



PORTUGAL RIBEIRO

*Advogados*

**PIQUET CARNEIRO**

MAGALDI E GUEDES ADVOGADOS

**AO SECRETÁRIO GERAL DA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM  
DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL – CCI**

**Ref.: 23433/GSS**

**RESPOSTA À RECONVENÇÃO**

**REQUERENTE**

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS BR-153 S/A

**REQUERIDAS**

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT  
UNIÃO FEDERAL

Brasília, 12 de julho de 2018.

A/C:

Conselheiro Sr. Gustavo Scheffer da Silveira

Conselheira Adjunta Sra. Patrícia Figueiredo Ferraz

Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio

Por *e-mail*: ica10@iccwbo.org

Por protocolo físico:

Rua Surubim, 504, Brooklin Novo

São Paulo/SP - CEP: 04571-050

**CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 SPE S/A**  
**(“REQUERENTE” OU “CONCESSIONÁRIA”)**, devidamente qualificada perante essa d. Câmara, vem, por seus advogados, em atenção ao ofício encaminhado por essa CCI no último dia 1º de junho, apresentar sua

### **RESPOSTA À RECONVENÇÃO**

proposta pela União Federal - Requerida 2, o que faz nos termos e fundamentos a seguir expostos.

## I.

### TEMPESTIVIDADE

1. Antes de mais nada, demonstra-se a tempestividade da presente Resposta à Reconvenção, tendo em vista o Ofício encaminhado pela CCI às partes no dia 1º de junho de 2018, o qual concedeu pedido de prorrogação formulado pela Concessionária, concedendo “à Requerente o prazo de até **13 de julho de 2018** para apresentar sua resposta à reconvenção da Requerida (artigo 5(6))”.
2. Apresentada exatamente nesta data, demonstra-se a tempestividade da presente Resposta à Reconvenção.

## II.

### O REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM

3. Em síntese, a Concessionária requereu a instauração da presente Arbitragem em face da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e da União Federal, para discussão de questões atinentes à aplicação de penalidades e à declaração de caducidade do Contrato de Concessão nº 01/2014, parte VII – Edital ANTT nº 001/2014, através do qual foi delegado à Requerente o subtrecho rodoviário localizado entre o entroncamento da BR 060 em Anápolis/GO e o entroncamento com a TO-070.
4. Mais especificamente, no Requerimento Inicial, definiu-se que a Arbitragem se voltaria (i) à confirmação da inexistência de descumprimentos contratuais, por parte da Concessionária, que pudessem justificar as diversas multas contratuais aplicadas pela ANTT e, por derradeiro, a própria declaração da caducidade do Contrato de Concessão; e (ii) ao

cálculo da indenização devida à Concessionária pelos investimentos realizados na rodovia até a extinção antecipada do Contrato de Concessão.

5. À oportunidade, dando cumprimento ao artigo 4º(d) do Regulamento da CCI, a Concessionária indicou como valor estimado da disputa, a serem confirmados na fase instrutória da arbitragem, o total de R\$ 277.180.409,90 (duzentos e setenta e sete milhões, cento e oitenta mil reais, quatrocentos e nove reais e nove centavos), em moeda corrente, referentes ao aporte, em recursos próprios, na compra de equipamentos, realizações de obras e atividades voltadas ao cumprimento do Contrato, bem como às multas aplicadas indevidamente à Concessionária.

6. Ato subsequente, a União e a ANTT foram notificadas para apresentarem suas Respostas ao Requerimento Inicial, o que ocorreu nos dias 08 de maio de 09 de maio de 2018, respectivamente.

7. Especificamente em relação à União, além dos argumentos apresentados para afastar as teses preliminarmente suscitadas pela Concessionária e de manifestar sua intenção de impugnar o valor da disputa designado no Requerimento Inicial, houve apresentação de **Reconvenção para cobrança de valores supostamente devidos pela ora Requerente, a título de indenização**, por todos os *“prejuízos graves à União e à sociedade, em montante a ser apurado e definido ao longo do procedimento”*.

8. Diante do **pedido reconvenicional impreciso e absolutamente genérico formulado pela União**, houve a notificação desta Requerida para fornecer *“uma quantificação ou uma estimativa do valor monetário de seu pedido reconvenicional”*. A União, então, apresentou complementação à Reconvenção, informando que a *“estimativa de valor do prejuízo causado pela declaração de caducidade do contrato de concessão da BR-153 GO/TO da ordem de R\$277,22 milhões de reais”*.

9. Ainda em sua complementação, a União informou que o valor estimado se referiria aos prejuízos relacionados aos “*a) custos de manutenção do sistema rodoviário; b) arrecadação frustrada de tributos; e c) custo dos estudos de viabilidade*”, além de “*danos ao meio ambiente, ao consumidor/ usuário, etc.*”

10. Ocorre que, como será demonstrado a seguir, **o pedido reconvenicional formulado pela União, não bastasse a sua total insubsistência, também não poderá ser apreciado na presente arbitragem**, tendo em vista a *(i)* ilegitimidade da União para representar direitos coletivos e interesses difusos em arbitragem; e *(ii)* a indisponibilidade dos direitos e interesses que pretende tutelar.

### III.

#### A RECONVENÇÃO FORMULADA PELA UNIÃO:

#### IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO EM SEDE DE ARBITRAGEM

##### III.1. INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS E INTERESSES PLEITEADOS PELA UNIÃO EM RECONVENÇÃO

11. Como mencionado, a Reconvenção fora formulada pela União com o intuito de imputar à Concessionária a condenação ao ressarcimento por supostos “*prejuízos causados à sociedade, que foi privada de usufruir o serviço público essencial adequado*”, os quais estariam relacionados, essencialmente, “*a) aos custos de manutenção do sistema rodoviário; b) arrecadação frustrada de tributos; c) custo de estudos de viabilidade*” e, finalmente, “*danos ao meio ambiente, ao consumidor/ usuário, etc.*”

12. Dos supostos prejuízos ocorridos, cujo mérito propriamente dito será discutido e confrontado pela Concessionária em momento oportuno, destacam-se, desde já, **aqueles que não podem sequer ser objeto da presente arbitragem**, mais especificamente aqueles relativos à “*arrecadação frustrada de tributos*” e aos “*danos ao meio ambiente, ao consumidor/ usuário, etc.*”, **por se tratarem de direitos de natureza difusa ou coletiva**, incompatíveis com a noção de “*direito patrimonial disponível*” e que, portanto, não podem ser objeto de arbitragem.

13. É incontroverso o fato de que **somente podem ser objeto de arbitragem direitos patrimoniais disponíveis**, isto é, os direitos e bens que compõem o patrimônio das partes e dos quais podem elas dispor livremente, conforme a sua vontade. Nesse sentido, a **Lei de Arbitragem e, na mesma linha, o próprio Contrato de Concessão da BR-153, são claros e expressos:**

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para **dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.**

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

(i) **Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis**, a exemplo da natureza e titularidade

públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.

14. Sabe-se que os direitos e interesses ditos indisponíveis **dizem respeito àqueles pertencentes à coletividade como um todo e se consumam, em regra, pela materialização das atividades-fim estatais**, tais como a proteção ao meio ambiente, justiça, segurança, patrimônio público e outras. Em outras palavras, trata-se de direitos não disponíveis à Administração Pública, não podendo sobre eles transigir, mas apenas protegê-los e garantir o seu cumprimento.

15. Em contrapartida, os direitos e interesses disponíveis remontam à ideia do interesse público em seu aspecto secundário, **titularizado pela Administração Pública enquanto sujeito de direitos e deveres nas diversas relações jurídicas**. Mais especificamente, na dicção da própria Lei de Arbitragem, os “*direitos patrimoniais disponíveis*” são aqueles que podem ser dispostos livremente pela Administração Pública, de cunho eminentemente patrimonial, podendo sobre eles transigir e negociar independentemente de ingresso em juízo.

16. Sobre o sentido de “*direito patrimonial disponível*”, para fins de definição dos direitos de titularidade da Administração Pública passíveis de discussão em arbitragem, o professor Alexandre Santos de Aragão<sup>1</sup> explica que:

“Se a prerrogativa examinada decorrer diretamente da lei (ou de qualquer outra fonte heterônoma), ela será insuscetível de apreciação em instância arbitral. Por outro lado, caso o direito sub judice, ainda que previsto mediatemente em Lei (ou em outro ato normativo

---

<sup>1</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 19-58, jul./set. 2017.

estatal), demandar o assentimento particular para a sua constituição, não necessariamente para o seu exercício, ele poderá ser objeto de arbitragem”.

17. Assim, não obstante a inexistência de previsão direta, na Lei de Arbitragem, quanto ao conceito e abrangência da expressão “*direito patrimonial disponível*”, já **há em nosso ordenamento jurídico previsões normativas que dispõem expressamente sobre a matéria**, indicando os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto de arbitragem.

18. Nesse sentido, a Lei nº 13.448/2017, que estabelece diretrizes para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria, estabelece que:

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

**§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:**

I - as questões relacionadas à **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro** dos contratos;

II - o **cálculo de indenizações** decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o **inadimplemento de obrigações contratuais** por qualquer das partes.



19. Assim também o Decreto nº 8.465/2015, que dispõe sobre os critérios de arbitragem para resolução de conflitos no âmbito do setor portuário, *verbis*:

Art. 2º Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto:

- I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes;
- II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.

20. Seguindo esse mesmo raciocínio, a própria ANTT recentemente realizou audiência pública para discussão de proposta de Resolução sobre os critérios de solução de controvérsias no setor. Embora ainda não haja texto aprovado sobre a matéria, desde já, destacam-se os critérios indicados pela ANTT no projeto, e que possivelmente serão confirmados pela Agência quanto aos litígios passíveis de resolução via arbitragem:

Art. 2º São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de Solução de Controvérsias regulado pela presente Resolução:

- I - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- II - revisão de tarifas;
- III - indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato;

IV - penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias;

V - o processo de relicitação do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente;

VI - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

21. Veja-se que todas as “*controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis*” citadas **dizem respeito a deveres e obrigações decorrentes diretamente dos contratos de parceria regidos pela lei**, sobre os quais as partes podem transigir e negociar livremente, durante toda a relação contratual.

22. Não por acaso, **nenhuma das normas supracitadas admite a discussão, em sede arbitral, de controvérsias relativas a danos ambientais, direito tributário e às relações consumeristas/usuários** – outrora denominadas pela União simplesmente como “*prejuízos à sociedade*”. Afinal, tratam-se de direitos cuja **natureza é essencialmente transindividual, indivisível e patrimonialmente indisponível** e que, portanto, realmente não podem ser objeto de arbitragem.

23. **É descabida, portanto, a pretensão da União de incluir nesta arbitragem discussões quanto aos “prejuízos à sociedade” supostamente causados pela Concessionária**, especialmente quanto à “*arrecadação frustrada de tributos*”, “*danos ao meio ambiente, ao consumidor/ usuário, etc.*”, justamente por se tratarem de direitos de natureza difusa ou coletiva, incompatíveis com a noção de “*direito patrimonial disponível*” e que, portanto, não podem ser objeto de arbitragem.

III.2. OS CUSTOS DE MANUTENÇÃO E OS ESTUDOS  
DE VIABILIDADE

24. Igualmente descabido é **se falar em prejuízos imputáveis à Concessionária decorrentes dos custos de manutenção do sistema rodoviário e dos estudos de viabilidade que embasaram o processo de concessão realizado.**

25. Como indicado no Requerimento de Instauração de Arbitragem e, em momento oportuno, será aprofundado pela Concessionária, **não há que se falar em descumprimento contratual imputável sobre ela**, tendo em vista que as dificuldades impostas à execução do Contrato de Concessão decorreram de fatos absolutamente alheios à sua vontade e ao seu controle, caracterizáveis no âmbito d relação contratual como hipóteses de ocorrência de riscos atribuídos ao Poder Concedente.

26. Mais especificamente, a execução tornou-se inviável **por uma única e exclusiva razão: a não obtenção do prometido financiamento do BNDES** no prazo previsto nas condições de apoio aos investimentos anunciadas pelo Governo Federal à época da licitação do Contrato de Concessão, por meio da Carta de Apoio dos Bancos Públicos.

27. Com efeito, como será detalhado e comprovado futuramente, não se trata, aqui, de mera frustração na obtenção de financiamento, cuja responsabilidade poderia, em um primeiro momento, pela simples leitura do Contrato de Concessão, ser integralmente imputada à Concessionária. Mais do que isso, trata-se de dificuldades impostas à execução do Contrato de Concessão da BR-153 e de diversos outros contratos, todas decorrentes de um **cenário nacional de instabilidade e fragilidade econômica que tornou inviável a execução dos projetos** do Programa de Concessões Rodoviárias Federais.

28. São estas as razões pelas quais, preliminarmente, a Concessionária expressa a **insubsistência dos pedidos formulados pela União em Reconvenção**, sem prejuízo do seu direito de rebatê-los, um a um, de maneira detalhada, após a assinatura da Ata de Missão e oferecimento de Alegações Iniciais pela Requerida 2.

III.3. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA TUTELAR  
DIREITOS DIFUSOS/COLETIVOS EM ARBITRAGEM

29. De toda sorte, não bastasse a **impossibilidade dos direitos e interesses vindicados em Reconvenção serem objeto de discussão em arbitragem**, há que se destacar também a absoluta **ilegitimidade da União para pleitear direitos e interesses difusos e coletivos em sede de arbitragem**, não havendo, em nosso ordenamento jurídico, nenhuma previsão nesse sentido.

30. Ao contrário, como mencionado alhures, direitos de natureza transindividual, como o são os direitos difusos e coletivos que a União pretende pleitear em Reconvenção, são indivisíveis, indisponíveis e de titularidade indeterminada, e **somente podem ser tutelados “em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo”<sup>2</sup>**.

31. Não por outra razão, encontra-se atualmente em tramitação, perante a Justiça Estadual de Jaraguá/GO, a Ação Civil Pública nº 62739-45.2016.8.09.0091, movida pelo Ministério Público Estadual com vistas à condenação da Concessionária ao pagamento de supostos danos materiais e morais coletivos provocados durante a concessão rodoviária.

---

<sup>2</sup> STF. RE 631.111/GO. Ministro Relator Teori Zavascki. DJe: 30/10/2014.

32. Assim, independentemente de qualquer discussão de mérito sobre a ação, observa-se que a Ação Civil Pública é o único meio cabível para discussões atinentes a direitos e interesses transindividuais. Vale dizer, **não se quer aqui afirmar a impossibilidade de eventual busca pela União de ressarcimento dos alegados prejuízos por ela incorridos. Quer-se, apenas, delimitar o meio de resolução de conflitos próprio para tanto.**

33. E em assim sendo, é evidente que **qualquer discussão quanto aos supostos “prejuízos à sociedade” supostamente causados pela Concessionária não poderia ser aventada em arbitragem, mas apenas através de Ação Civil Pública**, nos termos dispostos pela Lei nº 7.347/85, a qual confere expressamente à União a legitimidade para o seu ajuizamento e, conseqüentemente, como mencionado, para atuar como substituta processual de toda a coletividade.

34. Especificamente sobre isso, aliás, veja-se que **a substituição processual**, enquanto espécie de legitimidade extraordinária, que confere ao substituto o poder de pleitear, em nome próprio, direitos do substituído, **somente é possível “quando autorizado pelo ordenamento jurídico”**.

35. Ora, **não havendo qualquer previsão aplicável à arbitragem neste sentido**, e tendo o ordenamento jurídico condicionado as hipóteses de substituição processual à existência de expressa autorização legal, **não se pode admitir que se aplique à arbitragem qualquer interpretação extensiva** da legitimidade conferida à União para pleitear direitos e interesses difusos transindividuais através do ajuizamento de Ação Civil Pública.

---

<sup>3</sup> Artigo 18 do CPC/2015: Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

36. Por todo o exposto, muito embora o Contrato de Concessão preveja a obrigação de se descontar da indenização devida à Concessionária os “*prejuízos causados à União e à sociedade*”, verifica-se que quaisquer discussões sobre tais prejuízos, não poderiam ser discutidos na presente arbitragem, seja por sua natureza coletiva e inarredável indisponibilidade ou, ainda, pela ilegitimidade da União para fazê-lo em via arbitral.

#### IV.

#### CONCLUSÃO E PEDIDOS

37. Como demonstrado, os supostos “*prejuízos à sociedade*”, especificamente quanto à “frustrada arrecadação de tributos” e “*danos ao meio ambiente, ao consumidor/ usuário, etc.*”, cuja reparação pretende a União em sua Reconvensão, **por se tratarem de direitos e interesses transindividuais**, contrariam aos requisitos previstos pela Lei de Arbitragem e, portanto, não poderão ser apreciados no presente procedimento.

38. De mesmo modo, sobre os valores relativos ao custo de manutenção do sistema rodoviário e aqueles referentes aos estudos de viabilidade, vê-se o completo descabimentos dos pedidos apresentados, conforme restará comprovado no momento oportuno ao longo deste procedimento arbitral.

39. Ainda nesse sentido, confirmando-se a natureza transindividual dos direitos e interesses pleiteados pela União, verifica-se também a sua ilegitimidade para fazê-lo em sede de arbitragem, notadamente porque o nosso ordenamento jurídico é firme no sentido de que a Ação Civil Pública é o único instrumento adequado para tutela de direitos coletivos e difusos, em nome de toda a sociedade.

40. Por tal razão, a Concessionária requer a esse Tribunal Arbitral o total indeferimento dos pedidos formulados pela União em Reconvencção, reconhecendo-se (i) a ausência de arbitrabilidade objetiva dos “prejuízos à sociedade” apontados pela União, por sua natureza difusa e coletiva; (ii) a improcedência dos pleitos relacionados aos custos de manutenção do sistema rodoviário e de ressarcimento quanto aos estudos de viabilidade realizados e (iii) a ilegitimidade da União para tutelar direitos e interesses coletivos e difusos em sede arbitral.

41. Por fim, novamente, a Concessionária reitera que as alegações e formulações apresentadas em Resposta à Reconvencção têm caráter meramente inicial e poderão ser revistas no decorrer desta arbitragem, notadamente para o esclarecimento e especificação dos argumentos e pretensões constantes desta minuta.

Atenciosamente,

**ANTONIO HENRIQUE M. COUTINHO**  
OAB/DF 34.308

**ARTHUR LIMA GUEDES**  
OAB/DF 18.073

**MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO**  
OAB/RJ 177.738

**MARCELO LENNERTZ**  
OAB/RJ 133.919

**JÉSSICA LOYOLA CAETANO RIOS**  
OAB/DF 53.018