo ao trâmite da arbitragem, seja pelo simples fato de que o requerimento da MGO diminui sensivelmente o tempo médio necessário para a conclusão de uma perícia convencional, seja pela impossibilidade de restrição ao seu direito à ampla defesa e contraditório com base no que seria uma pseudo celeridade processual – especialmente quando se considera que a ANTT já contou com prazos diferenciados para suas manifestações e requereu postergações de prazos desde o nascedouro da arbitragem.

01. Sobre esse tema pertinente se faz a lição da Cassio Scarpinella Bueno que, de forma cirúrgica esclarece que: “[a] razoável duração do processo deve ser compreendida invariavelmente levando em conta as especificidades de cada caso concreto. Não há como exigir que casos complexos tenham o mesmo tempo de duração que processos pouco ou nada complexos”⁵.

21. De igual modo, não se sustenta a insurgência da Requerida à realização de uma audiência preliminar.

⁴ PUCCI, Adriana Noemi. Perito do Tribunal, Hot Tubbing e Sachs Protocol. In: MAIA Neto, Francisco; FIGUEIREDO, Flavio Fernando de. Perícias em arbitragem. 2ª ed. São Paulo: LEUD, 2019. P. 170.

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

22. Ora, é de conhecimento notório, que a possibilidade de designação de uma audiência preliminar para definição conjunta da fase probatória, a partir da exposição oral e debates entre as partes, **por muito tempo consistiu justamente em um diferencial admitido tão somente em procedimentos arbitrais**⁶. De fato, a inclusão dessa possibilidade, para casos específicos, nos processos judiciais se deu apenas com o novel Código de Processo Civil de 2015, sendo, ainda, raríssimo seu uso pelos magistrados.

23. Por sua vez, na arbitragem, **que tem como diferencial a qualificação técnica dos profissionais envolvidos e maior participação das partes no desenvolvimento procedimental**, tais audiências são cada vez mais comuns em causas caracterizadas por discussões contratuais sensíveis (como a presente). Com isso, aperfeiçoa-se o trâmite da fase probatória a partir da definição de métodos de produção de provas aderentes às peculiaridades de cada caso, favorecendo o desenvolvimento eficiente da arbitragem, com a plena segurança à ampla defesa e ao contraditório.

24. Em função dessas características do procedimento arbitral, a Requerente, ciente da complexidade fática e jurídica que permeia especialmente a discussão sobre o Fator D, requereu a designação da audiência prevista no artigo 25.2 do Regulamento de Arbitragem da CCI. Ou seja, ao contrário da temerária acusação da Requerida de que a Requerente estaria tentando *judicializar a arbitragem*, a pretensão da MGO foi exatamente de se valer de **medida típica que arbitragens com o nível de complexidade igual ao da presente demandam**, isso com vistas a otimizar o desenvolvimento da fase probatória.

⁶ Nesse sentido, Luiz Antonio Scavone Junior bem pontua que: “Por outro lado, qualquer prova é admitida (prova atípica), ainda que não seja uma prova tradicional no nosso direito (típica). Assim, além da perícia, é possível o *discovery* da *common law*, ou seja, o exame de documentos de mediante o qual é ouvido profissional especializado apenas para que possa trazer elementos de sua especialidade para os autos, sem que seja pelo perito nomeado, como, aliás, hoje prevê⁶ o art. 464, §3º do CPC”. (2016; 166)

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

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

25. É importante destacar que a insinuação tecida pela Requerida contra a Requerente soa ainda mais temerária quando se verifica que, na realidade, **se existe uma parte que tem deturpado o ambiente de paridade tão caro à arbitragem e, com isso, auferido benesses procedimentais semelhantes às malfadadas prerrogativas processuais, esta é a própria ANTT.** Afinal, ao arrepio da Cláusula Compromissória avençada no contrato de concessão, ela se recusou a compartilhar o adiantamento da provisão de custas (cf. artigo 36(2) do Regulamento da CCI), além de ter obtido prazos superiores aos concedidos à Requerente para apresentação de suas manifestações.

26. Como se não fosse suficiente todo o exposto, não se pode olvidar que a Concessionária MGO é a Requerente desta arbitragem e, neste mês de abril vindouro sofrerá uma nova redução tarifária mesmo com a pendência da discussão sobre a regularidade de tal desconto. Ou seja, se alguma parte sofrerá prejuízos efetivos com a eventual postergação da arbitragem, esta será tão somente a Requerente. E, por óbvio, mesmo tal prejuízo não a faria abrir mão do seu direito à produção probatória de forma ampla e tecnicamente consistente.

27. Diante de todo o exposto, tem-se que a impugnação da Requerida parece ter sido elaborado sem serem considerados os argumentos, as teses, os documentos, os dados econômicos e técnicos de engenharia apresentados pela Requerente ao longo deste procedimento arbitral. Situação que leva a ora Requerente à conclusão de que a Requerida, ciente da realidade que será constata pela análise técnica dos seus atos, pretende promover verdadeira chicana processual destinada à inadmissível restrição ao exercício do direito de produção probatória da Requerente.

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

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

28. Destarte, considerando a impertinência da impugnação apresentada pela Requerida, requer-se que este Tribunal a rejeite integralmente, reiterando a Requerente MGO os pedidos já formulados em sua especificação de provas.

Submetida em 22 de março de 2019.

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