

Assistência de Arbitragens

ARBITRAGEM CCI Nº 23033/JPA/GSS

ARBITRAGEM DE ACORDO COM O REGULAMENTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

REQUERENTE

CONCESSIONÁRIA DA LINHA 4 DO METRÔ DE SÃO PAULO S.A. “VIAQUATRO”

VS.

REQUERIDO

ESTADO DE SÃO PAULO

RESPOSTA À ORDEM PROCEDIMENTAL Nº 5 (ALEGAÇÕES FINAIS PARCIAIS)

1º DE NOVEMBRO DE 2019

AO TRIBUNAL ARBITRAL

Srs. José Rogério Cruz e Tucci (presidente), Cleveland Prates Teixeira e Ricardo de Carvalho Aprigliano

CC: Partes, Secretaria Administrativa e Secretaria da CCI

Por correio eletrônico

Sumário

I. SÍNTESE DA DEMANDA

II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DAS NORMAS QUE REGEM A PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E SUA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA NA ARBITRAGEM

III. DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EM EXIGIR COMPENSAÇÃO PELO NÃO SECCIONAMENTO TEMPESTIVO

(a) Da data de início da fluência do prazo prescricional e de sua consumação

(b) Da inoccorrência de reconhecimento pelo ESTADO do pedido compensatório formulado no presente pleito arbitral e/ou de renúncia ao prazo prescricional

(c) Do transcurso do prazo prescricional a despeito de eventuais interrupção e suspensão

(d) O seccionamento não é obrigação de trato sucessivo e, ainda que fosse, está prescrito o "fundo do direito"

IV. SUBSIDIARIAMENTE: DA APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE MÁXIMA DE 180 DIAS À COMPENSAÇÃO PELO NÃO SECCIONAMENTO TEMPESTIVO

V. CONCLUSÃO

ILUSTRÍSSIMO TRIBUNAL ARBITRAL

O ESTADO DE SÃO PAULO (“ESTADO”, “Poder Concedente” ou “Requerido”), já qualificado, ao tempo previsto na Ordem Processual nº 5, encaminha Alegações Finais Parciais do presente Requerimento de Arbitragem apresentado pela **CONCESSIONÁRIA DA LINHA 4 DO METRÔ DE SÃO PAULO S.A.** (“VIAQUATRO”, “Concessionária” ou “Requerente”, em conjunto com o Requerido, “Partes”), conforme razões a seguir.

I. SÍNTESE DA DEMANDA

1. Em 25 de outubro de 2017, a VIAQUATRO apresentou o requerimento da Arbitragem, no qual deduziu pedido de (a) obrigação de fazer “imediato seccionamento das linhas de ônibus intermunicipais designadas no Anexo VI do Contrato”; (b) obrigação de pagar “indenização mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira afetada pela perda de receita não compensada na forma estabelecida na cláusula 11.3.3” do Contrato; (c) reembolso por despesas procedimentais.

2. Sua fundamentação se concentra no argumento de suposto inadimplemento da cláusula 11.3.1 do Contrato, a qual, na interpretação da VIAQUATRO, implicaria (i) obrigação ao ESTADO de fazer o seccionamento de linhas de ônibus gerenciadas pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo (“EMTU”), bem como (ii) obrigação de pagamento de compensação financeira pela frustração de demanda do não seccionamento das linhas intermunicipais de ônibus, em relação à qual o ESTADO é solidariamente obrigado (cláusula 11.3.4).

3. Em petição de 4 de junho de 2018, a VIAQUATRO reconheceu como cumprida a obrigação do ESTADO quanto ao seccionamento das linhas de ônibus, afirmando estar prejudicado o primeiro pedido formulado neste procedimento arbitral.

4. Ressaltou, no entanto, o seu direito à compensação, o que foi ratificado em sede de **Alegações Iniciais**, oportunidade em que deduziu como pedidos: (a) o reconhecimento do seccionamento tardio das linhas de ônibus designadas no Anexo VI do Contrato; (b) a condenação do ESTADO no pagamento de “indenização, mediante o reequilíbrio da equação econômi-

co-financeira do Contrato", na forma da cláusula 11.3.3, desde 17.10.2011 até 16.09.2017, em montante a ser apurado por profissional a ser designado pelo Tribunal Arbitral com base em documentos a serem fornecidos pelo ESTADO, aplicada a TIR de Projeto de 15,13% a.a. e os índices de correção contratualmente estabelecidos; (c) reembolso por despesas da arbitragem, incluindo-se honorários advocatícios.

5. Em Resposta às Alegações Iniciais, o Requerido sustentou:

(a) a prescrição extintiva da pretensão da Requerente em exigir a compensação pelo não seccionamento das linhas em questão; (b) a necessidade de se considerar a retroatividade máxima de 180 dias para o pleito de reequilíbrio, na forma da Cláusula 13.5 do Contrato; (c) a interpretação de boa-fé e atenta à função econômica da cláusula de mitigação de riscos à fórmula matemática de cálculo da compensação, de modo a evitar o enriquecimento sem causa da Requerente; (d) a utilização da metodologia do Custo Médio Ponderado de Capital (WACC) como critério de cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, dada sua omissão quanto a este ponto; (e) o afastamento da pretensão de indenização de honorários advocatícios, ante ausência de previsão legal ou contratual nesse sentido, ou, subsidiariamente, a aplicação de critérios isonômicos para a estimativa dos honorários dos patronos de ambas as Partes.

6. Após audiência ocorrida no dia 15 de outubro de 2019, o Tribunal Arbitral optou por apreciar as questões prejudiciais ao mérito da demanda antecipadamente, instando as partes a se manifestarem especificamente sobre a matéria. É o que ora faz a Requerida, nos termos que seguem.

II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DAS NORMAS QUE REGEM A PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E SUA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA NA ARBITRAGEM

7. A título introdutório, tendo em conta que a argumentação desenvolvida neste escrito tem por objeto central a matéria da prescrição, convém enfatizar brevemente o caráter de ordem pública do seu regime no direito brasileiro, que resulta na cogência da observância deste regime nos procedimentos arbitrais.

8. Como se sabe, "prescrição é a perda da pretensão em virtude da inércia do

seu titular no prazo fixado em lei” (CC, art. 189). Se o lesado pelo descumprimento do direito subjetivo não agir no período legal, invocando a tutela jurisdicional do Estado para a proteção do seu crédito, extingue-se a sua pretensão de exigibilidade quanto ao seu direito subjetivo e permite a convalescença da lesão verificada no seu direito subjetivo”¹.

9. Seu escopo é o de “impedir a manutenção de conflitos pendentes de solução e a eternização de demandas, com todas as consequências daí decorrentes”². Nessa linha, foi engendrada como “medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado”³.

10. Esse escopo cumpre uma função social relevante, intimamente ligada à proteção do direito fundamental à segurança jurídica (Art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), o que faz com que as normas que disciplinam a prescrição não estejam passíveis de derrogação pela autonomia privada, sendo de aplicação cogente a toda e qualquer relação jurídica regida pelo direito nacional.

11. No âmbito da arbitragem, isto implica que, não obstante as partes tenham liberdade de definir o direito aplicável, as normas nacionais de regência da prescrição, por serem de ordem pública, não podem ser excluídas no âmbito da convenção arbitral (Art. 2º, §1º, da Lei de Arbitragem cc. Art. 2.035, parágrafo único do Código Civil⁴), e tampouco podem ser desconsideradas pelo tribunal

1 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 566-567.

2 WALD, Arnaldo; ARMELIN, Donaldo. Prescrição e arbitragem. *In: CIANCI, Mirna (Coord.). Prescrição no código civil: uma análise interdisciplinar*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

3 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 357.

4 Art. 2º, da Lei de Arbitragem: A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

arbitrando do julgamento do mérito da lide⁵.

12. Como bem sintetiza Thiago Marinho Nunes⁶:

Portanto, é correto afirmar que, no direito arbitral interno brasileiro, a prescrição extintiva ostenta natureza de ordem pública, no sentido material, e, mesmo sendo absolutamente certo que os dispositivos do CPC são inaplicáveis a um procedimento arbitral interno, se uma das partes alegar a ocorrência de prescrição, e esta for efetivamente comprovada, de acordo com as hipóteses da legislação interna (e necessariamente aplicável à arbitragem interna), o tribunal arbitral ou árbitro único extinguirá o processo arbitral com a resolução do mérito, aplicando-se a tese substancialista da prescrição adotada, com nuances, pelo direito brasileiro.

13. Tal cogência é ainda mais acentuada nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, tendo em vista a inafastabilidade da aplicação do direito brasileiro (Art. 2º, §3º, da Lei de Arbitragem), o que traduz uma indisponibilidade normativa, na alcunha dada por Carlos Alberto de Salles⁷.

14. Assim sendo, curial que este Tribunal Arbitral, na análise das questões prejudiciais ao mérito que se seguirá, considere a plena aplicabilidade ao caso das normas do direito brasileiro que regem a prescrição, dando o devido respaldo à sua função no ordenamento jurídico e ao seu caráter de ordem pública.

5 Abordando especificamente o tema, Fabiane Verçosa defende a possibilidade de revisitação pelo Poder Judiciário da sentença arbitral doméstica que ofenda a ordem pública, com fulcro em uma interpretação ampliativa do rol disposto no artigo 32 da Lei de Arbitragem, tendo em vista que “corresponderia a verdadeiro contrassenso inadmitir a anulação de um laudo arbitral doméstico que ofende a ordem pública brasileira (do país em que ele for prolatado, enfim) e denegar a homologação de um laudo arbitral estrangeiro que ofenda a ordem pública do mesmo País. Estar-se-ia admitindo que o legislador brasileiro é incoerente e paradoxal, o que não é razoável” (VERÇOSA, Fabiane. **A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do direito brasileiro e estrangeiro**. Curitiba: CRV, 2015, p. 181).

6 NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107-108.

7 “Pela mesma razão do que ocorre em relação à equidade, à Administração Pública não é dado escolher a lei aplicável a seus contratos, estando vinculada às normas do ordenamento jurídico brasileiro. O mesmo se verifica nas demais hipóteses que, indiretamente, afastam a aplicação do direito positivo brasileiro, como nos julgamentos apenas por princípios gerais do direito, usos e costumes ou regras de comércio internacional. Pode-se afirmar, a esse propósito, a existência de uma indisponibilidade normativa por parte da Administração, no sentido de estar submetida a normas vigentes do ordenamento brasileiro” (SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 265).

III. DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EM EXIGIR COMPENSAÇÃO PELO NÃO SECCIONAMENTO TEMPESTIVO

(a) Da data de início da fluência do prazo prescricional e de sua consumação

15. Não obstante a VIAQUATRO argumente que a exigibilidade do direito ao seccionamento das linhas de ônibus constante do Anexo VI do Contrato – e, consequentemente, da respectiva compensação pelo não seccionamento – apenas tenha surgido em 17.10.2011, momento em que foi iniciada a plena operação comercial da Fase I, a obrigação do ESTADO já era exigível desde 21.06.2010, em virtude do início da operação das primeiras estações da Linha 4.

16. Tratando-se a presente controvérsia de verificação de não concorrência entre metrô e ônibus, o período entre a data do início da operação nas primeiras estações e a data da operação plena da Fase I não pode ser simplesmente ignorado. Na presente arbitragem, a VIAQUATRO deduz sua indenização com base em alegada concorrência indevida praticada pela EMTU para com suas estações de metrô. Logo, a data em que referida concorrência teve efetivo início deve ser considerada, já que a efetiva concorrência entre os veículos de transporte é o fundamento elementar da pretensão da Requerente.

17. Ainda, procedendo mesmo a uma interpretação literal da Cláusula 11.3.2 do Contrato, a obrigação de seccionamento das linhas de ônibus é estipulada para ser cumprida “durante a operação comercial da FASE I”, em nenhum momento mencionando que tal operação deve estar funcionando em sua plenitude. Ainda que parcial, a operação comercial da FASE I já estava em curso desde a data de 21.06.2010.

18. Portanto, no mínimo com relação às linhas que já estavam em operação àquela data, já havia nascido a exigibilidade do seccionamento ou da respectiva compensação. Não tendo sido realizado o seccionamento, nem paga a compensação, configurou-se a violação ao direito correspondente, nascendo, assim, a pretensão ao cumprimento forçado da obrigação, com o início da fluência do prazo quinquenal da prescrição (Art. 189, Código Civil⁸ cc. Art. 1º, Decreto nº 20.910/32⁹),

8 Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

9 Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em

o qual se consumou em 21.06.2015.

(b) Da inoccorrência de reconhecimento pelo ESTADO do pedido compensatório formulado no presente pleito arbitral e/ou de renúncia ao prazo prescricional

19. A VIAQUATRO quer convencer este Tribunal Arbitral de que a EMTU, ao promover *sponte propria* o seccionamento das linhas de ônibus constantes do Anexo VI do Contrato, teria reconhecido como devido o pleito compensatório objeto do presente Requerimento de Arbitragem. O objetivo é respaldar a conclusão de que tal reconhecimento teria gerado a interrupção da fluência do prazo prescricional (Art. 202, VI, do Código Civil¹⁰) ou, ainda que tal prazo tenha se consumado, a ocorrência de renúncia à prescrição por parte do Requerido (Art. 191, do Código Civil¹¹). Porém, sem razão.

20. Analisando o histórico das tratativas entre o ESTADO, a EMTU e a VIAQUATRO, avultam alguns fatos relevantes para a questão.

21. O primeiro deles é que a EMTU, desde o início, se opôs ao seccionamento das linhas indicadas no Anexo VI do Contrato, tendo apresentado proposta de descontinuação de linhas alternativas.

22. É o que se observa da Carta EMTU CT/DP/81/2011 (Doc. A-10), na qual foi apontada a impossibilidade de concreta realização do seccionamento nos exatos termos do Anexo VI do Contrato, na medida em que sua realização traria, naquele momento, graves consequências aos usuários do serviço público de transporte na Região Metropolitana de São Paulo. A mesma carta recomendou "a utilização de um novo grupo de linhas que, por suas características, tem passagem lindeira ao Terminal, não penaliza os usuários, em face de alterações de itinerário e supressão de destinos (...)", propondo-se até mesmo a celebração de

cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

10 Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: (...) VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

11 Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

aditamento ao Contrato para formalizar a "substituição ao expressamente listado no Contrato de Concessão da Linha 4".

23. Igualmente, observa-se na Carta DIR 467/2014 (Doc. A-10) que a VIAQUATRO comunica sua discordância definitiva da proposta sugerida pela EMTU, instando a estatal e o Poder Concedente a “iniciarem imediatamente a compensação devida à Concessionária pela permanência do Risco de Concorrência”. Configura-se, portanto, resistência administrativa à pretensão concessionária.

24. Ainda que se admita ter havido o reconhecimento do direito da VIAQUATRO, tendo em vista a efetivação do seccionamento das linhas referidas no Anexo VI do Contrato pela EMTU em 2017, **não se pode querer dar interpretação ampliativa a esse reconhecimento para chegar à conclusão de que também houve concordância com o pleito compensatório, o que em momento algum ocorreu.**

25. Com efeito, a EMTU se manifestou, reiterada e consistentemente, no sentido de que não houve qualquer prejuízo econômico à concessionária. Mais especificamente, em agosto de 2014 concluiu que “não há que se falar em reparação a favor da Concessionária Via 4, visto que a mesma já vem sendo beneficiada com o grupo de linhas seccionadas pela EMTU/SP, em comparação ao grupo de linhas relacionadas no Contrato”. Acrescentou ainda que “tal conclusão vem do comparativo entre 4.587 passageiros/dia útil que já estão utilizando a Linha 4 do Metrô, oriundos das atuais linhas da EMTU/SP seccionadas no Terminal Butantã, e 3.525 passageiros/dia útil estimados como demanda potencial das linhas previstas em Contrato” (Comunicação Interna anexa ao Comunicado CMCP 582/2014, incluso a estes memoriais – Doc. R-2).

26. Já no que diz respeito à Comissão de Monitoramento das Concessões e Parcerias da Secretaria de Transportes Metropolitanos (“CMCP”), em momento algum se manifestou reconhecendo como devida a compensação pelo não seccionamento tempestivo das linhas de ônibus. A única oportunidade em que tal compensação é abordada pelo órgão gestor do contrato de concessão é no Comunicado 001/2017 (Doc. R-3), quando expressa que tal pleito apenas poderia ser analisado após a realização do seccionamento das linhas do Anexo VI, que estava pendente de efetuação pela EMTU. De fato, a afirmação de que o pleito será analisado em momento futuro está muito distante de um reconhecimento da procedência de seu mérito pela Administração.

27. Ante o panorama fático descrito, a VIAQUATRO quer emplacar o argu-

mento de que o ESTADO, “ao ter reconhecido o direito da VIAQUATRO à obrigação principal de ter observado o seccionamento das linhas, reconheceu também, por consequência, o direito da VIAQUATRO à compensação pelo não seccionamento a tempo e modo” [§32 da Réplica à Resposta do Requerido], o qual não pode prevalecer.

28. Aliás, se válida fosse a conclusão da Requerente, o contraditório instaurado no âmbito do presente procedimento arbitral não teria nem mesmo razão de ser, o que não se pode admitir.

29. É essencial verificar que o ESTADO sempre se opôs à literal interpretação dada pela VIAQUATRO à cláusula do seccionamento das linhas. Ainda que o formal seccionamento das linhas tenha ocorrido em datas diversas, a consequência pretendida pela Requerente, que é a indenização independente de dano, não é aceita pelo ESTADO, o qual defende a inexistência do direito reivindicado pela Concessionária, na medida em que não há prova de dano que fundamente a indenização requerida. Conforme defendido na Resposta, a interpretação de boa-fé do Contrato não permite afirmar nem que o ESTADO tenha praticado ilícito contratual, nem que haja nexo de causalidade entre os atos do ESTADO e quaisquer danos sofridos pela VIAQUATRO. Ausente os elementos caracterizadores do dever de indenizar (ato ilícito, nexo de causalidade e dano), é improcedente o pedido de indenização da Requerente.

30. De rigor, por conseguinte, que não se amplie a abrangência da adesão do ESTADO aos interesses concessionários, estendendo o que fora um estrito reconhecimento do direito ao seccionamento das linhas de ônibus para a suposta concordância com um pleito indenizatório sem qualquer lastro em danos efetivamente comprovados.

31. Isso porque, como é cediço, os **atos gratuitos e de reconhecimento de direito devem ser interpretados restritivamente** (Art. 114, do Código Civil)¹².

32. Sem embargo, a interpretação já clássica do Superior Tribunal de Justiça sobre o reconhecimento enquanto causa de interrupção da prescrição é de que “exige ato inequívoco de reconhecimento do direito; não o configura aquele que traduz a simples possibilidade de que tenha havido o reconheci-

12 Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

mento”¹³. Mais recentemente, quanto à renúncia tácita ao prazo extintivo por ato incompatível com a prescrição, referida Corte já firmou que “somente se perfaz com a prática de ato inequívoco de reconhecimento do direito pelo prescribente. Assim, não é qualquer postura do devedor que enseja a renúncia tácita, mas aquela considerada manifesta, patente, explícita, irrefutável e facilmente perceptível”¹⁴.

33. Não sendo lícito inferir, portanto, o reconhecimento pelo ESTADO do direito pleiteado pela VIAQUATRO na presente arbitragem, é de se rechaçar também os consectários do seu argumento acima referidos, para concluir que não houve interrupção do prazo prescricional fundamentada no Artigo 202, VI, do Código Civil, tampouco renúncia tácita ao prazo prescricional.

(c) Do transcurso do prazo prescricional a despeito de eventuais interrupção e suspensão

34. A VIAQUATRO intenciona fazer valer o argumento de que “o prazo prescricional nunca começou a correr, pois esteve suspenso de 2011 a 2017, em virtude de estudos realizados pela EMTU e das tratativas entre as partes envolvendo o assunto”, havendo logo em seguida a notificação da presente arbitragem. Fundamenta suas conclusões no artigo 4º do Decreto nº 20.910/1932¹⁵, o qual estabelece que a prescrição não corre durante o tempo necessário para a Administração promover estudos sobre o pleito do requerente e apurar seu crédito.

35. Ocorre que, ainda que se admita tenha havido suspensão da prescrição em virtude da análise feita pela EMTU sobre o pleito formulado pela VIAQUATRO,

13 REsp 53.323/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 19.8.1996.

14 REsp 1.250.583/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJe 27.5.2016.

15 Art. 4º. Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.

Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.

é indiscutível que tal análise não se estendeu além da data de 26 de agosto de 2014, quando foi encaminhada manifestação da EMTU em que (i) sustentou o acerto de sua decisão de seccionar linhas alternativas às consignadas no Anexo VI do Contrato, afirmando que atendia ao escopo contratual de garantir a demanda prevista à Linha 4, e (ii) opôs-se definitivamente a qualquer compensação em favor da concessionária (Comunicação Interna veiculada pelo Comunicado CMCP nº 582/2014 – Doc. R-2).

36. Como já se comentou acima, nessa manifestação a EMTU concluiu que “não há que se falar em reparação a favor da Concessionária Via 4, visto que a mesma já vem sendo beneficiada com o grupo de linhas seccionadas pela EMTU/SP, em comparação ao grupo de linhas relacionadas no Contrato”. Consignou ainda que “tal conclusão vem do comparativo entre 4.587 passageiros/dia útil que já estão utilizando a Linha 4 do Metrô, oriundos das atuais linhas da EMTU/SP seccionadas no Terminal Butantã, e 3.525 passageiros/dia útil estimados como demanda potencial das linhas previstas em Contrato”.

37. Nesse sentido, o **Requerido apresenta, para fins didáticos, a cronologia dos eventos tratados nesta arbitragem, para demonstrar a inequívoca ocorrência da prescrição:**

- **21.06.2010** – Início da fluência do prazo prescricional para exigir o seccionamento das linhas de ônibus constantes do Anexo VI do Contrato, ou a respectiva compensação pelo não seccionamento;
- **04.07.2011** – Interrupção seguida de suspensão do prazo prescricional, em virtude da interpelação extrajudicial por parte da VIAQUATRO ao ESTADO, por meio da Carta DIR 436/2011 (Doc. A-10), solicitando “a adoção das providências necessárias para o seccionamento em questão” [§4 das Alegações Iniciais da Requerente], tendo a EMTU logo em seguida iniciado os estudos para sua efetivação;
- **26.08.2014** – Retomada do curso do prazo prescricional pela metade (dois anos e meio), em virtude da conclusão da análise do pleito compensatório da VIAQUATRO pela Administração, com negativa;
- **26.02.2017** – Transcurso do prazo prescricional, com a extinção da pretensão da Requerente à compensação pela não realização do seccionamento nos exatos termos do Anexo VI do Contrato;
- **25.10.2017** – Apresentação do requerimento da Arbitragem pela VIAQUATRO.



38. Quanto à interrupção em julho de 2011, fundamenta-se na interpretação conjunta dos incisos III e V do artigo 202, do Código Civil, para fins de reconhecer a interpelação extrajudicial como causa interruptiva do prazo prescricional, ainda que não literalmente expressa na lei civil¹⁶.

39. Ainda que assim não se entenda, é de se admitir que teria havido interrupção seguida de suspensão do prazo prescricional, com fundamento no Art. 202, VI, do Código Civil cc. Art. 4º, do Decreto nº 20.910/32, em virtude do reconhecimento pela EMTU da obrigação de promover o seccionamento de linhas de ônibus afim de evitar a concorrência com a Linha 4, para o que iniciou estudos e apresentou proposta em 22 de setembro de 2011 (Correspondência CT/DP/81/2011 – EMTU, em anexo à Carta DIR 784/2011, Doc. A-10 da Requerente).

40. Após tratativas com a VIAQUATRO, a análise foi concluída em agosto de 2014 e resultou na negativa definitiva do pleito concessionário nos moldes supra descritos (§35), o que deu ensejo à retomada do curso do prazo prescricional, pela metade (Art. 9º do Decreto nº 20.910/1932)¹⁷, consumando-se em 26.02.2017.

16 Nesse sentido, por todos, a doutrina de Humberto Theodoro Júnior (*Prescrição e Decadência* (ebook). 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 157): “Se, para o novo Código, não é apenas o protesto judicial que interrompe a prescrição (pois, o protesto extrajudicial de títulos tem a mesma força), não há razão para deixar de reconhecer igual eficácia também às interpelações extrajudiciais, operadas por via do Registro de Títulos e Documentos, ou entregues pessoalmente ao obrigado, mediante recibo ou protocolo”.

17 Art. 9º. A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo.

41. Ante tal sequência fática, aplica-se ao caso o precedente do Superior Tribunal de Justiça firmado no **Recurso Especial nº 1.270.439/PR (Tema Repetitivo 529)**, o qual, em interpretação conjunta dos artigos 4º e 9º do Decreto nº 20.910/32, assentou que o prazo prescricional interrompido e suspenso, em virtude de reconhecimento administrativo do débito seguido de análise voltada a apura-lo, “volta a fluir, pela metade, quando a Administração pratica algum ato incompatível com o interesse de saldar a dívida, quando se torna inequívoca a sua mora”¹⁸.

42. Tal entendimento afigura-se como de suma importância para a preservação da higidez do instituto da prescrição, haja vista que a suspensão da prescrição por tempo indefinido de todo e qualquer pleito administrativo esvaziaria completamente a sua própria razão de ser, impedindo a estabilização das relações jurídico-administrativas com o transcurso do tempo.

43. Trata-se, com efeito, da hipótese dos autos. Por ter se configurado **negativa da Administração ao pagamento de compensação em virtude da não realização do seccionamento nos termos do Anexo VI do Contrato**, o prazo prescricional, que se encontrava suspenso, voltou a fluir pela metade em agosto de 2014, consumando-se em 26.02.2017 – antes, portanto, da apresentação do Requerimento de Arbitragem pela VIAQUATRO.

44. Pelo exposto, sob qualquer ângulo analisado, e ainda que se admita a ocorrência de interrupção e suspensão do prazo extintivo, verifica-se a prescrição da pretensão da Requerente, cujos argumentos, a despeito da combatividade dos seus nobres patronos, não podem ser acolhidos.

(d) O seccionamento não é obrigação de trato sucessivo e, ainda que fosse, está prescrito o "fundo do direito"

45. Ao contrário do que defende a Requerente, a obrigação de seccionamento não é de trato sucessivo, tampouco o sendo a de pagamento da compensação respectiva.

46. Com efeito, as obrigações de trato sucessivo são aquelas cuja causa se

18 REsp nº 1.270.439/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 2.8.2013, §8 da Ementa.

renova periodicamente, dizendo respeito a “vantagens financeiras cujo pagamento se divide em dias, meses ou anos”¹⁹. Nessas hipóteses, conforme prevê o artigo 3º, do Decreto nº 20.910/32, “a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completaremos prazos estabelecidos pelo presente decreto”.

47. Ora, o artigo supramencionado se refere a retribuições remuneratórias a servidores públicos, ou pagamentos por prestações regulares de serviços à Administração²⁰, não havendo que se estender tal classificação a obrigações de fazer pontuais, ou mesmo a compensações voltadas a recompor um desequilíbrio econômico-financeiro operado em desfavor do contratado.

48. No que toca à obrigação de seccionamento de linhas de ônibus, do ponto de vista temporal, havia data certa e pontual para sua implementação, qual seja, a data de início da operação comercial da FASE I. Do ponto de vista do conteúdo da obrigação, percebe-se, igualmente, que não se trata de um *fazer contínuo*, característico das obrigações de trato sucessivo, mas de um *fazer pontual*: o ato de seccionar é pontual, objetivo e definitivo; não é “contínuo” e “sucessivo”.

49. A hipótese se amolda à conceituação de obrigação de execução diferida, em relação à qual os contratantes estipulam uma data no futuro em que será exigível, por isso se diferenciando tanto das obrigações de execução imediata, quanto das de trato sucessivo.

50. Ainda que se considere que os efeitos benéficos do cumprimento obrigacional para o contratado se prolonguem no tempo, dado que o seccionamento tem o condão de evitar a concorrência e a redução da demanda da Linha 4 do Metrô, tal situação não transmuda a natureza da obrigação. Afinal, uma obrigação de realizar um ato único visando evitar um dano que se prolonga no tempo não deixa de ser uma única prestação.

19 CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 20.

20 Um forte indicativo do acerto dessa interpretação é a constatação de que todos os precedentes que fundamentaram a edição da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, que consolida o regime da prescrição das obrigações de trato sucessivo em face da Administração Pública, se referem a demandas de servidores públicos. Nesse sentido, v. Revista de Súmulas do STJ, nº 6, 2009, p. 103-133, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_6_capSumula85.pdf. Acesso em: 30.10.2019.

51. Doutro lado, tampouco se pode concluir que a obrigação de reparar o desequilíbrio gerado por meio do pagamento de uma compensação é uma prestação que se renova periodicamente. Como é cediço, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos pode ocorrer de diversas formas, algumas dotadas de periodicidade – como o aumento da tarifa dos usuários, ou da contraprestação pecuniária a cargo do Poder Concedente –, e outras não – é o caso do pagamento de uma compensação única e imediata, ou da prorrogação antecipada do contrato.

52. Portanto, não se pode admitir o pleito da Requerente de que a prescrição, a ser reconhecida por este Tribunal Arbitral, se limite apenas às prestações vencidas antes do quinquênio anterior a esta arbitragem, pois não é o caso de obrigação de trato sucessivo.

53. Não obstante, mesmo em relações de trato sucessivo, há situações jurídicas em que a prescrição atinge não só a pretensão relativa ao pagamento das prestações anteriores ao quinquênio prescricional, mas também o próprio direito ("prescrição do fundo de direito").

54. Tais situações ocorrem especialmente na hipótese de ter sido negado o fundo do direito reivindicado – conforme ocorreu no presente caso, dadas as seguidas negativas por parte da EMTU quanto ao direito à compensação pelo não seccionamento tempestivo –, conforme se extrai dos enunciados 443²¹ da Súmula do Supremo Tribunal Federal e (*contrario sensu*) 85²² da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

55. Sob tal ótica, ainda que se considere a obrigação como de trato sucessivo – o que se admite apenas a título argumentativo –, de rigor o reconhecimento de que ocorreu a prescrição do fundo do direito, ante a discordância da EMTU, desde 2011 (Carta EMTU CT/DP/81/2011), quanto ao direito à compensação da VIAQUATRO pelo não seccionamento tempestivo.

21 STF, Súmula 443. A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta.

22 STJ, Súmula 85. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

IV. SUBSIDIARIAMENTE: DA APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE MÁXIMA DE 180 DIAS À COMPENSAÇÃO PELO NÃO SECCIONAMENTO TEMPESTIVO

56. A Requerente argumenta que sua pretensão não é um reequilíbrio para fins de contagem do prazo máximo de retroatividade previsto na Cláusula 13.5 [§48 da Réplica à Resposta do Requerido], mas que é *sim* reequilíbrio para fins de cálculo do seu montante [§82-83]. Vejamos na citação:

48. Ocorre, entretanto, que a limitação de retroatividade máxima prevista na cláusula 13.5 do Contrato de Concessão foi estabelecida exclusivamente para os pleitos de reequilíbrio, o que não é o caso em discussão nesta arbitragem.

(...)

82. Em razão desse desequilíbrio, a indenização devida pelo ESTADO deverá ser SATISFEITA mediante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, como expressamente previsto na Cláusula 13.3.4.

83. Assim sendo, a satisfação da indenização devida pelo ESTADO deverá levar em consideração os impactos das alterações ocorridas no Contrato de Concessão sobre o PLANO DE NEGÓCIOS, pois é exatamente nesse documento que constam todas as condições da concessão, incluindo a equação econômico-financeira a ser mantida ao longo de toda a sua vigência.

57. Evidentemente, tal contradição não pode ser permitida. À Requerente não é dado "pinçar" do Contrato apenas as regras que lhe são favoráveis, afastando as demais. O regime jurídico contratual deve ser lido de forma global, assim como sua interpretação deve ser integrada ao direito positivo e aos princípios que lhe regem. Qualquer outra postura violaria a boa-fé objetiva.

58. Nesse sentido, o Contrato não permite outra interpretação senão a de que o referido prazo de retroatividade máxima se aplica, sim, à compensação, por **tratar-se de pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro**.

59. Diversos são os elementos contratuais que apontam para esta conclusão, dentre eles: (i) o seccionamento é referido no contrato como cláusula de "mitigação de riscos", portanto relacionado à matriz econômica do Contrato, que tem sua retroatividade máxima regulada pela Cláusula 13.5; (ii) assim como não há dúvidas de que o procedimento para recomposição do reequilíbrio previsto na Cláusula 13.2 se aplicaria ao caso do seccionamento, tampouco há dúvida de que o prazo da Cláusula 13.5 se lhe aplica; (iii) não há dúvida que o seccionamento se trata de uma cláusula econômica do Contrato; (iv) não há nenhuma justificativa jurídica ou econômica para se excluir a cláusula do seccionamento do alcance do prazo de retroatividade máxima da Cláusula 13.5.

60. Ademais, o pedido de compensação pelo não seccionamento tempestivo invoca os pressupostos típicos de um pleito de reequilíbrio em favor do contratado, quais sejam: i) ocorrência de um evento superveniente à assinatura do contrato; ii) impacto sobre as vantagens ou encargos originalmente previstos para o particular; e iii) alocação do risco da ocorrência do evento sob a esfera de responsabilidade do Poder Concedente²³.

61. Pertinente frisar que a própria VIAQUATRO, em confirmação a tal exegese, chegou a enquadrar o seu pleito de compensação como uma recomposição do

23 Assim entende majoritariamente a doutrina especializada. Por todos, Maurício Portugal Ribeiro, para quem "o conceito de equilíbrio econômico-financeiro de contratos presta-se a operacionalizar compensações de uma a outra parte do contrato na ocorrência de eventos que (i) configuram risco atribuído a uma parte do contrato, mas que (ii) impactem de uma perspectiva econômica e/ou financeira, a outra parte" (O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 538).

equilíbrio econômico-financeiro na Carta DIR 467/2014 (Doc. A-10), quando, ao se propor a negociar a efetivação do seccionamento, assentou que tinha “por pressuposto que o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO será implementado de forma integral” [última folha da Carta].

62. Noutro espectro, não guarda consistência lógica o jogo semântico pretendido pela Requerente, ao sustentar que o fato de haver previsão contratual no sentido de que a compensação pode ser satisfeita mediante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não a caracterizaria, em si, como um mecanismo de reequilíbrio da equação contratual [§53 da Réplica].

63. É que a pretendida compensação, inserida em uma cláusula de mitigação do risco de demanda, nada mais é do que um pagamento direto ao concessionário com o objetivo de recompor a equação contratual afetada pela frustração da demanda, consubstanciando clássico mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratado. Isto é, o que a compensação busca satisfazer é justamente o interesse da concessionária em ver remediado o desequilíbrio contratual em seu prejuízo, não havendo como deixar de caracterizá-la como técnica voltada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

64. Por derradeiro, não deve prevalecer o argumento de que o direito à compensação previsto na Cláusula 11.3.3 teria disciplina *sui generis* [§52 da Réplica], não estando submetida às normas legais cogentes que regulam o direito contratual público.

65. É dizer, ou se entende que a referida compensação é um pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro afetado pelo não seccionamento tempestivo das linhas de ônibus, o que atrai a retroatividade máxima prevista, ou se a enquadra enquanto um pleito indenizatório, sujeito à comprovação dos elementos típicos da responsabilidade civil contratual, isto é, ato ilícito, nexo causal e efetivo dano.

66. O que a VIAQUATRO pretende é caracterizar o pleito compensatório como um verdadeiro direito à indenização sem comprovação de qualquer dano, o que não se pode admitir. Tal interpretação da Cláusula 11.3.3, com efeito, a tornaria ilegal, haja vista a natureza de ordem pública dos preceitos que regulamentam a responsabilidade civil no ordenamento jurídico, especialmente os artigos 927 e 944 do Código

Civil²⁴, que vinculam o dever de indenizar à comprovação da ocorrência e extensão do dano causado.

67. Nestes termos, tanto pela sua função jurídico-contratual como pela sua função econômica, não há dúvida sobre o enquadramento da compensação prevista na Cláusula 11.3.3 como mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, estando o pedido apresentado nesta arbitragem, nela fundamentado, sujeito ao prazo de retroatividade máxima de 180 dias previsto na Cláusula 13.5.

68. Assim, de forma subsidiária, caso o Tribunal Arbitral não reconheça a prescrição extintiva e, no mérito, entenda devida a compensação, o ESTADO pugna pela aplicação da retroatividade máxima de 180 dias a partir da data do pleito.

69. De se consignar, por fim, que o pedido a ser considerado para fins da aplicação da retroatividade é o presente Requerimento de Arbitragem, pois em todas as comunicações anteriores da VIAQUATRO ao ESTADO não foram respeitados os requisitos formais do pedido de reequilíbrio constantes da Cláusula 13.2 do Contrato, não se configurando pleito formal neste sentido.

70. Quanto a esse aspecto, não deve prevalecer o argumento da Requerente de que seria "inviável" o protocolo do seu requerimento administrativo [§55 da Réplica]. Primeiro porque o Contrato não condiciona o referido pleito administrativo ao fornecimento de dado exato pelo Poder Concedente. Segundo porque a retroatividade máxima prevista na Cláusula 13.5 tem por função justamente evitar que o concessionário, pela inação, permita que dívidas de reequilíbrio em seu favor fiquem se cumulando por anos a fio, resultando em um débito astronômico ao Poder Concedente, o que caracteriza exatamente a situação posta nos autos. Impõe-se, portanto, dar efetividade a esta previsão contratual, visando reforçar o devido incentivo para que os contratados busquem rapidamente solução a eventuais desequilíbrios que ocorram ao longo do contrato, evitando maiores perdas ao erário público.

24 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

V. CONCLUSÃO

71. Pelo exposto, no que tange às questões prejudiciais ao mérito do presente Requerimento de Arbitragem, o Requerido requer **o reconhecimento pelo Tribunal Arbitral da prescrição extintiva da pretensão da Requerente** à compensação pelo não seccionamento tempestivo das linhas de ônibus constantes do Anexo VI do Contrato, com a extinção do presente procedimento arbitral mediante definição do mérito, *tendo em vista que:*

(a) **O prazo prescricional quinquenal começou a fluir no dia 21.06.2010**, quando iniciada a operação comercial da Fase I, tendo se consumado em 21.06.2015;

(b) **Não houve reconhecimento pelo Poder Concedente** do pedido compensatório objeto desta arbitragem, tampouco renúncia ao prazo prescricional;

(c) **Ainda que se entenda ter havido interrupção seguida de suspensão do prazo prescricional, este se consumou em 26.02.2017**, antes, portanto, da apresentação do requerimento da Arbitragem pela VIAQUATRO; e

(d) **A obrigação objeto do presente Requerimento de Arbitragem não é de trato sucessivo**, não havendo que se falar em prescrição apenas das parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à arbitragem; ainda que o fosse – o que se admite apenas a título argumentativo –, houve prescrição do fundo do direito, ante sua negativa expressa.

72. De forma *subsidiária*, caso não se concorde com a prescrição extintiva, requer **o reconhecimento de que o pleito se enquadra como reequilíbrio econômico-financeiro e está sujeito à retroatividade máxima de 180 dias da data de sua formalização (Cláusula 13.5 do Contrato)**, qual seja, a data da apresentação do presente Requerimento de Arbitragem.

73. Por fim, na remota hipótese em que não se acolha nenhum dos pleitos

acima formulados e se julgue pela procedência do pedido de reequilíbrio em favor da Requerente, requer que se reconheça a prescrição das prestações vencidas antes do quinquênio anterior a esta arbitragem, em aplicação ao Art. 3º do Decreto nº 20.910/32 e conforme requerido pela própria VIAQUATRO em sede de Réplica [§46].

74. Caso o Tribunal Arbitral deixe de acolher as preliminares e objeções de mérito arguidas, o ESTADO protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente a pericial, de modo que seja oportunizada às Partes o devido contraditório, mediante a assistência de técnicos especializados.

Pede deferimento.

São Paulo, 1º de novembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES JUNQUEIRA

Procurador do Estado
OAB/SP 286.447

IAGO OLIVEIRA FERREIRA

Procurador do Estado
OAB/SP 430.336

Lista consolidada de anexos

Nº	Conteúdo
R-1	Informação Técnica-DO-GLI-DPL-311-2017 (EMTU)
R-2	Comunicado CMCP nº 582/2014
R-3	Comunicado CMCP nº 001/2017

Lista consolidada das fontes doutrinárias

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1: teoria geral do direito civil. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014.

PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e Decadência** (ebook). 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VERÇOSA, Fabiane. **A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do direito brasileiro e estrangeiro**. Curitiba: CRV, 2015.

WALD, Arnaldo; ARMELIN, Donaldo. Prescrição e arbitragem. In: CIANCI, Mirna (Coord.). **Prescrição no código civil: uma análise interdisciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Lista consolidada da jurisprudência utilizada

- (i) Superior Tribunal de Justiça (REsp 53.323/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 19.8.1996).
- (ii) Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.270.439/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 2.8.2013).
- (iii) Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.250.583/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJe 27.5.2016).

SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL

PROCESSO ARBITRAL CCI N. 23033-JPA-GSS

REQUERENTE: Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S.A.

REQUERIDO: Estado de São Paulo

ÁRBITROS:

RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – Presidente

SUMÁRIO

- I – IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES
- II – REPRESENTANTES DAS PARTES
- III – TRIBUNAL ARBITRAL
- IV – CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS
- V – LOCAL DA ARBITRAGEM
- VI – REGRAS DO PROCEDIMENTO E DIREITO MATERIAL APLICÁVEL
- VII – CONTORNOS DO CONFLITO TRAZIDO À SOLUÇÃO ARBITRAL
- VIII – SÍNTESE DAS VICISSITUDES DO PROCESSO ARBITRAL RELEVANTES PARA A PRESENTE SENTENÇA PARCIAL
- IX – EXAME DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS DE MÉRITO
 - IX.1. Prescrição
 - IX.2. Retroação do pedido de reequilíbrio
- X – DISPOSITIVO

I – IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES

1. A Requerente no presente processo arbitral é a **CONCESSIONÁRIA DA LINHA 4 DO METRÔ DE SÃO PAULO S.A.**, sociedade empresária, inscrita no CNPJ sob n. ***, sediada à Rua ***, CEP: ***, São Paulo, SP, Brasil, doravante designada apenas **Requerente**.

2. O Requerido no presente processo arbitral é o **ESTADO DE SÃO PAULO**, pessoa jurídica de direito público interno, inscrita no CNPJ sob o nº 46.379.400/0001-50, sediada à Avenida Morumbi, n. 4.500, Morumbi, CEP 05650-000, São Paulo, SP, Brasil, representado pela **SECRETARIA DOS TRANSPORTES METROPOLITANOS DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com endereço na Rua Boa Vista, n. 175, Centro, CEP 01014-000, São Paulo, SP, Brasil, doravante designado **Requerido**.

II – REPRESENTANTES DAS PARTES

3. A **Requerente** é representada por seus bastantes procuradores, as Dras. e os Drs. ***.

4. O **Requerido** é representado, nos termos do art. 132 da Constituição da República Federativa do Brasil, do art. 98 da Constituição do Estado de São Paulo e do art. 23, IV, da Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 1.270, de 25.08.2015, pelas Dras. e pelos Drs. **Frederico José Fernandes de Athayde**, Subprocurador-Geral do Estado; **Eugenia Cristina Cleto Marolla**, Subprocuradora-Geral do Estado; **Fábio Trabold Gastaldo**, Subprocurador-Geral do Estado Adjunto; **Ana Lúcia C. Freire Pires de O. Dias**, Procuradora do Estado; **André Rodrigues Junqueira**, Procurador do Estado; **Bruno Lopes Megna**, Procurador do Estado; **Claudio Henrique Ribeiro Dias**, Procurador do Estado, todos vinculados à **ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com endereço à Rua Pamplona, nº 227, 7º andar, CEP 01405-902, em São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil. E-mails: ***

III – TRIBUNAL ARBITRAL

5. O Tribunal Arbitral é constituído por:

a. **Ricardo de Carvalho Aprigliano**, na qualidade de coárbitro conforme designação da Requerente, ***.

b. **Cleveland Prates Teixeira**, na qualidade de coárbitro conforme designação do Requerido, ***.

c. **José Rogério Cruz e Tucci**, na qualidade de Presidente do Tribunal Arbitral, indicado conjuntamente pelos coárbitros nomeados pelas Partes ***.

IV – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

6. O fundamento para instituição deste processo arbitral está na cláusula 35^a do Contrato de Concessão nº 4232524201, celebrado entre Requerido e Requerente, com a seguinte redação:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA – MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E ELEIÇÃO DE FORO

(...)

Solução de Divergências por Arbitragem

35.11. Eventuais divergências entre as partes, relativamente às matérias abaixo relacionadas, que não tenham sido solucionadas amigavelmente pelo procedimento de mediação, serão obrigatoriamente dirimidas por meio de arbitragem, na forma da Lei nº 9.307/96:

- reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no CONTRATO;
- implantação e funcionamento do SISTEMA DE ARRECADAÇÃO CENTRALIZADA, bem como a repartição de arrecadação;
- reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual do PODER CONCEDENTE ou das partes intervenientes e anuentes;
- cálculo e aplicação do reajuste tarifário previsto no CONTRATO;
- acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no CONTRATO;
- definição do número de trens de deverão ser adquiridos pela CONCESSIONÁRIA para operação da FASE II, tendo em vista o resultado dos ESTUDIOS DE REPROJEÇÃO DE DEMANDA;
- aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos na Cláusula Décima Primeira;
- valor da indenização no caso de extinção da CONCESSÃO;
- inconformismo de qualquer das partes com a decisão do Comitê de Mediação nas hipóteses previstas no item 20.5.3 da Cláusula Vigésima; e

- qualquer divergência entre as partes quanto aos termos do Programa de Desmobilização previsto no item 23.2 da Cláusula Vigésima Terceira.

35.12. O PODER CONCEDENTE a CONCESSIONARIA poderão, de comum acordo, submeter ainda à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do CONTRATO, delimitando claramente o seu objeto no compromisso arbitral.

35.13. A arbitragem será instaurada e administrada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), conforme as regras de seu Regulamento, devendo ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, e aplicar o direito brasileiro.

35.14. Sem prejuízo da propositura da ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei nº 9.307/96, a parte que recusar a assinatura do compromisso arbitral, após devidamente intimada, incorrerá também na multa cominatória no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de atraso, até que cumpra efetivamente a obrigação.

A multa cominatória ficará sujeita a reajuste periódico, na mesma data e pelo mesmo índice aplicável à TARIFA DE REMUNERAÇÃO.

35.15. O Tribunal Arbitral será composto por 3 (três) membros titulares e 3 (três) suplentes, cabendo a cada parte indicar um titular e um suplente. O terceiro árbitro e seu suplente serão escolhidos de comum acordo pelos dois titulares indicados pelas partes, devendo ter experiência mínima de 10 (dez) anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto de controvérsia. A presidência do Tribunal Arbitral caberá ao terceiro árbitro.

35.16. Não havendo consenso entre os membros titulares escolhidos por cada parte, o Terceiro árbitro e seu suplente serão indicados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), observados os requisitos do item anterior.

35.16.1. A parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.

35.17. Caso seja necessária a obtenção de medidas coercitivas ou de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral, ou mesmo durante o procedimento amigável de solução de divergências, as partes poderão requerê-las diretamente ao Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do Tribunal Arbitral, deverão ser solicitadas nos termos do artigo 22, §4º da Lei 9.307/96.

35.18. Será competente o Foro Central da Comarca do Estado de São Paulo para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem nos termos do CONTRATO, assim como para apreciar as medidas judiciais previstas no item anterior ou a ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei nº 9.307/96.

35.19. As decisões do painel de arbitragem serão definitivas para o impasse e vincularão as partes.

V – LOCAL DA ARBITRAGEM

7. O local desta arbitragem é a cidade de São Paulo, Estado de São Paulo.

VI – REGRAS DO PROCEDIMENTO E DIREITO MATERIAL APLICÁVEL

8. Ainda de acordo com a Convenção de Arbitragem supratranscrita e a Ata de Missão, aplicam-se as regras procedimentais previstas no Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (versão 2017), ao passo que à presente sentença aplica as regras de direito material da República Federativa do Brasil.

VII – CONTORNOS DO CONFLITO TRAZIDO À SOLUÇÃO ARBITRAL

9. Por meio do Contrato de Concessão n. 4232524201, o Requerido outorgou ao **Requerente** a operação e manutenção da Linha 4-Amarela do Metrô de São Paulo, da Estação da Luz até Taboão da Serra, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) anos contados a partir do início da operação comercial da “Fase I”, ou seja, das estações Butantã, Pinheiros, Faria Lima, Paulista, República e Luz, bem como do Pátio de Manutenção de Vila Sônia.

10. Visando a mitigar riscos do **Requerido** com a perda de passageiros da linha de metrô concedida para linhas de ônibus intermunicipais operadas pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A - EMTU, a cláusula 11.3.1 do **Contrato** previa que: “O PODER CONCEDENTE fará o seccionamento das linhas de ônibus intermunicipais gerenciadas pela EMTU relacionadas no Anexo VI, de forma a evitar a concorrência com a LINHA 4 - AMARELA”.

11. As Partes controvertem sobre o momento em que se deu o início da operação da Fase I. A **Requerente** afirma que tal fato ocorreu em 17.10.2011, ao passo que o **Requerido** sustenta que a data correta é 21.06.2010.

12. É incontroverso que o **Requerido** deixou de promover o seccionamento de todas as linhas de ônibus relacionadas no Anexo VI por vários anos, após o início da operação comercial da linha de metrô objeto do Contrato. Com efeito, em resposta à notificação enviada pela **Requerente**, o **Requerido** lhe encaminhou o Ofício GS/STM n. 205/2017, no qual se afirmava que duas das sete linhas objeto da notificação já haviam sido canceladas e que as demais eram objeto de análise (doc. AU-12). Apenas em 15.09.2017, o **Requerido** comunicou a **Requerente** que o seccionamen-

to das linhas remanescentes seria realizado em 16.09.2017 (Comunicado CMCP n. 820/2017 – doc. **AU-16**), o que foi efetivamente feito.

13. Nesse quadro, a cláusula 11.3.3 do **Contrato** previa o direito da **Requerente** em receber compensação “pela frustração de demanda daí decorrente na LINHA 4 - AMARELA, no montante equivalente ao resultado da multiplicação do número de passageiros transportados na linha de ônibus intermunicipal da EMTU não seccionada, pela TARIFA DE REMUNERAÇÃO”.

14. Já a cláusula 11.3.4 do Contrato impunha que a responsabilidade por essa compensação seria assumida solidariamente pelo Requerido e pela EMTU. Ademais, o dispositivo dispõe que referida compensação “poderá” ser feita “mediante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO”.

VIII – SÍNTESE DAS VICISSITUDES DO PROCESSO ARBITRAL

15. Em 18.08.2017, a **Requerente** pediu a instauração de arbitragem, postulando que fossem ao final impostas ao **Requerido** as seguintes obrigações: (a) “imediato seccionamento das linhas de ônibus intermunicipais designadas no Anexo VI do Contrato”; (b) pagar “indenização mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira afetada pela perda de receita não compensada na forma estabelecida na cláusula 11.3.3” do Contrato; e (c) reembolso por despesas incorridas no processo arbitral, incluídos honorários advocatícios.

16. Em 18.08.2017, a **Requerente** protocolizou seu Requerimento de Arbitragem perante a Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, designando Ricardo de Carvalho Aprigliano para atuar como coárbitro e se reservou o direito de indicar o árbitro suplente se e quando necessário.

17. Em 24.08.2017, a Secretaria da Câmara atribuiu à arbitragem a referência “23033/JPA”.

18. Em 11.09.2017, a Secretaria da Câmara encaminhou ao **Requerido** o Requerimento de Arbitragem e o convidou a apresentar Resposta e seus comentários sobre a composição do Tribunal Arbitral. Ainda, destacou que o valor da disputa não foi quantificado pela **Requerente** e solicitou que esta apresentasse uma estimativa do valor monetário das demandas não quantificadas.

19. Em 18.09.2017, a **Requerente** manifestou-se sobre a quantificação do valor em disputa, informando não possuir as informações necessárias para apre-

sentação de qualquer estimativa do valor envolvido nas demandas não quantificadas no momento.

20. Em 20.09.2017, à luz de revelação apresentada na Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência do coárbitro designado pela **Requerente**, Ricardo de Carvalho Aprigliano, a Secretaria da Câmara concedeu às Partes prazo de até o dia 27.09.2017 (artigo 11(2) do Regulamento) para sobre ela se manifestar.

21. Em 26.09.2017, a Secretaria da Câmara encaminhou ao Requerido a manifestação da Requerente, de 18.09.2017, na qual indicou que não é possível quantificar o valor das demandas e informou que o Secretário- Geral da CCI, no exercício de seu poder discricionário, fixou um adiantamento da provisão para cobrir os custos da arbitragem até a definição desta Ata de Missão (artigo 37(1) e artigo 1(2) do Apêndice III). Ainda nesta data, o Requerido manifestou-se sobre a revelação na Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência apresentada por Ricardo de Carvalho Aprigliano e solicitou esclarecimentos adicionais.

22. Em 01.10.2017, o **Requerido** apresentou a Resposta ao Requerimento de Arbitragem e alegou a inarbitrabilidade, a princípio, da controvérsia trazida pela Requerente em razão da indisponibilidade dos direitos em questão. Concordou, ainda, que a lei aplicável à disputa seja a legislação brasileira, a sede seja a Cidade de São Paulo e que o procedimento seja conduzido em língua portuguesa. O **Requerido** sugeriu também que o princípio da publicidade deve ser respeitado e a seleção do Árbitro-Presidente deve ser dada a partir de lista formulada pelos coárbitros e entregue às Partes, as quais, no mesmo prazo, indicarão os nomes para exclusão da lista, cabendo aos coárbitros, então, dentre os nomes restantes da lista, escolher 1(um) para ser o Presidente do Tribunal Arbitral. O **Requerido**, ainda, designou Cleveland Prates Teixeira para atuar como coárbitro.

23. Em 11.10.2017, a **Requerente** concordou com o procedimento sugerido pelo Requerido para a seleção do Presidente do Tribunal Arbitral e sugeriu, ainda, que (i) os coárbitros devem apresentar uma lista de 4 (quatro) nomes para o cargo de Presidente do tribunal Arbitral à Secretaria da Câmara; (ii) as Partes devem excluir 2 (dois) nomes da lista preparada pelo coárbitro indicado pela outra Parte, sem necessidade de justificativa; (iii) a Secretaria da Câmara deve elaborar uma lista com os 4 (quatro) nomes restantes; (iv) as Partes devem enviar à Secretaria da Câmara a ordem de preferência em relação aos 4 (quatro) nomes para Presidente do Tribunal

Arbitral; (v) o nome que receber a maior pontuação da adição dos valores atribuídos pelas Partes deverá ser escolhido para Presidente do Tribunal Arbitral; (vi) em caso de empate, as Partes devem chegar a um acordo; (vii) na ausência de consenso, os coárbitros serão chamados para selecionar o Presidente do Tribunal Arbitral dentre os nomes com maior pontuação; e (viii) na hipótese de não haver consenso entre os coárbitros, o Presidente do Tribunal Arbitral será designado pela Corte Internacional de Arbitragem da CCI.

24. Em 17.10.2017, a Secretaria da Câmara acusou o recebimento da Resposta ao Requerimento de Arbitragem e solicitou esclarecimentos ao Requerido referente à garantia da aplicação do princípio da publicidade.

25. Em 18.10.2017, o Requerido afirmou que por se tratar de caso que envolve ente da Administração Pública Brasileira, em regra, a arbitragem não será sigilosa, ressaltando-se as hipóteses previstas nas leis brasileiras em vigor.

26. Em 23.10.2017, a Requerente manifestou-se sobre a constituição do Tribunal Arbitral e a publicidade do processamento da arbitragem. A Requerente reiterou que não se opõe ao procedimento sugerido pelo Requerido para seleção do Presidente do Tribunal Arbitral e afirmou que não há informações suficientes para que possa se manifestar sobre a publicidade da arbitragem. Por fim, solicitou esclarecimentos da Secretaria da Câmara no tocante à publicidade do processamento da arbitragem, conforme solicitado pelo Requerido. Na mesma data, a Secretaria da Câmara encaminhou correspondência informando às Partes que, em razão da proposta da Requerente, que foi aceita pelo Requerido, o procedimento foi transferido para o escritório da CCI de São Paulo e passou a ser registrado como “23033/JPA/GSS” e novo adiantamento da provisão foi fixado pelo Secretário-Geral da CCI.

27. Em 26.10.2017, a Secretaria da Câmara confirmou que a Requerente não se opôs ao procedimento sugerido pelo Requerido para a seleção do Presidente do Tribunal Arbitral e convidou o Requerido a apresentar seus comentários às sugestões adicionais da Requerente referentes ao procedimento para a seleção do Presidente do Tribunal Arbitral. Ainda nesta data, por correio eletrônico, o Requerido concordou com as sugestões apresentadas pela Requerente para seleção do Presidente do Tribunal Arbitral.

28. Em 10.11.2017, a Secretaria da Câmara informou que, apesar do prazo concedido, o Requerido não esclareceu de que forma a aplicação do princípio da

publicidade deverá ser garantida. Assim, considerando que as Partes não chegaram a um acordo sobre a publicidade do processamento da arbitragem, a Secretaria da Câmara determinou que a questão deverá ser tratada pelo Tribunal Arbitral. Ainda nesta data, à luz de revelação apresentada por Cleveland Prates Teixeira, a Secretaria da Câmara concedeu às Partes prazo até o dia 17.11.2017 (artigo 11(2) do Regulamento) para sobre ela se manifestar.

29. Em 17.11.2017, a Requerente manifestou-se sobre a revelação na Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência do candidato a coárbitro designado pelo Requerido, Cleveland Prates Teixeira, e solicitou esclarecimentos adicionais.

30. Em 23.11.2017, a Secretaria da Câmara informou que a Corte fixou com base em um valor em disputa não quantificado e 3 (três) árbitros a provisão para os custos da arbitragem em R\$ 590.000,00 (quinhentos e noventa mil reais), sujeito a futuros reajustes (artigo 37(2) do Regulamento).

31. Em 08.12.2017, a Secretaria da Câmara informou (artigo 13(2) do Regulamento) que em 07.12.2017 o Secretário-Geral da CCI confirmou Ricardo de Carvalho Aprigliano, na qualidade de coárbitro, conforme designação da Requerente, e Cleveland Prates Teixeira, na qualidade de coárbitro, conforme designação do Requerido, concedendo-lhes o prazo de 26.12.2017 para apresentar a lista de 4 (quatro) nomes para o cargo de Presidente do Tribunal Arbitral.

32. Em correio eletrônico de 26.12.2017, o coárbitro Cleveland Prates Teixeira apresentou a lista de nomes para o cargo de Presidente do Tribunal Arbitral.

33. Em correio eletrônico de 27.12.2017, o coárbitro Ricardo de Carvalho Aprigliano informou a lista de nomes para o cargo de Presidente do Tribunal Arbitral. Nesta mesma data, a Secretaria da Câmara confirmou o recebimento das listas de nomes para o cargo de Presidente do Tribunal Arbitral enviadas pelos coárbitros.

34. Em correios eletrônicos de 02.01.2018, as Partes informaram a exclusão de 2 (dois) nomes das listas apresentadas pelos coárbitros, em cumprimento do procedimento para designação do Presidente do Tribunal Arbitral. Ainda nesta data, a Secretaria da Câmara confirmou o recebimento das manifestações das Partes referentes ao procedimento para designação do Presidente do Tribunal Arbitral, informou a lista dos 4 (quatro) nomes restantes, em ordem alfabética, e solicitou

que as Partes informassem as suas ordens de preferência em relação aos nomes indicados para exercício da presidência do Tribunal Arbitral.

35. Em 12.01.2018, as Partes apresentaram as suas ordens de preferência em relação aos nomes para escolha do Presidente do Tribunal Arbitral. Ainda nesta data, a Secretaria da Câmara confirmou o recebimento das manifestações das Partes e, em razão de empate na somatória das notas atribuídas às sugestões para o cargo de Presidente do Tribunal Arbitral, informou o prazo até o dia 19.01.2018 para as Partes chegarem a um consenso sobre a nomeação do Presidente do Tribunal Arbitral. O prazo foi prorrogado a pedido das Partes.

36. Em 23.01.2018, as Partes informaram que resolveram, de comum acordo, designar Calixto Salomão Filho para presidir o Tribunal Arbitral. Na mesma data, a Secretaria da Câmara acusou o recebimento das manifestações das Partes e encaminhou a Calixto Salomão Filho a designação como Presidente do Tribunal Arbitral.

37. Em 30.01.2018, à luz de revelação apresentada por Calixto Salomão Filho, a Secretaria da Câmara concedeu às Partes prazo de até o dia 6.02.2018 (artigo 11(2) do Regulamento) para sobre ela se manifestar. As Partes não apresentaram objeções.

38. Em 09.02.2018, o Secretário-Geral da CCI confirmou Calixto Salomão Filho como Presidente do Tribunal Arbitral, transmitindo os autos do Tribunal Arbitral (artigo 16 do Regulamento), uma vez que o adiantamento da provisão foi integralmente pago pela Requerente.

39. Em 27.02.2018, o Árbitro Presidente informou às Partes a intenção do Tribunal Arbitral de nomear Lílian M. Monteiro Cintra de Melo para atuar como Secretária Administrativa, convidando as Partes a se manifestarem até 02.03.2018. As Partes concordaram com a nomeação. Ainda, em 27.02.2018, o Tribunal Arbitral remeteu às Partes as minutas de Ata de Missão e de Cronograma Provisório, convidando-as a apresentar suas respectivas inserções até 5.03.2018 e agendando, nos termos do Artigo 24 do Regulamento, a reunião para discussão sobre a condução e cronograma do procedimento e assinaturas da Ata de Missão em 07.03.2018.

40. O item 7.2.8 da Ata de Missão sintetizou os pedidos da Requerente, isto é:

7.2.8.1. realizar o imediato seccionamento das linhas de ôni-

bus intermunicipais expressamente designadas no Anexo VI do Contrato de Concessão, para cumprimento das obrigações previstas nas Cláusulas 11.3.1 c/c 11.3.2 do Contrato de Concessão, visto que a obrigação de reequilíbrio contratual não tem natureza compensatória, mas medida paliativa até que se cumpra o comando contratual de seccionamento;

7.2.8.2. realizar imediatamente o pagamento da indenização mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira afetada pela perda de receita não compensada na forma estabelecida na cláusula 11.3.3, decorrente do não seccionamento das linhas de ônibus relacionadas no Anexo VI do Contrato de Concessão, desde o início da operação comercial da Fase I, em 17.10.2011, até a data do efetivo seccionamento, em montante a ser apurado por profissional a ser designado pelo E. Tribunal Arbitral no curso da arbitragem e efetivada com base nos documentos que comprovem o número de passageiros transportados diariamente a serem fornecidos pelo Requerido nos termos do pedido formulado na alínea “b” acima, sendo certo que o cálculo da indenização, cujo pagamento será realizado para fins de reequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão, deverá aplicar a regra contratual, a saber, a TIR do Projeto de 15,13% a.a e os índices de correção contratualmente estabelecidos (50% IGP-M/FGV e 50% IPC/FIPE-USP); e

7.2.8.3. reembolsar a Requerente por todas as despesas e custas da arbitragem, incluindo-se honorários advocatícios.

41. O cronograma provisório fixado na Ata de Missão previa apenas os atos postulatórios atinentes às questões preliminares, isto é, manifestação do Requerido (em 16.04.2018), Resposta do Requerente (em 16.05.2018), Réplica do Requerido (em 04.06.2018) e Tréplica do Requerente (em 18.06.2018). A Ata de Missão e o cronograma provisório do procedimento foram transmitidos à Corte em sua sessão de 15.03.2018.

42. Já se vislumbrava que o pedido de seccionamento das linhas de ônibus havia perdido seu objeto, haja vista que o Requerido o havia realizado, ainda que tardiamente (Comunicado CMCP n. 820/2017 de 15.09.2017 – doc. AU- 16), o que foi efetivamente feito.

43. Contudo, a Requerente entendia que o seccionamento tardio, realizado após o pedido de instauração do presente processo arbitral, representaria reconhecimento da procedência do primeiro pedido formulado na Ata de Missão, ao passo que o

Requerido negava a ocorrência de tal circunstância.

44. A Ordem Processual n. 1 oportunizou às Partes se manifestarem se estariam de acordo com a simples exclusão do primeiro pedido do objeto do processo arbitral, com o que a Requerente, por petição datada de 04.06.2018, concordou.

45. Assim, o processo arbitral prosseguiu quanto aos demais pedidos formulados na Ata de Missão, quais sejam:

7.2.8.2. realizar imediatamente o pagamento da indenização mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira afetada pela perda de receita não compensada na forma estabelecida na cláusula 11.3.3, decorrente do não seccionamento das linhas de ônibus relacionadas no Anexo VI do Contrato de Concessão, desde o início da operação comercial da Fase I, em 17.10.2011, até a data do efetivo seccionamento, em montante a ser apurado por profissional a ser designado pelo E. Tribunal Arbitral no curso da arbitragem e efetivada com base nos documentos que comprovem o número de passageiros transportados diariamente a serem fornecidos pelo Requerido nos termos do pedido formulado na alínea “b” acima, sendo certo que o cálculo da indenização, cujo pagamento será realizado para fins de reequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão, deverá aplicar a regra contratual, a saber, a TIR do Projeto de 15,13% a.a e os índices de correção contratualmente estabelecidos (50% IGP-M/FGV e 50% IPC/FIPE-USP); e

7.2.8.3. reembolsar a Requerente por todas as despesas e custas da arbitragem, incluindo-se honorários advocatícios.

46. Em função disso, a Ordem Processual n. 2 de 23.06.2018 fixou novo cronograma, oportunizando à Requerente apresentar Alegações Iniciais (06.08.2018), ao Requerido Resposta (em 05.10.2018), Réplica do Requerente (24.10.2018), Tréplica do Requerido (14.11.2018) e para ambas as partes a indicação de pontos controvertidos (05.12.2018).

47. As Alegações Iniciais da Requerente centraram-se exclusivamente nos pedidos de condenação pecuniária remanescentes, insistindo na necessidade de o Requerido apresentar informações quanto ao número de passageiros transportados pela EMTU nas linhas de ônibus referidas no indigitado Anexo VI do Contrato e apresentando os critérios jurídicos e financeiros necessários a se promover à compensação por meio do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

48. Em Resposta às Alegações Iniciais, o Requerido suscitou duas questões prejudiciais de mérito.

49. Primeiramente, arguiu a prescrição extintiva da pretensão da Requerente. Para tanto, o Requerido afirmou que a obrigação de promover o seccionamento das linhas de ônibus tornou-se exigível com o início da operação da linha de metrô concedida (em 21.06.2010) e, em face do seu descumprimento, surgiu a pretensão à compensação financeira por parte da Requerente. Assim, transcorrido o prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/1932, restou fulminada a pretensão reparatória. O Requerido alega que a obrigação de seccionamento não é de trato sucessivo e que, mesmo que o fosse, teria ocorrido a negativa do “fundo do direito”, ou seja, a negativa do próprio direito a prestações sucessivas, por meio da Carta da EMTU n. CT/DP/21/2011, de 22.09.2011 (doc. AU-10). Para dar suporte a essa tese, invoca o Requerido os verbetes n. 443 da súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 85 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

50. Em caráter subsidiário, afirmou o Requerido a necessidade de se considerar a retroatividade máxima de 180 dias para o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, na forma de sua cláusula 13.5. Tal argumentação conecta-se à tese de que a Requerente não teria observado o procedimento administrativo previsto na mesma cláusula décima terceira do Contrato para requerimento da recomposição econômico-financeira do contrato.

51. A Requerente refutou essas questões prejudiciais em Réplica, afirmando: (a) que o início da operação comercial plena da Fase I, com as 6 estações previstas para essa fase em operação, ocorreu em 17.10.2011; (b) O Requerido deixou de considerar que a elaboração dos estudos pela EMTU e as tratativas em curso na via administrativa suspendeu o decurso do prazo prescricional, conforme expressa previsão no artigo 4º do Decreto nº 20.910/1932, e (c) a Carta da EMTU N. CT/DP/21/2011 não configura negativa do ESTADO ao direito de seccionamento.

52. Houve ainda Tréplica e manifestação quanto aos pontos controvertidos e especificação de provas nos prazos fixados pela Ordem Processual N. 2.

53. Em 11.01.2019, houve comunicação de renúncia ao posto de Secretária do Tribunal Arbitral por parte da Dra. Lílian Cintra de Melo que, ademais, fora contratada pelo escritório que patrocina os interesses do Requerente.

54. Comunicadas as partes, o Requerido formulou pedido de esclarecimentos a respeito da questão em 12.02.2019, respondido pelo Tribunal Arbi-

tral em 18.02.2019.

55. Após tratativas das partes, o Presidente do Tribunal Arbitral originalmente nomeado, Dr. Calixto Salomão Filho, endereçou sua renúncia, aprovada pela Corte em 10.04.2019.

56. Seguiu-se, então, procedimento destinado à nomeação de novo Presidente do Tribunal Arbitral, seguindo-se a apresentação de novos nomes pelos coárbitros em 30.04.2019.

57. Por meio de petições datadas de 13.05.2019, as Partes manifestaram a escolha do Dr. José Rogério Cruz e Tucci que aceitou o encargo e cumpriu o dever de revelação. Em 28.05.2019, o Secretário-Geral da CCI confirmou sua designação.

58. A Ordem Processual n. 3 de determinou que as Partes se manifestassem se concordariam com o julgamento imediato das duas questões prejudiciais arguidas pelo Requerido na Resposta às Alegações Iniciais. O Requerente refutou tal possibilidade, ao passo que o Requerido com ela concordou.

59. A Ordem Processual n. 4 postergou o exame da matéria e designou audiência para o dia 15.10.2019, oportunidade em que o Tribunal Arbitral optou por apreciar as questões prejudiciais ao mérito da demanda antecipadamente. Diante da desnecessidade de instrução probatória a respeito, a Ordem Processual n. 5 determinou que o procedimento com relação a essas questões preliminares se encerraria, oportunizando-se que ambas apresentassem Alegações Finais Parciais a respeito.

60. Ambas as Partes apresentaram suas Alegações Finais Parciais em 01.11.2019, reiterando suas teses anteriormente apresentadas. A instrução foi declarada encerrada quanto aos pontos preliminares em 04.11.2019. Em 17.12.2019, o Tribunal Arbitral apresentou a minuta da Sentença Arbitral Parcial para aprovação da Corte.

IX – EXAME DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS DE MÉRITO

IX.1. Prescrição

61. Para enfrentar as questões prejudiciais de mérito, é preciso assentar como

premissa que a obrigação de seccionamento das linhas de ônibus assume características semelhantes de “trato sucessivo”, pois seu descumprimento se protraí no tempo e gera periodicamente pretensões distintas.

62. Em realidade, toda a equação financeira de uma Concessão é construída pressupondo que o equilíbrio ocorra ao longo do tempo, por meio de despesas planejadas e realizadas, de um lado, e receitas auferidas, de outra. Como a obrigação definida na cláusula 13.1.1 do Contrato tinha por objetivo adicionar uma nova receita a cada novo período de tempo, o seu descumprimento pode implicar um desequilíbrio do Contrato que ocorre gradativamente ao longo do tempo.

63. Assim, cada viagem realizada por um ônibus cuja linha deveria ter sido seccionada e não o foi pode ter representado uma violação do direito do Requerente, fazendo nascer uma respectiva pretensão ressarcitória, nos termos do art. 189 do Código Civil. Em outras palavras: no momento em que se iniciou a operação da linha de metrô concedida, não se poderia considerar violado o direito da Requerente em ser ressarcida pela operação de linhas de ônibus que deveriam ter sido seccionadas. O direito ao ressarcimento somente seria violado com a realização de viagens de linhas de ônibus não seccionadas sem o correspondente pagamento à Requerente.

64. O entendimento acolhido na presente decisão foi sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, cumprindo referir, à propósito, à guisa de exemplo um julgado recentíssimo, do qual se extrai o seguinte escólio: “Em se tratando de obrigação de trato sucessivo, podem incidir, no contexto da mesma relação jurídica, dois prazos prescricionais (...) a depender do momento em que nasce cada pretensão, individualmente considerada” (REspn. 1677673/DF, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 14.05.2019, DJe 16.05.2019).

65. Assim, deve ser rejeitada a argumentação de que a pretensão decorrente da violação do direito ao seccionamento da linha de ônibus teria nascido com a operação da linha de metrô concedida e só poderia ser exercitada até cinco anos, contados daquela data. Considerando-se a natureza da obrigação descumprida pelo Requerido, cada uma das prestações pecuniárias devidas sujeita-se ao seu próprio prazo prescricional.

66. Da mesma forma, deve-se rejeitar a argumentação do Requerido segundo a qual teria havido, em 2011, a “negativa do direito ao seccionamen-

to” (Resposta às Alegações Iniciais, §31). Primeiro, porque o reconhecimento de eventual impossibilidade de promover o seccionamento não representa a negativa do direito da Requerente em receber ressarcimento, tema que em nenhum momento foi discutido em sede administrativa, conforme adiante se examinará em maiores detalhes. Segundo, porque tratava-se de uma impossibilidade momentânea, que restou superada posteriormente, com a efetiva realização do seccionamento.

67. Em se tratando de pretensões surgidas periodicamente, cada uma delas se sujeita a um diferente termo *a quo* para contagem do prazo prescricional.

68. A Requerente aponta um intervalo de quase seis anos de prestações devidas, entre a data em que afirma ter se iniciado o descumprimento da obrigação de seccionamento das linhas de ônibus (17.10.2011) e a data de protocolo de requerimento de instauração do procedimento de mediação que antecedeu o presente processo arbitral (29.06.2017) apto a suspender a prescrição face ao art. 17, par. ún., da Lei n. 13.140/2015. Frustrada a mediação, a prescrição foi posteriormente interrompida com o pedido de instauração do presente processo arbitral, *ex vi* do art. 19, § 2º, da Lei n. 9.307/96.

69. Somente se admitiria a cobrança de valores devidos há mais de cinco anos da data em que requerida a instauração do procedimento de mediação que, infrutífero, antecedeu a arbitragem, se houvesse fatos interruptivos ou suspensivos do prazo prescricional. Ocorre que não há.

70. Entende-se que as sucessivas cartas trocadas entre Requerente e Requerido antes do pedido de instauração do presente processo arbitral não são aptas a gerar interrupção ou suspensão do prazo prescricional.

71. O art. 4º do Decreto-lei n. 20.910/1932 pressupõe estudos do Poder Público quanto ao pagamento de dívidas líquidas, após ter sido requerido administrativamente pelo particular.

72. Contudo, as missivas encaminhadas pela Requerente à Requerida (doc. AU-10 e AU-21) cobram apenas o seccionamento das linhas de ônibus, mas não o pagamento de valores pelo descumprimento de tal obrigação até então. Em resposta a essas missivas, a EMTU revela que estava a promover estudos quanto às mudanças das linhas de ônibus, mas não relativamente ao pagamento da repa-

ração (docs. AU-12, e AU-16 a AU-19).

73. Tem-se duas obrigações que, embora correlatas, não se confundem: uma delas, de fazer, consistia no seccionamento das linhas de ônibus; a segunda, de pagar, tendo por objeto reparação por não ter havido o seccionamento. Os pedidos formulados pela Requerente e que geraram estudos pelo Requerido concerniam exclusivamente à primeira obrigação. A prescrição que ora se discute, refere-se à segunda.

74. Ainda que assim não fosse, não havia, como ainda não há, dívida líquida, que constitui mais um requisito previsto no art. 4º o Decreto-lei n. 20.910/1932.

75. Por fim, como decorrência lógica de tudo o quanto restou aqui reconhecido, não se vê nos ofícios enviados pela EMTU e pelo Requerido qualquer reconhecimento do direito da Requerente ao pagamento de valores, de tal sorte que igualmente não incide o art. 191 do Código Civil, contrariamente ao sustentado pela Requerente em sua Réplica (§ 35).

76. Desse modo, o Tribunal Arbitral entende que a prescrição somente foi interrompida com a apresentação do pedido de instauração de procedimento de mediação em 29.06.2017, nos termos do art. 17, par. ún., da Lei n. 13.140/2015.

77. Em consequência, a pretensão ressarcitória da Requerente se acha fulminada pela prescrição quinquenal para quaisquer valores decorrentes de viagens de ônibus de linhas indevidamente não seccionadas, ocorridas antes de 29.06.2012.

78. À luz de tal constatação, torna-se irrelevante solucionar a controvérsia entre as Partes quanto à data de início de operação da linha de metrô concedida, isto é, se 21.06.2010 (como entende o Requerido) ou 17.10.2011 (como sustenta a Requerente).

IX.2. Retroação do pedido de reequilíbrio

79. Impõe-se igualmente necessário assentar premissas para enfrentar a tese do Requerido de que o reequilíbrio econômico-financeiro pleiteado pela Requerente somente poderia retroagir pelo prazo máximo de 180 dias, à luz da cláusula 13.5 do Contrato.

80. O direito de o contratado obter o reequilíbrio econômico-financeiro decor-

re de “fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”, nos termos do art. 65, I, “d”, da Lei n. 8.666/93. O art. 124 desse diploma estende a aplicação de suas normas aos contratos de concessão de serviço público, cuja lei específica (Lei n. 8.987/95) não dispõe em sentido contrário.

81. No presente caso, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato não decorre de nenhum dos fatos mencionados no referido dispositivo legal, bem como aquele contratual, ou seja:

- a) o fato gerador de desequilíbrio (frustração de demanda de passageiros) não era imprevisível; ao contrário, o contrato previu que poderia ocorrer e estipulou as suas consequências;
- b) embora previsível, o fato gerador do desequilíbrio não trouxe “consequências incalculáveis”; tanto é que o contrato previu uma forma de calculá-las;
- c) o fato gerador não impediu ou retardou a execução do objeto contratual;
- d) não houve força maior ou caso fortuito porque não se apresenta na espécie “fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir”, conforme dispõe o art. 393, par. ún., do Código Civil; e, por fim,
- e) a alegação do “fato do príncipe configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”, não merece prosperar, uma vez que, pelo contrário, o Requerido assumiu a obrigação contida na Clausula 13.3.1 e a descumpriu, sujeitando-se às eventuais consequências previstas no Contrato.

82. No presente caso, vê-se que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato nada tem a ver com o contexto do dispositivo legal e da cláusula contratual acima referidos. Houve sim o descumprimento de uma obrigação por parte do Requerido, que pode ensejar o direito de o Requerente obter compensação “pela frustração de demanda daí decorrente na LINHA 4 – AMARELA” (cláusula 11.3.3 do Contrato). Essa compensação foi contratualmente definida como pecuniária, “no

montante equivalente ao resultado da multiplicação do número de passageiros transportados na linha de ônibus intermunicipal da EMTU não seccionada, pela TARIFA DE REMUNERAÇÃO” (cláusula 11.3.3 do Contrato), sendo certo que as Partes discutem a correta interpretação a ser dada à cláusula, com reflexos nos métodos de cálculo da indenização.

83. Conforme acima registrado, a cláusula 11.3.4 do Contrato dispõe que a compensação “poderá” ser feita “mediante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO”. Assim, não se trata propriamente de um reequilíbrio econômico-financeiro no sentido clássico, cuja necessidade teria origem nas circunstâncias definidas na Cláusula Décima Segunda do Contrato), mas sim uma forma de reparação do prejuízo sofrido, o qual haverá de ser aqui quantificado. O direito ao ressarcimento pecuniário somente se vê prejudicado pelo prazo prescricional quinquenal, que se reconheceu incidente sobre parte das prestações objeto da cobrança.

84. Daí, porque este Tribunal Arbitral entende inaplicável o quanto pactuado na cláusula 13.5 do Contrato para limitar o período de apuração do direito ao ressarcimento da Requerente.

X – DISPOSITIVO

85. Diante dos fundamentos ora expendidos, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, profere esta SENTENÇA PARCIAL para o fim de reconhecer a prescrição da pretensão da Requerente ao ressarcimento por todas as viagens de ônibus de linhas da EMTU referidas no Anexo VI do Contrato e não seccionadas anteriormente a 29.06.2012.

86. Todas as questões não decididas nesta sentença parcial, inclusive com relação aos custos da arbitragem, serão tratadas em uma sentença arbitral posterior. Assim, este Tribunal Arbitral não proverá, nesta sentença arbitral, sobre os demais pedidos formulados, e, em sequência, determinará os próximos atos a serem praticados em prosseguimento do processo arbitral por meio de oportuna Ordem Processual.

87. Em sua sessão de 19.12.2019, a Corte prorrogou o prazo para a prolação da sentença final até 31 de março de 2020.

São Paulo, 07 de janeiro de 2020

RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO

Coárbitro

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

Presidente do Tribunal Arbitral