

[REDACTED]

Procedimento Arbitral nº 23238/2018/GSS

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

Requerida: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT

A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, Requerida no procedimento arbitral em epígrafe, por meio de seu Procurador Federal infra-assinado, atendendo à Ordem Processual nº 4, vem dizer que revisou a transcrição da ata para **confirmar** os termos constantes da Exposição oral da Requerida (linhas 547 a 1041), além de outras intervenções feitas durante a dinâmica de reposta a perguntas do Tribunal e esclarecimentos adicionais (linhas individuais ou em blocos 1059/1064; 1070/1101; 1104/1115; 1177/1224; 1238/1239; 1244/1292; 1304/1305; 1307/1315; 1412/1422; 1444/1464; 1538/1543; 1596/1598; 1646/1661; 1672/1673; 1715; 1741/1742; 1744/1745; 1748; 1766; 1781; 1811/1820; 1824/1825; 1828/1831; 1833/1839; 1851/1869; 1874/1880; 1893/1897), que rebatem os argumentos estruturados pela Concessionária MGO.

Tudo posto, a Requerida, consubstanciada pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas, apresenta requerimento de atualização de contato de seus representantes e a versão consolidada conforme determinado no item 5, parte final, da mencionada Ordem.

I - ATUALIZAÇÃO DE CONTATOS

1. Com o objetivo de unificar a representação e diminuir eventuais assimetrias nas notificações ou comunicações expedidas pela Secretaria, Tribunal ou Parte adversária, pede-se desde já a **exclusão** dos seguintes endereços eletrônicos: paulo.ramalho@antt.gov.br; milton.gomes@antt.gov.br; milton.gomes@agu.gov.br; marcio.galindo@antt.gov.br, que serão **substituídos** exclusivamente por:

[REDACTED]

2. O fundamento para o pedido está sedimentado no artigo 3º (2) do Regulamento ICC (2017), para fins de validação desta manifestação no cumprimento dos prazos especificados pelo i. Tribunal Arbitral.

II - TERMO CONSOLIDADO PELA REQUERIDA

3. Trata-se o bojo da arbitragem sobre um Contrato de Concessão assinado voluntariamente “pela ANTT e também pela Requerente, pela MGO com total assessoria jurídica” (linhas 563/564) que terá sua melhor interpretação lastreada no *princípio de deferência administrativa*, princípio reconhecido no Supremo Tribunal Federal a partir de julgados precedentes e a própria doutrina apontando em relação à “deferência que o Poder Judiciário deve dar às decisões administrativas e, especialmente, das agências reguladoras quando no âmbito a sua *expertise* técnica” (linhas 587/589), assim como “diz que o Judiciário deve prestar deferência à interpretação

administrativa razoável” (linhas 590/591), e não apenas por meio do uso de princípios jurídicos vagos invocados pela Concessionária, s.m.j.

4. Esse contexto toma relevância considerando que neste procedimento a MGO pretende flexibilizar as decisões proferidas no processo administrativo que afastou a proposta de reequilíbrio econômico-financeiro, entre outros aspectos interligados, “onde se desenvolveu, onde houve o contraditório externo com a Requerente e também o contraditório interno, ou seja, houve discussões com a total transparência entre servidores, procuradores atuantes na ANTT para chegar ao posicionamento da ANTT que está agora sob avaliação dos ilustres Árbitros” (linhas 595/599).

5. Nessa oportunidade, vale citar inclusive trecho de artigo do professor Floriano: “Administração pública interpreta e essa interpretação tem preferência, a interpretação judicial ainda em comparação com a Justiça com o Poder Judiciário em razão da especialização das funções e da regra de competência” (linhas 600/603), porque a Administração Pública dispõe de “verdadeira prerrogativa de avaliação” (linha 607).

6. O caso aqui merece sua particular atenção, pois eventual postura não deferencial dos atos [administrativos] poderia ser um estímulo à inauguração de novas Arbitragens, principalmente, se (...) se afastar a literalidade do contrato assinado entre as Partes (...) seria a reação por parte de eventos públicos, (...) com a retirada ou diminuição de escopo de cláusula arbitrais” (linhas 610/614 e 617, com acréscimos).

7. Esse comportamento deferencial que se espera “ao ato administrativo fundamentado e oriundo do devido processo legal, ele deve se aplicar no mínimo igualmente entre o Poder Judiciário e um Procedimento Arbitral” (linhas 619/621), e deve ser observado como introdução ao estudo de aplicação do chamado Fator D, como “mecanismo contratual de reequilíbrio econômico-financeiro” (linha 626), que será detalhado mais adiante, mas que se pauta nas regras previstas contratualmente de “desincentivar o atraso” (linha 636) quanto a realização das obras de ampliação e manutenção de uma rodovia federal concedida à MGO, ou ainda, na falta do cumprimento destas obrigações, será automaticamente aplicado o desconto da tarifa de pedágio.

8. O fundamento do desconto citado na apresentação da ANTT constante da linha 674 da Ata, encontra-se fielmente definido no Contrato de Concessão, sob o qual não há como acatar os argumentos da Concessionária, em razão de a todo tempo, ser conhecedora da matriz de riscos e mecanismos de adequação da tarifa nas hipóteses de não atendimento do Contrato. Veja-se:

22.6 Desconto e Acréscimo de Reequilíbrio

22.6.4: A Concessionária declara ter pleno conhecimento e reconhece que:

(v) em caso de atraso na execução das obras e serviços da **Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível dos Serviços** decorre 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.

9. Atraindo os olhares para noção de risco, é preciso dizer o risco não deve ser entendido como “algo nocivo, como algo que vai dar prejuízo (...) a definição mesmo de risco em mercado financeiro, o risco é uma possibilidade de variação, é uma variância, o risco pode ser benéfico” (linhas 691/694).

10. Tanto assim, que, até mesmo nos atrasos de licenciamento ambiental, “existe um grande benefício para o Concessionário (...) porque ele posterga as obras que ele tem que fazer pelo o tempo que durou aquele atraso, **só que não existe a contrapartida da perda de receita** naturalmente, porque a receita a **cobrança de pedágio**, as cancelas do pedágio ela estão funcionando a pleno vapor e **está sendo arrecadado dinheiro, está entrando no caixa da Concessionária**” (linhas 702/706, com grifos da Agência). Logo, como já se viu, o Contrato de Concessão não reflete a imagem negativa proposta pela MGO, ao contrário, demonstra claramente que a aplicação do Fator D busca compensar os usuários da rodovia a pagarem o pedágio mais justo, sem custear um valor cheio

frente a inexecuções de obras de duplicação das vias de acesso, aumento de instrumentos de segurança, por exemplo, que são de responsabilidade da Concessionária. Da mesma forma em que a MGO não propôs a “abrir as cancelas do pedágio e nem (...) a devolver esses valores” (linha 714), enquanto o faturamento, em sua visão, deverá prevalecer intacto em detrimento do bem comum — com a devida vênia, essa não parece ser a postura mais nobre e que deriva da eficiência do serviço público concedido.

11. Afinal, na medida em que a ANTT regula os valores de pedágio (a menor, diante do inadimplemento por parte da Concessionária ou, a maior, quando atingidas todas as etapas do Programa de Exploração de Rodovia – PER), não são abusivos, mas a partir “do momento em que (...) tem a cobrança do pedágio, por um tempo e que não há essa contrapartida da obra naquele momento e considerando, novamente, o valor do dinheiro no tempo, existiria sim uma locupletação¹ e (...) dá margem para quem critica os pedágios, como os mecanismos de enriquecimento de empreiteiras e de concessionárias e etc.” (linhas 721/726)², e por isso “tem que ter um grande equilíbrio entre que o consumidor, o usuário paga e que é retornado em termos de serviços tempestivamente³, porque uma grande forma de locupletar não é só cobrar mais do que deve”, mas “cobrar em um espaço de tempo antecipado e quando (...) vê que essa questão está no início da concessão, isso também tem consequências por todo o período do contrato se (...) pensar no **equilíbrio mais justo**”^{4,5,6,7} (linhas 729/733, com grifos da Agência).

12. É certo dizer que o objetivo da concessão de serviço público é “atingir o usuário; é que o usuário tenha um serviço de qualidade” (linhas 992/993). Tanto dessa forma, que a concepção do Fator D tem como ideia que “o usuário saiba que se uma utilidade seja uma obra de arte especial, seja duplicação, se ela foi finalizada e foi entregue para o usuário, aquilo vai estar contabilizado na tarifa; se ela não foi finalizada, aquilo vai estar fora da tarifa (...) uma tarifa mais baixa” (linhas 998/1001).

13. Como corolário, o Contrato de Concessão segue obrigatoriamente outro princípio do direito, o *princípio da vinculação do edital*, “como esse contrato foi oferecido da mesma forma para qualquer licitante” (linhas 745/746), em respeito à isonomia e ao igualmente princípio da licitação, “que o contrato seja executado como ele está escrito” (Linha 751). Nada mais. O que soa, para surpresa de todos nesta arbitragem, e nas interpretações ‘criativas’ da MGO, fora do eixo.

14. Guardada a opinião de cada Parte, aceitar o raciocínio pragmático da Concessionária inibiria qualquer segurança jurídica em prol da sociedade, do interesse coletivo; se atribuída a máxima flexibilização das responsabilidades em total descompasso com as cláusulas pactuadas.

¹A justificativa se interliga com as respostas marcadas nas linhas 1097/1101, tendo como principais anotações: ‘[o] ganho de ficar dois anos recebendo pedágio (...) quanto é a receita anula de uma concessão dessa – 300 milhões, (...) com juros sobre juros ao logo todo, talvez o lucro dela, mesmo que aplique o Fato D pelos outros 28 anos de contrato que ela lucrou nesse começo, está mais que pago e satisfeito’.

²Destacam-se as demais referências posteriores nas linhas 1061; 1071; 1079; 1081/1082, sobre ‘evitar o desequilíbrio’, ‘o valor do dinheiro no tempo’, ‘o Fator D tenta justamente equilibrar isso’, ‘A hipótese de (...) não cobrar Fator D nenhum, ele ia receber dois anos de pedágio sem fazer (...) ele teria um ganho fantástico’.

³Complementa essa lógica a exposição contida nas linhas 1106/1108: [se] é verdade que a incidência do Fator D traz um redutor tarifário e reduz a receita da concessionária, também é verdade que ela passa dois anos sem precisar desembolsar’.

⁴Os esclarecimentos podem ser identificados nas linhas 1179; 1187/1190: ‘o Fator D (...) é calculado para ser neutro (...) previsto no edital dessa forma e oferecido de forma isonômica a todos os potenciais licitantes. Então cabe a eles fazer o cálculo e ver se aquilo ali é interessante’ para ‘fazer uma proposta inicial de pedágio’.

⁵Nesse sentido, reforça o entendimento defendido pela ANTT nas linhas 1266/1268, onde: ‘[n]ão pode ter uma concessão que a tarifa aumenta ou diminui violentamente, a sociedade nunca vai entender isso’, somado ao de que ‘o Fator D (...) busca retirar o incentivo para o descumprimento’ (linhas 1282/1283). ‘Se o Fator D está aumentando ano a ano é porque esses atrasos estão se acumulando e aumentando’ (linhas 1287/1288).

⁶Ainda acerca do Fator D, vale tecer os necessários comentários de que ‘é um desconto que vai valer para o ano seguinte em relação ao que foi entregue e não foi cumprido’ (linhas 1307/1310), conforme ‘informação técnica’ (linha 1310), constatadas ‘quando ocorrer atraso pelas cláusulas que são da matriz de risco da recorrente, haverá aplicação do Fator D, mas não da multa’ (linhas 1417/1418).

⁷Uma maneira de limitar reajustes fracionados no ano da tarifa de pedágio é deixar de acatar a intenção proporcional no tempo, tendo como modelagem no Contrato de Concessão assinado pelas Partes ‘que os reajustes vão ser anuais’ (cf. linhas 1458/1459).

15. Esclareça-se, mais uma vez, que os termos da concessão foram estipulados no edital sob o crivo da população, dos licitantes no mesmo grau de condições/competitividade e, ainda, qualquer desdobramento equivocado seria alvo de fiscalização e recomendações de órgão externo de controle, diga-se, pelo Tribunal de Contas da União, o que não aconteceu por razões óbvias de licitude do processo.

16. Ademais, o exato entendimento do que é justo foi propagado pela própria Concessionária, ao reconhecer as indenizações dadas na conclusão da segunda e terceira revisões ordinárias, “mas isso não evita que (...) aplique o (...) Fator D justamente para fazer esse reequilíbrio automático e sem culpa prevista no contrato” (linhas 776/777). Nas palavras da Concessionária:

(...) passada a fase dos trâmites administrativos, a ANTT reconheceu que estava a MGO estava mobilizada para fazer as obras lá em janeiro de 2015 e **fez um reequilíbrio econômico financeiro em decorrência da desmobilização** porque, efetivamente, não ia ficar lá, mas com máquinas, pessoal, etc. (linhas 215/219, com grifos da Agência)

17. Tais pontos foram analisados na sentença proferida pelo douto árbitro de emergência, ao passo que nesta etapa processual convém trazer a lume que embora a MGO teria tido atraso nas obras “também não foi feito todo o desembolso” (linha 807), sendo possível perceber que inexistem elementos comprobatórios de vitimização da Concessionária.

18. Quanto às obras de arte especiais, a ANTT entende pela ausência de vícios ocultos, não de que haja necessidade de obras e reformas na rodovia, especialmente nas obras apontadas pela MGO, pois despidendo de perícia⁸. Além de tudo, “houve incidência do prazo decadencial do artigo 445 do Código Civil para uma alegação de vício oculto”⁹ (linha 847).

19. Com efeito, “[a]o receber a concessão ou antes, ainda no procedimento licitatório, existe prazo para realização de vistoria e avaliações que forem necessárias, conforme a diligência do concessionário (...) existe um prazo lá no edital para vistoria e aí é mais amplo que isso porque essas obras não têm acesso fechado, elas estão lá pelo Brasil (...) tudo público” (linhas 857/865).

20. De outro lado, o “termo de arrolamento que a Concessionária tanto cita, em uma situação extrema se houvesse uma coisa tão deteriorada a ponto de que aquilo ali não poderia ser assumido, (...) pode, inclusive, deixar de assumir no termo de arrolamento não incorporar aquilo ali à concessão e demandar discussão de eventual compensação, mas não foi isso que foi feito [pela MGO]. Essa questão não foi avaliada pelo futuro concessionário na época do edital de licitação” (linhas 883/889, com acréscimos), vez que “era a sua incumbência de fazer seus próprios levantamentos para verificar a adequação e a precisão de qualquer informação que lhe foi fornecida” (linhas 923/924), afinal, não se faz “letra morta do contrato” (linha 927).

21. No tocante a produção de provas, “[n]ão há necessidade de realização de qualquer perícia técnica, a questão pode ser resolvida pelo direito, pela lei e pelo contrato (...) o contrato pode ser julgado com documentos que se encontram nos Autos” (linhas 940/943).

22. Caso se entenda pela realização de perícia que os custos sejam assumidos integralmente pela Parte que a solicita, no caso a Concessionária, que subsidiariamente, seja utilizado o “sistema do Direito Processual

⁸Esse ponto foi revisitado nas linhas 1596/1598, motivando a não aplicabilidade de prova pericial, no caso concreto.

⁹O fenômeno da decadência a que foi acometida a Concessionária pelo transcurso do tempo dos fatos sem qualquer providência também constam das ponderações feitas pela ANTT nas linhas 1646/1661, com enfoque na utilização do Código Civil para dirimir quaisquer dúvidas, com nítido reconhecimento de sua aplicação pela MGO, nesse trecho ‘a Requerente está chamando o Código Civil para a relação (...) quando ela pede indenização que acaba sendo incorporada no valor do pedágio é muito equivalente a uma redução de preço pela coisa porque ela achou que estava recebendo de uma jeito e tinha um vício oculto que ela diz e aí, ou seja, pelo contrato não teria, se ele **puxa o Código Civil pelo vício oculto tem que puxar para decadência junto**’ (em especial, linhas 1660/1661, com grifos da Agência).

Brasileiro com a indicação de um perito ou empresa independente pelos Árbitros e possibilitando a cada Parte indique os seus assistentes periciais” (linhas 959/962), considerando que à ANTT é imposto o ônus legal de “contratar mediante licitação, procurar orçamento (...) pode ser que consiga, pode ser que não” (linha 965/966).

23. Tudo com o objetivo de manter a paridade de armas, ainda que este procedimento seja levado a efeito com uma sentença parcial ou final com a qual já se pronunciaram de acordo com as alternativas de julgamento, obedecendo a decisão a ser prolatada pelo Tribunal Arbitral.

24. Por fim, a ANTT não tem nada a opor quanto ao desenvolvimento de ideias, perguntas formuladas ou anotações apresentadas pelos Árbitros, de modo que conduziram zelosamente a aludida audiência, com sensibilidade para as questões abordadas pelas Partes.

III - CONCLUSÕES

25. Mantida a defesa, respeitosamente, a Requerida pede que a tese fixada, seja no sentido de não se reconhecer o chamado direito ao reequilíbrio econômico-financeiro ou o proveito do hipotético vício oculto, considerando que a matriz de risco está claramente limitada no Contrato de Concessão e a aplicação do fenômeno da decadência fulmina todo tipo de pretensão aventado nas Alegações Iniciais da MGO.

26. Como se procurou demonstrar, a restrição das referidas liberdades de interpretação da Concessionária deve ser vista no campo da máxima qualidade exigida nos serviços públicos concedidos, corolário da efetividade das leis e do contrato a que a Administração Pública está vinculada, curvando-se a princípios constitucionais fundamentais de preocupação quanto as melhores práticas de governança e desempenho de seu papel institucional em prol dos interesses da sociedade.

Nestes termos, aguarda deferimento.

Brasília, 28 de junho de 2019.

(assinado eletronicamente)

Kaliane Wilma Cavalcante de Lira

Procuradora Federal

Subprocuradora-Geral de Contencioso e Assuntos Estratégicos Substituta- PF/ANTT

e-mails: kaliane.lira@antt.gov.br

contencioso.pfantt@antt.gov.br