



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

## **Procedimento Arbitral nº 23238/GSS**

---

### **RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS**

---

**Brasília, 08 de outubro de 2018**

**Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás S.A. – MGO (Requerente)**

**X**

**Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Requerida)**



**Procedimento Arbitral nº 23238/GSS**

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

Requerida: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT

**Aos**

**Dr. árbitro presidente Sérgio Nelson Manheimer,**

Por correio eletrônico: [manheimer@afadv.com.br](mailto:manheimer@afadv.com.br)

**Dr. coárbitro Carlos Alberto Carmona,**

Por correio eletrônico: [carmona@mrtc.com.br](mailto:carmona@mrtc.com.br)

**Dr. coárbitro Flávio Amaral Garcia,**

Por correio eletrônico: [flavioamaral@juruena.adv.br](mailto:flavioamaral@juruena.adv.br)

**Sr. Conselheiro Gustavo Scheffer da Silveira,**

**Srª Conselheira Adjunta Patrícia Figueiredo Ferraz,**

**Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI**

Por correio eletrônico: [ica10@iccwbo.org](mailto:ica10@iccwbo.org)

**A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT**, Requerida no procedimento arbitral em epígrafe, vem apresentar **resposta às alegações iniciais** através de seus Procuradores Federais infra-assinados.



## SUMÁRIO

I –	Introdução.....	4
II -	Da correta aplicação do Fator D como ferramenta de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro - o caráter objetivo do Fator D.....	5
III -	Da ordem do árbitro de emergência e a interpretação em conformidade com o contrato de concessão/ negativa de suspensão da revisão tarifária.....	11
IV -	Da não-aplicação proporcional do Desconto de Reequilíbrio no Tempo.....	14
V -	Dos supostos vícios ocultos constatados pela Concessionária.....	17
VI -	Da inconsistente exigência de caução/ressarcimento de custas adiantadas pela Concessionária na Arbitragem.....	19
VII -	Da Multa à Concessionária por Litigância de Má-fé.....	20
VIII -	Dos Honorários Advocatícios.....	22
IX -	Dos Pedidos.....	22
X -	Rol de Documentos.....	25



## **I. INTRODUÇÃO**

---

1. O litígio entre as partes tem como objeto questões relativas à execução do contrato de concessão da rodovia federal BR-050/GO/MG trecho entre o entroncamento com a BR-04, em Goiás, até a divisa dos Estados de Minas Gerais e São Paulo, ao cargo da Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás S.A. - MGO.
2. A Requerente se insurge contra o método de reequilíbrio contratual, nos moldes pactuados no contrato de concessão, que resultou na redução tarifária a partir da segunda revisão ordinária, em razão da aplicação integral do fator D decorrente da não conclusão dos investimentos no exercício previsto no Plano de Exploração da Rodovia – PER, considerando que, para a execução dos investimentos, era necessária a obtenção da Licença de Instalação – LI, obrigação a cargo da ANTT, o que só foi obtida com atraso de 6 (seis) meses.
3. E, por esta razão, não foi possível a entrega das primeiras obras de ampliação de capacidade e melhorias da rodovia prevista para o primeiro ano de concessão. Assim sendo, por não ter dado causa ao atraso, entende ser desarrazoada a aplicação do Fator D porque esta dependeria da comprovação de culpa.
4. Partindo da premissa de que não deu causa ao atraso, requer a adoção da data da liberação da Licença de Instalação como marco para o cumprimento das obrigações referentes à frente de ampliação e capacidade e melhorias, para afastar, assim, a aplicação do fator D, recompondo integralmente à tarifa.
5. Na hipótese de não ser considerada a data base sugerida, que a aplicação do fator D seja proporcional ao lapso temporal comprometido pelo atraso na obtenção da licença de instalação, computando om percentual executado da meta anual prevista no item 3.2. do PER e ponderando o período impactado pelo atraso da licença.
6. A Requerente consigna no parágrafo 05 de suas alegações que a ANTT se recusou a recompor o equilíbrio contratual em razão de despesas para a correção de vícios que considera ocultos em duas obras de arte especiais (OAEs). Para tanto registra que após a realização de inspeção extraordinária nas pontes sobre os rios Tijuco e Pirapetinga, constatou que as OAEs estavam acometidas de graves defeitos estruturais, os quais impunham a execução de reparos.



7. Afirma ainda que só tiveram conhecimento dos referidos vícios ocultos com o Termo de Arrolamento e Transferência de Bens (RTE-4), de 08/01/2014, portanto, após a celebração do contrato de Concessão.
8. Tais argumentos, contudo, são absolutamente improcedentes, como iremos demonstrar ao longo da presente resposta.
9. Primeiro, porque **a aplicação do chamado Fator D foi feita de modo absolutamente objetivo e calcado em previsões editalícias e contratuais, visando a manter o equilíbrio contratual, e evitar o enriquecimento sem causa da Requerente às custas dos usuários**, já que com a demora da licença ambiental alterou também o cronograma financeiro da execução das obras previstas no contrato de concessão.
10. Já quanto aos alegados vícios ocultos, eram na verdade situações absolutamente esperadas dada a estrutura e o estado de conservação da rodovia anteriormente à rodovia, e **podiam ser constatadas mediante vistoria do local**. Seu reparo, portanto, é **obrigação atribuída ao concessionário**, que a incluiu ou deveria ter incluído em sua proposta. Ademais, ainda que houvesse direito ao reconhecimento do vício oculto, tal **direito teria decaído**. Destaque-se, por fim, que **não houve pedido nas alegações iniciais quanto a esse ponto**.

## **II. DA CORRETA APLICAÇÃO DO FATOR D COMO FERRAMENTA DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – O CARÁTER OBJETIVO DO FATOR D**

11. 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.
12. 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 SEGUINTEs 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**".

13. 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.

14. 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:

( I ) **NA HIPÓTESE DE ATRASO OU INEXECUÇÃO DOS SERVIÇOS E OBRAS, DOS ESCOPOS, PARÂMETROS DE DESEMPENHO E PARÂMETROS TÉCNICOS DA FRENTE DE RECUPERAÇÃO E MANUTENÇÃO E DA FRENTE DE AMPLIAÇÃO 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";

15. 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”.

16. 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 a correspondente realização dos investimentos previstos.

17. Nesse contexto, vale ressaltar que a aplicação do Fator D não é cumulativa, conforme consta da cláusula 22.6.2 do contrato de concessão:

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

18. O Contrato de Concessão contém ainda cláusula específica, diferenciando a aplicação do Fator D daquela 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 INADIMPLEMENTO 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.**

19. 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”.**

20. A leitura conjunta das cláusulas 22.6.2, 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)).

21. 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.

22. 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.

23. 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.

24. Importante observar que quando se trata de verificação do equilíbrio contratual, sequer se cogita da responsabilidade do concessionário pela conclusão das obras de expansão da rodovia.



25. Como sabido, o Fator D corresponde à avaliação do atendimento de Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção e da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço do PER, atestado pela Gerência de Fiscalização e Investimentos de Rodovias – GEFIR.

26. O componente do Fator D referente à execução de obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço do PER, somente tem efeito a partir da revisão ordinária imediatamente subsequente à avaliação do recebimento de cada parcela anual das obras de duplicação pela ANTT, conforme item 3.2 do Anexo 5 do contrato. O marco inicial de contagem de 12 meses para cada meta anual de duplicação ocorreu um ano após o início da concessão da Requerente.

27. Na 1ª Revisão Ordinária, foi aplicado um Fator D de 0,1362%, relativo ao descumprimento do atendimento de Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção do 2º ano de concessão, cf. MEMORANDO nº 073/2016/GEFOR/SUINF.

28. Na 2ª Revisão Ordinária, foi aplicado um Fator D de 1,186039%, relativo ao descumprimento da 1ª meta anual da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço do PER do 2º ano de concessão, cf. MEMORANDO nº 269/2016/GEFOR/SUINF, de 28/07/2016.

29. Já na 3ª Revisão Ordinária, o Fator D foi de 6,32895%, relativo ao 3º ano-concessão, contemplou tanto o descumprimento do atendimento de Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção, quanto o descumprimento da 2ª meta anual da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção do Nível de Serviço do PER – cf. PARECER TÉCNICO nº 022/2018/GEFOR/SUINF, de 07/02/2018.

30. A Requerente traz à baila suposta contradição entre as disposições do contrato de concessão: de um lado, a subcláusula (xiii) do item 1.1.1 estabeleceria que o desconto de reequilíbrio seria aplicado tal como previsto no PER e no anexo 5, segundo os quais o prazo para a ampliação da capacidade só teria início a partir da data da expedição da licença de instalação e, de outro, a subcláusula 10.3.2, determinaria que, independentemente da licença de instalação, se imporia a aplicação automática do desconto de reequilíbrio na hipótese de desatendimento da meta anual de obras de ampliação de capacidade.

31. Pois bem, o desconto de reequilíbrio não se confunde com penalidade. A aplicação de penalidade constitui sanção decorrente de descumprimento de cláusula contratual imputável ao concessionário, ao passo em que o desconto de reequilíbrio trata-se de metodologia prevista contratualmente com o fim de manter o equilíbrio entre a prestação dos serviços e a contraprestação. Portanto, possuem natureza distintas. O desconto de reequilíbrio decorre de



fato não imputável ao concessionário, mas que precisa ser corrigido. Ora, a alínea “c” da subcláusula 10.3.2 do contrato de concessão consigna que, após o início da cobrança da tarifa de pedágio, o desatendimento da meta de duplicação de cada ano, decorrente da ausência de obtenção da licença de instalação, não acarretaria responsabilização da concessionária, mas não afasta a aplicação automática do desconto de reequilíbrio previsto na subcláusula 22.6, transcrita no item 16.

32. No mesmo sentido dispõe o inciso V da subcláusula 22.6.4 que a Concessionária declara ter pleno conhecimento de que, em caso de atraso na execução das obras de ampliação de capacidade decorrente de eventos que sejam comprovados e reconhecidos expressamente pela ANTT como risco do Poder Concedente, será aplicado o desconto de reequilíbrio, de forma imediata e automática pela Agência, considerando o caráter objetivo, mas não será aplicada penalidade.

### **III. DA ORDEM DO ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA E A INTERPRETAÇÃO EM CONFORMIDADE COM O CONTRATO DE CONCESSÃO/ NEGATIVA DE SUSPENSÃO DA REVISÃO TARIFÁRIA**

---

33.

34. Não iremos nos alongar em refutar as pesadas críticas feitas pela Requerente no item I.i à decisão do árbitro de emergência, apontando supostos “inúmeros desacertos” (item 13 das alegações iniciais). Como a própria Requerente afirma, as conclusões ali alcançadas obviamente não vinculam este Tribunal Arbitral.

35. Contudo, não se pode esquecer que tal procedimento foi conduzido e decidido por renomado e experimentado jurista, que tomou sua decisão após ouvir ambas as partes duas vezes, em que pese a urgência demandada pela própria Requerente. As petições produzidas pelas partes e a bem fundamentada decisão proferida, ainda que em sede cautelar, constam dos autos do presente procedimento arbitral, pelo que convidamos os ilustres árbitros a consultarem-nas como um dos elementos de formação sua convicção.

36. Para chegar a sua decisão, o árbitro de emergência analisou com profundidade o contrato de concessão e o Plano de Exploração da Rodovia – PER, necessários para a identificação do direito pleiteado para fins de conceder ou não a cautela.

37. Ao analisar sobre a verossimilhança das alegações, o árbitro de emergência, concluiu por existir direito à ANTT no caso presente a aplicação do desconto de reequilíbrio, senão vejamos:



*B.2.1 A análise sumária do Contrato sinaliza o direito da PARTE  
REQUERIDA à aplicação do Desconto de Reequilíbrio*

147. O desconto ou acréscimo de reequilíbrio, calculado pelo Fator D, é uma modalidade contratualmente acordada entre as PARTES para a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do Contrato. Trata-se de um redutor ou incrementador da Tarifa Básica de Pedágio em razão do não atendimento aos Parâmetros de Desempenho ou no caso de antecipação na entrega de obras, conforme previsto no Anexo 5 do Contrato.

148. Os Parâmetros de Desempenho – ou seja, os marcos contratuais que devem ser atingidos pela SOLICITANTE dentro de determinados prazos e padrões de qualidade – estão dispostos no PER.

149. O PER contempla os Parâmetros de desempenho das Frentes de Recuperação e Manutenção, Frente de Ampliação, Frente de Conservação e Frente de Serviços Operacionais. Para o caso presente, são relevantes os critérios relacionados ao atendimento dos Parâmetros de Desempenho relativos à Frente de Ampliação.

38. Para se compreender o parâmetro das obrigações assumidas e o momento de sua exigibilidade torna-se necessário fazer a distinção entre o cronograma planejado e o real, o que foi analisado pelo árbitro:

155. Assim, , segundo o Contrato, há indicativo da existência de dois cronogramas distintos: um cronograma ideal, considerando a obtenção da licença na data limite estipulada pela cláusula 10.3.2 (i) (a) do Contrato e os lapsos temporais estabelecidos no PER se computariam a partir de então ("Cronograma Planejado") e um cronograma real, atrelado à data em que efetivamente foi emitida a licença de instalação ("Cronograma Real").



39. O cronograma planejado é fixo, ao passo que o real é flexível, possuindo datas variáveis. Assim sendo, o cronograma real depende do momento da obtenção da licença de instalação. Dentro desses parâmetros é que surge a controvérsia, resolvida pelo árbitro, a saber:

160. Ou seja, na visão da SOLICITANTE, a PARTE REQUERIDA deveria aferir se na data-base de 30 de junho de cada um dos anos em comento houve a realização do investimento originalmente planejado para aquele ano. Porém, segundo a visão do Árbitro de Emergência, não lhe assiste razão, em sede de cognição sumária e exame perfunctório da pretensão contida na Solicitação.

161. O planejamento de investimentos do Contrato foi realizado com base no Cronograma Planejado. Significa que o desvio do Cronograma Planejado – seja com atraso ou com antecipação dos serviços nele previstos – representa um desequilíbrio econômico-financeiro no âmbito do Contrato, pois o investimento previsto não se concretizou no tempo originalmente estimado, o que é passível de recomposição por

meio da aplicação do desconto ou acréscimo de reequilíbrio. É para tal propósito que as Partes firmaram estipulações atinentes ao reequilíbrio financeiro do Contrato, segundo a interpretação do Árbitro de Emergência, tendo em consideração o quanto até aqui exposto.

162. Nesse racional, apesar de o Cronograma Real ter o condão de alterar a data de início e de término dos Anos 1 a 4, parece não afetar a data-base para apuração da concretização dos investimentos originalmente planejados, que se concretizará ao fim de cada um dos períodos conforme o Cronograma Planejado.

163. A alusão ao desvio no planejamento se vincula ao Cronograma Planejado e não ao Cronograma Real. Não é passível de acolhimento, mediante tal constatação preliminar, a tese da SOLICITANTE no contexto de seu pleito de urgência, de que não é possível desvencilhar o cronograma do avanço físico da obra do avanço financeiro para fins de reestabelecimento do equilíbrio contratual.



40. Com a diferenciação entre os tipos de cronograma, quando não ocorre o investimento no prazo do cronograma planejado, independentemente do motivo, é necessário trazer a remuneração da Requerente ao equilíbrio. É de se ter em referência que a concessionária se capitaliza por meio da tarifa de pedágio que financia o investimento a ser executado. Assim, quanto maior for o atraso mais capitalização a concessionária aufere. De modo que a correção desse desequilíbrio decorrente da não execução do investimento é necessária. Do contrário haverá enriquecimento sem causa em detrimento dos usuários da rodovia. Neste sentido o acórdão do TCU 238/2016, citado pelo árbitro:

*“Em essência, o desconto de reequilíbrio, também chamado de Fator D, traz a valor presente as obras e serviços previstos na concessão e estima o seu impacto no fluxo de caixa. Em decorrência, a não execução dessa obra ou serviço acarretaria a retirada, da tarifa, que corresponderia exatamente ao impacto de sua inexecução.” (sem ênfase no original)*

41. O desconto de reequilíbrio é aplicável inclusive quando houver eventual mora do órgão concedente, conforme previsão contida na cláusula 10.3.2, com a transcrição abaixo do trecho 167 da peça de ordem arbitral:

*“(c) Após o início da cobrança da Tarifa de Pedágio, o desatendimento da meta de duplicação de cada ano prevista no item 3.2.1.I. do PER, por força da ausência de obtenção da licença de instalação, não acarretará responsabilização da Concessionária, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mediante aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio previsto na subcláusula 22.6 deste Contrato.” (sem ênfase no original)*

#### **IV. DA NÃO-APLICAÇÃO PROPORCIONAL DO DESCONTO DE REEQUILÍBRIO NO TEMPO**

---

42. O Contrato de Concessão nº 001/2013 não prevê a possibilidade de recebimento parcial de metas de ampliação de capacidade e demais obrigações e, conseqüentemente, a aplicação



do fator D de forma proporcional aos investimentos realizados. O contrato prevê que seja verificado se a obra foi entregue ou não ao usuário, senão vejamos:

#### “ANEXO 5

##### DESCONTO DE REEQUILÍBRIO E ACRÉSCIMO DE REEQUILÍBRIO – METODOLOGIA DE CÁLCULO DO FATOR D

1.2. **O DESCONTO E O ACRÉSCIMO DE REEQUILÍBRIO SERÃO SUPORTADOS NA FORMA DO PRESENTE ANEXO, EXTRAINDO-SE A PARTIR DE SEU CÁLCULO O FATOR D INCIDENTE SOBRE O VALOR DA TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO, NA FORMA PREVISTA NO CONTRATO.**

(...)

2.3 A AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO SERÁ REALIZADA EM PERIODICIDADE ANUAL E TERÁ POR OBJETIVO IDENTIFICAR A INEXECUÇÃO DOS PARÂMETROS DE DESEMPENHO DA FRENTE DE RECUPERAÇÃO E MANUTENÇÃO E DAS OBRAS E SERVIÇOS DA FRENTE DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE E MELHORIAS E MANUTENÇÃO DE NÍVEL DE SERVIÇO, DE ACORDO COM OS PARÂMETROS TÉCNICOS E OS PARÂMETROS DE DESEMPENHO. **ESSA IDENTIFICAÇÃO SERÁ FEITA POR MEIO DA CONSTATAÇÃO DO NÃO CUMPRIMENTO DE CADA UMA DAS REFERIDAS ATIVIDADES EM CADA SUBTRECHO DO SISTEMA RODOVIÁRIO E PARA CADA ANO DO PRAZO DE CONCESSÃO**, OBSERVANDO-SE QUE:

- **CASO SE VERIFIQUE O NÃO ATENDIMENTO PARCIAL** DOS ESCOPOS, PARÂMETROS DE DESEMPENHO OU PARÂMETROS TÉCNICOS, OU SEU ATENDIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM AS ESPECIFICAÇÕES ESTABELECIDAS NO CONTRATO E NO PER, **A RESPECTIVA ATIVIDADE SERÁ CONSIDERADA NÃO CUMPRIDA;**”.

43. Em avaliação técnica, o resultado da aplicação do Fator D não constitui um prejuízo para a concessionária. Este fator propicia um ajuste no fluxo de caixa da empresa em razão da não execução de determinados investimentos. Em outras palavras, **a concessionária arrecadou uma receita de pedágio que considerava a execução de determinados investimentos, como estes investimentos não foram realizados, ela precisa devolver esta parcela ao usuário**, o que ocorre via Fator D.

44. Tal qual disposto na NOTA nº 04155/2016/PF-ANTT/PFANTT/PGF/AGU, PARECER nº 02425/2016/PF-ANTT/PGF/AGU e PARECER nº 02045/2017/PF-ANTT/PGF/AGU, para aplicabilidade do Fator D, deve ser tomado como marco inicial da contagem do prazo, para apuração do descumprimento das metas anuais de ampliação de capacidade da rodovia, a data



de assunção do trecho rodoviário, independentemente da obtenção da Licença de Instalação, conforme subcláusula 10.3.2 (i) c) do contrato, transcrita a seguir:

“10.3.2 A LICENÇA DE INSTALAÇÃO PREVISTA NA SUBCLÁUSULA 5.2.1 SERÁ DISPONIBILIZADA À 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 SEGUINTE CONDICOES.

(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 DA ASSUNÇÃO.

(...)

(c) APÓS O INÍCIO DA COBRANÇA DA TARIFA DE PEDÁGIO, O DESATENDIMENTO DA META DE DUPLICAÇÃO DE CADA ANO PREVISTA NO ITEM 3.2.1.1 DO PER, POR FORÇA DA AUSÊNCIA DE OBTENÇÃO DA LICENÇA DE INSTALAÇÃO, **NÃO ACARRETA RESPONSABILIZAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA, SEM PREJUÍZO DA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO MEDIANTE APLICAÇÃO AUTOMÁTICA DO DESCONTO DE REEQUILÍBRIO PREVISTO NA SUBCLÁUSULA 22.6. DESTE CONTRATO.**

45. Segundo interpretação conferida nos citados pareceres jurídicos, o desconto de reequilíbrio não se confunde com penalidade: possuem natureza distinta, e o desconto de reequilíbrio deve ser aplicado ainda quando o descumprimento de metas decorre de medidas que fujam da responsabilidade da concessionária. Ou seja, por força do disposto na cláusula 10.3.2 c), o atraso nas licenças, ainda que não imputável ao concessionário, **por gerar também um atraso na programação de obras, implica automaticamente na incidência do desconto de reequilíbrio.**

46. Convém observar que não existe a possibilidade de recebimento parcial da meta de ampliação de capacidade, por exemplo 98% da obra executada. Para ser recebida, conforme as cláusulas contratuais, a obra deve estar 100% concluída no prazo, somente neste caso não se aplicará o desconto de reequilíbrio, caso contrário o desconto é aplicado de forma integral.

47. Diante do exposto, nos casos em que houve atraso na execução das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível de Serviço decorrente de eventos que foram reconhecidos pela ANTT como de responsabilidade do Poder Concedente – como no





caso das Licenças de Instalação -, foi aplicado o Desconto de Reequilíbrio, mas não foi aplicada a penalidade de advertência, multa ou qualquer outra espécie.

## **V. DOS SUPOSTOS VÍCIOS OCULTOS CONSTATADOS PELA CONCESSIONÁRIA**

---

48. A Requerente sustenta que identificou vícios que considera ocultos em duas obras de arte especiais (OAEs) das pontes sobre os rios Tijuco e Pirapetininga, , a partir do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens (RTE-4), de **08/01/2014**, depois da celebração do contrato de concessão.

49. Considerando que esses vícios foram alegados abstratamente sem que deles se extraia pedido correspondente do rol dos pedidos elencados nas alegações iniciais, seja tanto a possível recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja quanto a outra obrigação de fazer ou pagar; segundo uma leitura subsidiária do Código de processo Civil seria causa de indeferimento da petição inicial ante ao não atendimento do requisito básico de que os pedidos sejam certos (sem comportar exceções) —; trazido para o caso concreto, esse tópico foi tratado no processo administrativo nº 50500.504059/2017-66, cujos argumentos autorais foram rejeitados, sem modulação de efeitos.

50. Não obstante, cabe registrar que nesse mesmo processo administrativo consta que a Requerente afirmou ter realizado uma inspeção nas pontes em dezembro de 2016, isso quer dizer, mais de 2 anos depois da assunção da concessão:

Tempos depois, em dezembro de 2016, a MGO realizou uma inspeção extraordinária nas pontes sobre os rios Tijuco (Km 133+250-MG) e Pirapetinga (Km 135+150-MG), oportunidade em que foram constatadas graves patologias estruturais nessas pontes, as quais decorrem em grande parte de falhas significativas na concepção da armação das lajes dessas Obras de Arte Especiais – OAEs (doc. 2).

51. Em que pese a malograda estratégia da Requerente na retomada desse tópico, desde a assinatura do contrato de concessão (05/12/2013), a concessionária assumiu os riscos pela



assunção das rodovias federais como pode ser conferido na simples leitura do item 4.2.3 do contrato:

#### **“4.2 ASSUNÇÃO DO SISTEMA RODOVIÁRIO**

##### **4.2.3 A CONCESSIONÁRIA DECLARA QUE TEM CONHECIMENTO DA NATUREZA E DAS CONDIÇÕES DOS BENS DE CONCESSÃO QUE LHE SERÃO TRANSFERIDOS PELA UNIÃO NA DATA DA ASSUNÇÃO.**

52. Ademais, se considerarmos que as aludidas pontes têm natureza de bens imóveis, a Requerente, a partir da imposição do artigo 455 do Código Civil teria, finalmente, 180 (cento e oitenta) dias para reclamar tais vícios. Entretanto, a vistoria ocorreria apenas em dezembro/2016, quando muito, realçada naquele protocolo de abertura do processo administrativo (20/09/2017). Nessa toada, transcorrido o prazo sem impugnação, **o direito de reclamá-los decaiu.**

53. Diante de tão clara disposição contratual, qualquer entendimento no sentido de que o estado das OAE não foi levado em consideração na elaboração da proposta só pode ser imputado à própria licitante, e a assunção de tal prejuízo pelo erário, além de ser contrário ao interesse público, violaria inclusive o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, já que essa mesma circunstância poderia levar um licitante mais conservador a precificar esses custos na proposta ou mesmo desistir de participar.

54. Quanto a esse ponto destacamos ainda que, inobstante sua insurgência quanto a negativa da ANTT em promover o reequilíbrio econômico-financeiro, a Requerente não formula, no presente procedimento arbitral, qualquer pedido de reequilíbrio econômico financeiro decorrente das reparações necessárias à correção dos alegados vícios ocultos. Para constatar a ausência de qualquer pedido indenizatório, basta verificar do rol de pedidos, item VIII das alegações iniciais. Também ao longo de sua extensa fundamentação, não há nada que possa ser interpretado como um pedido delimitado. Deste modo não passam de meras alegações sem repercussão e, portanto, não há razão de sua apreciação por essa Corte. Nesse sentido:

EXECUÇÃO. SENTENÇA ARBITRAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA INSERIDA EM CONTRATO DE ADESÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE. VEDAÇÃO DO CDC. JUÍZO ARBITRAL. SENTENÇA INVÁLIDA. PROCEDIMENTO QUE INFRINGIU DISPOSITIVOS LEGAIS. **AUSÊNCIA DE**



**ESCORREITO PEDIDO.** AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. SENTENÇA EXTRA PETITA. INVALIDIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS. EXECUÇÃO EXTINTA. PROCEDÊNCIA.

1. Inserção de cláusula compromissória em contrato de consumo. Ajuste de adesão. Impossibilidade. CDC. Ausência de voluntariedade na inserção de referida cláusula. Não consta tenha tido o embargante a oportunidade de propor, analisar, discutir, negociar e decidir voluntariamente acerca das cláusulas contratuais.

2. A celebração de contrato de adesão exclui a espontaneidade que deve carregar a cláusula compromissória em contrato de consumo. Ausência de liberdade absoluta do contratante no ajuste quanto à referida condição. Cláusula afastada. Ofensa direta à Lei nº 8.078/90.3. Juízo arbitral. Procedimento. Invalidade. Ausência de pedido. Pedido da apelada para que o apelante fosse notificado em relação à mora no contrato. **Não consta petição com pedidos condenatório ou declaratório.** Ajuste desfeito pela sentença arbitral. Ausência de pedido. Sentença *extra petita*. Caracterização.

4. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Procedimento informal que não prescinde de tais garantias. Determinação da Lei nº 9.307/96. O embargante não teve oportunidade de apresentar defesa e de pedir provas. Sentença nula.

5. Procedimento arbitral. Nulidade. Decreto. Execução extinta. Recurso provido.

## **VI. DA INCONSISTENTE EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO/RESSARCIMENTO DE CUSTAS ADIANTADAS PELA CONCESSIONÁRIA NA ARBITRAGEM**

---

55. A arbitragem foi iniciada pela Requerente, pessoa jurídica de direito privado com autonomia financeira e gerencial dos seus atos, cuja natureza se diferencia sobremaneira da Agência, autarquia federal sujeita a trâmites burocráticos, limitações orçamentárias e estrito cumprimento dos princípios constitucionais que regem os atos decisórios da Administração Pública, além de constante fiscalização perpetrada pelo Tribunal de Contas. Acerca do aspecto de fazer o adversário antecipar tais custas e despesas, Carmona<sup>1</sup> apresenta interpretação condizente com o caso em questão, devendo dita situação estar definida em contrato. Uma

---

<sup>1</sup>A forma mais adequada de equilibrar a questão será estabelecer que caberá à parte privada antecipar as custas do órgão arbitral (ou os custos em que incorrer o painel na arbitragem ad hoc) desde que seja ela a iniciar o procedimento arbitral, devendo os julgadores, ao final, atribuir à parte vencida os ônus sucumbenciais. In: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e administração pública** – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. Revista Brasileira de Arbitragem. 51. Ano XIII, jul./ago./set. 2016, p. 15. (Grifado)



observação que parece útil fazer referência encontra-se no item 37.1.10 do contrato em obediência a tradicional regra *costs follow the event*<sup>2</sup>:

**“37.1 ARBITRAGEM:**

**37.1.10 A PARTE VENCIDA NO PROCEDIMENTO DE ARBITRAGEM ARACARÁ COM TODAS AS CUSTAS DO PROCEDIMENTO, INCLUINDO OS HONORÁRIOS DOS ÁRBITROS”.**

56. Embora não conste expressamente quem responderá pelo adiantamento ou custeio da arbitragem, ainda que nada seja convencionado entre as partes, prospera o entendimento quanto aos casos em que a Administração Pública figure no polo passivo do conflito, sendo tamanha incumbência suportada pelo contratado, ou seja, aqui a concessionária<sup>3</sup>, consoante PARECER 00642/2018/PF-ANTT/PGF/AGU, de conhecimento do tribunal, que gerou a solicitação de pagamento à Requerente, cf. mensagem datada de 13/09/2018. Portanto, não se sustenta qualquer pedido da Requerente quanto a prestação de caução ou ressarcimento por parte da Agência.

57. Ademais, a única consequência admitida pelo regulamento para a não antecipação de custas é a extinção do procedimento arbitral, sendo incabível a pretensão de que um órgão público seja coagido antecipar custas, ainda que por meio de caução, em violação a regras orçamentárias.

## **VII. DA MULTA À CONCESSIONÁRIA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**

---

58. Como salientam Fichtner, Manheimer e Monteiro<sup>4</sup>, no que tange às regras do jogo, pode-se dizer que não são as condutas puramente procrastinatórias que importam em violação

---

<sup>2</sup>ICC Commission Report. Decisions on Costs in International Arbitration. ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2, p. 5: “It became apparent in the preparation of this Report that arbitrators’ approaches to the allocation of costs are often influenced and informed by practice in the courts and/or under the laws of the countries of origin of the parties and the arbitrators or of the place of arbitration. That practice reveals two basic approaches: **either the loser pays the successful party’s costs (sometimes called ‘costs follow the event’)**; or each party pays its own costs regardless of the outcome. These approaches are understood and applied differently in different countries”. Texto grifado e disponível em: < <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>>.

<sup>3</sup>Cabe invocar o art. 3º, VII, do Decreto Presidencial nº 8.465/15, op. cit., onde preconiza tal solução, afirmando que “**as despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral**, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento”. (Grifado)

<sup>4</sup>FICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Novos temas de arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 272.



ao princípio da lealdade processual. Os pedidos infundados, também representam violação ao princípio da lealdade processual. E não é só. Na mesma obra destacam-se as contribuições da doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>5</sup>, acerca do desrespeito ao dever de lealdade processual traduz-se em ilícito processual (compreendendo o dolo e a fraude processuais), ao qual correspondem sanções processuais. Arruda Alvim<sup>6</sup> sintetiza o princípio ao lecionar que objetiva-se coibir a deslealdade e a má-fé dentro do processo, bem como evitar pretensões sem fundamento, requerimento de provas e diligências inúteis ou desnecessárias.

59. A questão, contudo, aponta para os indícios constantes nas alegações iniciais, a exemplo de infundada reclamação dos vícios ocultos, sendo certo que este ponto se encontra superado; assim como o pedido indenizatório sem observar que a remuneração da concessionária se dá por meio da tarifa de pedágio, o que, *per se*, causa estranheza como se a Requerente não soubesse o formato do Edital ao qual participou. Por tudo isso é que se exige atenção redobrada quanto a materialidade da litigância de má-fé no induzimento ao erro dos julgadores deste processo, conquanto a Requerente não se beneficie de mínima razão.

60. Nesse sentido, cite-se a lição de Carmona<sup>7</sup> de que pode a parte comportar-se durante o processo arbitral de modo inconveniente, servindo de parâmetro para medir atitudes inadequadas aquelas descritas no art. 17 do Código de processo Civil. O dispositivo processual, porém, serve de mera referência, cabendo ao árbitro, no caso concreto, verificar se houve ou não atitude maliciosa da parte. Defendendo, ainda, que “tal penalidade – que comporta aplicação oficiosa, independentemente de haver pedido de parte ou autorização na convenção arbitral – atinge tanto o abuso do direito de demandar como o comportamento escuso durante o processo”. O autor, como se vê, admite a aplicação de ofício pelo árbitro das penas de litigância de má-fé. Entendimento igualmente corroborado por Martins<sup>8</sup>.

61. Por derradeiro, a fixação de eventual multa por litigância de má-fé, diante da ausência de regra específica na lei de arbitragem brasileira, faz incidir o comando geral do art. 27 desse

---

<sup>5</sup>CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78.

<sup>6</sup>ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. v.1. São Paulo: RT, 2005, p. 38.

<sup>7</sup>Idem. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009a, p. 375.

<sup>8</sup>Segundo Martins (2008, p. 292), “Constatada pelo tribunal arbitral a prática processual de má-fé, a imposição da penalidade não fica sujeita ao pedido a outra parte, pois a punição diz com o andamento do processo e ao exercício jurisdicional e, assim, pode e deve ser aplicada de ofício”. In: MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense.



mesmo diploma legal, o qual delega aos árbitros o poder de impor tal sanção com discricionariedade no caso concreto.

## **VIII. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

---

62. A ANTT propõe 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.

63. Ainda que a lei brasileira de arbitragem e o regulamento da CCI não tragam qualquer norma neste sentido, nos manifestamos desde já contra a eventual utilização do procedimento de cada parte revelar quando gastou com a contratação de advogados para defesa no procedimento arbitral, para que a partir daí seja calculada a verba de sucumbência.

64. Isto porque, enquanto entidade representada pela Advocacia-Geral da União por força de lei, a ANTT informa desde já que não disporá de uma delimitação de custos do seu gasto com representação jurídica, em que pese tais custos serem expressivos. Contudo, por uma questão de isonomia, não é viável que uma parte receba pagamento em caso de sucumbência, e a outra, não.

65. Desde modo, entendemos que, se o Tribunal Arbitral vislumbrar a possibilidade de condenação da parte vencida em honorários advocatícios sucumbenciais, a forma de cálculo de tal verba não pode envolver apresentação de comprovantes de despesas realizadas, devendo ser estabelecida de forma antecipada com um critério objetivo, v.g., um percentual do valor em disputa, um valor previamente arbitrado etc. Neste sentido, propomos a aplicação, por analogia, dos critérios constantes do artigo 85 do Código de Processo Civil brasileiro, em especial seu parágrafo 3º, que traz regras específicas para causas que envolvem a administração pública.

## **IX. DOS PEDIDOS**

---

66. Diante do exposto, requer-se ao Tribunal Arbitral que julgue **improcedentes** os pedidos contidos nas alegações iniciais, nos seguintes termos:



(i) seja reconhecida a legalidade da atuação da ANTT ao aplicar, no caso concreto, o Fator D, como ajuste de fluxo do caixa da concessionária, e não a título de penalidade, consoante tradução descrita nas cláusulas próprias do PER, as quais foram aderidas voluntariamente pelas partes em sua integralidade;

(ii) seja reconhecida a legalidade da não aplicação proporcional do desconto de reequilíbrio, ante a ausência de previsão contratual que estipule tal hipótese desde o início da concessão;

(iii) não seja conhecida a questão dos supostos vícios ocultos por ausência de pedido neste sentido, ou subsidiariamente que seja declarada sua inexistência, ou subsidiariamente que seja reconhecida sua decadência por comprovada inércia da Requerente;

(iv) seja reconhecida prejudicada e/ou insubsistente a exigência de caução e/ou ressarcimento de custas porventura adiantadas pela Requerente, em estrito respeito aos limites efetivamente avençados no contrato, atribuído apenas a responsabilidade ao vencido;

(v) seja instituída a multa por litigância de má-fé a critério e porcentagem fixada pelos doutos árbitros, como medida pedagógico-punitiva, para o fim de coibir a instauração de procedimento arbitral sem justa motivação e comprovado prejuízo, ou iminência de irreparável dano ou, quando muito, o desfazimento da assunção da concessão por força maior;



(vi) seja a Requerente condenada nos ônus de sucumbência (custas e despesas da arbitragem, além dos honorários advocatícios);

67. Conclui-se que os argumentos espostos nesta resposta são suficientes para dirimir quaisquer dúvidas sobre o caso concreto, contudo, ainda que a Agência esteja convicta da TOTAL improcedência dos pedidos enumerados nas alegações iniciais, curva-se ao princípio da paridade de armas, apresentando nesta oportunidade os documentos que entende ideais para fins de prova, resguardando-se no igual direito de complementá-las, além de perícia aplicável, quando necessária, entre outras; ou, ainda, subsidiadas por inclusive fato novo, cujas especificações serão feitas no momento adequado e dirigidas ao Tribunal no decorrer do processo como fomento à busca pela verdade real.

Brasília, 08 de outubro de 2018

Emanoel Gonçalves de Carvalho  
Procurador Federal

Artur Watt Neto  
Procurador Federal

EMANOEL  
GONCALVES DE  
CARVALHO:39967298  
553

Assinado de forma digital por  
EMANOEL GONCALVES DE  
CARVALHO:39967298553  
Dados: 2018.10.08 12:45:11  
-03'00'

ARTUR WATT  
NETO:813131  
60504

Assinado de forma  
digital por ARTUR WATT  
NETO:81313160504  
Dados: 2018.10.08  
12:56:07 -03'00'





### **ROL DE DOCUMENTOS**

- RDA - 01** Contrato de Concessão Edital nº 001/2013
- RDA – 02** Primeiro Termo Aditivo Contratual
- RDA – 03** Programa de Exploração da Rodovia (PER)
- RDA – 04** Anexo 5 do Contrato de Concessão - Fator D
- RDA – 05** Mapa de abrangência do Termo de Compromisso
- RDA - 06** Termo de Compromisso para Licenciamento Ambiental
- RDA – 07** Memorando nº 073/2016/GEFOR/SUINF
- RDA – 08** Memorando nº 269/2016/GEFOR/SUINF
- RDA – 09** Parecer Técnico nº 022/2018/GEFOR/SUINF
- RDA – 10** Decisão do Árbitro de Emergência – Aplicação do Desconto de Reequilíbrio
- RDA – 11** Nota nº 04155/2016/PF-ANTT/PGF/AGU
- RDA – 12** Parecer nº 02425/2016/PF-ANTT/PGF/AGU
- RDA - 13** Parecer nº 02045/2017/PF-ANTT/PGF/AGU
- RDA – 14** Parecer nº 00642/2018/PF-ANTT/PGF/AGU
- RDA – 15** Processo Administrativo nº 50500.504059/2017-66 – Supostos Vícios Ocultos