



Advocacia-Geral da União
Procuradoria-Geral Federal
Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT

Brasília, 05 de fevereiro de 2018

Procedimento Arbitral nº 23238/GSS

Requerente: Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás S.A. - MGO;

Requerida: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT

Sr. Conselheiro Gustavo Scheffer da Silveira,

Sra. Conselheira Adjunta Patrícia Figueiredo Ferraz

Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio

Por correio eletrônico: ica10@iccwbo.org

Prezados Conselheiros,

A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, Requerida no procedimento arbitral em epígrafe, em face da Carta ICC de 5 de dezembro de 2017, **recebida em 6 de dezembro de 2017, conforme anexo**, à vista do prazo de resposta concedido por meio da Carta ICC de 08 de janeiro de 2017, vem apresentar sua resposta à demanda, na forma do art. 5º do Regulamento de Arbitragem da CCI.

MANIFESTAÇÃO QUANTO À INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM E RECONVENÇÃO

1. Inicialmente, a ANTT destaca que concorda, apenas em parte, com a instituição da arbitragem, nos estritos termos pactuados no compromisso arbitral firmado entre as partes (cláusula 37 do Contrato de Concessão). Como será demonstrado, um dos pedidos formulados



pela requerente refere-se a questão ainda não decidida pela ANTT, cujo pedido administrativo formulado pela requerente encontra-se sob análise, inexistindo, assim, controvérsia ou disputa.

2. A ANTT refuta veementemente todos os pedidos lançados no Requerimento de Arbitragem, e pretende demonstrar sua improcedência ao longo do procedimento arbitral, nos termos do Regulamento.

3. Por outro lado, a ANTT não pretende deduzir Reconvenção, já que suas pretensões se limitam à manutenção de seus atos administrativos, que determinaram a aplicação do Fator D, nos exatos termos estabelecidos no contrato de concessão.

Resumo da lide

4. Trata-se de requerimento de instauração de procedimento arbitral formulado pela Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás S.A. – MGO, contra a ANTT, com fundamento na cláusula 37 do Contrato de Concessão referente ao Edital 01/2013, relativo à Rodovia Federal: BR-050|GO|IMG: trecho entre o entroncamento com a BR-040, em Goiás, até a divisa de Minas Gerais com o estado de São Paulo.

5. Formula a requerente dois pleitos:

- a. **O Primeiro**, relativo à aplicação do Fator D (desconto de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão). Sustenta que a ANTT pretende aplicar o Fator D em razão da não conclusão das primeiras obras da frente de ampliação de capacidade e melhorias da rodovia, prevista para o primeiro ano da concessão, porém questiona tal decisão da Agência, defendendo que a não conclusão decorreu de atraso na disponibilização da licença de instalação (LI), que deveria ter sido disponibilizada pela ANTT em até 12 meses. Alega que a ANTT disponibilizou a referida Licença com 6 meses de atraso, o que impediria a aplicação do Fator D, pois esse desconto de reequilíbrio “pressupõe a inadimplência da requerente”, que não teria ocorrido no caso. Em síntese, defende que a aplicação do Fator D apenas seria



cabível caso a requerente houvesse dado causa ao atraso, ou seja, dependeria da verificação de culpa.

- b. **O Segundo**, relativo ao reconhecimento de direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em razão de despesas para a correção de vícios ocultos em duas obras de arte especiais OAEs. Alega a requerente que após a realização de inspeção extraordinária nas pontes sobre os rios Tijuco e Pirapetinga, constatou que tais OAEs estavam acometidas de graves defeitos estruturais, as quais impunham a execução de reparos de monta e de forma imediata. Sustenta que a gravidade de tais deficiências configura vício oculto, pois a realidade dessas estruturas não poderia ter sido identificada no momento da vistoria prévia à licitação.

6. Considerando os pedidos formulados, bem como os fundamentos apresentados para sustenta-los, passamos à manifestação da ANTT.

PRELIMINAR (I): SUSPENSÃO PARCIAL DA ARBITRAGEM – AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA – PEDIDO ADMINISTRATIVO AINDA NÃO ANALISADO – INEXISTÊNCIA DE ATO IMPUGNADO

7. A requerente protocolou junto à ANTT, em setembro de 2017, pedido de reequilíbrio contratual com exatamente os mesmos fundamentos apresentados na presente arbitragem, pedido aquele que ainda não teve decisão proferida pela Agência, encontrando-se em fase de manifestação administrativa, para posterior consulta à Procuradoria Federal e, em seguida, decisão (ainda sujeita a recurso administrativo por parte da MGO). O tempo médio estimado para conclusão de tal procedimento é de 6 a 8 meses.

8. Tal pedido coincide com o segundo pleito formulado pela requerente no presente procedimento arbitral, acerca do reequilíbrio contratual e razão de vício oculto nas pontes sobre os rios Tijuco e Pirapetinga, nos seguintes termos (íntegra do documento anexa):



Uberlândia, 15 de setembro de 2017

MGO-ADC-0203-2017

Ao Senhor
Luciano Esteve Ferreira de Assis
Gerente de Engenharia e Investimentos de Rodovias
Gerência de Engenharia e Investimentos de Rodovias - GEINV
Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.
SCES Trecho 3, Lote 10, Polo 8, Projeto Orla, Bloco C – 1º Andar
CEP: 70200-003, Brasília-DF

Assunto: Recuperação estrutural das pontes sobre os rios Pirapetinga e Tijuco (vícios ocultos).

Anexo I: Pleito de reequilíbrio econômico-financeiro - Vícios ocultos nas OAE sobre os rios Tijuco e Pirapetinga no km 133+250/MG-PS e km 135+150/MG-PS;

Anexo II: Histórico de cartas e ofícios sobre os vícios ocultos nas OAE sobre os rios Tijuco e Pirapetinga no km 133+250/MG-PS e km 135+150/MG-PS;

Anexo III: CD-ROM contendo os laudos da engenharia.

Prezado Senhor,

A Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás S.A. vem apresentar a esta Agência o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, diante da necessidade de realizar reparos estruturais não previstos em contrato e impassíveis de detecção (vícios ocultos) nas Obras de Arte Especiais, sobre os rios Tijuco e Pirapetinga no km 133+250/MG-PS e km 135+150/MG-PS.

Sendo o que cumpria informar, a Concessionária se coloca à disposição para esclarecer o que for necessário e aguarda manifestação desta Agência.

Atenciosamente,


CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS MINAS GERAIS GOIÁS S.A.
Paulo Nunes Lopes
Diretor Presidente
Concessionária de Rodovias
Minas Gerais Goiás S.A.
Paulo Gomes
Diretor Adm. Financeiro


Alceu Ferreira Filho
Gerente de Engenharia e Obras





Uberlândia, 15 de setembro de 2017.

LUCIANO ESTEVE FERREIRA DE ASSIS
GERÊNCIA DE ENGENHARIA E INVESTIMENTOS DE RODOVIAS – GEINV
AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT

Assunto: recuperação estrutural das pontes sobre os rios Pirapetinga e Tijuco (vício oculto)

Prezado,

A MGO RODOVIAS – CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS MINAS GERAIS GOIÁS S.A., com base no art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, arts. 9º, § 2º da Lei de Concessões e nas cláusulas 21.2 e 22 do contrato de concessão, vem apresentar pedido de reequilíbrio econômico-financeiro diante da necessidade de realizar reparos estruturais não previstos em contrato e impassíveis de detecção (vícios ocultos) nas Obras de Arte Especiais sobre os rios Tijuco e Pirapetinga no km 133+250/MG – PS e km 135+150/MG PS, expondo e requerendo o que segue.

DRBB - 543203v3 2775/27588

(...)



4. Conclusões.

Diante de todo o exposto, pede a MGO o deferimento de seu pleito de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da necessidade de realizar reparos estruturais não previstos em contrato e impassíveis de detecção (vícios ocultos) nas Obras de Arte Especiais sobre os rios Tijuco e Pirapetinga no km 133+250/MG – PS e km 135+150/MG OS, nos termos da proposta financeira apresentada por meio da correspondência MGO-ADC-0105-2017.


CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS MINAS GERAIS GOIÁS S.A.
Paulo Nunes
Diretor Presidente
Concessionária de Rodovias
Minas Gerais Goiás S.A.
Paulo Nunes
Diretor Adm. Financeiro


Alceu Ferreira Filho
Gerente de Engenharia e Obras

9. Dessa forma, entende-se que enquanto não definida a questão no âmbito administrativo, com decisão definitiva proferida pela autoridade competente, não há conflito/divergência entre as partes que possa ser objeto de procedimento arbitral. Nesse sentido, a cláusula contratual que admite a arbitragem como forma de resolução de controvérsias é clara no sentido de reconhecer seu cabimento apenas em caso de “controvérsias e/ou disputas” entre as partes:

37 Resolução de Controvérsias

37.1 Arbitragem

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



10. Ademais, eventual decisão arbitral prévia à análise do pleito pela própria Agência constituiria usurpação da competência decisória da ANTT, atingindo direito público e indisponível e sendo, portanto, ilegal, o que impede o conhecimento do pedido no tocante à pretensão de reequilíbrio consubstanciada no item (ii), às fls. 12-13 do requerimento.

PRELIMINAR (II): DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL À CONTROVÉRSIA CONCRETA – VEDAÇÃO À FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTOS JURÍDICOS EM TESE

11. Ainda preliminarmente, deve-se apontar a inadequação do pedido formulado pela requerente à fl. 12 do requerimento, especificamente no item (i), nos seguintes termos:

III. PEDIDO E VALOR DA CONTROVÉRSIA

A partir da apresentação sintetizada dos pleitos acima, que serão melhor detalhados e comprovados oportunamente neste procedimento arbitral, requer-se que, ao final, seja:

- (i) reconhecida a inadequação da interpretação da Requerida sobre o marco inicial para contagem do prazo para as obrigações relativas à duplicação/ampliação das vias e, desse modo, que seja determinada a inaplicabilidade do desconto de reequilíbrio (Fator D) em desfavor da Requerente, com a consequente condenação da Requerida ao pagamento de indenização pelos eventuais valores descontados nas tarifas praticadas a partir do ano de 2018;

12. Os equívocos na formulação do pedido são dois:

13. **Primeiro**, por requerer o *reconhecimento de inadequação de interpretação* da ANTT sobre questão contratual que extrapola em muito o caso concreto posto sob análise. O pedido deve limitar-se aos fundamentos apresentados, ao caso concreto sob análise, não se admitindo pedido que determine a interpretação de regras contratuais de forma abstrata, o que poderia resultar em extrapolação do caráter intersubjetivo da lide. O pedido deve, portanto, ser circunscrito à demanda posta, ou seja, de aplicação ou não aplicação do Fator D na situação concreta sob análise, sendo a análise da interpretação da Agência apenas o meio para se chegar à conclusão sobre esse pedido.



14. Sendo assim, entende-se que o pedido de *reconhecimento* de inadequação da *interpretação* promovida pela ANTT deve ser rejeitado de plano, por situar-se fora do espaço de atuação conferido pela cláusula contratual ao procedimento arbitral. Por outro lado, não há vedação ao reconhecimento de que a interpretação, no caso concreto, deve ser outra, constituindo objeto da decisão o direito que a parte alega possuir, que no caso trata da aplicação ou não aplicação do Fator D em razão da não realização dos investimentos previstos.

15. **Segundo**, o pedido formulado requer a *condenação* da ANTT ao pagamento de indenização em razão de eventuais descontos realizados na tarifa de pedágio, em razão do Fator D. Sobre esse ponto, o pedido equivoca-se ao extrapolar a relação contratual entre as partes, desconsiderando que eventual reconhecimento do direito à não aplicação do Fator D no caso concreto não resulta em condenação em indenização, mas em reajuste tarifário como forma de recompor a equação financeira anteriormente estabelecida. Incabível, portanto, condenação da ANTT, pois a remuneração da Concessionária ocorre pela cobrança de tarifa, e qualquer valor eventualmente descontado da tarifa, de forma equivocada, deve ser restituído via tarifa de pedágio, não havendo qualquer previsão de indenização pela ANTT em casos tais.

DA CORRETA APLICAÇÃO DO FATOR D COMO FERRAMENTA DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO – O CARÁTER OBJETIVO DO FATOR D

16. O Contrato de Concessão, assinado pela requerente, é claro ao estabelecer o Fator D (desconto de reequilíbrio) como ferramenta de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Nesse sentido, para a correta compreensão de sua função e seu escopo, é fundamental um prévio levantamento de todas as cláusulas que tratam do Fato D, no contrato de concessão.

17. Primeiramente, o contrato de concessão traz definição do fator D, nos seguintes termos:

“1 DISPOSIÇÕES INICIAIS

1.1 DEFINIÇÕES

1.1.1 PARA OS FINS DO PRESENTE CONTRATO, E SEM PREJUÍZO DE OUTRAS DEFINIÇÕES AQUI ESTABELECIDAS, AS SEGUINTE DEFINIÇÕES APLICAM-SE AS RESPECTIVAS EXPRESSÕES:

(...)

(XIII) **DESCONTO DE REEQUILÍBRIO**: PERCENTUAL QUE SERÁ DEDUZIDO DA TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO NA FORMA DA SUBCLÁUSULA 22.6, **COM VISTAS A MANUTENÇÃO DA EQUIVALÊNCIA CONTRATUAL ENTRE OS SERVIÇOS PRESTADOS E A SUA REMUNERAÇÃO**, EM FUNÇÃO DO NÃO ATENDIMENTO AOS PARÂMETROS DE



DESEMPENHO E A **INEXECUÇÃO DAS OBRAS E SERVIÇOS DA FRENTE DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE** E MANUTENÇÃO DE NÍVEL DE SERVIÇO, TAL COMO PREVISTOS NO PER E NO ANEXO 5, **MEDIANTE A APLICAÇÃO DO FATOR D**”

18. A definição do Fator D contida no contrato de concessão já é suficiente para, por si só, infirmar todas as alegações da Requerente, deixando claro tratar-se de forma de “manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e sua remuneração”, em função da “inexecução de obras e serviços da frente de ampliação de capacidade”. Percebe-se que a aplicação do Fator D é OBJETIVA, ou seja, independe da apuração de culpa da concessionária, servindo simplesmente como mecanismo de equilíbrio contratual, a partir da ponderação entre serviços efetivamente executados e remuneração da concessionária.

19. Nesse sentido, é irrelevante a apuração de culpa a Requerente na causação do atraso, ou na não realização dos investimentos previstos, pois o Fator D não constitui penalidade pelo inadimplemento contratual voluntário (doloso ou culposo), mas apenas mecanismo objetivo de manutenção da equação financeira inicial. Confirmando tal interpretação, a cláusula 22.4 do Contrato de Concessão assim dispõe:

“22.4 CRITÉRIOS E PRINCÍPIOS PARA A RECOMPOSIÇÃO

22.4.1 OS PROCESSOS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NÃO PODERÃO ALTERAR A ALOCAÇÃO DE RISCOS ORIGINALMENTE PREVISTA NO CONTRATO.

22.4.2 A FORMA DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DEPENDERÁ DO EVENTO ENSEJADOR DO DESEQUILÍBRIO:

(1) **NA HIPÓTESE DE ATRASO OU INEXECUÇÃO DOS SERVIÇOS E OBRAS, DOS ESCOPOS, PARÂMETROS DE DESEMPENHO E PARÂMETROS TÉCNICOS DA FRENTE DE RECUPERAÇÃO E MANUTENÇÃO E DA FRENTE DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE** E MANUTENÇÃO DE NÍVEL DE SERVIÇO, **A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO SE DARÁ POR MEIO DA APLICAÇÃO AUTOMÁTICA DO DESCONTO DE REEQUILÍBRIO**, NOS TERMOS DA SUBCLÁUSULA 22.6, SENDO QUE A HIPÓTESE DE ANTECIPAÇÃO DA ENTREGA DAS OBRAS DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE PODERÁ ENSEJAR O ACRÉSCIMO DE REEQUILÍBRIO, TUDO CONFORME A METODOLOGIA DE APLICAÇÃO DO FATOR D”;

20. Ainda de forma mais detalhada, a aplicação do Desconto de Reequilíbrio (Fator D) é regulada pela cláusula 22.6:

“22.6 DESCONTO E ACRÉSCIMO DE REEQUILÍBRIO

22.6.1 **A ANTT PROMOVERÁ A AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO DA CONCESSÃO** DE ACORDO COM AS REGRAS E PROCEDIMENTOS PREVISTOS NO ANEXO 5, CONSIDERANDO O DESCUMPRIMENTO DOS INDICADORES, **BEM COMO O ATRASO**



E A INEXECUÇÃO DAS OBRAS E SERVIÇOS DA FRENTE DE RECUPERAÇÃO E MANUTENÇÃO E DA FRENTE DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE E MANUTENÇÃO DO NÍVEL DOS SERVIÇOS. A ANTECIPAÇÃO DA ENTREGA DAS OBRAS DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE PODERÁ ENSEJAR O ACRÉSCIMO DE REEQUILÍBRIO, OBSERVADAS AS REGRAS PREVISTAS NO ANEXO 5.

22.6.2 A CADA ANO DO PRAZO DA CONCESSÃO, **O RESULTADO DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DETERMINARÁ O DESCONTO OU ACRÉSCIMO DE REEQUILÍBRIO** PARA O RESPECTIVO ANO, NA FORMA PREVISTA NO ANEXO 5.

22.6.3 O PERCENTUAL DO DESCONTO OU ACRÉSCIMO DE REEQUILÍBRIO DE CADA ANO SERÁ APLICADO SOBRE A TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO NA FORMA INDICADA NA SUBCLÁUSULA 18.3.3”.

21. Como visto, o Desconto de Reequilíbrio possui caráter **objetivo**, sendo calculado a partir da ponderação entre o executado ou não executado no contrato de concessão, objetivando adequar a tarifa de pedágio à correspondente realização dos investimentos previstos.

22. O Contrato de Concessão contém ainda cláusula específica, diferenciando a aplicação do Fator D da aplicação de penalidades e prevendo, expressamente, a incidência do Desconto de Reequilíbrio mesmo nas ocorrências que constituírem risco do Poder Concedente. **Este dispositivo é o mais importante para a resolução da presente disputa**, ao trazer regramento específico para a hipótese em debate, estabelecendo a incidência do Desconto de Reequilíbrio e dispensando a aplicação de penalidade, quando o atraso ou inexecução decorrer de atraso decorrente de demora na obtenção das licenças ambientais a cargo do Poder Concedente:

“22.6.4 A CONCESSIONÁRIA DECLARA TER PLENO CONHECIMENTO E RECONHECE QUE:

(i) CONSIDERANDO O **CARÁTER OBJETIVO DA AVALIAÇÃO REALIZADA PELA ANTT**, O SEU RESULTADO INDICARÁ AS CONDIÇÕES FÍSICAS DO SISTEMA RODOVIÁRIO E A SUA CONFORMIDADE COM OS PARÂMETROS DE DESEMPENHO, COM O CUMPRIMENTO DO PRAZO DE EXECUÇÃO DAS OBRAS E DEMAIS EXIGÊNCIAS DO CONTRATO E DO PER, OBSERVADOS OS PARÂMETROS TÉCNICOS E OS ESCOPOS;

(ii) **O DESCONTO OU ACRÉSCIMO DE REEQUILÍBRIO**, DETERMINADO PELA AVALIAÇÃO ANUAL DE DESEMPENHO E EXECUÇÃO DE OBRAS, **É UM MECANISMO PACTUADO ENTRE AS PARTES PARA REEQUILIBRAR O CONTRATO NOS CASOS DE ATRASO OU INEXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS OU NO CASO DE ANTECIPAÇÃO DE DETERMINADAS OBRAS**, E SERÁ APLICADO DE FORMA IMEDIATA E AUTOMÁTICA PELA ANTT;

(iii) A REDUÇÃO OU AUMENTO DO VALOR DA TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DO DESCONTO OU ACRÉSCIMO DE REEQUILÍBRIO **NÃO CONSTITUI PENALIDADE CONTRATUAL OU RECEITA ADICIONAL, MAS SIM**



MECANISMO PREESTABELECIDO NO CONTRATO PARA A MANUTENÇÃO DO SEU ECONÔMICO-FINANCEIRO;

(IV) A AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO DA CONCESSÃO E A APLICAÇÃO DO DESCONTO DE REEQUILÍBRIO **NÃO PREJUDICAM A VERIFICAÇÃO, PELA ANTT, DE INADIMPLENTO CONTRATUAL DA CONCESSIONÁRIA E CONSEQUENTE APLICAÇÃO DAS PENALIDADES** PREVISTAS NO CONTRATO E NA REGULAMENTAÇÃO DA ANTT;

(V) **EM CASO DE ATRASO NA EXECUÇÃO** DAS OBRAS E SERVIÇOS DA FRENTE DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE E MANUTENÇÃO DO NÍVEL DOS SERVIÇOS **DECORRENTE DE EVENTOS QUE SEJAM COMPROVADOS E RECONHECIDOS EXPRESSAMENTE PELA ANTT COMO DE ENQUADRAMENTO NA CLÁUSULA 21.2 SERÁ APLICADO O DESCONTO DE REEQUILÍBRIO, MAS NÃO SERÁ APLICADA A PENALIDADE.**

23. Como se observa, o item (v) da cláusula 22.6.4 do Contrato de Concessão soluciona a questão de forma definitiva, esclarecendo que nos casos de atraso decorrente de situações que constituam risco do Poder Concedente (referência à cláusula 21.2), será aplicado o Desconto de Reequilíbrio (porque efetivamente o atraso/inexecução ocorreu), mas não será aplicada a penalidade (porque não terá havido descumprimento por culpa da Concessionária). Dentre as hipóteses da Cláusula 21.2, consta expressamente a situação discutida na presente arbitragem:

“21.2 A CONCESSIONÁRIA NÃO É RESPONSÁVEL PELOS SEGUINTE RISCOS RELACIONADOS A CONCESSÃO, CUJA RESPONSABILIDADE É DO PODER CONCEDENTE:

(...)

21.2.10 ATRASO NAS OBRAS DECORRENTES DA DEMORA NA OBTENÇÃO DE LICENÇAS AMBIENTAIS A CARGO DO PODER CONCEDENTE”.

24. A leitura conjunta das cláusulas 22.6.4 (v) e 21.2.10 não deixa quaisquer dúvidas interpretativas sobre a correção da aplicação do Desconto de Reequilíbrio no caso em questão, inobstante eventual atraso do Poder Concedente na obtenção da licença ambiental. Sendo assim, a argumentação da requerente no sentido de que “a aplicação do desconto de reequilíbrio pressupõe a inadimplência da Requerente”, no sentido de pressupor culpa sua na inexecução ou atraso, não tem sustentação nas cláusulas do contrato de concessão. Mesmo em caso de culpa do Poder Concedente, aplica-se o Desconto de Reequilíbrio, que “não constitui penalidade contratual ou receita adicional, mas sim mecanismo preestabelecido no Contrato para a manutenção do seu econômico-financeiro” (cláusula 22.6.4 (iii)).



25. Acerca do marco temporal para a contagem da aplicação do Fator D, igualmente não procedem os argumentos da requerente. Sobre esse aspecto, sustenta em seu requerimento que a contagem do prazo para aplicação do Fator D apenas teria início com a obtenção da licença ambiental, contando-se a partir de então o prazo para cumprimento das obrigações contratuais. Para sustentar a tese, alega que a própria ANTT teria reconhecido que o prazo para averiguação do cumprimento da meta anual de duplicação da rodovia deveria ocorrer a partir da obtenção da licença.

26. A interpretação contratual promovida pela requerente está equivocada, na medida em que 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. As hipóteses são diversas. Tendo havido atraso na obtenção da licença, não se poderia exigir da Concessionária o cumprimento dos prazos inicialmente estabelecidos, sendo necessária a reprogramação dessas metas, proporcionalmente ao atraso. Por outro lado, não há qualquer impacto na incidência do Fator D, tendo em vista sua finalidade de meramente manter o contrato financeiramente equilibrado. Não executado o investimento no prazo estabelecido, independentemente da apuração de culpa, o Desconto de Reequilíbrio incide para equilibrar o contrato. Por outro lado, a não incidência desse desconto resultaria em benefício financeiro à Concessionária, que não teria realizado o investimento previsto e teria recebido, por tarifa de pedágio, os valores respectivos, resultando em desequilíbrio contratual.

27. Assim, deve-se fazer a diferenciação entre reprogramação das metas, com estabelecimento de novos prazos para cumprimento das obrigações contratuais, da incidência do Fator D, que apenas manterá o equilíbrio objetivo entre investimentos efetivamente realizados e a respectiva tarifa de pedágio.

DO SIGILO

28. A ANTT entende não ser cabível o pedido de confidencialidade formulado pela Requerente, por não ter base legal ou regimental aplicável, violar diversos princípios constitucionais e legais do país sede da arbitragem e cujas leis foram eleitas para decidir a questão, como iremos demonstrar a seguir.

29. A Requerente fundamentou seu pedido de confidencialidade no artigo 22 das Regras ICC:



“Mediante requerimento de qualquer parte, o tribunal arbitral **poderá** proferir ordens relativas à confidencialidade do procedimento arbitral ou de qualquer outro assunto relacionado à arbitragem e poderá adotar quaisquer medidas **com a finalidade de proteger segredos comerciais e informações confidenciais**”. (grifos nossos)

Ocorre que a Secretaria da Corte e o Tribunal Arbitral poderão constatar facilmente que o referido dispositivo não contém uma regra de confidencialidade, mas apenas informa que, do ponto de vista procedimental, o Tribunal tem a possibilidade de emitir uma ordem de confidencialidade, se assim requerido. Isso não quer dizer que a confidencialidade do processo arbitral seja uma escolha livre do Tribunal Arbitral, que deve decidir qualquer questão conforme o direito aplicável.

30. Da redação do dispositivo, fica claro que o *poder* do Tribunal Arbitral de dar uma ordem sobre confidencialidade está vinculado a uma *finalidade*, qual seja, *proteger segredos comerciais e informações confidenciais*. Apesar da discricionariedade inerente à questão, infere-se que a decisão do Tribunal Arbitral não pode estar desvinculada da finalidade para a qual tais poderes foram conferidos, ou seja, para resguardar informações que *já tenham natureza confidencial antes da instalação da arbitragem*.

31. Do mesmo modo, o contrato assinado entre as partes não tem qualquer previsão relativa a uma suposta confidencialidade ampla. Na verdade, o Contrato de Concessão de rodovias é público, assim como todo o processo de cálculo da tarifa, de modo que o universo de usuários e o público em geral possam ter conhecimento de como foram calculadas as tarifas de pedágio a serem pagas.

I. Inexistência de um comando implícito de confidencialidade na arbitragem internacional

32. É pacífico na doutrina que existe um dever implícito de *privacidade* no procedimento arbitral, entendida esta como a não participação de terceiros nas audiências, acesso direto de terceiro aos autos processuais e aos procedimentos em geral. A privacidade, contudo, não confunde-se com a *confidencialidade*¹. Quanto a esta última, também é pacífico que deve ser seguido o que foi convencionado pelas partes da arbitragem a respeito da confidencialidade do

¹ “The concept of privacy is typically used to refer to the fact that only the parties, and not third parties, may attend arbitral hearings or otherwise participate in the arbitration proceedings. In contrast, confidentiality is used to refer to the parties’ asserted obligations not to disclose information concerning the arbitration to third parties”. International Law Association Report: Confidentiality in international arbitration, p. 4 (Conferência de Haia, 2010).



procedimento, salvo quanto a informações cuja divulgação decorra de imperativo legal, sobre as quais não pode haver confidencialidade.

33. Já quando não há previsão expressa no contrato nem nas regras arbitrais, há aqueles que defendem uma presunção de confidencialidade² e os que, majoritariamente, não enxergam base jurídica para uma regra implícita: Paulson e Rawding³; Nathan O'Malley⁴; Selma Ferreira Lemes⁵; Fichtner, Mannheimer e Monteiro⁶, dentre outros.

34. Há ainda que se ponderar o que diz a legislação nacional e a jurisprudência do local do assento da arbitragem. Algumas jurisdições são conhecidas por posições favoráveis a uma obrigação implícita de confidencialidade, como Inglaterra⁷ e França⁸, e outras que entendem não existir tal obrigação implícita, como Estados Unidos⁹, Suécia¹⁰ e Austrália¹¹. Ao comentar o citado precedente pioneiro da Suprema Corte australiana, Jan Paulsson afirma que:

*“The Australian High Court held that there was a distinction between the privacy of oral hearings and the secrecy of proceedings in general, and concluded that **confidentiality is not an essential attribute of a private arbitration**”*¹² (grifos nossos).

35. Vale também citar José Cretella Neto ao comentar a mesma decisão:

*“a decisão que prevaleceu considerou, em síntese, que, especialmente pelo fato de as empresas GFC e SEC **estarem sujeitas a controle acionário majoritariamente estatal**, a não divulgação de informações essenciais subtrairia o direito do público (the taxpayer) de ser **comunicado sobre a forma como pagamentos de empresas estatais eram realizados**”*. (grifos nossos)

² P. Ex. Gary Born, José Emílio Nunes Pinto.

³ “our conclusion is that a general obligation of confidentiality cannot be said to exist de lege lata in international arbitration” ICC Bull. Vol. 5 n^o1 May 1994.

⁴ “While there is no argument for the privacy of a hearing to be implied in international arbitration, the right to confidentiality does not carry the weight of a universal rule, particularly given the divergence in its treatment in institutional arbitration rules”. Rules of Evidence in International Arbitration: an annotated guide. Taylor & Francis, 2013, p. 249.

⁵ “No âmbito estritamente privado estas questões devem estar dispostas pelas partes nos contratos firmados ou em documentos apartados, ou, ainda, nos regulamentos das instituições arbitrais para não prejudicar o direito das partes, pois não há previsão a respeito na lei brasileira, a não ser a discricção exigida do árbitro”. Arbitragem na concessão de serviços públicos – Arbitrabilidade Objetiva – Confidencialidade ou Publicidade Processual?. (2011). Disponível em www.selmalemes.adv.br

⁶ Novos Temas de Arbitragem. FGV Editora, 2014, cap. 2.

⁷ *Dolling-Baker v Merrett* (1991)

⁸ *Aita v. Ojeh*, (1984)

⁹ *United States v. Panhandle Eastern Corp* (1998)

¹⁰ *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. V. A.I. Trade Finance Inc.* (2000)

¹¹ *Esso Australia v. Plowman* (1995)

¹² Report on issues concerning confidentiality in international arbitration. *Apud* FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, *Novos Temas de Arbitragem*. FGV Editora, 2014, p. 111.



36. Divergências doutrinárias e jurisprudenciais à parte, quando a questão diz respeito especificamente a arbitragens das quais participam entes públicos, a balança tende a favor da transparência. Buys entende que:

*“arguments in favour of **decreasing confidentiality** and increasing transparency are more compelling with respect to **arbitrations involving a State party** than with respect to arbitrations involving private commercial parties”¹³*

37. Ainda quando se trata de participação de entes estatais, e mesmo comentando a respeito de uma presunção expressa de confidencialidade da legislação neozelandeza, David Cairns afirma que:

*“This facility to avoid ‘painful’ disclosure is perfectly acceptable between private individuals without public reporting responsibilities. It is, however, **at odds with the principles of open government expected of public authorities.***

*(...) We must also recognize the risk that a Department or organization subject to the Official Information Act might see in section 14 a temptation to be tardy in its disclosure of official information, or as an excuse to plead powerless and so circumvent its obligations altogether. Indeed it is not difficult to imagine a Department or organization in some circumstances finding section 14 very attractive as a possible means to **bury official mismanagement** or a dispute that might be politically painful in a **long and conveniently confidential arbitration.***

*(...)The imperative to recognize a different approach to confidentiality in arbitrations involving the State or a state entity arises from the potential public importance of the issues involved in State party arbitrations generally, and particularly State party arbitrations involving foreign investment in New Zealand. It must be stressed that **this is a matter of principle relating to government accountability and the public access to official information**, unaffected by the actual level of state arbitration in New Zealand.*

*(...)As these examples show, **investor-State arbitration might raise questions of significant public importance and political accountability.** They might raise issues relating to public health, protection of the environment, **control of natural resources**, privatization of state assets, utilities regulation and competition policy. When the New Zealand Government arbitrates such matters **the presumption should be of a public right to know**, unless there are good reasons to the contrary.”¹⁴*
(grifos e omissões nossas).

¹³ BUYS, C. G. *The tensions between confidentiality and transparency in International Arbitration*. American Review of International Arbitration, Vol. 14, No. 121, 2003.

¹⁴ *Confidentiality and state party arbitrations*. New Zealand Law Journal, 2002, pag. 125-128.



II. Direito Brasileiro: transparência como regra, sigilo como exceção

38. Além dos elementos acima a favor de uma presunção de transparência, é preciso lembrar que a presente arbitragem tem assento no Brasil e é regulada, no mérito, pelas leis brasileiras¹⁵, além de ambas as partes serem vinculadas ao Estado brasileiro, uma como autarquia de direito público, e a outra como sociedade de economia mista controlada pelo governo federal. No âmbito da lei da arbitragem, paira um silêncio eloquente a respeito de uma presunção de confidencialidade¹⁶. E o direito brasileiro é extremamente favorável à presunção de transparência de informações públicas relevantes.

39. O Brasil foi pioneiro e um dos únicos a transmitir, ao vivo e na íntegra, os julgamentos de seu Supremo Tribunal¹⁷. Sua Lei de Acesso à Informação¹⁸ é uma das mais avançadas do mundo, com hipóteses restritíssimas de sigilo¹⁹ e o conceito de dados abertos, que permite ao cidadão fazer pesquisas envolvendo, por exemplo, reordenamento das informações e cruzamentos com outras bases de dados²⁰. São diretrizes da lei (art. 3º):

*“I - observância da **publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção**;*

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

40. Pela referida lei, os órgãos públicos são obrigados a divulgar detalhadamente suas despesas, contratações e folha de pessoal²¹, a responder de forma ampla e compreensiva a solicitações de acesso a informações que recebam, em prazo não superior a 20 dias (art. 10, § 1º).

¹⁵ Vide clausula arbitral já anexada aos autos.

¹⁶ Ver n. 7, *supra*.

¹⁷ É possível assistir ao vivo às sessões de deliberação e julgamento, inclusive de processos criminais, até mesmo pela internet: <http://www.tvjustica.jus.br/>

¹⁸ Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011

¹⁹ O ministro-chefe da Controladoria-Geral da União (CGU), Jorge Hage, por ocasião da edição da referida lei, afirmou que *“informação será a regra e o sigilo, a exceção”*. <http://www.portaltransparencia.gov.br/noticias/DetalheNoticia.asp?noticia=252>

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Ver www.portaldatransparencia.gov.br



41. O dever implícito de arbitragem não pode ser deduzido do direito brasileiro nem mesmo em processos que não envolvam a Administração Pública, como demonstra o ensinamento de chegam Fichtner, Mannheimer e Monteiro:

*“Tendo em vista que no direito brasileiro as obrigações derivam apenas da lei ou dos contratos, **pode uma das partes da arbitragem ser civilmente responsabilizada por comunicar ao mundo exterior o conteúdo da arbitragem?** Considerando que não há previsão legal a respeito, **a resposta só pode ser positiva se a parte houver se obrigado, por disposição consensual, a respeitar a confidencialidade. Se, por outro lado, tal obrigação não houver sido expressamente convenionada, em qual regra jurídica legal se apoiaria a outra parte para obter a mencionada reparação civil? De fato, **vasculhada a legislação brasileira, verifica-se que não há fonte legal para essa responsabilização, de modo que não se pode considerar como implícito o dever de confidencialidade no direito brasileiro”**²². (grifos nossos)***

42. Além disso, a Lei 13.129 de 26 de maio de 2015 previu expressamente em seu artigo 1º, §3º que todas as arbitragens envolvendo a administração pública devem seguir o princípio da publicidade:

§3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

43. Não faz sentido, numa arbitragem com todos os elementos de conexão apontando para o Brasil (com a honrosa exceção da instituição arbitral), com partes que têm profundas obrigações de *accountability* com os contribuintes e com a sociedade em geral, que seja atribuída uma presunção de confidencialidade que exceda, ainda que minimamente, o que tenha sido acordado entre as partes no contrato de concessão.

44. Invoca-se aqui a sabedoria de Barack Obama, em memorando presidencial sobre a lei de acesso à informação americana:

A democracy requires accountability, and accountability requires transparency.

45. Por fim, um ponto que merece ser levado em consideração é que, no pedido da Requerente, não foram apontados quaisquer atos, indícios ou mesmo riscos concretos de quebra de confidencialidade, nem mesmo se considerado conceito alargado que pretendeu impor.

²² FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, Novos Temas de Arbitragem. FGV Editora, 2014, p. 130.



46. Pede, portanto, uma providência irrelevante, sem nem mesmo citar qualquer elemento concretamente confidencial que já conste dos autos e que mereça proteção.

47. A ANTT não pretende revelar qualquer informação confidencial, mas nem por isso concordará com uma elevação ilegal do grau de sigilo da arbitragem.

48. Deste modo, verifica-se que não há justa causa para a elaboração de uma ordem de confidencialidade. É o que se requer.

PEDIDOS

À vista do exposto acima, requer-se

- (i) A suspensão da arbitragem quando ao pedido de recomposição do equilíbrio contratual em razão de suposto vício oculto nas pontes sobre os rios Tijuco e Pirapetinga, tendo em vista não haver decisão administrativa definitiva sobre o tema, estando ainda em trâmite, na Agência, processo instaurado a partir de requerimento administrativo da Concessionária com tema idêntico (anexo)
- (ii) A correção dos pedidos formulados, adequando-os às limitações legais do procedimento arbitral, não podendo incidir sobre direitos públicos indisponíveis;
- (iii) A improcedência dos pedidos formulados.

Cordialmente,

Milton Carvalho Gomes
Procurador Federal

Artur Watt Neto
Procurador Federal