

**Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. (“CAF”)
Requerente**

vs.

**Estado de São Paulo
Requerido**

e

**Companhia do Metropolitano de São Paulo (“Metrô”)
Requerido**

**Sentença Arbitral
09 de junho de 2016**

PERANTE O TRIBUNAL ARBITRAL
Nelson Laks Eizirik (Presidente)
Carlos Alberto Carmona
Maurício Moura Portugal Ribeiro

CAPÍTULO I – AS PARTES

1. A Requerente na arbitragem é:

CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES S.A., sociedade anônima organizada e existente sob as leis da Espanha, portadora do Código de Identificação Fiscal nº A-20001020, com sede e foro em Beasain, província de Guipúzcoa, com endereço na Rua José Miguel Iturrioz nº 26, doravante denominada "**Requerente**" ou "**CAF**".

A Requerente é representada, neste Procedimento Arbitral, pelos advogados Dr. João Marcos Silveira e Dr. João Paulo Trancoso Tannous, integrantes do escritório Gouveia, Silveira e Tannous Advogados, com endereço na Avenida Nove de Julho nº 4.954, CEP 01406-200, São Paulo - SP, tel.: (11) 3068-2050, fax: (11) 3068-2051.

2. Os Requeridos na arbitragem são:

ESTADO DE SÃO PAULO, pessoa jurídica de direito público interno, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 66.858.689/0001-06, com endereço na Rua Pamplona, nº 227, 17º andar, Jardim Paulista, CEP 01405-902, São Paulo – SP, doravante denominada "**GESP**"; e

COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO, sociedade de economia mista estadual, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 62.070.362/0001-06, com endereço na Rua Boa Vista, nº 175, 5º andar, Centro, CEP 01014-001, São Paulo – SP, doravante denominada "**Metrô**".

O **GESP** é representado, neste Procedimento Arbitral, pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, com endereço na Rua Pamplona nº 227, Jardim Paulista, CEP 01405-902, São Paulo – SP, por meio dos seguintes procuradores: Dr. Elival da Silva Ramos, Dra. Camila Rocha Cunha Viana e Dr. André Rodrigues Junqueira.

O **Metrô** é representado, neste Procedimento Arbitral, pelos seguintes advogados, com endereço na Rua Boa Vista, nº 175, 5º andar, Centro, CEP: 01014-001, São Paulo – SP: Dra. Alexandra Leonello Granado; Dra. Simone Zanetti de Andrade; Dr. Thiago

Bassetti Martinho; Dr. Lucas Maretti Rossi; Dra. Greyce Carla Sant'ana Carrijo; e Dr. Tadeu Alvarez Tales.

3. **GESP e Metrô** são conjuntamente denominados **Requeridos**.
4. **Requerente e Requeridos** são conjuntamente denominados **Partes**

CAPÍTULO II – O TRIBUNAL ARBITRAL

5. O Tribunal Arbitral é composto por:

Carlos Alberto Carmona, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/SP sob o nº 63.904, portador do CPF/MF nº 006.441.628-30, com escritório na Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1.478, 20º andar, São Paulo, SP, CEP 01452-001, tel.: (11) 3817-9114 e fax: (11) 3812-4969, e-mail: carmona@mrtc.com.br, indicado pela **Requerente**;

Maurício Moura Portugal Ribeiro, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 177.738 e na OAB/SP sob o nº 161.930, portador do CPF/MF nº 862.224.495-49, com escritório na Avenida Visconde de Pirajá nº 142, sala 505, Ipanema, Rio de Janeiro - RJ, CEP 22410-000, tel.: (21) 2135-6290, e-mail: mauricio@portugalribeiro.com.br, indicado pelos **Requeridos**; e

Nelson Laks Eizirik, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 38.730 e portador do CPF/MF nº 157.629.630-04, com escritório na Rua Santa Luzia, nº 651, 34º andar, Rio de Janeiro - RJ, CEP 20021-903, tel.: (21) 39068200 e fax: (21) 2262-7784, e-mail: nelson@eizirik.com.br, Presidente do Tribunal Arbitral, indicado conjuntamente pelos Árbitros nomeados pelas **Partes**.

CAPÍTULO III – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

6. A cláusula constante do Contrato Administrativo STM nº 007/2008, decorrente da Concorrência Internacional nº 4125721201 (doravante denominado "Contrato"), celebrado entre as **Partes** em 03 de julho de 2008, transcrita abaixo, é o fundamento para instituição deste Procedimento Arbitral.

"10. Settlement of Disputes

10.1 The Purchaser and the Supplier shall make every effort to resolve amicably by direct informal negotiation any disagreement or dispute arising between them under or in connection with the Contract.

10.2 If, after twenty-eight (28) days, the parties have failed to resolve their dispute or difference by such mutual consultation, then either the Purchaser or the Supplier may give notice to the other party of its intention to commence arbitration, as hereinafter provided, as to the matter in dispute, and no arbitration in respect of this matter may be commenced unless such notice is given. Any dispute or difference in respect of which a notice of intention to commence arbitration has been given in accordance with this Clause shall be finally settled by arbitration. Arbitration may be commenced prior to or after delivery of the Goods under the Contract. Arbitration proceedings shall be conducted in accordance with the rules of procedure specified in the SCC.

10.3 Notwithstanding any reference to arbitration herein,

(a) the parties shall continue to perform their respective obligations under the Contract unless they otherwise agree; and

(b) the Purchaser shall pay the Supplier any monies due the Supplier”.

7. A Cláusula 10.1 é complementada pelas Condições Especiais do Contrato (“SCC”), que assim dispõem:

“GCC 10.2

Appointing Authority for Disputes Review Board: International Chamber of Commerce.

Rules of procedure for arbitration proceedings:

Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this Contract, or breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules as at present in force”.

CAPÍTULO IV – JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

8. A jurisdição deste Tribunal Arbitral decorre das cláusulas acima transcritas.

CAPÍTULO V – LOCAL E IDIOMA DA ARBITRAGEM

9. O local da arbitragem é a Cidade de São Paulo - SP, Brasil, podendo, no entanto, ser realizadas diligências em qualquer outra localidade, conforme autorizado ou determinado pelo Tribunal Arbitral.

10. A arbitragem será conduzida em português, sendo, nesse idioma, redigidas as manifestações e requerimentos das **Partes**, as ordens processuais e eventuais manifestações dos Árbitros, inclusive a Sentença Arbitral.

CAPÍTULO VI – DIREITO APLICÁVEL

11. Aplicam-se a esta arbitragem as leis da República Federativa do Brasil, não estando os Árbitros autorizados a decidir por equidade.

12. No tocante à distribuição dos ônus probatórios, aplica-se o Regulamento adotado, atendendo-se ao princípio geral de que incumbe à **Requerente** comprovar os fatos constitutivos de seu direito e aos **Requeridos** a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo dos direitos da **Requerente**.

CAPÍTULO VII – VALOR DA ARBITRAGEM

13. A **CAF** indica como valor do litígio o montante de **R\$ 51.346.825,00** (cinquenta e um milhões, quatrocentos e seis mil, oitocentos e vinte e cinco reais)¹, não anuído pelos **Requeridos**, referente às faturas por ela emitidas até o momento da celebração do Termo de Arbitragem, vencidas e não pagas pelos **Requeridos**, sem prejuízo da apuração e pagamento do saldo restante devido, conforme venha a ser determinado no decorrer ou ao final deste Procedimento Arbitral.

CAPÍTULO VIII – PRAZO PARA PROLAÇÃO DA SENTENÇA FINAL

14. A Sentença Arbitral deve ser proferida no prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar do recebimento das vias físicas das Alegações Finais das **Partes** pelo Tribunal Arbitral, podendo ser prorrogado, por mais 30 (trinta) dias, por decisão do Presidente do Tribunal Arbitral.

15. De acordo com a Ordem Processual nº 04, o prazo foi prorrogado até 10.06.2016.

CAPÍTULO IX – PROCEDIMENTO

16. No dia 29.05.2015, as **Partes** celebraram Termo de Arbitragem, indicando a composição do Tribunal Arbitral. Definiu-se, ainda, que o procedimento seguido seria o da UNCITRAL, de 2010, conjuntamente ao estabelecido no Termo.

¹ Somatória dos valores devidos em Reais e em Euro, utilizando a taxa de conversão de 3,40.

17. Em 24.06.2015, o Tribunal emitiu a Ordem Procedimental nº 1, a qual, nos termos da cláusula 10.2 do Termo de Arbitragem, estabeleceu o Calendário Provisório do procedimento arbitral.

18. Em 24.08.2015, a **Requerente** apresentou suas Alegações Iniciais, pleiteando que o Tribunal Arbitral, em antecipação de tutela, determinasse que os **Requeridos** pagassem as faturas já emitidas, acrescidas de todos os encargos previstos na Cláusula 15.5 das SCC do Contrato, bem como os proibisse de reter qualquer pagamento futuro com base na não apresentação de comprovantes de recolhimento de tributos ou em outras exigências não previstas no Contrato.

19. Em 08.09.2015, o Tribunal emitiu a Ordem Procedimental nº 2, na qual anunciou que, em respeito ao princípio do contraditório e visando a obter mais elementos para a formação de seu convencimento, apenas se manifestaria sobre o pedido de antecipação de tutela após a apresentação da Resposta dos **Requeridos**.

20. Em 23.10.2015, o **GESP** e o **Metrô** apresentaram suas Respostas às Alegações Iniciais, abordando, nos termos da Ordem Procedimental nº 2, o pedido de antecipação de tutela apresentado pela **Requerente**.

21. Em 24.11.2015, a **Requerente** apresentou sua Réplica ao Tribunal.

22. Em 28.12.2015, os **Requeridos** apresentaram as respectivas Tréplicas.

23. Em 13.01.2016, a **Requerente** e os **Requeridos** apresentaram suas Manifestações sobre Especificação de Provas, nas quais informaram não pretender produzir quaisquer provas adicionais, por entenderem que as provas já então produzidas seriam suficientes. Solicitaram os **Requeridos**, ainda, que o julgamento antecipado fosse realizado sem prévia audiência oral para apresentação de argumentos e debates.

24. Em 02.02.2016, o Tribunal emitiu a Ordem Processual nº 3, apresentando sua decisão pelo indeferimento do Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela formulado pela **Requerente** e declarando encerrada a Fase Probatória. O Tribunal, ainda, determinou que as **Partes** informassem se até aquele momento o Procedimento Arbitral fora conduzido adequadamente e se lhes foram concedidas oportunidades para livremente exercerem a plena defesa de seus argumentos. Conferiu, por fim, prazo para que apresentassem suas Alegações Finais.

25. Em 12.02.2016, **GESP** informou que não tinha qualquer ressalva quanto à condução do procedimento; o **Metrô** e a **CAF** manifestaram-se no mesmo sentido no dia 17.03.2016.

26. Em 17.03.2016, as **Partes** apresentaram suas Alegações Finais, reiterando os argumentos já apresentados ao longo do contraditório.

CAPÍTULO X – RELATÓRIO

27. O Relatório da presente Sentença é estruturado em conformidade com as peças apresentadas pelas **Partes** do presente Procedimento Arbitral. Serão elencados os principais argumentos utilizados pelos litigantes para fundamentar seus pedidos, deixando-se claro, desde já, que aqueles argumentos que tenham sido repetidos na Réplica e nas Trélicas não serão reproduzidos.

X.1. Alegações Iniciais da CAF

28. Em conformidade com o Termo de Arbitragem, a **CAF** deduz os seguintes pedidos:

- (i) o recebimento dos valores correspondentes a todas as faturas emitidas e não pagas pelos **Requeridos**, em patente descumprimento do quanto contratado entre as **Partes**, além de todas aquelas que ainda não puderam ser emitidas e das que vierem a ser emitidas e igualmente inadimplidas durante o curso deste procedimento, todas elas acrescidas de multa e dos encargos previstos na Cláusula 15.5 das SCC do Contrato;
- (ii) sejam os **Requeridos** impedidos de obstaculizar a emissão de novas faturas ou de reter novos pagamentos em razão do suposto não recolhimento de tributos especificados na Planilha 1A do Contrato ou de quaisquer outras exigências descabidas;

e

- (iii) sejam reembolsadas todas as custas arcadas pela **CAF** relativas ao Procedimento, assim entendidas todas aquelas listadas no artigo 40 do Regulamento.

29. Com o intuito de fundamentar seus pedidos, a **Requerente** apresentou, em síntese, os seguintes argumentos em suas Alegações Iniciais.

30. A presente controvérsia tem como fundamento o cumprimento do Contrato Administrativo STM nº 007/2008, decorrente da Concorrência Internacional nº 4125721201 (“Contrato”) celebrado em 03.07.2008, com **GESP**, representado pela

Secretaria dos Transportes Metropolitanos (“STM”), e com o **Metrô** para fornecimento de 17 (dezessete) trens, com 6 (seis) carros cada.

31. A **Requerente** esclarece que, à época da licitação realizada para a celebração do Contrato, procurou concentrar esforços na elaboração de proposta agressiva, diminuindo ao máximo o lucro projetado. Além disso, tendo em vista que a preferência à produção doméstica era um critério de desempate previsto no edital, a **Requerente** preocupou-se em propor a produção dos trens majoritariamente no Brasil.

32. A proposta da **Requerente**, que acabou por ser declarada vencedora, era R\$ 153,3 milhões inferior àquela apresentada pela segunda colocada, ou aproximadamente 26% inferior ao valor apresentado pela segunda colocada, prevendo o fornecimento dos 17 trens a serem utilizados pelo **Metrô** mediante o pagamento de R\$ 440.810.000,00 (quatrocentos e quarenta milhões, oitocentos e dez mil reais).

33. Visando a atender ao requisito de produção doméstica, a **Requerente** formalizou com a empresa IESA PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S.A. (“IESA”) um Memorando de Entendimentos para Constituição de Parceria Comercial (“MOU”) para o fornecimento de trens e carros em toda a América do Sul.

34. A intenção da **Requerente**, apresentada na proposta, era de executar parte da montagem dos trens nas instalações da IESA. No entanto, após ter vencido o leilão, a **Requerente** se viu impossibilitada de contratar com a IESA, tendo sido obrigada a modificar os seus planos iniciais, substituindo-a e subcontratando sua subsidiária no Brasil, a CAF BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. (“CAF BRASIL”), por meio do Contrato Particular de Industrialização celebrado entre ambas em 09.04.2009 (“Contrato CAF Brasil”).

35. De acordo com correspondência do **Metrô** de 25.06.2010, os **Requeridos** passaram a exigir a apresentação dos comprovantes de recolhimento dos tributos indicados na coluna 5 da Tabela 1A do Contrato como condição para o pagamento das parcelas referentes ao preço do Contrato.

36. Tal exigência seria totalmente descabida, segundo a **Requerente**, uma vez que (i) o preço do Contrato não seria guiado pela Tabela 1A e (ii) inexistia no Contrato – e em especial na Cláusula 15 das *Special Conditions of Contract* (“SCC”) – qualquer previsão condicionando o pagamento das faturas à apresentação de comprovantes de pagamento de impostos.

37. Além disso, alegou a **Requerente** que a Cláusula 10.3 das *General Conditions of the Contract* (“GCC”) impediria a retenção de pagamentos por parte dos **Requeridos**, ao prever o seguinte: “10.3 Notwithstanding any reference to arbitration herein, (a) The parties shall continue to perform their respective obligations under the Contract unless they otherwise agree; and (b) The Purchaser [**GESP**] shall pay the Supplier [**Requerente**] any monies due to the Supplier”.

38. Ademais, a **Requerente** sustenta que a exigência dos **Requeridos** para fundamentar a retenção de pagamento – apresentação dos comprovantes de recolhimento dos tributos – se revelaria materialmente impossível. Isso porque a CAF BRASIL – empresa subcontratada pela **Requerente** e que tem funcionamento autônomo e independente da **Requerente** – se utilizou do regime tributário de *drawback*, criado pelo Decreto-Lei 37/1966, que consiste, basicamente, na desoneração de impostos no âmbito de importação vinculada a um compromisso de exportação.

39. Diante da impossibilidade de demonstração do recolhimento dos tributos, os **Requeridos** passaram a alegar que a **Requerente** deveria repassar-lhes os benefícios decorrentes do *drawback*, excluindo das faturas o valor dos impostos relacionados na Tabela 1A que não tenham sido recolhidos em decorrência do aludido benefício fiscal.

40. Com relação ao pleito dos **Requeridos** de desconto proporcional no preço em razão dos benefícios do *drawback*, a **Requerente** sustenta ser totalmente descabido, uma vez que:

(i) o *drawback* não foi obtido pela **Requerente**, mas pela CAF BRASIL, empresa subcontratada pela **Requerente**, com operação, orçamento, balanço econômico, funcionários e estrutura totalmente segregados das demais empresas do grupo. A **Requerente** jamais pretendeu utilizar eventual benefício fiscal para majorar seus lucros, pois o benefício não seria originalmente aproveitado por uma empresa do seu grupo econômico, mas sim pela IESA. Imputar à CAF o benefício fiscal implicaria, em conformidade com o parecer do Professor Adilson Abreu Dallari juntado aos autos (doc. CAF-20), “*dupla desconsideração da personalidade jurídica, violando o Artigo 50 do Código Civil*”;

(ii) tal benefício fiscal já seria previsto pela legislação aplicável à época da apresentação da proposta vencedora da licitação, não consistindo o *drawback* em alteração legislativa posterior ao Contrato, que permitisse a revisão do preço nos termos do Artigo 65, §5º da Lei 8.666/93;

- (iii) o Contrato teria como objeto o fornecimento de trens montados, considerados em sua totalidade, por um preço fechado, independentemente da composição de preços das unidades de montagem feita pela **Requerente**, conforme os itens 36 e 37 e a Cláusula 14 das *Instructions to Bidders* ("ITB") (sendo indiferente, portanto, se haveria maior ou menor margem de lucro, pagamento ou isenção de determinado tributo, por exemplo). Logo, eventual informação acerca dos tributos que seriam suportados pela **Requerente** seria totalmente irrelevante para o pagamento do preço acordado;
- (iv) o Contrato deveria ser guiado pela sua Planilha de Preços, que previa os valores que deveriam ser desembolsados pelos **Requeridos**, e não pela Tabela 1A. De fato, uma análise sistemática do Contrato levaria à conclusão de que a designação como 1A já demonstra que tal tabela está subordinada à Tabela de Preços nº1 e tinha como finalidade exclusiva a avaliação e julgamento das propostas, conforme exigência do edital, como indicado na subcláusula 14.6 das ITB: *"the dis-aggregation of the price componentes is required solely for the purpose of facilitating the comparison of bids by the Purchaser"*. Nesse sentido, ainda, a **Requerente** destacou questionamento realizado por interessado quando da licitação, na qual o **GESP**, por meio da STM, explicou que *"A Planilha de preços 1A se destina única e exclusivamente para a aplicação de preferência doméstica e não representa oferta de preços a serem pagos pois os componentes listados na planilha 1A são parte dos preços listados na Planilha de Preços 1"*. (doc. CAF-22, esclarecimento nº 30). Tal entendimento dos **Requeridos** também teria sido ratificado por meio do Parecer CJ/STM nº090/2009 (doc. CAF-23), no qual a Procuradora do Estado de São Paulo teria afirmado que *"a Planilha 1A não representa oferta de preços a serem pagos ao futuro contratado, mas apenas é feita para aplicação da preferência doméstica no certame"*. Desse modo, estaria ocorrendo no caso em tela aplicação retroativa de nova interpretação, o que é vedado pelo Artigo 2º, Parágrafo Único e inciso XIII da Lei 9.784/99;
- (v) não há na Cláusula 15 do Contrato, que trata dos "pagamentos" qualquer destaque de valores a serem pagos a título de tributos, o que levaria à conclusão de que estes estavam incluídos na Tabela de Preços nº 1; e
- (vi) nos termos do Contrato, eventual benefício fiscal deveria ser usufruído pelo fornecedor (**Requerente**), e não pelo comprador (**Requeridos**), nos termos da Cláusula 16.3 das GCC: *"If any tax exemptions, reductions, allowances or privileges may be available to the Supplier in the Purchasers Country, the Purchaser shall use its best efforts to enable the Supplier to benefit from any such tax savings to the maximum allowable extent"*.

41. Com base em tais argumentos, a Requerente conclui que:

- a. seria incontroverso que os trens foram entregues e estão funcionando regularmente nas linhas do **Metrô**, em benefício dos seus usuários, desde 2010. Assim, não haveria qualquer razão técnica para que os pagamentos devidos à **Requerente** fossem represados pelos **Requeridos**;
- b. o próprio Contrato prevê na sua Cláusula 10.3 (b) que todos os pagamentos deverão ser realizados pelos **Requeridos**, ainda que haja alguma controvérsia sendo discutida por meio de arbitragem;
- c. a Cláusula 15 do Contrato, que dispõe sobre os prazos de pagamento, não condiciona o recebimento de valores por parte da **Requerente** à comprovação ou não do recolhimento de tributos; e
- d. os Contratos preveem garantias que permanecem vigentes e poderão ser utilizadas no caso de restar comprovado qualquer valor devido pela **Requerente** aos **Requeridos**, bem como para a hipótese de qualquer inconsistência detectada nos trens entregues. Nesse sentido, as garantias contratuais perfazem aproximadamente R\$ 8.200.488,90 (oito milhões, duzentos mil, quatrocentos e oitenta e oito reais e noventa centavos), e € 595.443,96 (quinhentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e quarenta e três euros e noventa e seis centavos), vigentes até 31 de janeiro de 2016.

X.2. RESPOSTA DOS REQUERIDOS

42. Em conformidade com o Termo de Arbitragem, os **Requeridos** pleiteiam:
- (i) a improcedência total dos pleitos formulados pela **Requerente**, reconhecendo-se a inexigibilidade da obrigação de pagamento das faturas por esta mencionadas, enquanto não apresentada toda a documentação necessária para a correta compreensão da carga tributária decorrente das operações de importação dos insumos necessários à montagem e posterior fornecimento dos trens em território nacional;
 - (ii) o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da redução da carga tributária que se originou com o emprego do regime aduaneiro de “*drawback*” na operacionalização do fornecimento dos trens montados em território nacional levado a efeito por opção exclusiva da **Requerente**; e
 - (iii) o reconhecimento do direito de dedução, das faturas em discussão e das que vierem a ser emitidas, do valor decorrente da redução da carga tributária, a ser apurado com base na documentação que deverá ser apresentada pela **Requerente**.
43. Tendo em vista que os pleitos do **GESP** e do **Metrô** são os mesmos e que, em suas **Respostas**, apresentaram alegações semelhantes, seus argumentos serão apresentados em conjunto.

44. Como questão preliminar, foi arguida a ilegitimidade passiva do **Metrô**, pois este seria mero gestor das obrigações pactuadas no Contrato, não tendo qualquer poder de comando, tampouco responsabilidade pelos pagamentos.

45. No mérito, os **Requeridos** sustentaram o inadimplemento da **Requerente**. Com efeito, não existiria recusa de pagamento das faturas apresentadas, ou ainda, a retenção de valores, mas sim a impossibilidade de se apurar o montante eventualmente devido e, por consequência, realizar os pagamentos, já que a **Requerente** teria se recusado a cumprir obrigação contratual que condiciona a realização dos pagamentos à comprovação do recolhimento de tributos, em conformidade com os valores indicados na Cláusula 15.1.IV das Condições Gerais do Contrato.

46. Quanto ao pagamento, os **Requeridos** argumentaram que o Contrato teria fixado duas sistemáticas: a primeira relativa à remuneração pelo fornecimento dos Trens, Transporte Terrestre e Sobressalentes (Cláusula GCC 15.1, itens I, II e III), e a segunda referente ao pagamento das despesas realizadas com direitos alfandegários e impostos de importação (Cláusula GCC 15.1, item IV e itens 14.6 (c) e (d) das ITB), valores que estariam discriminados na Coluna 5, da Tabela 1A e comporiam o escopo especificado na Tabela 1. Esta segunda sistemática estaria amparada pela Nova Subcláusula 16.4 GCC e não constituiria “verdadeiramente” uma remuneração dos serviços prestados e produtos entregues, mas uma hipótese de “despesas reembolsáveis” que pressuporiam a aprovação dos **Requeridos**. Em vista disso, sem comprovação das despesas, não haveria motivo que justificasse o repasse dos valores reclamados pela **Requerente**.

47. Ademais, a Cláusula 15.1.IV do Contrato estabeleceria uma obrigação de prestação de contas pela **Requerente**, *in verbis*: “o *Fornecedor solicitará, por um demonstrativo detalhado, o desembolso, sob pretexto de Alteração, do valor em reais esperado para o pagamento dos impostos e outros custos devidos para a realização do desembaraço alfandegário dos bens. (...) As prestações de contas deverão ser apresentadas individualmente, no máximo quinze (15) dias úteis após a data do desembaraço alfandegário dos Bens*”. Como se verifica, tal cláusula estabeleceria um dever contratual que se justificaria apenas em relação às despesas realizadas pela **Requerente** com recursos dos **Requeridos** (quando solicitadas antecipadamente em conformidade com a disciplina contratual) ou com recursos da própria **Requerente** para posterior reembolso.

48. Ressaltaram os **Requeridos**, ainda, que a **Requerente** teria observado a sistemática de pagamento das despesas com o Desembaraço Alfandegário

determinada nas Planilhas 2 e 3. Tal constatação invalidaria as alegações da **CAF**, uma vez que, no curso da relação contratual, a empresa teria reconhecido e observado a sistemática de pagamento diferenciada para as despesas com o desembaraço aduaneiro.

49. Além disso, seria incontestável que a **CAF** não teria cumprido plenamente o Contrato, uma vez que, embora todos os trens tenham sido entregues, eles apresentaram diversas pendências técnicas que ainda não foram solucionadas pela **Requerente**. A suspensão do pagamento das faturas estaria fundamentada, portanto, não só na falta de comprovação, pela **Requerente**, do recolhimento dos impostos e taxas de importação dos componentes aplicados nos trens fabricados no Brasil, mas também nas pendências técnicas ainda não solucionadas. A suspensão do pagamento, desse modo, não poderia ser encarada como uma recusa de pagamento, mas como uma exceção de contrato não cumprido, com previsão legal no Artigo 476 do Código Civil, e ofensa à boa-fé.

50. Ademais, os **Requeridos** alegaram que a obtenção do regime aduaneiro especial *drawback* ocorreu depois da celebração do Contrato, gerando uma alteração na carga tributária inicialmente prevista pelas Planilhas anexas ao Contrato – em especial a 1A – e, por consequência, um impacto no preço final devido, o qual deve ser descontado do preço total a ser pago, sob pena de enriquecimento ilícito da **Requerente**. A circunstância de os preços contratuais seguirem o regime adstrito ao preço global (“preço fechado”), por sua vez, também não afastaria a possibilidade de ruptura do equilíbrio econômico-financeiro contratual e o dever consequente de recompô-lo. Além disso, não seria cabível a alegação de que o contrato teria resultado relevante em economia aos cofres públicos, uma vez que tal condição não afastaria o dever de eficiência que deve permear todo ato administrativo.

51. Os **Requeridos** explicaram, ainda, que não seria exigível o pagamento da totalidade dos valores decorrentes do fornecimento dos trens, uma vez que no preço total estavam inseridos custos com recolhimento de impostos de importação cuja responsabilidade foi assumida por eles e que não se efetivaram em razão de isenção fiscal posteriormente obtida.

52. Ao se referir à subcontratação da filial brasileira, os **Requeridos** destacaram que o fato de a CAF Brasil não possuir vínculo inicial com os **Requeridos** – quando da celebração do Contrato – não eximiria a **CAF** dos deveres assumidos no Contrato,

conforme disporia a Cláusula 20.1 das GCC. Além disso, o próprio contrato celebrado entre as **Partes** disporia, em suas cláusulas 5.1.11 e 13.7.1, que: “*para permitir que a STM, a Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, a CAF ESPANHA, ou prepostos autorizados fiscalizem a execução da Fabricação, em qualquer época, e que tenham acesso às dependências da fábrica CAF BRASIL, aos equipamentos e às instalações integrantes, bem como a seus registros contábeis, obrigando-se a acatar as decisões da fiscalização a ser exercida. (...) A CAF BRASIL reconhece que este Contrato está vinculado ao Contrato STM nº 007/08, razão pela qual qualquer pedido de reequilíbrio econômico-financeiro deste Contrato, por onerosidade excessiva ou por outra qualquer, está vinculado à obtenção, pela CAF ESPANHA, das mesmas condições de equilíbrio do Contrato STM nº 007/08*”. Adicionalmente, os **Requeridos** sustentam não ser aceitável que a **Requerente** se recuse a fornecer documentos de empresa da qual, ao menos no início do Contrato, tinha controle acionário.

53. Assim, ainda que a CAF Brasil seja a beneficiária do regime tributário *drawback*, todas as informações relativas ao preço devem ser repassadas pela **Requerente** aos **Requeridos** para que estes possam apurar o valor devido e, assim, realizar o seu pagamento de acordo com o Contrato. Nesse sentido, a **CAF** não pode se valer do regime de *drawback* para obter um lucro sem que seja compartilhado com os **Requeridos**, tendo em vista o regime de paridade entre o encargo e a remuneração que emana da proposta que deu origem ao Contrato.

54. Por fim, alegaram os **Requeridos** que existiria um dever de manutenção das condições efetivas da proposta de licitação. Nesse sentido, destacaram a Subcláusula ITB 14.6, que deixaria claro que, mesmo em face da sistemática de julgamento de propostas, haveria um caráter vinculante aos dados inseridos nas colunas da Tabela 1A. Afirmaram, ainda, que outros proponentes consideraram o uso dos benefícios do *drawback* na proposta, embora tenham apresentado jurisprudência do STJ indicando que a concessão do regime seria discricionária.

X.3. RÉPLICA DA REQUERENTE

55. Em sua Réplica, a **Requerente** retomou as teses apresentadas nas Alegações Iniciais, destacando que a defesa dos **Requeridos** não foi capaz de afastar os pedidos por ela formulados. Assim, foram abordados pontos da defesa e apresentados novos argumentos, dentre os quais se destacam os a seguir descritos.

56. A **Requerente** entende como infundada a tese de que o **Metrô** não seria parte legítima no procedimento, sustentando que, além de ser beneficiário dos trens fornecidos, ele participou ativamente do processo de recusa de pagamento dos valores reclamados, conforme seria demonstrado pelos documentos assinados e enviados pelo **Metrô** à **CAF**, exigindo a comprovação de pagamento de tributos.

57. Quanto ao preço contratual, os próprios **Requeridos** admitiram que se trata de um Contrato por preço global fixo, o que revelaria uma contradição em sua argumentação, pois em primeiro lugar assumiram essa premissa e, posteriormente, tentaram se valer da tese de que o valor estaria incluído na remuneração da **Requerente**.

58. Ademais, a **CAF** ponderou que a Cláusula 16.4 das SCC, referida pelos **Requeridos**, apenas definiria as responsabilidades para o pagamento de eventuais impostos sobre produtos produzidos no exterior. Tal cláusula não poderia ser lida de forma isolada, devendo-se considerar os demais subitens do dispositivo, dentre os quais o 16.3, que evidenciaria o verdadeiro espírito do Contrato, qual seja, de que o preço contratual é global e fixo e que cabe à **Requerente** usufruir de qualquer benefício fiscal que eventualmente conseguisse obter.

59. Dirigindo-se, em seguida, à Cláusula 15.1, IV das SCC, ainda, explicou que tal Cláusula apenas seria aplicável caso a **Requerente** precisasse adiantar algum tipo de desembolso ou caso este fosse realizado antes que os **Requeridos** adiantassem algum valor à **Requerente**, o que não ocorreu no caso concreto, uma vez que a **Requerente** não utilizou a fórmula descrita na Cláusula e não solicitou qualquer reembolso com relação aos itens da Tabela 1.

60. Quanto à interpretação dada à Tabela 1A pelos **Requeridos**, a **Requerente** questionou a omissão, nas Respostas apresentadas por aqueles, ao *caput* da Cláusula 14.6 das ITB. Com efeito, a **Requerente** alegou não haver conflito entre tal cláusula e o Contrato, uma vez que este não contém qualquer outra definição para a Tabela 1A. Além disso, a proposta por ela apresentada tomou por base as orientações dadas pela própria administração, não competindo a ela alterar seu entendimento.

61. Ainda com relação à Tabela 1A, a **Requerente** procurou demonstrar que a aplicação da tese dos **Requeridos** acarretaria duplicidade de cobrança. Isso ocorreria uma vez que o valor dos trens constantes na Tabela 1, mais os reembolsos dos impostos de importação, entre outros, seriam calculados a partir do valor CIF ("Cost, Insurance and Freight") dos bens importados. Como a legislação brasileira prevê a não

cumulatividade de determinados impostos de importação, haveria a constituição de um crédito junto ao Fisco. O importador (a **Requerente**), assim, poderia exigir compensação ou restituição. Não caberia exigir que um terceiro (os **Requeridos**) pagassem pelo direito de crédito que poderia a **Requerente** exigir do Fisco, pois seria caso de dupla cobrança. Se adaptada a hipótese, poder-se-ia entender que apenas o imposto de importação (que não é não-cumulativo), estaria incluído no valor constante na Tabela 1.

62. Em referência ao argumento relativo ao reequilíbrio contratual, a **Requerente** apontou que (i) o objeto e o escopo do Contrato não foram modificados pelos **Requeridos**; (ii) não houve qualquer alteração de especificação técnica dos trens e equipamentos; (iii) durante a execução do Contrato não foi criado, modificado ou extinto qualquer tributo ou modalidade tributária que tivesse impacto no preço contratual; e (iv) não foi celebrado qualquer aditivo ou alteração contratual que modificasse o preço contratual. Assim, não estariam presentes quaisquer das hipóteses que possibilitariam a revisão do equilíbrio econômico-financeiro. Destacou, ainda, que não houve prejuízo para os **Requeridos**, já que o preço contratual se manteve. Afirmou, ainda, que, caso o preço contratual seja reduzido como exigem os **Requeridos**, a **Requerente** não teria seus custos cobertos, o que violaria o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

63. Finalmente, quanto aos valores cobrados no presente procedimento e aos alegados problemas técnicos, a **Requerente** esclareceu que não pleiteia o pagamento do valor total do Contrato, mas apenas valores relativos às faturas já emitidas e vencidas. Explicou, ainda, que os problemas técnicos eram esperados e que a **CAF** está empregando seus melhores esforços para que falhas e pendências sejam sanadas. Ainda assim, a **Requerente** destacou que os **Requeridos** nunca invocaram tais problemas ao reter o pagamento, com exceção do documento mencionado.

X.4. TRÉPLICA DOS REQUERIDOS

64. Os **Requeridos**, por meio de Tréplica, retomaram argumentos já apresentados na contestação e responderam às alegações da **Requerente**.

65. A respeito da alegação da **Requerente** de que o preço global definido em contrato não é compatível com a divisão do adimplemento das obrigações pecuniárias do contrato entre remuneração e reembolso, os **Requeridos** afirmaram não haver qualquer contradição. Assim, reconhecer que as planilhas obedecem ao regime do preço global implica apenas a constatação quanto à forma de construção do preço contratual e o modo de aferição e conseqüente pagamento dos serviços. Ademais, apontaram que a

leitura da Cláusula 15.1 em sua integralidade corrobora essa compatibilidade, uma vez que trata apenas da metodologia do pagamento relativo aos eventos discriminados nos incisos I, II e III, sem prejuízo do disposto no inciso IV e na Cláusula 16.4.

66. Os **Requeridos** explicam ainda que a Tabela 1A não é mencionada por acaso na Cláusula 16.4, integrando a própria racionalidade negocial. Ademais, o fato de a **Requerente** não ter solicitado qualquer reembolso aos **Requeridos** com relação aos bens objeto da Tabela 1 denotaria sua intenção de omitir o fato de que houve isenção fiscal decorrente do *drawback*, o que de forma alguma permite reputar como indevida a conduta levada a cabo pelos **Requeridos**.

67. Referindo-se ao equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, os **Requeridos** afirmaram que as hipóteses levantadas pela Requerente não esgotam todas as situações em que o reequilíbrio é cabível.

68. Quanto à sistemática de pagamento, os **Requeridos** afirmaram que no presente procedimento discute-se o pagamento dos valores indicados na coluna 5 da Tabela 1A, de modo que as considerações da **CAF** sobre o cálculo dos impostos de venda da Tabela 1 (colunas 5 e 8) são tentativas de desviar o foco da discussão. A Tabela 1A estaria referenciada na Cláusula CGC 16.4, circunstância que a **Requerente** teria falhado em explicar.

69. Quanto à relação entre as Cláusulas 16.4 das Condições Especiais e 16.3 das Condições Gerais, os **Requeridos** alegaram que o espírito do Contrato não pode ser deduzido a partir de uma única cláusula, devendo-se levar em consideração sua integridade. Isto posto, as **Partes** teriam indicado que, conforme as Cláusulas 2 e 3 da Parte I do Contrato, as condições gerais seriam aplicáveis somente nas partes em que não forem conflitantes com as Condições Especiais. Assim, a regra constante da Cláusula 16.4 CGC tem precedência sobre a Cláusula 16.5 das Condições Gerais.

70. Quanto às pendências técnicas apresentadas pelos trens, os **Requeridos** explicaram que, apesar de o último trem ter sido entregue em maio de 2011, somente parte da correção de defeitos foi realizada. Assim, o simples fato de a Administração não ter feito menção expressa, nas notificações por eles enviadas à **Requerente**, acerca dos problemas técnicos apresentados, não exime esta última da obrigação de repará-los e, por conseguinte, não retira da Administração o direito de suspender o pagamento do saldo contratual por este mesmo motivo.

X.5. Alegações Finais das Partes

71. Por meio da Ordem Processual nº 03, o Tribunal Arbitral solicitou que as **Partes** direcionassem as suas Alegações Finais à elucidação de alguns pontos relevantes para o deslinde do caso. Nesse sentido, a **Requerente** e os **Requeridos** apresentaram suas manifestações retomando os argumentos já referidos e sistematizando seus argumentos a fim de respaldar seus pedidos.

XI. Fundamentação

XI.1 Da legitimidade passiva do Metrô

72. Conforme relatado, os **Requeridos** sustentaram a ilegitimidade passiva do **Metrô**, uma vez que ele seria mero “gestor” das obrigações pactuadas no Contrato, não tendo qualquer poder de comando e tampouco responsabilidade pelos pagamentos eventualmente devidos à **CAF**. Além disso, com base na descrição das partes do Contrato, os **Requeridos** aduzem que o **Metrô** seria somente interveniente em tal avença e também que, de acordo com a Cláusula 1.1.(j) das SCC, o verdadeiro contratante seria o **GESP**, representado pela STM.

73. O exame da legitimidade passiva do **Metrô** passa necessariamente pela verificação (i) de sua vinculação ao Contrato e (ii) da possibilidade e/ou obrigatoriedade de esta Sentença Arbitral produzir efeitos perante ele.

74. Como visto, o **Metrô** constou do “*Contract Agreement*” como “*manager intervenor*”, o que, a princípio, poderia levar a crer que ele seria um mero interveniente do Contrato, a quem seria somente dado conhecimento das obrigações ali pactuadas.

75. No entanto, de acordo com as provas constantes dos autos e com as cláusulas do Contrato, o **Metrô** é muito mais que um “mero” interveniente.

76. De acordo com as Condições Especiais do Contrato, foram atribuídas obrigações que seriam realizadas pelo **Metrô** ou que a **CAF** deveria cumprir perante o **Metrô**, dentre as quais se destacam:

(i) a GCC 1.1 (o) estabeleceu que o destino final dos bens objeto do Contrato seria o Pátio Itaquera, São Paulo, onde está localizado o **Metrô**;

- (ii) a GCC 8.1 previu que todas as notificações relativas ao Contrato deveriam ser encaminhadas ao **Metrô**;
- (iii) a GCC 15.1.II estabeleceu como condição para pagamento de 100% do Preço do Contrato relativo a “Inland Transportation” a entrega dos vagões de trem no **Metrô**, em São Paulo, no Pátio Itaquera;
- (iv) a GCC 15.1.IV determinou, dentre as etapas do procedimento do pagamento do preço do Contrato, a obrigação de a **CAF** informar ao **Metrô** a conta, o nome e número da agência em que os valores a ela devidos deveriam ser depositados;
- (v) a GCC 17.1 estabeleceu que o seguro de performance deveria ser entregue ao Departamento Financeiro do **Metrô**;
- (vi) a GCC 25.2 fixou que o **Metrô** realizaria os testes, comissionamentos e inspeções dos trens produzidos pela **CAF** a fim de que eles pudessem circular na malha viária do Estado de São Paulo²; e
- (vii) a GCC 27.3.II fixou a obrigação de o **Metrô** formular pedido para a **CAF** efetuar substituições e reparos – sem custos para o **Metrô** – quando os trens objeto do Contrato apresentassem problemas ou defeitos durante o período de garantia.

77. Como se verifica, as Condições Especiais do Contrato – que tinham por objetivo regulamentar as cláusulas gerais deste instrumento contratual – colocaram o **Metrô** como verdadeira “parte” do Contrato, à qual cabiam direitos e obrigações próprios.

78. Em vista disso, não há como negar que o **Metrô** deva figurar em um procedimento em que justamente se discute o cumprimento do Contrato. Ou seja, sendo o **Metrô** o responsável por gerir o Contrato, por receber os trens, solicitar reparos, entre outras obrigações, é evidente que ele tem legitimidade para figurar no presente procedimento.

79. Ademais, os documentos CAF-10 a CAF-30 revelam que as notificações informando que as notas fiscais emitidas pela **CAF** não seriam pagas e que seria exigida a apresentação de documentos comprobatórios do recolhimento de impostos de importação sobre partes dos trens foram enviadas pelo **Metrô**. Isto é, não só o **Metrô** geria o Contrato como ele próprio apresentava as respostas aos pedidos de cobrança e decidia não os satisfazer.

80. A dinâmica contratual, que se depreende não apenas da leitura das cláusulas, mas igualmente dos procedimentos adotados entre as litigantes ao longo da execução do

² Esta obrigação está diretamente relacionada ao pedido dos Requeridos para que fosse reconhecida a existência de falhas técnicas nos trens produzidos pela CAF, uma vez que seria o Metrô o ente apto a verificar tais irregularidades.

Contrato, dão conta de que, a despeito do *nomem iuris* atribuído ao **Metrô** no Contrato, sua atuação e participação no negócio efetivamente tem o condão de interferir no equacionamento dos direitos e obrigações pactuados entre a **CAF** e o **GESP**.

81. Nesse sentido, qualquer rearranjo obrigacional que reste pactuado (consensualmente entre as Partes), ou qualquer decisão que seja imposta por órgão julgador acerca de qualquer conflito contratual, deve necessariamente vincular também o **Metrô**, tendo em vista que os liames obrigacionais definidos (pelas Partes ou pelo juízo competente) necessariamente também surtirão efeitos sobre o âmbito da atuação do **Metrô** no âmbito do Contrato.

82. Não é demais lembrar que o Tribunal Arbitral tem o dever de proferir uma sentença arbitral apta a produzir efeitos. Afastar o **Metrô** dos efeitos da sentença a ser proferida neste procedimento arbitral, portanto, contra a boa prática e a lógica processuais, deixando de resolver, de forma útil e efetiva, a questão de mérito subjacente, tendo em vista que os efeitos deste provimento jurisdicional também deverão ser produzidos perante o **Metrô**.

83. Basta atentar para o fato de que a **CAF** formulou três pedidos, sendo que o segundo consiste em obter um provimento determinando o cumprimento de obrigação de não fazer, qual seja, se abster de "*obstaculizar a emissão de novas faturas ou de reter novos pagamentos em razão do suposto não recolhimento de tributos especificados na Planilha 1A do Contrato ou de quaisquer outras exigências descabidas*".

84. Como visto, o **Metrô** é responsável por gerir o Contrato e foi ele que enviou e decidiu sobre as notificações que formalizaram a negativa ao pagamento das faturas. Logo, para que o segundo pedido da **CAF** possa ser apreciado e eventualmente produza efeitos – seja para autorizar os **Requeridos** a reter pagamentos ou não – é imprescindível a presença do **Metrô** (signatário do Contrato) no presente Procedimento Arbitral.

85. Assim, mesmo que os recursos para cumprimento de eventual obrigação condenatória advenham do **GESP**, no caso presente, não se discute somente um pleito condenatório. Há diversas obrigações e direitos do **Metrô** em debate, bem como pleito específico da **Requerente**, que poderá demandar a adoção ou a abstenção de determinada conduta pelo **Metrô**.

86. Em vista do exposto, o Tribunal Arbitral rejeita o pedido preliminar dos **Requeridos** para reconhecer a ilegitimidade passiva do **Metrô**, devendo tal companhia constar como Parte requerida do presente procedimento, de modo que a Sentença Arbitral a ser proferida também produza efeitos em relação a ele.

XI.2. Análise do Pedido Condenatório formulado pela CAF

87. As **Partes** apresentaram uma série de argumentos a respeito de serem cabíveis ou não os pagamentos das faturas relativas aos valores devidos à **CAF** em virtude do Contrato. O que se coloca para decisão do Tribunal é a verificação de quem deveria arcar com os impostos e taxas sobre a importação de bens a serem utilizados na montagem de trens no Brasil, bem como se eventual isenção de tais tributos poderia ser aproveitada pelos **Requeridos** e, conseqüentemente, levar a uma redução do preço do Contrato.

88. A presente fundamentação será dividida em tópicos, visando a permitir que sejam enfrentados os argumentos relevantes trazidos aos autos que levaram à formação da convicção do Tribunal.

XI.2.1. As Cláusulas Contratuais aplicáveis

89. A relação contratual estabelecida entre a **CAF** e os **Requeridos** é regulada por uma série de documentos, desde aqueles que foram apresentados à época da licitação até os que efetivamente constituíram as bases contratuais. Dentre estes, destacam-se: (i) o "*Contract Agreement*"; (ii) as "*Special Conditions of Contract*"; e (iii) as "*General Conditions of Contract*".

90. O intérprete pode se utilizar de diferentes métodos de interpretação como o (i) histórico; (ii) o literal; (iii) o sistemático. No entanto, deve atentar à valoração atribuída pelas partes aos instrumentos e normas contratuais quando o fazem expressamente.

91. Nesse sentido, a Cláusula 3ª do "*Contract Agreement*" estabelece: "*This Contract shall prevail over all other Contract documents. In the event of any discrepancy or inconsistency within the Contract Documents, then the documents shall prevail in the order listed above*". Na Cláusula 2, foram listados os seguintes documentos:

"(a) *This Contract Agreement.*

(b) *Special Conditions of Contract.*

- (c) *General Conditions of Contract.*
- (d) *Technical Requirements (including Schedule of Requirements and Technical Specifications (these documents are already with the parties of this contract)).*
- (e) *The Supplier's Bid and Original Price Schedules (with corrections accepted by the Supplier)*
- (f) *The Purchaser's Notification of Award*
- (g) *Bidding documents and its clarify document (these documents are already with the parties of this contract)*
- (h) *Bid presented by the Supplier and the clarify letters between the Purchaser and the Supplier in the quantification and selection stage (these documents are already with the parties of this contract)"*

92. Como se verifica, as **Partes** estabeleceram uma ordem de relevância e prevalência das previsões contidas nos instrumentos ali listados, tendo em vista a possibilidade de divergência entre os dispositivos contratuais. Seguindo a linha de prioridade das previsões e documentos estabelecida na Cláusula 3 do *Contract Agreement*, o Tribunal passa a analisar as disposições contratuais.

93. O *Contract Agreement* estabeleceu nos *consideranda* que o preço do Contrato – definido pela GCC 1.d como o preço a ser pago ao fornecedor especificado no *Contract Agreement*, sujeito a adições e ajustes ou deduções, que devam ser realizadas de acordo com o Contrato – seria de:

"WHEREAS the Purchaser invited bids for certain Goods and ancillary services, viz., seventeen (17) Trains with six (6) cars and has accepted a Bid by the Supplier for the supply of those Goods and Services in the sum R\$ 410.024.445,00 (four hundred million, twenty four thousand, four hundred and forty five reais) plus €\$ 29.772.198,00 (twenty nine million, seven hundred and seventy eight euros) hereinafter called 'Contract Price'".

94. Como se verifica, o *Contract Agreement* – documento cujas previsões devem prevalecer sobre todas as outras contidas nos demais instrumentos – estabeleceu um valor fixo de R\$ 410.024.445,00 e €\$ 29.772.198,00 como o preço do Contrato celebrado entre a **CAF** e os **Requeridos**.

95. A fim de verificar se eventuais impostos devidos sobre a importação de bens para a montagem dos trens objeto do Contrato estavam refletidos no preço do Contrato e, especialmente, a quem cabia arcar com os referidos impostos, outros dispositivos devem ser analisados.

96. Para tanto, continuará a ser observada a ordem interpretativa fixada na Cláusula 3ª do *Contract Agreement*.

97. A referida previsão trata especificamente dos impostos e outras taxas de importação que tenham sido **cotados** de acordo com a Tabela 1A. As **Partes** estabelecem que tais impostos e taxas de importação **poderão** ser pagos pelos **Requeridos à CAF** como adiantamento dos valores descritos na Tabela 1.

98. Como se percebe, trata-se de **possibilidade** conferida à **CAF** – como ela própria argumenta em suas manifestações – de solicitar um adiantamento aos **Requeridos** dos valores referentes a impostos e taxas de importação cotados em conformidade com a Tabela 1A.

99. Essa possibilidade de solicitação de adiantamento foi inclusive refletida nas *Special Conditions* do Contrato, em sua Cláusula 15.1.IV. Tem-se ali previsão que reflete exatamente o direito de a **CAF** requerer eventuais adiantamentos de taxas e outros custos relativos à importação dos bens (“*The Supplier shall request, by a detailed demonstrative, the disbursement, under pretense of Amendment (Advance Payment), sum in reais expected for payment of the taxes and other costs due to effect the customs clearance of the goods. The Amendments (Advance Payments) shall to be requested with minimum antecedence of fifteen (15) working days of the date expected for the arrival of the goods in the destination port*” [tradução: O Fornecedor solicitará, por um demonstrativo detalhado, o desembolso, sob pretexto de Alteração, do valor em reais esperado para pagamento dos impostos e outros custos devidos para a realização do desembarço alfandegário dos bens. As Alterações deverão ser solicitadas com uma antecedência mínima de quinze (15) dias úteis da data esperada para a chegada dos Bens no porto de destino]).

100. No *Contract Agreement* não há nenhuma outra previsão que diga respeito a (i) preço do Contrato, (ii) impostos e taxas de importação, e (iii) pagamentos, que possa influenciar a formação da convicção do Tribunal a respeito do pedido em análise.

101. A análise, então, deve se estender às demais cláusulas do Contrato, a fim de verificar se as **Partes** de fato dispuseram a respeito da alocação de responsabilidade e de condicionantes específicas para pagamento dos preços que restaram destacados na Tabela 1 e na Tabela 1A e de eventuais tributos incidentes na consecução do escopo contratual. Com efeito, há cláusulas do Contrato que esclarecem o objetivo das **Partes** ao estabelecer o preço do Contrato e revelam alguma estrutura de risco relativo ao pagamento de impostos e taxas de importação fixadas pelas **Partes**.

102. Seguindo a ordem numérica, a Cláusula 15 das *Special Conditions* do Contrato estabeleceu as condições para a liberação dos pagamentos devidos à CAF em virtude da construção, produção e montagem dos 40 (quarenta) trens a que ela se obrigou³.

103. Para pronta referência, o Tribunal reproduz a tradução da referida Cláusula 15:

“CGC 15.1

O Método e as Condições De Pagamento Ao Fornecedor Nos Termos Deste Contrato Serão Os Seguintes:

O Pagamento Da Parte Em Moeda Estrangeira Será Feito Nas Seguintes Moedas: Euro E O Pagamento Da Parte Em Moeda Local Deverá Ser Feito Em Reais. Os Pagamentos Deverão Ser Feitos Da Seguinte Maneira:

1) Trem Montado Cotado De Acordo Com IAL 14.6(A)(I) Ou De Acordo Com IAL 14.6(C)(I):

(i) Sinal: 15% (Quinze Por Cento) Do Preço Contratual Dos Trens Deverão Ser Pagos Dentro De 30 (Trinta) Dias Da Assinatura Do Contrato E Após Apresentação Da Reivindicação De Uma Garantia Bancária (Formulário Na Seção IV – Formulários De Proposta Dos Documentos De Licitação) Pelo Valor Equivalente Válido Até Que Os Produtos Sejam Entregues E Na Forma Estabelecida Nos Documentos Da Licitação Ou Uma Outra Forma Aceitável Ao Comprador.

(ii) Aprovação Do Design Dos Trens: 5% (Cinco Por Cento) Do Preço Contratual Dos Trens Deverão Ser Pagos Dentro De 30 (Trinta) Dias Após A Aprovação Pelo Comprador Do Design Básico Dos Trens E Após Apresentação Da Reivindicação De Uma Garantia Bancária (Formulário Na Seção IV – Formulários De Proposta Dos Documentos Da Licitação) Pelo Valor Equivalente Válido Até Que Os Produtos Sejam Entregues E Na Forma Estabelecida Nos Documentos Da Licitação Ou Uma Outra Forma Aceitável Ao Comprador.

³ Ver item 40, “v”, da presente Sentença Arbitral, em que é feita referência ao argumento apresentado pela CAF em suas Alegações Iniciais sobre a Cláusula 15.

(iii) Aprovação Dos Truques Do Primeiro Trem: 5% (Cinco Por Cento) Dos Preço Contratual Dos Trens Deverão Ser Pagos Dentro De 30 (Trinta) Dias Após A Aprovação Pelo Comprador Da Fabricação Completa Dos Truques Do 1º (Primeiro) Trem E Após Apresentação De Reivindicação E Uma Garantia Bancária (Formulário Na Seção IV – Formulário De Proposta Dos Documentos De Licitação) Pelo Valor Equivalente Válido Até Que Os Produtos Sejam Entregues E Na Forma Estabelecida Nos Documentos Da Licitação Ou Uma Outra Forma Aceitável Ao Comprador.

(iv) Aprovação Das Carrocerias De Carro Do Primeiro Trem: 5% (Cinco Por Cento) Do Preço Contratual Dos Trens Deverão Ser Pagos Dentro De Trinta Dias Após A Aprovação Pelo Comprador Da Fabricação Completa Da 1ª (Primeira) Estrutura Das Carrocerias De Carro Do Trem E Após Apresentação De Reivindicação E Uma Garantia Bancária (Formulário Na Seção IV – Formulário De Proposta Dos Documentos De Licitação) Pelo Valor Equivalente Válido Até Que Os Produtos Sejam Entregues E Na Forma Estabelecida Nos Documentos Da Licitação Ou Uma Outra Forma Aceitável Ao Comprador.

(v) Na remessa/entrega: 50% (cinquenta por cento) do preço contratual dos trens proporcionalmente aos Trens remetidos deverão ser pagos dentro de 30 (trinta) dias, através de uma carta de crédito confirmada irrevogável aberta a favor do Fornecedor, mediante apresentação dos documentos especificados na cláusula 12.1 das CGC.

(vi) Termo de Aceitação Provisória (PAT): 5% (cinco por cento) do Preço Contratual dos Trens proporcionalmente após a emissão do Termo de Aceitação Provisória (PAT) serão pagos dentro de 30 (trinta) dias através de uma carta de crédito confirmada irrevogável aberta a favor do Fornecedor, mediante apresentação dos documentos especificados na cláusula 12.1 das CGC.

(vii) Fornecimento dos Manuais de Operação e Manutenção e Treinamento do Pessoal do Comprador: 5% (cinco por cento) do Preço Contratual dos Trens serão pagos dentro de 30 (trinta) dias após a conclusão satisfatória do treinamento do pessoal do Comprador e fornecimento dos manuais de operação e manutenção através de uma carta de crédito confirmada irrevogável aberta a favor do Fornecedor.

(viii) 10.000 km em operação ou quatro (4) meses após o Termo de Aceitação Provisória (PAT): 5% (cinco por cento) do Preço Contratual dos Trens proporcionalmente será pago dentro de 30(trinta) dias após o Trem atingir 10.000 km ou quatro meses sem qualquer problema pendente, através de uma carta de crédito irrevogável e confirmada aberta a favor do Fornecedor.

(ix) Na aceitação: os 5% (cinco por cento) restantes do Preço Contratual dos Trens, proporcional, serão pagos ao Fornecedor dentro de 30 (trinta) dias após a data do Termo de Aceitação Definitiva (DAT), certificado de aceitação para a entrega respectiva de cada Trem emitido pelo Comprador após a resolução de todos os problemas pendentes e emissão do design as built, através de uma carta de crédito irrevogável e confirmada emitida a favor do Fornecedor.

II) Transporte terrestre cotado de acordo com IAL 14.6(a)(iii) ou de acordo com IAL 14.6(c)(ii)

(i) 100% (cem por cento) do Preço Contratual serão pagos dentro de 30 (trinta) dias após a chegada do Trem na COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ, PÁTIO ITAQUERA – PIT, Estrada de Itaquera, 900, Itaquera, São Paulo, Brasil.

III) Peças Sobressalentes Obrigatórias – cotadas de acordo com IAL 14.6(d)

(i) Sinal: 10% (dez por cento) do Preço Contratual serão pagos dentro de 30 (trinta) dias da assinatura do Contrato e após apresentação da reivindicação e uma garantia bancária em um valor equivalente, válida até que as Peças Sobressalentes Obrigatórias sejam entregues e na forma estabelecida nos documentos da Licitação ou em uma outra forma aceitável ao Comprador.

(ii) Na entrega: 90% (noventa por cento) do Preço Contratual das Peças Sobressalentes Obrigatórias serão pagos através de carta e crédito irrevogável e confirmada emitida a favor do Fornecedor dentro de 30 (trinta) dias da entrega CIF Incoterm 2000, mediante apresentação dos documentos de acordo com a CGC 12.1.

IV) Desembaraço alfandegário – cotado de acordo com IAL 14.6(b), 14.6(c) e 14.6(d)

O Fornecedor, por sua conta ou por seu Agente Alfandegário, será responsável pelo desembaraço alfandegário no porto do destino, dos produtos objeto deste Contrato. Para esta finalidade, o Comprador outorgará um instrumento de procuração específico aos representantes indicados do Fornecedor para que eles atuem em seu nome perante as Agências competentes.

O Fornecedor solicitará, por um demonstrativo detalhado, o desembolso, sob pretexto de Alteração, do valor em reais esperado para o pagamento dos impostos e outros custos devidos para a realização do desembaraço alfandegário dos bens.

As alterações deverão ser solicitadas com uma antecedência mínima de quinze (15) dias úteis da data esperada para a chegada dos Bens no porto de destino.

As prestações de contas dos valores adiantados deverão ser apresentadas. Individualmente, no máximo quinze (15) dias úteis após a data do desembarço alfandegário dos Bens.

PROCEDIMENTOS DE PAGAMENTO:

O cumprimento dos marcos contratuais de acordo com a CGC 15.1 (I, II e III) será confirmado pelo Comprador através de comunicação, por escrito, ao Fornecedor. Este documento será necessário para a redação da parte respectiva da Carta de Crédito.

Os documentos para reclamar os pagamentos deverão ser entregues em duas (2) vias, diretamente aos cuidados do Gerente do Projeto (CGC 8.1), no mínimo vinte (20) dias antes da data do vencimento.

O documento para reclamar pagamentos deverá indicar o número do Contrato.

O Comprador devolverá ao Fornecedor os documentos para reclamar pagamentos apresentados com erro. Neste caso, todos os prazos estabelecidos serão contados normalmente, a partir da reapresentação dos documentos devolvidos.

Se o Fornecedor entregar qualquer documento para reclamar pagamentos em atraso, o Comprador adiará a data de vencimento respectiva pelo mesmo número de dias que corresponder ao período deste atraso.

Os pagamentos serão feitos através de um crédito em uma conta bancária que o Fornecedor deverá manter no Banco Nossa Caixa S.A., como especificado no Decreto Estadual nº 43060 de 27 de abril de 1998.

O Fornecedor deverá informar o número da conta, nome e número da respectiva agência ao Comprador dentro de dez (10) dias após a assinatura do Contrato. Esta informação deverá estar por escrito e endereçada a:

COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO- METRÔ

Departamento de Tesouraria

Rua Boa Vista, nº 175- 3º andar

CEP 01014-001- São Paulo- SP- Brasil”.

104. Como se verifica, na cláusula específica do Contrato sobre a forma e os procedimentos de pagamentos foram estabelecidos como “gatilhos” para o pagamento

de cada uma das parcelas do preço do Contrato eventos detalhados e com datas para acontecer. Em relação a nenhuma das parcelas de pagamento foi feita qualquer vinculação que não fosse aos fatos ali descritos. Ou seja, em nenhum momento se pressupôs o pagamento de determinado imposto ou a realização de determinado ato que não os ali expressamente descritos para que as parcelas dos pagamentos fossem liberadas.

105. A única exigência formal que consta da Condição Especial 15.1 que a **CAF** deveria cumprir para requerer o pagamento das parcelas do preço do Contrato que lhe fossem devidas era apresentar duas cópias de solicitação de pagamento ao **Metrô** em 20 (vinte) dias antes da data do vencimento, sendo que tais documentos deveriam indicar o número do Contrato.

106. Na Cláusula 15.1.IV foi previsto o direito de a **CAF** solicitar o pagamento em virtude de alteração de determinados impostos incidentes sobre a importação de bens que viessem a ser utilizados na montagem dos trens. Em relação a esse pedido de pagamento, a **CAF** deveria adotar algumas medidas formais como: “*detalhamento administrativo*”, solicitação “*com antecedência mínima de quinze (15) dias úteis da data prevista de chegada dos bens no porto de destino*” e “*prestação de contas sobre os valores de adiantamento (...) em até quinze (15) dias úteis da data da liberação dos Bens da alfândega*”.

107. Ou seja, somente em relação a eventual pedido de alteração de valores relativos ao pagamento de impostos e taxas referentes a bens a serem importados para a montagem dos trens no Brasil, é que a cláusula que trata da forma de pagamento estabeleceu exigências formais para que a **CAF** pudesse receber tais quantias.

108. Como se verifica, em relação aos desembolsos relativos ao preço do Contrato listados no item I da GCC 15.1 não há, em nenhum dos nove eventos ali descritos como “gatilhos” para pagamentos devidos pelos **Requeridos**, previsão de que a **CAF** deveria apresentar comprovação de recolhimento de quaisquer impostos ou taxas.

109. A Lei nº 8.666/1993 estabeleceu o regime geral de contratação da administração pública. No entanto, ainda que confira ao ente estatal algumas prerrogativas e faculdades especiais ao contratar com o particular, em nenhum momento a Lei de Licitações prevê que a administração possa não observar aquilo que consta do contrato que celebrar com o particular.

110. Assim, se das Condições Específicas do Contrato não constou nenhuma exigência formal, além daquela expressamente referida anteriormente, tampouco foram estabelecidos outros pressupostos que não aqueles fixados na Cláusula 15.1 para o pagamento das parcelas do preço do Contrato⁴, não podem os **Requeridos** deixar de saldar suas dívidas se a **CAF** entregou os trens e cumpriu suas obrigações contratuais.

111. A Cláusula 15.1 dispõe que, se cada uma daquelas etapas do Contrato fosse concluída pela **CAF**, adimplindo suas obrigações, os percentuais relativos ao preço do Contrato ali fixados deveriam ser pagos. Para tanto bastava a **CAF** apresentar ao **Metrô** a solicitação de pagamento nos termos fixados na referida Cláusula.

112. No entanto, os **Requeridos** sustentam que tal Cláusula não seria suficiente para fazer reconhecer sua obrigação de efetuar os pagamentos em favor da **CAF**. Segundo eles, haveria uma especial previsão contida na Cláusula 16 do Contrato.

113. A Cláusula 16 é composta de previsões contidas nas *General Conditions* e nas *Special Conditions* do Contrato. Iniciamos com estas últimas, pois, nos termos da Cláusula 3 do *Contract Agreement*, elas prevalecem sobre as demais.

114. A primeira previsão que interessa a este Tribunal é a Cláusula 16.4, *in verbis*:

“16.4. Nova Subcláusula CGC: O Comprador assumirá e pagará imediatamente todos os direitos alfandegários e impostos de importação, bem como outros impostos locais como, por exemplo, um imposto de valor agregado (IVA) cobrado pelas leis do país onde as Instalações estão localizadas sobre os Bens especificados na Planilha de Preços nº 1ª, contanto que o Fornecedor demonstre para a satisfação do Comprador que estas entregas são consumadas na fabricação dos Bens ou transferidas ao Comprador na conclusão do Contrato. A Compradora deverá ainda arcar e pagar imediatamente todas as tarifas de alfândega e importação, assim como outros impostos locais semelhantes, por exemplo, um imposto de valor agregado (VAT), impostos pela lei do país no Local onde estão situados os Produtos Importados especificados nos Adendos de Preço nº 2 e 3. O Comprador pagará os direitos alfandegários cobrados e

⁴ Repita-se que o pagamento do Preço do Contrato não se confunde com eventual pedido de antecipação de pagamento de impostos e taxas sobre bens a serem importados para a montagem de trens no Brasil, razão pela qual as formalidades previstas no item IV da SCC 15.1 não se aplicam aos desembolsos relativos ao Preço do Contrato.

impostos sobre vendas associado dentro de sete (7) dias úteis após o recebimento da documentação correta. Entretanto, o Comprador não será responsável pelos direitos alfandegários de itens com preço incluído na Planilha de Preços que esteja integralmente na Moeda Local". (grifamos)

115. De acordo com a referida Cláusula, o Comprador – no caso, os **Requeridos** – deveria arcar com os impostos e taxas de importação do país em que os bens se destinam (o Brasil) desde que o Fornecedor (a **CAF**) comprovasse que tais bens seriam utilizados na fabricação dos trens objeto do Contrato ou que seriam, a seu término, entregues aos **Requeridos**.

116. A leitura da parte inicial do referido dispositivo levaria a crer que **CAF** e **Requeridos** atribuíram a estes últimos os riscos pelo pagamento dos impostos alfandegários e de importação dos bens que fossem importados para a construção dos trens no Brasil.

117. No entanto, a parte final da Cláusula 16.4 não deixa dúvidas: na hipótese de os impostos e taxas de importação referentes a bens já estarem refletidos nas planilhas de preços em Real – moeda brasileira – a responsabilidade pelo seu adimplemento era da **CAF**.

118. Em outros termos, analisando a Tabela 1A e especialmente a Coluna 5, verifica-se que os impostos de importação ali listados (“Customs Duties and Other Import Taxes”) encontram-se fixados em Reais. Isto se coaduna com o fato de que a Tabela 1A foi elaborada para fins da licitação e da análise das propostas pelo ente licitante, de modo que já se sabia de antemão os valores a serem pagos a título de impostos e taxas de importação para bens a serem utilizados na montagem de trens objeto principal do Contrato.

119. Logo, aqueles impostos que os **Requeridos** sustentam ser de sua responsabilidade já foram listados em Reais na Tabela 1A, razão pela qual aplica-se a eles a parte final do disposto na Cláusula 16.4 – a responsabilidade por seu pagamento era da **CAF** e não dos **Requeridos**.

120. Esta conclusão é referendada pela SCC 16.5., que, também em conformidade com a Cláusula 3 do *Contract Agreement*, prevalece sobre as previsões gerais. Tal cláusula estabelece algumas obrigações da **CAF** em relação à importação de “equipamentos”,

que, ainda que não sejam aí definidos e tampouco nas GCC, por sua posição contratual somente podem dizer respeito a equipamentos a serem importados pela **CAF** para a montagem dos trens no Brasil.

121. A SCC 16.5. estabelece:

“16.5 Nova Subcláusula CGC:

Para importação dos equipamentos, (relatado na Lista de Bens e Escopo Entrega), Fornecedor será responsável pelo seguinte:

- 1. Contratar um agente experiente, que tenha conhecimento sobre os procedimentos locais de desembaraço alfandegário, para acompanhar e acelerar o processo de desembaraço alfandegário.*
- 2. Fornecer toda a documentação correta e precisa necessária, de acordo com o Contrato, tais como, mas sem limitação, fatura comercial (fatura de remessa), remaneio, conhecimento de embarque preparado pela transportadora e traduções dos documentos relevantes.*
- 3. Após o Comprador ter preparado e finalizado as cartas de desembaraço alfandegário, o Fornecedor ou o agente de desembaraço do Fornecedor deve recolher estes documentos, inclusive os documentos de remessa originais obtidos após a chegada dos itens no porto.*
- 4. O agente de desembaraço alfandegário do Fornecedor deve iniciar o procedimento de desembaraço após os itens chegarem no porto, isto inclui a identificação do tipo de equipamento para as autoridades alfandegárias para determinar a tarifa para instalações permanentes e peças sobressalentes.*
- 5. O Fornecedor deve informar a tarifa ao Comprador.*
- 6. O agente de desembaraço alfandegário do Fornecedor deve entregar os cheques preparados pelo Comprador (o que inclui dois cheques, um para as obrigações e outro para os impostos sobre vendas) às autoridades alfandegárias e receber instruções para o desembaraço. Todos os procedimentos relacionados à importação dos equipamentos do Fornecedor serão de responsabilidade do Fornecedor”.*

122. Como se verifica, a cláusula acima transcrita não especifica se as obrigações nela previstas deveriam ser cumpridas quando a obrigação de pagamento de impostos e taxas de importação cabiam aos **Requeridos** (primeira parte da SCC 16.4) ou à **CAF** (parte final da SCC 16.4).

123. No entanto, em seu conteúdo, resta claro que ela se refere especificamente aos casos em que a responsabilidade de pagamento de impostos de importação caberia aos **Requeridos**. Isso porque, de acordo com o item 5 da referida Cláusula, a **CAF** deveria indicar a tarifa aplicada na importação do bem, o que só interessaria aos **Requeridos** ter conhecimento se eles tivessem que honrar o pagamento dos valores relativos a tais tarifas.

124. Além disso, de acordo com o item 6 da Cláusula 16.5, foi previsto um procedimento específico: entrega de cheques emitidos pelos **Requeridos** em benefício das autoridades alfandegárias para obter o desembaraço dos bens e, conseqüentemente, trazê-los para o Brasil. Tal procedimento também somente faz sentido ser exigível quando os **Requeridos** devessem pagar os impostos e taxas de importação sobre os bens.

125. Na verdade, quando os valores desses tributos já estivessem refletidos em Reais na Tabela 1A, já se saberia de antemão o valor da tarifa (item 5 da Cláusula 16.5), assim como a própria **CAF** é que diretamente efetuará o pagamento, não sendo, portanto, necessária a emissão de qualquer meio de pagamento pelos **Requeridos**.

126. Esta Cláusula 16.5 reforça o entendimento do Tribunal a respeito da previsão da Cláusula 16.4 no sentido de que os **Requeridos** somente seriam responsáveis pelo pagamento de impostos e taxas de importação de bens a serem utilizados na montagem dos trens no Brasil se tais valores não tivessem já refletidos em Reais na Tabela 1A.

127. Essa conclusão é confirmada pelas Cláusulas Gerais constantes da Cláusula 16, que não podem ser simplesmente afastadas em razão da existência de cláusulas especiais. Ainda que de aplicação subsidiária às Cláusulas 16.4 e 16.5, não se pode negar que deve haver entre elas uma coerência lógica, pois são subcláusulas de uma mesma cláusula.

128. De fato, há coerência lógica entre as cláusulas especiais e as cláusulas gerais, o que leva à conclusão de que os impostos de importação objeto de reclamação dos **Requeridos** eram, na verdade, de responsabilidade da própria **CAF**.

129. Estabelecem as Cláusulas Gerais da Cláusula 16:

“16. Impostos e Direitos

16.1

No caso de Bens fabricados fora do País do Comprador, o Fornecedor será totalmente responsável por todos os impostos, impostos de selos, emolumentos relativos a licenças e outros encargos similares incidentes fora do país do Comprador.

16.2

No caso de Bens fabricados no país do Comprador, o Fornecedor será totalmente responsável por todos os impostos, encargos, emolumentos relativos a licenças etc., incidentes até a entrega dos Bens contratados ao Comprador.

16.3

Se quaisquer isenções fiscais, reduções, bônus ou privilégios estiverem disponíveis ao Fornecedor no país do Comprador, o Comprador envidará seus melhores esforços para possibilitar que o Fornecedor se beneficie de tais economias de impostos na máxima extensão permissível”.

130. Dos dispositivos transcritos, extrai-se: (i) se os bens que forem compor os trens – objeto da prestação central do Contrato – forem fabricados fora do Brasil, a **CAF** ficaria inteiramente responsável pelos impostos e outros encargos a eles relativos exigidos fora do Brasil; (ii) se os bens fossem fabricados no Brasil, até a sua entrega ao **Metrô**, a **CAF** deveria arcar com **todas** as taxas, licenças ou encargos (nos quais, por evidente, estão incluídos os impostos e taxas de importação sobre as peças e elementos que fossem constituir os trens); e (iii) se qualquer isenção no Brasil fosse disponibilizada à **CAF** – inclusive em relação aos impostos referentes aos bens descritos na Cláusula 16.2 –, os **Requeridos** deveriam envidar todos os seus esforços para que a **CAF** pudesse dela se beneficiar.

131. Como se verifica, o regime do Contrato foi o de atribuir à **CAF** a responsabilidade de maior parcela dos encargos e riscos tributários, em especial, de importação. A fim de mitigar essa responsabilidade e em linha com os deveres de colaboração decorrentes da boa-fé objetiva que se aplica aos contratos em geral, os **Requeridos** deveriam envidar seus melhores esforços para que a **CAF** fosse beneficiária de qualquer isenção que viesse a ser-lhe disponibilizada.

132. Em vista disso, a interpretação sistemática do Contrato – sem desconsiderar a prevalência das Cláusulas 16.4 e 16.5 – revela que a responsabilidade pelos riscos tributários foi atribuída à **CAF**, salvo quando se tratasse de impostos e taxas de importação que não estivessem fixados em Reais nas Tabelas do Contrato.

133. Assim, a eventual responsabilidade dos **Requeridos** foi prevista em uma Cláusula Especial e estabelecida de forma residual, de modo que deve ser interpretada de forma restritiva, o que leva à conclusão de que, salvo se fossem bens produzidos fora do país e cujos preços não tivessem sido originalmente refletidos em Reais no *Contract Agreement* e nas Tabelas, aos **Requeridos** não poderia ser atribuída responsabilidade.

134. Conseqüentemente, se nenhuma responsabilidade poderia ser atribuída aos **Requeridos** para além deste escopo, qualquer isenção que não se referisse a esses bens em específico não lhes poderia aproveitar.

135. Após as Condições Especiais do Contrato e das Condições Gerais, as Cláusulas 2 e 3 do *Contract Agreement* remetem às "*Original Price Schedules*", às quais o Tribunal passa a analisar.

136. A Tabela 1 denomina-se "*Train Assembled Within the Purchaser's Country*" e é dividida de acordo com os seguintes itens (i) "*assembled train quoted as per ITB 14.6(a)(i) and 14.6.(a)(ii)*"; (ii) "*inland transportation, loading, unloading, insurances and other costs incidental to delivery of each Car to their final destination, as per ITB 14.6(a)(iii)*"; e (iii) "*mandatory spare parts, as per ITB 14.6(a)(iv)[total costs (10+11) Price Schedule n. 3]*".

137. Em relação a cada um desses itens, foram discriminadas quantas unidades foram solicitadas e o seu o preço unitário e total. Dentro do preço unitário, consta na Coluna 5 o "*sales and other taxes payable*".

138. Após a Tabela 1, a Cláusula 2 do *Contract Agreement* faz referência à Tabela 1A, a Tabela 2, 3 e 4⁵.

139. A indicação numérica das referidas tabelas demonstra que, como foi sustentado pela **CAF**, a Tabela 1A consistia em uma complementação à Tabela 1. Não assiste razão aos **Requeridos** quando sustentam uma existência autônoma e independente da Tabela 1A. Ela deve ser lida e interpretada à luz do que foi previsto na Tabela 1.

140. Nesse sentido, a Tabela 1A refere-se a "*equipment and compenents to be imported and incorporated to trains assembled in Purchaser's country*". Ou seja, se a

⁵ Nesse sentido, ver os itens 36 e 41, "iv", da presente Sentença Arbitral em que é feita referência ao argumento da CAF apresentado em suas Alegações Iniciais quanto à subordinação da Tabela 1A a Tabela 1.

Tabela 1 tratava do preço dos trens a serem produzidos e montados no Brasil, a Tabela 1A, de forma complementar, previu o preço dos equipamentos e componentes que deveriam ser importados para que os referidos trens fossem, de fato, concluídos no Brasil.

141. A Tabela 1A, assim como a Tabela 1, traz uma série de itens (cinco no total) em relação aos quais são especificados, dentre outros aspectos, o “*custom duties and other import taxes*”. Ou seja, a análise do texto da Tabela 1A revela que, em relação aos bens que deveriam ser importados para a montagem dos trens no Brasil, foi vislumbrado pelas **Partes** que em seu preço estariam incluídos impostos e taxas de importação.

142. Esta é a única conclusão que se pode extrair da Tabela 1A. Na verdade, diferentemente do que os **Requeridos** pretendem aduzir, a referida Tabela não trata do preço do Contrato e não determina que ele reflita os valores ali descritos.

143. As tabelas fazem referência às ITB – Instructions to Bidders. O Tribunal verificou a Cláusula 14 das ITB, a qual se refere a “*Bid Prices and Discounts*”. Tal Cláusula, como se extrai do item 14.1, continha orientações para aquelas empresas que participariam do processo de licitação, as quais deveriam apresentar o *Subscription Form* e os *Prices Schedules* em conformidade com o ali disposto.

144. Especificamente em relação aos *Price Schedules* – relativamente às Tabelas 1 e 1A – o item 14.6 das ITB definia a forma como os preços que os participantes da licitação pretendiam praticar deveriam ser apresentados. Nesse sentido, o referido dispositivo determinou que os preços fossem especificados tendo em vista o fato de os bens a que se referissem terem sido produzidos fora ou dentro do Brasil.

145. A Cláusula 14 das ITB continha instruções para aqueles que iriam participar do processo licitatório, de modo que as Tabelas que foram apresentadas pela **CAF** consistiam no cumprimento dessas regras licitatórias. Isto significa dizer que os valores indicados na Tabela 1 e na Tabela 1A tinham por objetivo permitir que o ente estatal avaliasse ofertas apresentadas no âmbito da licitação, para que pudesse determinar qual empresa seria vencedora⁶.

⁶ Nesse sentido, o Tribunal faz referência a trechos de manifestações dos entes estatais realizadas durante a condução do procedimento de licitação, referidas pela CAF e demonstradas no presente Procedimento Arbitral: “A Planilha de preços 1A se destina única e exclusivamente para a aplicação de preferência doméstica e não representa oferta de preços a serem pagos pois os componentes listados na planilha 1A são parte dos preços listados na Planilha de Preços 1” e Parecer CJ/STM nº090/2009 “a Planilha 1A não representa oferta de preços a serem pagos ao futuro contratado, mas apenas é feita para aplicação da preferência doméstica no certame”.

146. A interpretação conjunta das ITBs, do disposto nas Tabelas e a observância da Cláusula 3 do *Contract Agreement* revela que os preços dispostos nas Tabelas 1 e 1A não se sobrepõem ao *Contract Price* de R\$ 410.024.445,00 e €\$ 29.772.198,00 fixado nos *consideranda* de tal *Contract Agreement*.

147. Em vista de todo o exposto, a análise do Contrato em sua integralidade permite o Tribunal concluir que:

- (i) o risco tributário foi, como regra, alocado à **CAF**;
- (ii) os **Requeridos** somente seriam responsabilizados por eventuais impostos incidentes na importação de bens para a montagem de trens no Brasil se os valores de tais bens não tivessem sido expressos em Reais no Contrato;
- (iii) sabendo-se que os valores da Coluna 5 da Tabela 1A referiam-se a impostos e taxas de importação relativos a bens a serem utilizados na montagem de trens no Brasil e que estavam expressos em Reais (até porque foram antevistos desde a época da licitação), a responsabilidade por seu pagamento caberia à **CAF**;
- (iv) a interpretação da obrigação dos **Requeridos** de arcar com impostos e taxas de importação deve ser feita de forma restritiva, pois se tratava de hipótese excepcional; quando as Partes quiseram fazê-lo, estabeleceram tal responsabilidade de forma expressa, como na Cláusula 16.4; e
- (v) sabendo-se que a obrigação dos **Requeridos** de arcar com impostos e taxas de importação era excepcional, também devem ser interpretadas restritivamente eventuais isenções que pudessem beneficiá-los.

148. Em vista da interpretação do Contrato, realizada em conformidade com a vontade das Partes expressa na Cláusula 3 do *Contract Agreement*, eventual isenção sobre impostos de importação relativos aos bens que estivessem elencados na Tabela 1A somente poderia beneficiar a **CAF** e não os **Requeridos**.

149. Como o seu pleito para a retenção das faturas apresentadas pela **CAF** está amparado exatamente na existência de isenção de impostos de importação sobre os bens referidos na Tabela 1A, tendo o Tribunal reconhecido que esta isenção não poderia aproveitar aos **Requeridos** e, conseqüentemente, não poderia levar a uma revisão do preço do Contrato a seu favor, resta afastado, desde já, o primeiro dos fundamentos que os **Requeridos** utilizaram para o não pagamento à **CAF**.

XI.2.2. O regime de drawback e o direito de aproveitamento da isenção por ele concedida

150. Restou claro, pela exposição acima, que as cláusulas do Contrato conferiram à **CAF** a responsabilidade pelos impostos e taxas incidentes sobre os bens a serem importados para a montagem dos trens no Brasil que já tivessem tido seu preço listado em Reais na Tabela 1A, de forma que nenhum pedido de antecipação de pagamento de impostos foi solicitado pela **CAF** e, conseqüentemente, que qualquer benefício que levasse a isenção de tais impostos deveria aproveitar a **CAF**. Ainda assim, o Tribunal passa a analisar os demais argumentos utilizados pelos **Requeridos** para fundamentar sua recusa em efetuar o pagamento devido à **CAF**.

151. Os **Requeridos** aduzem que a **CAF** – por intermédio da CAF Brasil – teria, após a celebração do Contrato, obtido uma isenção fiscal decorrente da outorga do regime de *drawback*. Independentemente da conclusão anterior decorrente das cláusulas contratuais, a forma pela qual o *drawback* foi emitido não poderia impactar o preço do Contrato, como se passa a demonstrar.

152. O *drawback* consiste em um regime aduaneiro diferenciado que confere determinadas isenções àquele que dele passa a se beneficiar.

153. Cabe ao Tribunal Arbitral verificar se há qualquer efeito de tal regime fiscal em face da contratação.

154. O ponto essencial desta análise diz respeito a quem obteve a isenção fiscal decorrente do *drawback* – a CAF Brasil. Com efeito, a CAF Brasil não é parte do Contrato. Ela não consta do *Contract Agreement* como parte e o fato de ser feita referência no Contrato à possibilidade de subcontratação não torna a CAF Brasil parte do Contrato.

155. As referências feitas pelos **Requeridos** à Cláusula e 13.7.1 do Contrato Particular de Industrialização celebrado entre a **CAF** e a CAF Brasil que estabelece a vinculação de tal contrato ao Contrato celebrado entre a **Requerente** e os **Requeridos** não é suficiente para tornar a CAF Brasil parte deste último Contrato.

156. Na verdade, trata-se de cláusula absolutamente comum em instrumentos de subcontratação. Ou seja, quando prestações de um contrato passam a ser realizadas por um terceiro contratado por uma das contratantes, é normal a previsão de cláusulas permitindo que a outra parte possa verificar o cumprimento de tais prestações pelo subcontratado ou ainda refletindo a vinculação entre os contratos.

157. No entanto, ainda que haja vinculação ou dependência econômica entre os contratos, tal fato não faz com que possam ser desconsideradas as especificidades de cada um deles, em especial, as partes que os celebraram. Logo, se a CAF Brasil não firmou o Contrato com os **Requeridos** não é possível concluir que qualquer benefício que ela venha a receber possa também lhes favorecer.

158. Além disso, a CAF Brasil possui personalidade jurídica distinta da **CAF** – real contratante⁷ e os Requeridos não produziram prova alguma capaz de demonstrar que a CAF Brasil se confundiria com a **CAF**.

159. O fato de as demonstrações financeiras da **CAF** consolidarem as demonstrações da CAF Brasil decorre exatamente do fato de tal sociedade ser sua controlada, não representando qualquer irregularidade ou evidência que possa levar à confusão entre as duas sociedades.

160. A relação de controle existente entre as duas sociedades não afasta a autonomia patrimonial de cada uma delas. Se a CAF BRASIL obteve benefício fiscal que a isentou do pagamento de impostos de importação não é possível suprimir sua autonomia patrimonial para concluir que, automaticamente, a **CAF** se beneficiou – na mesma medida – de tal isenção.

161. Nesse sentido, cabe ressaltar que é norma cardeal do sistema jurídico brasileiro a tutela da personalidade jurídica, de modo que o artigo 50 do Código Civil exige para a sua desconsideração o abuso da personalidade, "*caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*". Não há nos autos qualquer indício de desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre as empresas que possa autorizar a desconsideração de personalidade.

162. Logo, também pela análise dos impactos do regime de *drawback* sobre o Contrato, não é possível concluir que a **CAF** obteve benefício fiscal que pudesse aproveitar aos **Requeridos** e, conseqüentemente, implicar em redução do preço do Contrato.

XI.2.3. Irregularidades e erros nos trechos objeto do Contrato

⁷ Ver itens 38 e 40, "i", da presente Sentença Arbitral, em que a CAF informa a autonomia patrimonial da CAF Brasil.

163. Um argumento utilizado pelos **Requeridos** para fundamentar seu suposto direito à retenção dos valores das faturas emitidas pela **CAF** e eventualmente obter provimento no sentido de determinar o reequilíbrio econômico financeiro do Contrato diz respeito a pendências técnicas não solucionadas pela **Requerente**.

164. Ou seja, segundo os **Requeridos**, embora todos os trens tenham sido entregues, eles apresentaram diversas pendências técnicas que ainda não teriam sido solucionadas pela **Requerente**, razão pela qual ela não poderia receber parcelas referentes ao preço do Contrato.

165. Não obstante, os **Requeridos** não comprovaram suas alegações nesse sentido, inexistindo nos autos documentos ou outros elementos de prova que balizem tais alegações. Não é demais lembrar que as **Partes** declararam-se satisfeitas com a instrução processual e informaram que não tinham outras provas a produzir quando a questão lhes foi submetida pelo Tribunal Arbitral.

166. Em vista disso, o Tribunal também rejeita suas alegações a respeito da existência de falhas técnicas nos trens capazes de impedir o pagamento das faturas em aberto e de faturas futuras em benefício da **CAF**.

XI.2.4. Dos juros e encargos incidentes sobre o valor da condenação

167. De acordo com a legislação brasileira, quando determinado pagamento é devido e não efetuado, e não há disciplina específica do contrato, devem incidir juros pelo atraso e correção monetária para a reposição do valor da moeda⁸.

168. No caso presente, as **Partes** pactuaram expressamente na GCC 15.5 que deveriam incidir sobre os pagamentos devidos pelos **Requeridos** não realizados no momento correto taxa de juros correspondente a 6% a.a..

169. Em vista dessa previsão expressamente pactuada entre as **Partes**, o Tribunal determina que sobre os valores das faturas emitidas pela **CAF** anteriormente e no curso do presente procedimento arbitral que não foram pagas pelos **Requeridos** deverão incidir os referidos juros, uma vez que seu pagamento não foi realizado em virtude de uma interpretação equivocada dos **Requeridos** e, portanto, em atraso.

⁸ Código Civil, artigo 406 e seguintes.

170. Diante de todo o exposto, o Tribunal conclui por julgar procedente o pedido da **CAF** para condenar o **GESP** ao pagamento dos valores correspondentes a todas as faturas emitidas e não pagas pelos **Requeridos** e das inadimplidas durante o curso deste procedimento, todas elas acrescidas dos encargos previstos na Cláusula 15.5 das SCC do Contrato.

171. Deixa-se de condenar o **Metrô** ao pagamento de referidas faturas, uma vez que, em última análise, o ente pagador das obrigações por ele contraídas é o próprio Estado de São Paulo. Com efeito, no âmbito da administração pública do Estado de São Paulo, as obrigações pecuniárias assumidas são honradas pelo próprio Estado.

172. Em relação às faturas ainda a serem emitidas, o Tribunal Arbitral reconhece a ilegalidade de recusa de pagamento, por parte dos **Requeridos**, que esteja fundada na exigência de demonstração de pagamento de tributos, em interpretações a respeito do regime de *drawback* ou na ocorrência de falhas técnicas alegadas neste processo. Por óbvio, como tais faturas referem-se a eventos específicos descritos na Cláusula 15 do Contrato, o Tribunal Arbitral esclarece que para seu pagamento deverão ser verificados pelas **Partes** a configuração concreta dos “gatilhos” que autorizam sua cobrança.

XI.3. Análise do Pedido relativo à obrigação de não fazer formulado pela CAF

173. O Tribunal passa a analisar o eventual direito de os **Requeridos** reterem pagamentos a favor da **CAF** sob o argumento de que foram descumpridas obrigações contratuais.

174. A Cláusula 10.3 das *General Conditions* do Contrato é aquela que prevê a resolução de litígios por meio de arbitragem. Tal cláusula também estabelece que

“10.3 Notwithstanding any reference to arbitration herein, (a) The parties shall continue to perform their respective obligations under the Contract unless they otherwise agree; and (b) The Purchaser [Requerido GESP] shall pay the Supplier [Requerente] any monies due to the Supplier [Requerente]”.

175. Como se verifica, independentemente de estar em curso procedimento arbitral para discutir qualquer aspecto relativo às obrigações previstas no Contrato, os **Requeridos** não poderiam deixar de pagar as faturas devidas à **Requerente**.

176. Vale dizer, restou estabelecido que a superveniência de qualquer arbitragem não deveria impedir as **Partes** de continuarem a realizar suas respectivas obrigações contratuais (a menos que acordassem de outro modo) e tampouco deveria servir de obstáculo a que o Comprador continuasse a pagar à **CAF** quaisquer valores devidos. Muito embora os **Requeridos** possam argumentar que entendiam que os valores não pagos não seriam devidos, entende o Tribunal Arbitral que a inteligência desta cláusula vai no sentido de determinar às **Partes** o normal seguimento da execução do Contrato, ainda que tais ou quais questões pudessem e possam ser levados ao juízo arbitral para final pacificação e ainda que daí possam decorrer eventuais indenizações e compensações de parte a parte. Qualquer discussão sobre preço ou mesmo sobre qualidade do serviço não poderia servir de fundamento para o não pagamento de faturas que estivessem, razoavelmente, inseridas no âmbito do preço total ajustado e nos marcos contratuais efetivamente estipulados para seu pagamento. Há, aqui, na visão do Tribunal Arbitral, a expressa mitigação da *exceptio non adimpleti contractus*, de modo que não poderiam os **Requeridos** eximirem-se do pagamento das faturas, ainda que lhes esteja franqueada a possibilidade de discutir o reembolso de valores pagos, a indenização por falhas nos bens entregues e qualquer outra matéria contratual, em sede arbitral.

177. Não cabia, portanto, aos **Requeridos** reter os pagamentos devidos à **CAF**.

178. Neste ponto, o Tribunal faz especial referência às obrigações do **Metrô**, como parte legítima do presente Procedimento Arbitral. Deverá o **Metrô** se abster, na qualidade de gestor do Contrato, de adotar quaisquer medidas que venham a impedir o pagamento das faturas devidas a **CAF**.

179. Em vista disso, o Tribunal julga procedente o pedido da **Requerente** para determinar que os **Requeridos** se abstenham de obstaculizar a emissão de novas faturas ou de reter novos pagamentos em razão do suposto não recolhimento de tributos especificados na Planilha 1A do Contrato ou de quaisquer outras exigências que tenham por base descumprimento de obrigações contratuais analisadas no âmbito deste procedimento arbitral.

XI.4. Análise do Pedido de Reembolso de custas procedimentais formulado pela AF

180. De acordo com a Cláusula 14.7 do Termo de Arbitragem, a presente Sentença Arbitral deve fixar a responsabilidade por (i) honorários de árbitros; (ii) honorários de eventuais peritos; (iii) custas e despesas relacionadas ao procedimento; e (iv) demais custos previstos no artigo 40 do Regulamento da UNCITRAL de 2010.

181. Trata-se de procedimento *ad hoc* em que as **Partes** expressamente dispensaram a realização de prova pericial e de audiência para oitiva de testemunhas.

182. Todas as reuniões entre os árbitros foram realizadas sem custos adicionais para as **Partes**, de modo que os únicos custos que devem ser alocados na presente Sentença Arbitral referem-se ao reembolso dos honorários dos árbitros.

183. Tendo em vista que a presente Sentença Arbitral julgou improcedente a questão preliminar apresentada pelos **Requeridos** e, no mérito, julgou procedentes os pedidos formulados pela **Requerente**, o Tribunal condena os **Requeridos** a reembolsar à **CAF** os montantes relativos aos honorários dos árbitros por ela arcados.

XII. Dispositivo

184. Diante de todo o exposto, o Tribunal decide:

- (i) julgar **procedente** o pedido da **CAF** para (a) condenar o **GESP** ao pagamento dos valores correspondentes a todas as faturas emitidas e não pagas pelos **Requeridos** e das inadimplidas durante o curso deste procedimento, todas elas acrescidas dos encargos previstos na Cláusula 15.5 das SCC do Contrato, (b) em relação às faturas ainda a serem emitidas, reconhecer a ilegalidade da recusa de pagamento, por parte dos **Requeridos**, que esteja fundada na exigência de demonstração de pagamento de tributos, em interpretações a respeito do regime de *drawback* ou na ocorrência de falhas técnicas alegadas neste processo;
- (ii) julgar **procedente** o pedido da **CAF** para determinar que os **Requeridos** se abstenham de obstaculizar a emissão de novas faturas ou de reter novos pagamentos em razão do suposto não recolhimento de tributos especificados na Planilha 1A do Contrato ou de quaisquer outras exigências que tenham por base descumprimento de obrigações contratuais analisadas no âmbito deste procedimento arbitral;

- (iii) **condenar** os **Requeridos** a reembolsar à **CAF** os montantes relativos aos honorários dos árbitros por ela arcados; e
- (iv) por consequência, julgar totalmente **improcedentes** todos os pedidos formulados pelos **Requeridos**.

Esta Folha de Assinaturas é parte integrante e inseparável da SENTENÇA ARBITRAL proferida, na data abaixo indicada, no contexto do Procedimento Arbitral *ad hoc* em que litigam, como REQUERENTE, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. e, como REQUERIDOS, Estado de São Paulo e Companhia do Metropolitano de São Paulo.

Local da Arbitragem: São Paulo/SP – Brasil.

Data: 09 DE JUNHO DE 2016.



Carlos Alberto Carmona
Coárbitro



Maurício Meura Portugal Ribeiro
Coárbitro



Nelson Laks Eizirik
Presidente