

---

**CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ / SEC 7**

PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 82/2020/SEC7

---

**CONCESSIONÁRIA DO MONOTRILHO LINHA 18 BRONZE S.A.**

- Requerente -

*contra*

**ESTADO DE SÃO PAULO**

- Requerido -

---

**RÉPLICA**

---

São Paulo, 19 de novembro de 2021

LISTA DE TERMOS DEFINIDOS .....	3
I. INTRODUÇÃO .....	5
II. RÉPLICA .....	9
PARTE 1: A ILEGALIDADE DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL DO ESTADO E DA CONSEQUENTE EXTINÇÃO CONTRATUAL .....	10
III. A RELEVÂNCIA DA CULPA DO PODER CONCEDENTE PARA DISCUSSÃO DA EXTINÇÃO CONTRATUAL .....	10
IV. CARACTERIZAÇÃO DO INADIMPLIMENTO CONTRATUAL ABSOLUTO DO PODER CONCEDENTE ...	15
IV.1. A obrigação contratual inadimplida pelo Requerido.....	15
IV.1.1. Nota prévia: a correta qualificação jurídica da Etapa Preliminar .....	17
IV.1.2. O cumprimento da obrigação não era impossível .....	26
IV.1.3. E se fosse o contrário? .....	29
IV.1.4. O não cabimento de caso fortuito e força maior.....	32
V. A ILEGALIDADE DA EXTINÇÃO CONTRATUAL .....	40
V.1. A Extinção Contratual foi uma Escolha do Requerido .....	42
V.1.1. O interesse público na execução do Contrato de Concessão .....	43
V.2. A Inadmissibilidade da Resilição Unilateral do Contrato.....	50
PARTE 2: A ADEQUAÇÃO DO RACIONAL INDENIZATÓRIO PROPOSTO PELA REQUERENTE .....	54
VI. A VERDADEIRA RACIONALIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO .....	54
VII. A FALACIOSA E INADEQUADA METODOLOGIA PARA O CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO .....	65
VII.1. Subsidiariamente, a perda de uma chance: a distinção em relação ao pedido principal.....	73
PARTE 3: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS .....	77
VIII. O DESCABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS .....	77
IX. CONCLUSÃO E PEDIDOS.....	82
<b>LISTA CONSOLIDADA DE DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA REQUERENTE.....</b>	<b>85</b>

## LISTA DE TERMOS DEFINIDOS

Para facilitar a consulta às referências, as definições abaixo são idênticas àquelas empregadas **(i)** no Contrato de Concessão; **(ii)** nas Alegações Iniciais; ou **(iii)** empregadas pela primeira vez nesta manifestação, conforme termos definidos abaixo:

<b>Termo</b>	<b>Definição</b>
<b>Arbitragem</b>	Procedimento Arbitral nº 82/2020/SEC7 administrado pelo CAM-CCBC
<b>Aporte de Recursos</b>	O aporte de recursos a ser pago pelo Poder Concedente à Concessionária nos termos do Contrato, cuja estruturação financeira incumbia ao Poder Concedente durante a Etapa Preliminar, conforme disposto na Cláusula 4.1.2.1. do Contrato
<b>BNDES</b>	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
<b>CEF</b>	Caixa Econômica Federal
<b>CC</b>	Código Civil
<b>Concessionária</b>	Concessionária do Monotrilho Linha 18 Bronze S.A.
<b>CGPPP</b>	Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo
<b>CMCP</b>	Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões
<b>CPP</b>	Companhia Paulista de Parcerias
<b>Contrato de Concessão ou Contrato</b>	Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014
<b>Decreto de Utilidade Pública</b>	Decreto Estadual 59.762/2013
<b>Edital ou Concorrência</b>	Edital da Concorrência Internacional nº 003/2013
<b>Partes</b>	Concessionária do Monotrilho Linha 18 Bronze S.A e o Estado de São Paulo
<b>PGE</b>	Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
<b>Poder Concedente</b>	Estado de São Paulo
<b>Projeto</b>	O projeto de implantação e operação da Linha 18 do Metrô de São Paulo
<b>Requerente</b>	Concessionária do Monotrilho Linha 18 Bronze S.A.

<b>Requerido</b>	Estado de São Paulo
<b>RMSP</b>	Região Metropolitana de São Paulo
<b>STM</b>	Secretaria de Transportes Metropolitanos
<b>TIR</b>	Taxa Interna de Retorno
<b>Tribunal</b>	Tribunal Arbitral constituído nesta arbitragem
<b>UPP</b>	Unidade de Parcerias Público-Privadas

## **I. INTRODUÇÃO**

1. Os diversionismos lançados pelo Requerido em sua Resposta às Alegações Iniciais têm por objetivo convencer o Tribunal Arbitral de que a extinção unilateral e prematura do Contrato de Concessão decorreria de fatos não imputáveis ao Poder Concedente e privilegiaria o interesse público. Como consequência jurídica, o Requerido pretende elidir a sua responsabilidade de indenizar o Requerente pelos danos sofridos, equiparando lucros cessantes aos custos de oportunidade para, por fim, adotar metodologia simplista para a apuração de danos.

2. No entanto, como será visto ao longo desta Réplica, o que temos aqui é um caso clássico e infelizmente comum na vida das contratações administrativas. O Estado lança um grande projeto de parceria público-privada (“PPP”) e promove uma licitação para a contratação de um sujeito privado que irá implementar um modal que irá beneficiar a sociedade. Celebrado o contrato – com toda a publicidade necessária que isso envolve –, o Estado simplesmente descumpra o mais simples e importante dos seus deveres com os sujeitos privados: não consegue o dinheiro que disse que obteria para pagar a PPP. Com a mudança nos postos-chave da gestão pública, há uma “alteração do interesse público” e uma nova oportunidade política surge. Mas aí, como fazer com o contrato existente? Simples: o Estado extingue e deixa que o sujeito privado busque a reparação integral na via arbitral.

3. Estamos diante justamente daquelas situações em que o Estado adota um comportamento oportunista em prejuízo a todo o sistema. Não por acaso, mesmo com altíssimas disponibilidades de recursos internacionais, os agentes econômicos preferem investir em outro país. E os sujeitos privados, para investir em projetos de concessão, passam a exigir retornos

cada vez maiores para suportar esse tipo de risco. Com isso, o sistema econômico brasileiro como um todo sofre, em especial o das contratações públicas.

4. As deficiências na Resposta às Alegações Iniciais do Requerido serão endereçadas de forma detida nesta Réplica, mas, de forma preliminar, o Tribunal Arbitral deve considerar as seguintes cinco falhas na tese apresentada pelo Poder Concedente:

5. *Primeiro*, este é um caso em que o Estado de São Paulo criou a inédita tese de rescisão unilateral de contrato de concessão. Em sua Resposta às Alegações Iniciais, o Requerido não logrou demonstrar que a extinção do Contrato teria sido lícita. Pelo contrário, ciente se sua fragilidade, o Requerido tentou minimizar sua conduta irregular, afirmando já no início de sua Resposta às Alegações Iniciais que *“não faz parte do objeto litigioso desta arbitragem dirimir controvérsia acerca da qualificação jurídica da decisão de encerramento contratual, ou sobre a sua regularidade, uma vez que não foram aduzidos pedidos da Requerente nesse sentido”*.<sup>1</sup>

6. Acatar a tese do Estado de São Paulo significaria dizer que o Tribunal Arbitral deve fechar os olhos para a ilicitude cometida pelo Requerido e desconsiderá-la quando da sua condenação ao pagamento de indenização pelos danos emergentes e lucros cessantes sofridos pela Requerente. Essa cegueira sugerida pelo Estado também abriria portas para que o invencionismo jurídico experimentado pela Requerente se repita em outros contratos com a Administração Pública Estadual. É dizer, ao invés de encerrar contratos de concessão seguindo as hipóteses legais, o Poder Concedente poderá simplesmente arguir a tese de “rescisão unilateral” quando lhe for conveniente, sem receio da sua plena e integral responsabilização pelo término irregular dos contratos.

7. A correta qualificação jurídica da extinção contratual levada a cabo pelo Requerido é de encampação, o que pressupõe o dever do Poder Concedente de indenizar previamente a Concessionária pelos danos emergentes e lucros cessantes, considerando todo o período da

---

<sup>1</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, p 10.

concessão. Estamos diante, aqui, de uma conduta altamente oportunista do Estado, buscando usar um instrumento jurídico do direito privado para poder deixar de cumprir os contratos que celebra sem ter que pagar indenização.

8. *Segundo*, a Resposta às Alegações Iniciais confirma a tese da Requerente de que o Estado de São Paulo escolheu inadimplir o Contrato de Concessão, já que as alegadas dificuldades para a estruturação financeira eram todas contornáveis. Ao longo da Resposta às Alegações Iniciais, o Requerido tenta convencer que esparsas cobranças feitas ao BNDES e à Caixa Econômica Federal seriam suficientes para afastar a sua obrigação contratual de aportar os recursos necessários para que o Projeto se concretizasse.

9. Ainda, o Requerido acrescentou outros óbices ao prosseguimento do Contrato nunca antes aventados, como que o lapso temporal – decorrente única e exclusivamente de sua mora – teria levado à desatualização do Projeto, bem como à caducidade dos decretos expropriatórios e, consequentemente, na excessiva onerosidade para o Poder Concedente.

10. A Resposta às Alegações Iniciais não enfrentou o conjunto documental apresentado pela Requerente nas Alegações Iniciais a qual comprova que o Requerido continuou a financiar junto a bancos públicos aqueles projetos que lhe pareciam politicamente mais interessantes. São ilustrativos, nesse sentido, **(i)** o financiamento obtido junto à Caixa Econômica Federal para a Linha 6 – Laranja do Metrô em 2015,<sup>2</sup> obra essa que inclusive foi paralisada posteriormente<sup>3</sup>, e **(ii)** a obtenção naquele ano de financiamento para a Linha 5 – Lilás do Metrô.<sup>4</sup>

11. *Terceiro*, tampouco se sustenta a alegação do Requerido de que a extinção do Contrato ocorreu por caso fortuito, hipótese que autorizaria a extinção contratual. A realidade fática demonstra não estarem cumpridos os requisitos essenciais para a incidência do art. 393 do Código

---

<sup>2</sup> **Anexo A-71**, Registro de contratação de financiamento nº 14210111 celebrado entre o Estado de São Paulo e o BNDES em 24.02.2015.

<sup>3</sup> **Anexo A-83**, Notícia – Consórcio suspende obras da Linha 6 do Metrô de SP. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/09/consorcio-suspende-obras-da-linha-6-do-metro-de-sp.html>.

<sup>4</sup> **Anexo A-72**, Registro de contratação de financiamento nº 0438394-29 celebrado entre o Estado de São Paulo e a Caixa Econômica Federal em 29.12.2015.

Civil, visto que, como será explicitado posteriormente, não estão presentes no caso o efetivo impedimento ao cumprimento da obrigação e a impossibilidade de superar ou resistir aos efeitos do evento superveniente.

12. *Quarto*, a extinção contratual não se deu em observância ao interesse público. Isto é evidenciado tanto pelo posicionamento então sustentado pela D. PGE, que por diversas vezes reconheceu o atendimento ao interesse público pela prorrogação da Etapa Preliminar<sup>5</sup> – cuja posição alterou-se apenas no curso do processo administrativo de extinção do Contrato – como pela análise econômica conduzida pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (“FIPE”)<sup>6</sup>, agora assistente técnica do Poder Concedente. **Ambos consignaram que o interesse público seria atendido pela continuidade do Contrato.** A Resposta às Alegações Iniciais é silente a esse respeito.

13. *Quinto*, a metodologia proposta pelo Poder Concedente para cálculo dos danos emergentes e dos lucros cessantes – para além da confusão conceitual destes com os custos de oportunidade – se mostra inadequada e muito aquém da real extensão da indenização devida à Concessionária.

14. Os assistentes técnicos do Estado de São Paulo utilizam-se de verdadeiro contorcionismo argumentativo na tentativa de justificar a adoção de metodologia retrospectiva, limitada aos anos de vigência do Contrato e que, por princípio, ignora qualquer expectativa de retorno futuro e aniquila todo o racional econômico de qualquer concessão.

---

<sup>5</sup> **Anexo A-45**, Parecer CJ/STM nº 126/2016. “Com isto, e reiterando-se o quanto já exposto no Parecer CJ STM nº 112/2015, tem-se que, não tendo sido possível a conclusão de todas as obrigações arroladas no item 4.1.2.1 da Cláusula Quarta do Contrato no prazo originalmente estimado, computadas as prorrogações já realizadas, a medida mais adequada para a proteção dos interesses de ambas as partes e do interesse público é a nova prorrogação da vigência da Etapa Preliminar, pelo prazo julgado necessário para a superação do obstáculo identificado pela Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões [...]”

<sup>6</sup> **Anexo A-05**, Relatório FIPE. “Todas as análises efetuadas culminam na possibilidade de afirmação de que **o interesse público está preservado com a manutenção do Contrato de PPP da Linha 18 – Bronze – Monotrilho da rede metropolitana de São Paulo**”. (**Destacamos**)



15. Para tanto, a FIPE se pauta em experiências internacionais que não guardam qualquer identidade com o contexto brasileiro e em exemplos simplistas que não são aplicáveis ao caso. É ilustrativo nesse sentido a ponderação dos assistentes técnicos, segundo os quais a metodologia da Requerente mostrar-se-ia inadequada por ser “*extremamente complexa*”.<sup>7</sup>

16. Por fim, ainda no esforço de refutar a metodologia da Requerente, fazem a risível afirmação de que o Valor Presente Líquido (VPL) do Projeto seria atualmente negativo em mais de um bilhão de reais.

17. A Requerente demonstrará ao longo da presente Réplica que **(i)** a obrigação do Requerido era possível; **(ii)** em razão de escolha política foi realizada a encampação indireta do Projeto; **(iii)** é devida indenização pelos danos emergentes e lucros cessantes – os quais não se confundem com os custos de oportunidade – e **(iv)** a metodologia para apuração da indenização devida deve ser prospectiva, não se limitando à duração da Etapa Preliminar.

## II. RÉPLICA

18. Com o intuito de endereçar com maior precisão os pontos debatidos no curso da Arbitragem, a presente Réplica divide-se em três partes. A **Parte 1** endereçará a ilegalidade da rescisão contratual e a sua verdadeira natureza, enquanto a **Parte 2** tratará sobre as metodologias para a apuração dos danos sofridos pela Requerente e, por fim, a **Parte 3** adentrará a discussão acerca dos honorários e custas decorrentes deste procedimento arbitral.

---

<sup>7</sup> **Anexo B-51**, p. 21. “No presente caso, o método Adjusted Base Case Approach é inadequado, uma vez que, para sua utilização seria necessário valorar não apenas os ganhos futuros censurados, mas também os desembolsos passados previstos e, a partir deles estimar qual a parcela que está preservada e qual está comprometida em razão das obrigações não cumpridas. ***Isso seria uma tarefa extremamente complexa.***” Este posicionamento foi repetido em diversas outras oportunidades, por exemplo na p. 43 em que se lê: “Em relação da complexidade e imprevisibilidade do resultado (que é função especialmente das hipóteses adotadas), o método Adjusted Case Base Approach não é adequado ao presente caso;”. **(Destacamos)**

## **PARTE 1: A ILEGALIDADE DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL DO ESTADO E DA CONSEQUENTE EXTINÇÃO CONTRATUAL**

### **III. A RELEVÂNCIA DA CULPA DO PODER CONCEDENTE PARA DISCUSSÃO DA EXTINÇÃO CONTRATUAL**

19. Antes de repassarmos os elementos que, conforme já exposto nas Alegações Iniciais, demonstram de forma inequívoca a caracterização do inadimplemento contratual do Poder Concedente seguido da ilegal extinção do Contrato, é preciso dar um passo atrás para refutar a premissa central da Resposta às Alegações Iniciais do Requerido, qual seja, a suposta irrelevância da imputação de culpa e da qualificação jurídica do encerramento contratual.

20. Ciente da fragilidade de seus argumentos para defender a indefensável legalidade da rescisão unilateral do Contrato, o Poder Concedente optou por tentar deslegitimar a discussão a partir de um argumento de autoridade: a motivação e a caracterização jurídica da extinção contratual não seriam objeto da presente Arbitragem e, mais, seriam matérias de ordem pública que sequer poderiam ser avaliadas na jurisdição arbitral.

21. Nesse sentido, o Requerido **(i)** alega que a Requerente não formulou pedido sobre a qualificação jurídica ou regularidade da decisão de encerramento contratual, razão pela qual esse ponto não faria parte do escopo dessa Arbitragem<sup>8</sup> e, mais adiante, afirma que **(ii)** tampouco convém avaliar se houve ou não culpa na impossibilidade de conclusão da Etapa Preliminar, tendo em vista que a extinção contratual ocorreu pelo mecanismo de rescisão contratual, que seria operado de forma objetiva e independente de avaliação de responsabilidade das partes.<sup>9</sup>

22. Existem duas razões para não ter incluído a declaração de ilegalidade da encampação nos pedidos. A primeira é que faz parte da regra do jogo o Estado extinguir uma concessão unilateralmente por conveniência política. O requisito é que haja autorização legislativa e

---

<sup>8</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 10.

<sup>9</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 148.

indenização prévia (art. 37 da Lei de Concessões). Então, qualquer ator do mercado sabe disso e o considera ao entrar numa concessão. A segunda razão já é mais concreta: como o Estado não respeitou a regra do jogo, extinguindo unilateralmente sem obediência aos requisitos, não há mais o que se discutir quanto à manutenção de um contrato que o Poder Público não quer mais porque deseja implementar outros objetivos políticos. Por que buscar a invalidação da rescisão? Para o Estado continuar em situação de inadimplemento? Para aumentar os prejuízos? Não há sentido nisso. O Estado não se mostrou sério e cumpridor de suas obrigações. Não há mais razão para manter uma relação jurídica com o Estado; logo, a Requerente não deseja discutir a manutenção do contrato nessas condições.

23. Contudo, isso não significa que se concorde com o fundamento da extinção, nem com as consequências que o Estado deseja ver implementadas. Até porque a principal regra do jogo para que o Estado extinga uma concessão por conveniência não foi respeitada: a indenização prévia e completa. Então, a despeito de a Requerente não ter incluído entre seus pedidos a avaliação da qualificação jurídica da extinção contratual, um dos pedidos formulados é a condenação do Requerido ao pagamento da indenização devida em razão das obrigações contratuais por ele contraídas e não cumpridas. E, para determinar a indenização devida à Concessionária, é de máxima importância a análise dos termos em que se deu a extinção contratual, posto que este elemento impacta diretamente a apuração do montante devido.

24. Não se trata de discussão irrelevante para o deslinde do caso. Pelo contrário, o fato de as Partes estarem litigando acerca da indenização devida à Requerente está consubstanciado no ato ilícito praticado pelo Requerido. Afinal, caso este tivesse pautado seus atos à estrita legalidade, a Requerente teria sido indenizada corretamente e não haveria necessidade de constituir o presente Tribunal Arbitral para decidir o óbvio.

25. A Lei Federal 8.987/95 (“Lei 8.987/95”), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços público, trata sobre as hipóteses e efeitos da extinção dos contratos de concessão. A caducidade, por exemplo, ocorre a critério do Poder Concedente, mas sempre nos casos em que há inexecução total ou parcial do contrato por parte da

concessionária.<sup>10</sup> Trata-se, portanto, de hipótese de extinção contratual por culpa da própria concessionária.

26. Nesses casos, justamente em razão de a extinção da concessão ser provocada pela própria concessionária, a indenização deve contemplar, apenas, o montante equivalente aos investimentos realizados na concessão e não amortizados até sua extinção – elemento que não pode ser suprimido da indenização sob pena de configurar-se confisco e enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública. Este é o entendimento consolidado da doutrina brasileira,<sup>11</sup> replicado nos contratos de concessão celebrados Brasil a fora.

27. Há, contudo, hipóteses em que a extinção antecipada decorre de atos não imputáveis à concessionária, mas sim de inadimplemento contratual do próprio Poder Concedente (rescisão) ou, então, em razão de um interesse público superveniente (encampação). Em ambos os casos, a indenização devida à concessionária deve abarcar não apenas os investimentos não amortizados, mas também a compensação por todos os prejuízos a ela causados e, ainda, a indenização por lucros cessantes.

28. O direito da concessionária à indenização por lucros cessantes tanto nos casos de encampação<sup>12</sup> quanto de rescisão<sup>13</sup> é reconhecido de forma consolidada pela doutrina

---

<sup>10</sup> Art. 38 da Lei 8.987/95.

<sup>11</sup> Mencione-se, a título de exemplo, o entendimento da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro "Se comprovada a inadimplência, será decretada a caducidade. Nesse caso, não cabe qualquer direito à compensação pecuniária, ressalvada a indenização pelos bens que reverterem para o patrimônio do poder concedente; caso contrário, ter-se-ia o confisco. Poderá até ocorrer que a concessionária é que tenha que indenizar o poder concedente por prejuízos eventualmente causados na execução do contrato". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 149.

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 773 "A Lei 8.987, ao cogitar da indenização em tal caso (art. 36, por remissão do art. 37), só se refere à indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas atinentes aos bens reversíveis; entretanto, é óbvio e de cristalina obviedade que haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes."

<sup>13</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. **Revista de Direito Público – RDPE**. Belo Horizonte, ano 14, n. 53, pp. 199-227, jan./mar. 2016. "A segunda função do árbitro será a de decidir acerca dos prejuízos que teriam sido suportados pelo concessionário, em razão da inadimplência do concedente, para o que se utilizará de lógica semelhante à da indenização na encampação. A nós, parece que esta indenização será

administrativista mais respeitada do país. Seu fundamento remonta às garantias constitucionais do regime expropriatório: na medida em que o contrato se qualifica como um direito de cunho patrimonial, a supressão do direito do particular de executá-lo configura verdadeira expropriação, exigindo, conseqüentemente, o pagamento da justa indenização por todos os danos indenizáveis – incluindo a expectativa de lucros. Nesse sentido:

*"A necessidade de a indenização ser justa impõe que o valor a ser pago ao particular equivalha ao patrimônio sacrificado. E indubitavelmente os lucros a serem gerados pelo contrato são dano indenizável. Para que se o perceba basta que se atente à relação de causalidade inerente à questão: caso não houvesse a extinção do contrato, o particular executaria o contrato e colheria os benefícios econômicos decorrentes do exercício do seu direito. Daí por que nada mais justo que o particular seja indenizado por essas parcelas no caso de a Administração resolver resiliir o vínculo". (Destacamos)<sup>14</sup>*

29. Vê-se, portanto, que a premissa do Requerido não se sustenta à luz do ordenamento jurídico, tendo em vista que a caracterização da extinção contratual é intrínseca à apuração da indenização devida à Concessionária. Não há dúvidas, portanto, que as nuances da extinção perpetrada pelo Requerido são absolutamente centrais à adequada resolução da disputa submetida a esse Tribunal.

30. O diversionismo empregado pelo Requerido tem como objetivo separar a causa da extinção contratual (decisão unilateral e política) da sua consequência. Em outras palavras: não há como dissociar a apuração do montante indenizatório da caracterização jurídica da extinção contratual no caso contrato. A obrigação de indenizar somente existe porque o Contrato foi extinto e, portanto, apurar as circunstâncias dessa extinção e a forma como ela foi operada no caso concreto são tarefas imprescindíveis. Se levarmos o argumento do Requerido muito longe,

---

*composta: (i) pelos danos emergentes relacionados aos investimentos ainda não amortizados, se for o caso; (ii) pelos lucros cessantes, em razão do que ele deixou de ganhar e pelo custo do capital investido."*

<sup>14</sup> GUIMARÃES, Bernardo Stobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014.

não seria possível qualquer arbitragem contra a Administração Pública. Afinal, tal como no controle feito pelo Poder Judiciário, os atos administrativos – isto é, todo ato praticado no exercício de função administrativa – somente poderão ser revistos pelo Tribunal Arbitral quando forem ilegais. Mas dizer que o ato é ilegal não significa que ele será invalidado (isto é, retirado do sistema jurídico). As decisões judicial e arbitral podem entender que o ato foi ilegal, mas revisar apenas os efeitos decorrentes de tal ato. Quando se questiona, por exemplo, um reequilíbrio não concedido pela arbitragem, o que se faz é justamente dizer que o ato administrativo é ilegal e, por isso, seus efeitos serão modificados. No presente caso, a Requerente não deseja rever todos os efeitos da “resilição” (leia-se: encampação): a extinção do Contrato de Concessão já ocorreu; mas uma regra fundamental desse jogo não foi respeitada: a indenização prévia e integral.

31. No presente caso, além de uma mudança na política pública de transporte (feita de forma ostensiva, como será mostrado abaixo), houve um inadimplemento exclusivo do Poder Concedente, e não da Concessionária. Conforme explicitado pelo Prof. Cristiano Zanetti em parecer anexado às Alegações Iniciais, o Estado recusou-se a cumprir com a obrigação de estruturar o Aporte de Recursos, resultando na caracterização de inadimplemento definitivo, inclusive com relação a obrigações ainda não vencidas.<sup>15</sup> A culpa do Poder Concedente é, portanto, absolutamente inequívoca.

32. De outra ponta, houve também uma relevante mudança política para substituição do modal, decisão essa supostamente amparada no atendimento do “interesse público” – ainda que não tenha sido apresentado qualquer estudo comprovando ser esta a melhor alternativa. Basta mudar o Chefe do Poder Executivo para que esse tipo de mudança de “interesse público” ocorra. Infelizmente, essa é uma prática brasileira que traz um grande prejuízo para nosso sistema jurídico (insegurança jurídica), político (nossas políticas públicas de longo prazo ficam

---

<sup>15</sup> **Anexo A-69**, Parecer do Prof. Cristiano Zanetti, ¶ 45.

prejudicadas) e econômico (os atores econômicos passam a precificar cada vez mais esses riscos, tornando o mercado brasileiro menos atrativo).

33. Cotejando essas circunstâncias – inadimplemento contratual do Poder Concedente e alteração de seu interesse político no Projeto – às previsões constitucionais e legais relativas à indenização aos particulares, é evidente que a extinção contratual somente poderia ocorrer mediante pagamento da justa e devida indenização à Concessionária. Indenização essa que, como apontado, necessariamente abarcaria os lucros cessantes da Requerente, por ter ela se visto frustrada no direito de executar o Contrato. É este o comando que decorre do ordenamento jurídico pátrio.

34. Dessa feita, a premissa da Resposta às Alegações Iniciais do Requerido mostra-se absolutamente falaciosa e esse Tribunal pode e deve analisar a matéria, ainda que em caráter incidental, e inclusive para reconhecer a conduta dolosa do Poder Concedente.

#### **IV. CARACTERIZAÇÃO DO INADIMPLIMENTO CONTRATUAL ABSOLUTO DO PODER CONCEDENTE**

##### **IV.1. A obrigação contratual inadimplida pelo Requerido**

35. Ao longo de sua Resposta às Alegações Iniciais, o Requerido sustenta que a impossibilidade superveniente no “*cumprimento de obrigações essenciais à superação da Etapa Preliminar da avença*” teria dado causa à extinção contratual. Porém, o Requerido também alega estar diante de condição suspensiva que teria impedido inclusive o início da vigência da Concessão, de forma que não haveria inadimplemento.

36. Para melhor endereçar e refutar os argumentos trazidos pelo Requerido, é necessário retomar brevemente as obrigações objeto da controvérsia.

37. A cláusula 4.1.2.1. do Contrato estabelece a Etapa Preliminar, prevendo a sua duração original de 6 meses e a possibilidade de prorrogação pelo mesmo período, além de listar em seus incisos uma série de obrigações de parte a parte a serem cumpridas neste lapso temporal.

Tratam-se de obrigações essenciais necessárias ao prosseguimento das fases de execução da infraestrutura do Projeto, uma vez que incluíam obrigações como a prestação de informações pelo Estado sobre intervenções com interface no Projeto (Cl. 4.1.2.1, “VII” e “VIII”) ou mesmo a apresentação pela Concessionária de plano preliminar de desapropriação, ocupação temporária e servidão administrativa (Cl. 4.1.2.1, item “VI”).

38. Em resumo: a Etapa Preliminar, como delimitada pela cláusula 4.1.2.1, englobava uma série de obrigações de natureza preparatória para ambas as Partes, de forma a estabelecer as fundações para a continuidade do Projeto e, em especial, assegurar o fluxo financeiro que viabilizaria a execução das etapas posteriores, razão pela qual qualquer falha nessa fase contratual comprometeria a continuidade da relação contratual como um todo.

39. Embora a Concessionária tenha cumprido tempestivamente todas aquelas obrigações que lhe foram atribuídas,<sup>16</sup> o Poder Concedente inadimpliu a obrigação prevista no inciso II da cláusula 4.1.2.1, segundo a qual deveria providenciar a estruturação financeira para garantia do fluxo de caixa necessário ao aporte de recursos em favor da Concessionária, conforme previsto no Edital de Licitação:

*4.1.2.1 A Etapa preliminar que tem duração prevista de 6 (seis) meses, contado da data de assinatura do CONTRATO, podendo ser prorrogada por, no máximo, 6 (seis) meses, mediante solicitação expressa e motivada da CONCESSIONÁRIA ou determinação do PODER CONCEDENTE, compreendendo as seguintes atividades:*

*[...]*

*II – estruturação financeira definida pelo PODER CONCEDENTE do fluxo de APORTE DE RECURSOS a favor da CONCESSIONÁRIA, observando-se a Cláusula Vigésima Sétima do CONTRATO, abrangendo os recursos provenientes do Orçamento Geral da União e a aprovação do contrato de financiamento do BNDES autorizado pela Lei Estadual nº 14.477/2011, alterada pela Lei 14.822/2012*

---

<sup>16</sup> Como reconhecido pelo próprio Poder Concedente no **Anexo A-35**, Declarações de adimplência emitidas em 21.08.2017 e 24.09.2018.



*(indicados pelo PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO – PAC2 – Mobilidade Grandes Cidades);*

40. A relevância dessa obrigação era tamanha que o Contrato registrou expressamente que o Requerido obteve “*autorização legislativa para contratação do financiamento junto ao BNDES*” (Cl. 27.8.1), “*formalizou junto ao BNDES pedido de enquadramento do projeto de implantação da Linha 18 do Metrô*” (Cl. 27.8.2), ainda, que “*acordou com o BNDES a adequação dos termos do financiamento às disposições do presente Contrato*” (Cl. 27.8.3) e também incluiu como Anexo XIII o Termo de Compromisso celebrado pela STM com a Caixa Econômica Federal para a obtenção de recursos financeiros (Cl. 25.1.21).<sup>17</sup>

41. Apesar de o Poder Concedente ter reiterado ao longo da fase de licitação e no início da relação contratual que a obrigação de estruturação financeira seria cumprida durante a Etapa Preliminar, esta jamais se concretizou, tendo sido negligenciada pelo Requerido por 4 anos em detrimento de outros projetos políticos. E como consequência da desídia do Requerido, a continuidade contratual e a realização dos investimentos previstos pela Requerente foram inviabilizadas.

#### *IV.1.1. Nota prévia: a correta qualificação jurídica da Etapa Preliminar*

42. O estratagema do Requerido para limitar a indenização da Requerente passa por premissa falaciosa: a qualificação da Etapa Preliminar como condição suspensiva da vigência da Concessão. O empenho do Requerido, entretanto, é incapaz de alterar a natureza obrigacional da Etapa Preliminar e elidir as consequências daí advindas.

43. Inicialmente, o Poder Concedente sustenta que o Contrato objeto da disputa “*não se trata de contrato de PPP comumente encontrado em outros entes federativos*”,<sup>18</sup> tanto porque

---

<sup>17</sup> **Anexo A-37**, Anexo XIII ao Contrato – Termo de Compromisso nº 0428.294-01/2014.

<sup>18</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 13. “*O que deve ser inicialmente ressaltado é que não se trata de contrato de PPP comumente encontrado em outros entes federativos, mas de avença cujo objeto envolve a realização de obras e prestação de serviços singulares e inéditos no contexto brasileiro.*”

seu escopo englobava a realização de obras e a prestação de serviço, como também porque as tecnologias adotadas<sup>19</sup> e os serviços prestados seriam inéditos. Porém, a tentativa do Requerido de diferenciar o Contrato de outras PPPs – no intuito de justificar o tratamento indenizatório *sui generis* pretendido pelo Poder Concedente – não se ampara na realidade e na prática do mercado.

44. Embora a Linha 18 – Bronze fosse uma das primeiras iniciativas de mobilidade urbana a adotar o monotrilho,<sup>20</sup> a sua contratação guarda relação com diversas outras concessões cujo objeto inclui a construção de infraestrutura pública e a posterior prestação de serviços públicos. A título de exemplo,<sup>21</sup> o próprio Estado de São Paulo já havia celebrado em 2006 a contratação na modalidade PPP da construção e operação da Linha 4 – Amarela do Metrô, leia-se: uma concessão patrocinada de modal metro-ferroviário cujo escopo englobava obras civis e a posterior prestação de serviço público de transporte, assim como a do presente caso.

45. Evidente, portanto, que não se vislumbra a excepcionalidade pretendida pelo Poder Concedente e muito menos as suas supostas consequências sobre o cômputo indenizatório.

46. Com base na premissa acima assentada, o Poder Concedente insiste na tese de que a Concessão teria sido extinta enquanto encontrava-se em um “limbo” contratual. Na visão do Requerido, a Etapa Preliminar e as obrigações ali previstas inserem-se no lapso temporal em que

---

<sup>19</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, PPs 16-17. “*Inicialmente, deve ser destacado que a tecnologia de monotrilhos se encontra dentro de um contexto de amadurecimento institucional no âmbito das tecnologias metroferroviárias. Ao contrário dos trens e metrô, caracterizados como sistemas de alta capacidade, para movimentarem entre 40.000 a 80.000 passageiros por sentido por hora, com operação em vias totalmente segregadas, cujos contratos mais antigos remontam ao século XIX em Londres,2 o monotrilho é uma tecnologia relativamente jovem, cujos principais empreendimentos são de médio carregamento diário (entre 18.000 e 40.000 passageiros por hora por sentido), em muitos casos relacionados a transporte dentro de parques, espaços turísticos ou aeroportos, para transportes em curtas distâncias.*”

<sup>20</sup> Note-se inclusive que o Estado de São Paulo já havia adotado a tecnologia de monotrilho quando da contratação da implantação da Linha 17 – Ouro, cujo contrato foi assinado em 30.07.2011 e, também, na contratação das obras da Linha 15 – Prata do Metrô, que se deu em 27.09.2010.

<sup>21</sup> No Brasil são comuns outros exemplos de Concessões Patrocinadas semelhantes àquela da Linha 18 – Bronze, como por exemplo: o VLT da cidade do Rio de Janeiro (Contrato de Concessão Patrocinada nº 010008/2013) e o VLT da cidade de Salvador (Contrato de Concessão Patrocinada nº 01/2019).

o Contrato vigorava, mas a Concessão não era vigente,<sup>22</sup> dado que o seu termo inicial se daria após a “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”.

47. Ainda segundo o Requerido, esse limbo contratual teria sido intencionalmente previsto no próprio glossário do Edital de Licitação e decorreria da distinção terminológica entre o Contrato de Concessão e a Concessão em si, o que perfaria a distinção entre o instrumento obrigacional e o objeto contratado.<sup>23</sup>

48. Uma vez mais vê-se a confusão que tenta criar o Requerido acerca da aplicação de conceitos jurídicos. Não se trata de negar a célebre distinção entre o instrumento contratual e seu objeto, como conceituada pelo Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto,<sup>24</sup> mas em verdade aplicá-la corretamente ao caso em tela.

49. Segundo o Requerido, a Concessão se restringiria à prestação de serviços públicos, enquanto o Contrato contemplaria a “*implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação e manutenção*”,<sup>25</sup> de forma que a Etapa Preliminar seria parte do instrumento contratual, mas não do objeto concedido.

50. Como visto, a Etapa Preliminar encerra uma série de obrigações de parte a parte, essenciais para o desenvolvimento das demais etapas e, por fim, da prestação de serviço público.

---

<sup>22</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 25. “Assim, a Etapa Preliminar encontrava-se no lapso temporal em que o Contrato de Concessão vigorava, mas a Concessão ainda não era vigente”.

<sup>23</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶¶ 26-27. “Inclusive, essa distinção entre o Contrato de Concessão e a Concessão decorre de letra expressa no instrumento obrigacional celebrado entre as partes, cujas definições foram dadas pelo correspondente Edital de Licitação. Nesse sentido, destaca-se os seguintes trechos do Glossário já apresentado nestes autos (Anexo A-3 do Requerente): [...] O que o contrato fez foi apenas consolidar e esclarecer entre as partes uma distinção elementar entre o instrumento obrigacional (contrato) e o objeto contratado (concessão).”

<sup>24</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 28.

<sup>25</sup> **Anexo A-03**, Edital de Concorrência Internacional nº 003/2013.

Essa própria natureza obrigacional<sup>26</sup> – amplamente reconhecida pelo Prof. Marçal Justen Filho<sup>27</sup> – é indicativa de ser ela parte integrante da Concessão, sendo etapa necessária à consecução do seu fim último: a prestação de serviços de transporte à população da região metropolitana de São Paulo.

51. Nesse sentido é o entendimento do próprio Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto:

*"De fato, as concessões patrocinadas devem, por definição legal, admitir a cobrança de tarifas, o que restringe seu objeto a serviços passíveis de remuneração direta e individualizada pelo usuário. Temos então que o objeto da concessão patrocinada deve corresponder a uma atividade prestacional atribuída ao Estado, passível de exploração econômica e apta a permitir a fruição individualizada pelo cidadão. E ela é objeto de concessão patrocinada pelo fato de o poder concedente entender cabível e necessário dispender recursos públicos para evitar que os custos sejam integralmente transferidos aos usuários".*<sup>28</sup>

52. Não há, pois, confusão por parte da Requerente entre o instrumento contratual e o objeto contratado, mas sim a clareza de que a Etapa Preliminar é parte do segundo.

53. Ainda refutando a alegação do Poder Concedente de que a rescisão unilateral teria se operado em momento anterior à vigência da Concessão, têm-se a contradição do próprio Requerido, cujo entendimento acerca da vigência contratual alterou-se oportunisticamente no curso do processo administrativo para extinção do Contrato.

---

<sup>26</sup> Reconhecida também pelo Requerido em sua **Resposta às Alegações Iniciais**, §§ 32-33: "Apresentados os contornos e a extensão da Etapa Preliminar, é importante que sejam **explicitadas as obrigações das partes para sua consecução**, bem como qual de seus elementos não pode ser cumprido". (Destacamos) Entre o conjunto de atividades da Etapa Preliminar, havia **obrigações a cargo do Poder Concedente** e outras delegadas ao concessionário, conforme pode ser verificado no item 23 acima". (Destacamos)

<sup>27</sup> **Anexo A-74**, § 121. "A tese de condição suspensiva é improcedente porque a obtenção de financiamento era uma **obrigação assumida pelo Estado de São Paulo**". (Destacamos)

<sup>28</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 204.

54. Sustenta o Requerido em sua Resposta às Alegações Iniciais que o Parecer CJ-STM 105/2019 concluiu que o Contrato seria existente, válido, **mas parcialmente eficaz**, em razão do não aperfeiçoamento da Etapa Preliminar.<sup>29</sup>

55. No entanto, este nem sempre foi o posicionamento do Requerido. É no mínimo curioso que o Requerido reiteradas vezes reconheceu a existência, vigência e eficácia plena do Contrato:

*"Rememoro, inicialmente, as considerações expostas quando do Parecer CJ STM nº 127/2016, no sentido de que o contrato celebrado nestes autos, mesmo previamente à emissão da 'Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão' (Cláusula 4.1.2), que apenas ocorre após a conclusão das obrigações previstas na Etapa Preliminar, **já deve ser visto como existente, válido e eficaz, regulando as obrigações das partes** e, idealmente, conduzindo à superação da Etapa Preliminar, após a qual passa a ser contado o prazo formal de vigência do contrato".<sup>30</sup> (Destacamos)*

56. E para aniquilar qualquer dúvida que ainda possa pairar a respeito do racional contratual da Etapa Preliminar, reproduzimos o entendimento da própria PGE:

*"[...] a divisão estabelecida no contrato entre a Etapa Preliminar e a etapa formal de vigência contratual tem como razão a necessidade de preservação de um prazo vigência do contrato que não esteja sujeito a reduções ou majorações em razão dos atos preliminares, já que tais variações de tempo ocasionariam amplos efeitos sobre o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, gerando indesejadas incertezas e,*

---

<sup>29</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 134. "Ao se debruçar sobre a possibilidade de extinção antecipada do contrato, o Parecer CJ-STM 105/2019 (Anexo A-68) estabeleceu a distinção conceitual entre os planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico, para concluir que o contrato era existente, válido, mas parcialmente eficaz, tendo em vista o não aperfeiçoamento das condições para vigência da concessão."

<sup>30</sup> **Anexo A-84**, Parecer CJ/STM nº 78/2017, pp. 5-6, ¶ 15. No mesmo sentido também: **Anexo A-45**, Parecer CJ/STM nº 127/2016: "Aliás, sequer poderia ser diferente, já que as próprias disposições atinentes à Etapa Preliminar do Contrato são disciplinadas no próprio contrato. Para se evitar tautologias, há de se reconhecer que, ao menos sob este aspecto, **o contrato já há de ser tido como existente, válido e eficaz, regulando as obrigações das partes** e, idealmente, conduzindo à superação da Etapa Preliminar, após a qual passa a ser contado o prazo formal de vigência do contrato". (Destacamos).

*potencialmente, ofendendo a própria isonomia no processo licitatório, já que fatos ocorridos ao longo desta etapa preliminar poderiam ocasionar variação nas condições sob as quais formulada a proposta. Em outras palavras: com a postergação do início da vigência contratual apenas para o período posterior conclusão da Etapa Preliminar, **assegura-se que as etapas subsequentes (implantação das obras e operação comercial) terão a duração exata de 25 (vinte e cinco) anos, período este considerado pelo Poder Concedente e pela Concessionária quando da modelagem do projeto e do processo licitatório***".<sup>31</sup> (Destacamos)

57. As manifestações do Requerido evidenciam a função da Etapa Preliminar: **(i)** preservar o período de vigência do contrato; **(ii)** evitar reduções ou majorações decorrentes de atrasos nos atos preliminares da concessão; **(iii)** assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Essa função equivale a de uma "devolução do prazo" contratual por fato não atribuível ao particular:

"[a] devolução de prazo se assemelha à hipótese anterior (extensão) e também se distingue da prorrogação. Aqui a condição precedente é que **o curso regular da concessão tenha sido tolhido por fator imputável ao particular, abalando a variável prazo da equação econômica**. É o que ocorre, por exemplo, com o atraso no licenciamento ambiental que posterga a conclusão da implantação de uma utilidade pública concedida, reduzindo o prazo previsto para sua exploração pelo concessionário. Nessa hipótese, **a devolução de prazo cumpre também a função de recompor a equação inicial, fazendo-o de modo linear: repondo a mesma variável impactada, na mesma proporção do evento de desequilíbrio**".<sup>32</sup> (Destacamos)

58. A devolução de prazo constitui uma subespécie de prorrogação contratual, necessária para reequilibrar a relação inicial entre encargos e a remuneração da concessionária, por fato

<sup>31</sup> **Anexo A-45**, Parecer CJ/STM nº 127/2016.

<sup>32</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 168.

imputável ao contratante.<sup>33</sup> Assim, para resguardar o equilíbrio econômico-financeiro da Concessão, que poderia ser impactado a depender do período necessário para encerrar a Etapa Preliminar, a modelagem do Contrato definiu que o prazo de duração da Concessão somente começaria a fluir após a emissão da declaração de vigência da concessão.

59. Isso não significa que o Contrato não era plenamente vigente, válido e eficaz. Ainda que não houvesse a previsão contratual da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”, eventual atraso no cumprimento das obrigações do Requerido autorizaria a devolução do prazo da Concessão. Com efeito, o que se tem é uma opção de modelagem: preferiu-se iniciar a fluência do prazo da Concessão após o encerramento da Etapa Preliminar, para resguardar o respectivo equilíbrio econômico-financeiro, ao contrário de iniciar essa contagem a partir da assinatura do Contrato e devolver o prazo da Concessão caso essa fosse prejudicada pela mora do Requerido. O Poder Concedente sempre esteve ciente – e por vezes sustentou – a vigência da Concessão e do Contrato, reconhecendo a natureza meramente formal da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”.

60. Esse posicionamento manteve-se até março de 2018,<sup>34</sup> alterando-se (de forma conveniente para o Poder Concedente) tão somente no curso do processo administrativo para a extinção unilateral do Contrato, ou seja, quando o Requerido já tinha tomado a decisão de extinguir ilicitamente o Contrato e dar um calote na Concessionária.

61. Em sua Resposta às Alegações Iniciais, o Requerido retoma o argumento apresentado ao longo do Processo Administrativo STM nº 2387238/2019, instaurado para dar ares de legalidade à extinção da Concessão, sustentando que a Etapa Preliminar se enquadraria como

---

<sup>33</sup> “Por fim, excepcionalmente, nos casos em que a arrendatária tiver sido impossibilitada de operar, ficando inativa por determinado período, em razão de fato provocado pelo Poder Público, ou devido a evento superveniente extraordinário e imprevisível, considero possível a devolução do prazo de paralisação à Arrendatária, a partir de situação de fato verificada e justificada pela Administração” (Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 774/2016, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 06.04.2016).

<sup>34</sup> **Anexo A-85**, Cf. Parecer CJ/STM nº 58/2018.

condição suspensiva à eficácia contratual, uma vez que a sua qualificação jurídica “*como elemento obstativo à plena vigência da Concessão, foi reforçada pelos Esclarecimentos ao Edital*”.<sup>35</sup>

62. E é imprescindível destacar que não há no Edital, em seus esclarecimentos ou no próprio Contrato, nenhuma condição à eficácia contratual em razão do cumprimento ou não das obrigações da Etapa Preliminar. Em relação ao Edital, a inexistência de qualquer condição suspensiva foi notada pelo prof. Marçal Justen Filho em seu Parecer:

*“163. Por decorrência, a distinção pretendida pelo Poder Concedente deveria ter sido explicitamente prevista no Edital. Caberia estabelecer que a eficácia do Contrato ficaria vinculada à ocorrência de condições suspensivas específicas.*

*164. Mais precisamente, a relevância jurídica da questão implicava, de modo necessário, que o tema fosse expressamente disciplinado no Edital. Não teria cabimento omitir disciplina sobre o assunto, eis que a solução era apta a afetar o interesse e o conteúdo das propostas a serem formuladas”.*<sup>36</sup>  
**(Destacamos)**

63. Da mesma forma carece de subsídio o argumento do Poder Concedente de que a Resposta 11 aos esclarecimentos ao Edital de Licitação reforçaria a natureza condicional da Etapa Preliminar. Tal resposta afirma somente que o Requerido não poderia determinar o início do prazo de vigência da concessão antes do adimplemento das obrigações preliminares. Não havia nenhuma autorização, implícita ou explícita, nos documentos da licitação que dessem a entender que na eventualidade de a Etapa Preliminar não ser superada, as Partes poderiam extinguir unilateralmente a relação contratual.

64. E isso não significa que não havia a precedência temporal das obrigações previstas na Etapa Preliminar para que se pudesse dar sequência às demais etapas do Contrato. No

---

<sup>35</sup> Resposta às Alegações Iniciais, p. 138.

<sup>36</sup> Anexo A-74, Parecer do Prof. Marçal Justen Filho, pp. 162, 163, 164 e 174.



entanto, o encadeamento lógico de atividades de uma concessão não tem o condão de desnaturar a natureza obrigacional dessa etapa contratual. Nas palavras do Prof. Zanetti, trata-se de exemplo perfeito das chamadas “*condições de adimplemento*”, que mais do que condicionar algum elemento de validade e eficácia do contrato, constituem-se como verdadeiras **obrigações**, aptas a atrair para si o regime de inadimplemento obrigacional.<sup>37</sup> Aliás, é digno de nota que o Requerido, em sua Réplica, ficou silente quanto às conclusões do Prof. Cristiano Zanetti sobre o caráter obrigacional da Etapa Preliminar.

65. Por fim, em relação ao Contrato, a leitura das obrigações previstas na cláusula 4.1.2.1 evidencia a sua natureza obrigacional e não condicional, uma vez que encerra uma série de prestações em favor do outro contratante – *i.e.*, a apresentação pela Concessionária de Plano de Financiamento detalhado ou mesmo a alteração pelo Poder Concedente do Decreto de Utilidade Pública nº 59.762/2013 – ao qual se autoriza reclamar o cumprimento da obrigação.

66. Tanto é assim, que a cláusula 34, concernente às penalidades contratuais, previa que o descumprimento das obrigações da Etapa Preliminar, pela Requerente, configurava infração administrativa sujeita a multas.<sup>38</sup> Alegar que a Etapa Preliminar tinha a natureza de condição de eficácia não condiz com a realidade, tampouco com a interpretação sistemática do próprio Contrato.

---

<sup>37</sup> **Anexo A-69**, Parecer do Prof. Cristiano Zanetti, ¶ 39. “*Mais precisamente, cuida-se de figura que a doutrina italiana denomina condição de adimplemento. Nas palavras da obra peninsular de referência sobre o direito dos contratos, ‘há condição de adimplemento quando o adimplemento de uma parte é previsto como condição (suspensiva) dos efeitos contratuais, de modo que estes só ocorrerão se a parte executar a prestação que lhe incumbe no contrato’.* No tratado destinado a aprofundar-lhe o estudo, a doutrina italiana pontua que as consequências da não verificação de semelhante condição emergem “da disciplina dos remédios contra inadimplemento nos contratos sinalagmáticos”.

<sup>38</sup> **Anexo A-01**, Contrato de Concessão. Cláusula 34: “O inadimplemento parcial ou total das **obrigações** decorrentes deste CONTRATO pela CONCESSIONÁRIA importará na aplicação das seguintes penalidades. (...) 34.3 A Concessionária se sujeitará às seguintes multas, quando ocorrer a respectiva hipótese de incidência: 34.3.1 1% (um por cento) no caso: (...) 34.3.1.10 de descumprimento das **obrigações** constantes do inciso IV do item 4.1.2.1 do CONTRATO, referente à Etapa Preliminar. 34.3.1.11 de descumprimento da **obrigação** constante do inciso VI do item 4.1.2.1 do CONTRATO, referente à Etapa Preliminar. 34.3.1.12 de descumprimento da **obrigação** constante do inciso IX do item 4.1.2.1 do CONTRATO, referente à Etapa Preliminar. 34.3.1.13 de descumprimento da **obrigação** constante do inciso XIII do item 4.1.2.1 do CONTRATO, referente à Etapa Preliminar” (**Destacamos**).

67. Assim, evidente uma vez mais a natureza obrigacional da Etapa Preliminar enquanto parte integrante e necessária à Concessão, a vigência tanto do Contrato como de seu objeto e a inafastável conclusão de que a extinção unilateral do Contrato se deu durante a vigência da Concessão, fazendo incidir as consequências jurídicas do inadimplemento contratual.

*IV.1.2. O cumprimento da obrigação não era impossível*

68. Para tentar afastar a culpa pelo inadimplemento da obrigação de se estruturar financeiramente e efetuar o Aporte de Recursos, o Requerido alega que o cumprimento da obrigação se tornara impossível por circunstâncias supervenientes e alheias à sua vontade.

69. Nas palavras do Poder Concedente, a obtenção dos financiamentos "*dependia da manifestação de vontade de outros agentes (no caso, os potenciais financiadores), não estando sob a esfera de controle do Requerido*"<sup>39</sup> e teria sido prejudicada pela "*conjuntura macroeconômica e [pel]os limites de acesso a crédito que se colocaram a partir do segundo semestre de 2014*"<sup>40</sup>, restando, por fim, impossibilitada "*tendo em vista sua baixa classificação na avaliação de risco usada pelo Governo Federal*"<sup>41</sup>. Tais circunstâncias, conclui o Poder Concedente, caracterizariam caso fortuito elidindo a sua responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação

70. O que se percebe é que o Poder Concedente pretende se valer de forma espúria de uma das excludentes de responsabilidade na tentativa de se isentar da culpa pelo inadimplemento e, conseqüentemente, justificar o pagamento do menor valor possível a título de indenização para a Requerente. Ocorre, entretanto, que, ao apresentar a Resposta às Alegações Iniciais, o Requerido não trouxe nenhum elemento fático, jurídico ou probatório capaz de afastar a

---

<sup>39</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 65.

<sup>40</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 60.

<sup>41</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 126.

conclusão, demonstrada nas Alegações Iniciais, de que os requisitos necessários para caracterizar caso fortuito não estão presentes.

71. *Primeiro*, note-se que a documentação apresentada pelo próprio Requerido à Resposta às Alegações Iniciais demonstra que a sua classificação fiscal antes da celebração do Contrato – quando, então, aparentemente não havia qualquer inviabilidade macroeconômica à obtenção de financiamentos – pouco mudou até 2016.<sup>42</sup>

**CAPACIDADE DE PAGAMENTO**

UF	2013	2014	2015	2016
AC	B-	B-	C+	C
AL	C-	-	D+	C-
AM	B+	B+	B	B-
AP	B-	-	B-	B-
BA	B	B	B	B-
CE	B-	B	B-	B-
DF	B	B	B-	B-
ES	A-	-	B	B
GO	C-	-	D+	D+
MA	C+	-	B-	B-
MG	C	C	D+	D
MS	C-	-	D+	C-
MT	-	-	B-	B-
PA	B+	-	B+	B+
PB	-	B-	B-	C+
PE	B	-	B-	B-
PI	C+	-	B-	C+
PR	B	C+	C+	B-
RJ	C-	D	D	D
RN	B-	-	B-	C+
RO	B+	-	B	B-
RR	A-	-	B	B
RS	C-	C-	D+	D
SC	C+	C+	C	C
SE	B-	C	C+	C+
SP	C-	C	C-	C-
TO	B+	B+	B	B-

Elaboração própria  
 Fonte: COREM/STN  
 OBS: Até 2014 as capacidades de pagamento dos Estados eram calculadas apenas se o ente estivesse pleiteando a concessão da garantia da União em alguma de suas operações de crédito. A partir de 2015 a STN passou a estimar regularmente as capacidades de pagamento dos Estados.

<sup>42</sup> **Anexo B-41**, Boletim de Finanças Entes Subnacionais – Dez. 2016.

72. É de se estranhar que essa mesma classificação fiscal não tenha impedido o Requerido de obter financiamentos no período anterior à celebração do Contrato – conforme já apontado nas Alegações Iniciais e reforçado pelo próprio Requerido na documentação anexada à Resposta às Alegações Iniciais<sup>43</sup> –, mas tenha, subitamente, se tornado um risco macroeconômico intransponível e inviabilizador do cumprimento da obrigação contratual.

73. É ainda mais espantoso que o Requerido alegue que essa “situação macroeconômica extraordinária” tenha perdurado até a extinção do contrato – ocorrida em 2020 – e, ao mesmo tempo, apresente documentos que indicam que já em dezembro de 2017 a classificação fiscal do Estado de São Paulo havia avançado do nível “C” para o nível “B”, tornando o ente, portanto, elegível à contratação de garantias com a União.<sup>44</sup>

74. Com efeito, o Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais divulgado pela Secretaria do Tesouro Nacional em Dezembro de 2017 informa o avanço do Estado de São Paulo em sua capacidade de pagamento.<sup>45</sup> A informação foi, então, replicada no Ofício nº 1.183/2017-GS-ACR,<sup>46</sup> que também denota que a impossibilidade de obtenção de recursos para o Projeto permaneceria em razão da decisão do Governo de redirecionar os recursos financeiros já disponíveis.

75. Vê-se, portanto, que as comunicações internas do próprio Requerido, por ele mesmo apresentadas perante o Tribunal Arbitral, denotam que a não obtenção dos financiamentos não estava atrelada ao risco fiscal do Estado de São Paulo, mas sim a uma decisão política de

---

<sup>43</sup> **Anexo B-26**, Aditivos a contratos de financiamento do BNDES.

<sup>44</sup> **Anexo A-86**, Concessão de Garantias pela União. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/divida-publica-federal/garantias-da-uniao/concessao-de-garantias-pela-uniao>

<sup>45</sup> **Anexo B-43**, Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais – Dezembro/2017.

<sup>46</sup> **Anexo B-44**, Ofício 1.183/2017-GS-ACR.

redirecionar recursos para determinadas obras, ignorando completamente, portanto, os compromissos que já haviam sido assumidos com esta Concessionária.

76. Ainda, ressalte-se que os dados da Secretaria do Tesouro Nacional indicam que, hoje, a classificação do Requerido segue sendo a de nível "B",<sup>47</sup> o que não lhe impediu de contrair financiamentos para desenvolvimento de projetos diversos, como para as obras da Linha 2 – Verde do Metrô de São Paulo.<sup>48</sup> Não há dúvidas, portanto, que a classificação fiscal não foi fator impeditivo para desenvolvimento do Projeto.

#### *IV.1.3. E se fosse o contrário?*

77. O comportamento contraditório do Requerido infelizmente não para por aí. Na tentativa de se eximir de qualquer responsabilidade pela não obtenção do financiamento, o Poder Concedente assume argumentação normalmente adotada por alguns particulares - com quem firma contrato – argumentação essa que sempre se mostra pronto a rechaçar.

78. De fato, a dificuldade de obter linhas de crédito no mercado é usualmente sofrida pelos parceiros privados, o que gera a necessidade de pleitearem a prorrogação de seus prazos para apresentarem contratos de financiamento ao Estado ou até mesmo das obrigações de investimentos nas concessões. Ocorre que a prática mais corriqueira (e correta) do Estado é justamente afirmar que esse risco é atribuído ao parceiro privado, não podendo alegar condições macroeconômicas ou fatores supervenientes (como uma Lava Jato, por exemplo) para afastar os descumprimentos contratuais.

79. Como um dos inúmeros exemplos que retratam essa situação, destaca-se o processo administrativo "Protocolado CMCP n. 052/2016", relativo à não apresentação do contrato de

---

<sup>47</sup> **Anexo A-87**, Registro da Capacidade de Pagamento do Estado de São Paulo, conforme informação disponibilizada pela Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/estados-e-municipios/capacidade-de-pagamento-capag>

<sup>48</sup> **Anexo A-88**, Notícia – Obras da Linha 2-Verde têm empréstimo de R\$ 2,9 bilhões aprovado pelo governo federal. Disponível em: <https://www.metrocptm.com.br/obras-da-linha-2-verde-tem-emprestimo-de-r-29-bilhoes-aprovado-pelo-governo-federal/>.

financiamento junto à instituição financeira pela Concessionária Move São Paulo, até então responsável pela concessão patrocinada da Linha 6 – Laranja do Metrô. Após a alegação da concessionária no sentido de que não fora possível obter os financiamentos em razão da deterioração do cenário macroeconômico, a PGE e a CMCP reagiram da seguinte forma:

“58. De todo modo, cumpre destacar que, **ainda que a dificuldade da Concessionária na obtenção do financiamento de longo prazo fosse diretamente decorrente de uma deterioração do cenário macroeconômico** à qual a Concessionária – ou seus acionistas – não tivesse dado causa, **ainda assim não seria afastada a sua culpa no atraso da obtenção do financiamento de longo prazo**, permanecendo admissível a cobrança da multa pretendida nestes autos, já que a Cláusula 16.1 do Contrato de Concessão atribui exclusivamente à Concessionária a responsabilidade pela ‘obtenção dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento dos serviços abrangidos pela Concessão’, e a Cláusula 20.4.5 aloca à Concessionária o risco de ‘alteração do cenário macroeconômico ou aumento de custo de capital e variação das taxas de câmbio’.

59. A Concessionária, **ao participar da licitação e assinar o Contrato de Concessão**, anuiu expressamente com estas cláusulas e com os critérios de alocação de riscos do contrato, **não sendo admissível que, neste momento, venha a invocar a ocorrência de evento cujo risco lhe é expressa e inequivocamente atribuído – alteração do cenário macroeconômico – para buscar justificar o seu inadimplemento contratual**”.<sup>49</sup>  
**(Destacamos)**

“Com efeito, à luz das referidas disposições contratuais, não é dado à Concessionária Move São Paulo S/A o direito de isentar-se das responsabilidades e ônus decorrentes de um risco que foi assumido por ela quando da celebração do Contrato de Concessão, razão pela qual **cabe à Concessionária prevenir e**

---

<sup>49</sup> Parecer CJ/STM n. 57/2017, de 23.05.2017, p. 26. Protocolado CMCP n. 052/2016, fls. 198-v.

**remediar o evento indesejável (alteração do cenário macroeconômico e as consequências dele resultantes”.<sup>50</sup> (Destacamos)**

80. A consequência jurídica para os casos em que o contratado alega impossibilidade de obtenção de financiamento são bem claras e são usadas: decretação de caducidade (o que aconteceu no caso da Linha 6, embora uma caducidade a termo), execução da garantia de execução e aplicação da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, ou até mesmo declaração de inidoneidade.

81. Ora, no caso, se o Contrato atribuía expressamente a obrigação de o Requerido obter o financiamento para promover os Aportes de Recursos, a justificativa de que o cenário macroeconômico não permitiu o cumprimento da obrigação é descabida, já que o próprio Requerido reiteradamente refuta a possibilidade de se alegar dificuldades na obtenção do financiamento como instrumento para afastar a incidência de sanções administrativas.

82. Se a argumentação do Requerido fosse verdadeira, as coisas ficariam fáceis: basta o Poder Concedente estruturar uma PPP com recursos de financiamento e criar uma “Etapa Preliminar” (não vinculante, como ele pretende). Se o Estado obtiver o financiamento, a PPP vinga e o interesse público é satisfeito. Se o Estado não obtém financiamento, então a PPP não vinga e tudo bem. Nada acontece. Os privados gastam altos recursos para estudar uma PPP, comprometem recursos, deixam de participar de outros projetos de concessão interessantes (ou até mesmo aplicar no mercado financeiro) para o Estado poder sair sem maiores consequências... Ora, nossa Constituição exige mais seriedade dos nossos administradores públicos em matéria de política pública.

83. O que há no presente caso é um comportamento contraditório do Requerido. Quando o Estado veste o chapéu de credor da obrigação, ele alega que o contrato não permite que o parceiro privado se escuse de obter o financiamento; mas quando veste o chapéu de devedor da

---

<sup>50</sup> Despacho CMCP n. 148/2017. Protocolado CMCP n. 052/2016, fls. 229.

obrigação, o Requerido adota uma postura completamente diferente e aduz obrigação impossível e caso fortuito em razão da alteração do cenário macroeconômico.

84. E isso é vedado no direito administrativo. É inegável que o Requerido incide em comportamento contraditório, o que vai de encontro ao *venire contra factum proprium*. Este é um princípio que, no âmbito da Administração Pública, deriva do princípio da moralidade administrativa (artigo 37, *caput*, da Constituição da República). E a moralidade administrativa está ligada à proteção de uma ordem administrativa pautada, dentre outros elementos, na confiança legítima e na boa-fé. Como consequência, o argumento do Requerido deve ser desconsiderado por ser contraditório com seus próprios atos e por violar a moralidade administrativa.

#### *IV.1.4. O não cabimento de caso fortuito e força maior*

85. Não obstante, sequer há espaço para alegar caso fortuito ou força maior no presente caso. Como se sabe, caso fortuito e força maior são circunstâncias graves, relevantes e **supervenientes** à formação de um contrato que, **alheias à vontade e ao controle do devedor**, obstam de forma **irremediável** o cumprimento da obrigação, isentando-o da responsabilidade pelo inadimplemento. Conforme explica a doutrina, não basta que a obrigação tenha se tornado impossível; é necessário também que o devedor tenha feito tudo que estava ao seu alcance para impedir o inadimplemento:

“Caso fortuito ou força maior caracterizam fato jurídico em sentido amplo, abrangendo fatos em sentido estrito e atos, portanto, acontecimentos derivados da natureza ou da ação humana. **Porém, o que se leva em conta é um fato juridicamente qualificado: é “necessário” e inevitável**, como veremos a seguir em itens apartados, **pois se for resistível e o devedor não o houver**



**superado, não se terá a inevitabilidade e, portanto, o nexso causal estará configurado”.<sup>51</sup> (Destacamos)**

86. Esse é, aliás, exatamente o conceito adotado pelo parágrafo único do art. 393 do Código Civil para os institutos do caso fortuito e da força maior:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O **caso fortuito** ou de força maior verifica-se no **fato necessário**, cujos efeitos **não era possível evitar ou impedir**.  
**(Destacamos)**

87. A partir desses contornos, resta evidente que, ao contrário do que alega o Poder Concedente, no presente caso não há caso fortuito, uma vez que, como comprovado nas Alegações Iniciais e reforçado nos parágrafos acima – tendo por base documentos apresentados pelo próprio Requerido, ressalte-se –, o inadimplemento não ocorreu porque a obrigação teria se tornado impossível. Pelo contrário, o inadimplemento do Requerido decorre de uma escolha eminentemente política, que deliberadamente ignorou toda e qualquer alternativa existente para a obtenção de financiamentos.

88. E a narrativa trazida na Resposta às Alegações Iniciais apenas confirma esses pontos. O Poder Concedente dedica páginas para relatar uma série de trocas de comunicações havidas com agentes públicos relacionados aos empréstimos do BNDES e da Caixa Econômica Federal, o que, supostamente, demonstraria que o Poder Concedente teria empregado todo o esforço possível para viabilizar a estruturação financeira e impedir o inadimplemento contratual.

89. Tais páginas, no entanto, poderiam ser resumidas em apenas alguns parágrafos já que não dizem nada para além do fato de que, durante os 4 anos que correram entre a assinatura

---

<sup>51</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. V - Tomo II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 288.

do Contrato e o término de vigência do 5º Aditivo, o Poder Concedente se limitou ao mínimo que poderia fazer: cobrar um posicionamento do BNDES e da Caixa Econômica Federal.

90. Igualmente, o Requerido anexou aos autos um grande volume de documentos que, supostamente, demonstraria o seu esforço para viabilizar a estrutura financeira do Projeto – em suas palavras, *"diante de todo o contexto supramencionado, não parece crível que a Requerente assumira a postura de que o Estado foi o culpado pela não implementação da Etapa Preliminar"*.

91. O teor desses documentos demonstra, contudo, tratar-se apenas de uma sequência de comunicações internas e/ou com o BNDES e com a Caixa Econômica Federal. Não há nada de novo que evidencie o seu esforço para obter os recursos necessários ao Aporte. Vejamos alguns exemplos:

Documento	Data	Conteúdo
B-36, Ofício 500/2013 GS/GCR	10/07/2013	Ofício originalmente protocolado pela Secretaria da Fazenda perante o BNDES, em 2013, pleiteando o financiamento para o Projeto.
B-38, Ofício 783/2013 GS/GCR	21/10/2013	Ofício originalmente protocolado pela Secretaria da Fazenda perante a Caixa Econômica Federal, em 2013, pleiteando o financiamento para o Projeto.
B-06, Ofício GS/STM nº 283/2014	25/09/2014	Ofício do Secretário de Transportes Metropolitanos solicitando informações complementares ao Secretário da Fazenda a respeito da divisão da estruturação financeira do aporte de recursos.
B-05, Ofício nº 706/2014-GS-GCR	01/10/2014	Ofício da Secretaria da Fazenda informando a evolução de operações de crédito junto ao BNDES.
B-08, Carta 30/2015 – BNDES/CEC	21/01/2015	Carta comunicando o enquadramento do projeto da linha 18 para análise de viabilidade sob a categoria de Project Finance Direto.
B-07, Ata de Reunião, Despacho CMCP nº 125/2015, Despacho GS 70/2015 e Comunicado CMCP nº 650/15	19/02/2015	Documentos relativos à prorrogação do prazo para cumprimento da Etapa Preliminar.
B-11, Ofício GS/STM nº 304/2015	02/07/2015	Ofício do Secretário de Transportes Metropolitanos solicitando informações complementares ao Secretário da Fazenda sobre a evolução das operações de crédito junto ao BNDES, CEF e STN.
B-28, Ofício nº 621/2015-GS-GCR	15/07/2015	Ofício da Secretaria da Fazenda informando a evolução dos processos para contratação das operações de crédito

B-09, Ofício nº 691/2015-GS-GCR	15/07/2015	Ofício da Secretaria da Fazenda informando a evolução de operações de crédito junto ao BNDES.
B-28, Ofício nº 621/2015-GS-GCR	15/07/2015	Ofício da Secretaria da Fazenda informando a evolução dos processos para contratação das operações de crédito
B-12, Ofício nº 436/2016-GS-ACR	27/06/2016	Ofício da Secretaria da Fazenda informando a evolução das operações de crédito junto ao BNDES, CEF e STN.
B-16, Ofício GS/STM nº 229/2017	10/04/2017	Ofício do Secretário de Transportes Metropolitanos solicitando informações complementares ao Secretário da Fazenda sobre a evolução das operações de crédito junto ao BNDES, CEF e STN.
B-20, Carta AST/DEMOB nº 067/17	25/07/2017	Carta do BNDES informando o cancelamento da operação de crédito destinada ao financiamento da linha 18.
B-44, Ofício 1183/2017 GS-ACR	15/12/2017	Ofício da Secretaria da Fazenda informando o status das operações de crédito junto ao BNDES (Cancelada) e STN, bem como a redistribuição dos recursos financeiros já disponíveis ao Estado.
B-46, Ofício nº 34/2019-GS-ACR	08/08/2019	Ofício da Secretaria da Fazenda informando a ausência de perspectiva para contratação de operação de financiamento para o Projeto.

92. Como se percebe, ao se limitar a traçar a linha do tempo das comunicações mantidas com o Secretário da Fazenda sobre os repasses esperados do BNDES e da Caixa Econômica Federal, a Resposta às Alegações Iniciais comprova o quanto foi informado nas Alegações Iniciais no sentido de que o Poder Concedente *"jamaís buscou resolver sua pendência contratual por outros meios"*.<sup>52</sup>

93. Vale dizer, para comprovar que teria dispendido todo seu esforço para evitar o inadimplemento contratual, o Poder Concedente poderia ter comprovado que houve, pelo menos, tentativas de viabilizar o Aporte de Recursos via repasses do Orçamento Geral do Estado ou de tratativas com instituições financeiras internacionais (como o Banco Mundial) ou privadas.

94. E veja-se que não há na Resposta às Alegações Iniciais uma linha sequer para impugnar o quanto alegado pela Concessionária de que, de fato, *"a obrigação contratual do Requerido era apenas se estruturar financeiramente para promover o Aporte de Recursos"*,<sup>53</sup> de

<sup>52</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 103.

<sup>53</sup> Alegações Iniciais, ¶ 103.

modo que não importava para a relação jurídica estabelecida com a Concessionária “*se isso seria feito com financiamento do BNDES, do Banco do Brasil, da Caixa Econômica Federal, de recursos orçamentários próprios ou por qualquer outro meio*”.<sup>54</sup> Pelo contrário: a Resposta às Alegações Iniciais reforça que o projeto da Linha 18 da RMSP foi verdadeiramente negligenciado.

95. Nota-se que, com base em documento anexado aos autos pelo Requerido, já em 2017 o Estado deliberadamente **excluiu** o Projeto do rol de operações de crédito previstas para contratação, sob a alegação de tratar-se de um “pleito de redistribuição de limites”. Esse fato, por si só, contradiz o “esforço” feito pelo Requerido para viabilizar o financiamento em questão e denota que a decisão de abandono do Projeto foi puramente política.<sup>55</sup>

96. Chama a atenção, ainda, que apenas em **02.04.2018** – ou seja, 3 anos depois do prazo original para cumprimento de sua obrigação contratual – foi apresentado pleito perante a Secretaria da Fazenda para implementação de alterações legislativas visando “*ampliar as possibilidades para obtenção de recursos*”.<sup>56</sup> Ou seja, até então o Poder Concedente sequer havia formalmente endereçado perante seus próprios órgãos internos a necessidade de ampliação das fontes de obtenção de recursos!

97. De qualquer ângulo que se analise, portanto, não há dúvida de que não merece prosperar a alegação do Poder Concedente no sentido de que a suposta deterioração das condições macroeconômicas teria tornado impossível a estruturação financeira necessária para a realização do Aporte de Recursos. Como se viu, o Poder Concedente não comprovou a impossibilidade de estruturar o Aporte de Recursos da Concessão.

98. Como demonstrado pela Concessionária – e confessado pelo Poder Concedente na Resposta às Alegações Iniciais<sup>57</sup> – entre 2014 e 2019 o Governo do Estado de São Paulo obteve

---

<sup>54</sup> **Alegações Iniciais**, ¶ 104.

<sup>55</sup> **Anexo B-42**, Ofício nº 200/2017/COREM/SURIN/STN/MF-DF, p. 11.

<sup>56</sup> **Anexo B-23**, Ofício GSA-STM n.012-2018

<sup>57</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 62.

diversos financiamentos com órgãos externos, tendo apenas **optado** por destiná-los a outros projetos e não à construção e implantação da Linha 18 da RMSP.

99. De fato, o Poder Concedente não nega que obteve recursos financeiros junto a instituições financiadoras nesse período, mas que escolheu destinar tais recursos a outros empreendimentos que, segundo afirma, já estavam em andamento.<sup>58</sup> O que causa espanto, porém, é que parte dos empreendimentos aos quais supostamente o Requerido optou dar continuidade já estavam paralisados ou então tiveram suas obras suspensas nos anos subsequentes.

100. Mencione-se, novamente, o caso da Linha 6: como noticiado amplamente na mídia, as obras desse empreendimento foram suspensas no mês de setembro de 2016.<sup>59</sup> É de se estranhar, portanto, que no mês de novembro desse mesmo ano – isto é, dois meses após a suspensão –, o Poder Concedente tenha firmado com o BNDES o remanejamento de recursos para esse empreendimento.<sup>60</sup>

101. E este não é um caso isolado. A documentação apresentada pelo Requerido indica que, entre novembro de 2016 e maio de 2017, foram firmados aditivos aos contratos de financiamento com o BNDES para destinar mais de R\$ 1 bilhão à obra do “Contorno Norte e Sul da Rodovia dos Tamoios”.<sup>61</sup> Ocorre que, como noticiado amplamente na imprensa<sup>62</sup> e indicado até mesmo no relatório anual de 2019 da DERSA,<sup>63</sup> essas obras foram paralisadas no ano de 2018

---

<sup>58</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 63.

<sup>59</sup> **Anexo A-83**, Notícia – Consórcio suspende obras da Linha 6 do Metrô de SP. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/09/consorcio-suspende-obras-da-linha-6-do-metro-de-sp.html>.

<sup>60</sup> **Anexo B-26**, Aditivos a contratos de financiamento do BNDES, pp. 1-5.

<sup>61</sup> **Anexo B-26**, Aditivos a contratos de financiamento do BNDES, pp. 42-44 e pp. 61-66.

<sup>62</sup> **Anexo A-89**, Notícia – Dória anuncia retomada de obras do contorno da Rodovia dos Tamoios em Caraguatatuba. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2021/09/21/doria-anuncia-retomada-de-obras-do-contorno-da-rodovia-dos-tamoios-em-caraguatatuba.ghtml>

<sup>63</sup> **Anexo A-90**, Relatório Anual Integrado 2019, p. 51.

e assim permaneceram até setembro de 2021, quando o Requerido finalmente solucionou o imbróglio que impedia a continuidade nas obras.

102. Por fim, mesmo que o Poder Concedente tivesse se deparado com o insucesso dos empréstimos inicialmente previstos, certo é que ainda assim tal situação não caracterizaria caso fortuito.

103. Ora, alterações negociais e oscilações econômicas são circunstâncias totalmente normais, previsíveis e inerentes aos riscos assumidos pelas partes que contratam. E, como bem explica a doutrina ao tratar sobre os limites do caso fortuito e da força maior, **meras dificuldades comuns ao risco do contrato não devem ser confundidas com causas de exclusão de responsabilidade:**

“Nesta perspectiva o acontecimento deve ser fundamentalmente inevitável (no sentido de “irresistível”) **assim não se caracterizando a mera dificuldade, ainda que grande.** Por exemplo, um construtor que encontra um terreno mais difícil para instalar as fundações do prédio, exigindo esforços e despesas maiores do que os inicialmente planejados, **não pode, por esta razão, se esquivar ao cumprimento do contrato alegando força maior. A mera dificuldade está na parcela de risco que todo o contrato contém, considerada concretamente a sua função econômica e social.** Também assim responde, em linha de princípio, o vendedor de mercadorias, que as havia estocado, sendo o local do estoque destruído por um incêndio, desde que consiga obter mercadorias similares ou idênticas no mercado”.<sup>64</sup> **(Destacamos)**

104. Permitir que qualquer dificuldade tenha caráter liberatório viola flagrantemente o princípio do *pacta sunt servanda* e, portanto, vai de encontro aos interesses tutelados pelo

---

<sup>64</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. V - Tomo II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 298.

ordenamento jurídico e fundamentais para o bom funcionamento da economia, inclusive no que diz respeito ao relacionamento do Poder Público com a iniciativa privada.

105. Com efeito, apesar do princípio do *pacta sunt servanda* ser normalmente referido como corolário do regime de direito privado, a sujeição ao regime de direito público não suprime a obrigatoriedade de sua observância, entendida como a necessidade de cumprimento dos termos contratuais pactuados. Não por outro motivo, essa obrigação foi consagrada de forma expressa no art. 66 da Lei 8.666/93, a Lei Geral de Licitações, que dispõe que "*o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta lei*".

106. Sobre o tema, é importante reforçar que, muito embora o regime de direito público outorgue ao Poder Concedente certas prerrogativas em relação ao parceiro privado (as chamadas "cláusulas exorbitantes"), não lhe é conferida autorização para inadimplir injustificadamente suas obrigações contratuais ou até mesmo extinguir a avença de forma imotivada. Existisse um regime em que o Poder Público pudesse livremente descumprir suas obrigações, sem quaisquer consequências, a completa ausência de segurança jurídica inviabilizaria por completo a celebração de contratos com agentes privados. Afinal, quem se sujeitaria a tamanha incerteza na execução da avença?

107. O devido cumprimento contratual, portanto, é e sempre será obrigatório para ambas as partes, sob pena de se atrair a responsabilização nas esferas competentes. O fato de o Poder Concedente possuir algumas prerrogativas extraordinárias não lhe permite executar (ou não executar) o contrato da forma que bem entende. Este é, inclusive, o posicionamento da doutrina administrativista.<sup>65</sup>

108. Por todos esses motivos, é evidente que, ao contrário do que alega o Requerido, não estão presentes os requisitos necessários para que se caracterize hipótese de caso fortuito a

---

<sup>65</sup> "O dispositivo [o art. 66] consagra o princípio geral da obrigatoriedade das convenções. Cada parte tem o dever de cumprir as prestações que lhe incumbem na forma, tempo e local previstos contratualmente. [...] Esse princípio é amenizado, sob certo ângulo, pela faculdade de introduzir modificações unilateralmente, que se assegura à Administração. **Essa prerrogativa não significa que a Administração esteja dispensada de cumprir os**

afastar sua responsabilidade pelo inadimplemento contratual. Ao contrário, todas as provas apresentadas até o momento levam à conclusão de que o inadimplemento se deu por culpa exclusiva do Poder Concedente que, por mera conveniência política, escolheu rescindir o contrato antecipada e ilegalmente.

## V. A ILEGALIDADE DA EXTINÇÃO CONTRATUAL

109. Acerca da extinção do Contrato, o Requerido reitera em sua Resposta às Alegações Iniciais o seu entendimento quanto à legalidade da “resilição unilateral”, modalidade que foi utilizada para dar fim ao liame contratual entre as partes. Sobre o tema, afirma que a resilição unilateral é uma prerrogativa contratual “*assegurada a qualquer contratante, no regime jurídico brasileiro*”,<sup>66</sup> de modo que sua previsão expressa na legislação que rege os contratos de concessão não seria necessária (!).

110. Causa enorme espanto a afirmação juridicamente atécnica do Requerido. Como reconhecido amplamente na doutrina e na jurisprudência, a extinção unilateral de contratos administrativos está inserida na categoria de poderes extroversos da Administração Pública, em razão da teoria da supremacia do interesse público e do próprio sistema normativo.<sup>67</sup> A Lei 8.666/93 estabelece a prerrogativa de a Administração Pública extinguir unilateralmente os

---

***deveres contratuais. Se não alterar o contrato, a Administração tem o dever de cumpri-lo. Mesmo após alterá-lo, a Administração está obrigada a respeitar os novos termos.***” (Destacamos) (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1059).

<sup>66</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 149.

<sup>67</sup> “Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, seja: a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante; b) extinguindo unilateralmente o vínculo. Ambas as formas de instabilização constituem um direito da Administração, ressalvadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte. Estas prerrogativas derivariam ou da sistemática normativa, que protege acentuadamente determinadas atividades públicas, ou de cláusulas ‘contratuais’ concebidas como ‘exorbitantes’” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 634).



contratos (arts. 58, II, e 79, I), reservando à contratada a possibilidade de pleitear a extinção contratual somente caso a Administração Pública não honre com os pagamentos devidos.<sup>68</sup>

111. Em matéria de concessões de serviços públicos, a Lei 8.987/95 prevê a possibilidade de a concessionária pleitear a rescisão do contrato **tão somente** no caso de descumprimento das normas contratuais pelo Poder Concedente. Não há qualquer dispositivo legal que autorize o particular a “resilir unilateralmente” os contratos assinados com a Administração Pública para além das hipóteses taxativamente previstas.

112. Tanto assim o é que, sem a concordância da Administração Pública – hipótese de rescisão bilateral – o particular não consegue encerrar imotivada e antecipadamente a relação com o Poder Público. Nessa situação, o particular se mantém vinculado as suas obrigações contratuais e eventual descumprimento legitima a imposição pelo ente contratante de todas as sanções contratuais e legais aplicáveis, como por exemplo a multa pecuniária, a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública, a execução da garantia contratual e a retenção de quaisquer outros pagamentos devidos ao particular.

113. Assim, a premissa do Requerido não se sustenta juridicamente. Existem hipóteses legais pelas quais as partes podem extinguir os contratos: no caso da concessionária, quando o Poder Concedente descumprir com suas obrigações (rescisão); no caso do Poder Concedente, quando a concessionária descumprir com suas obrigações (caducidade) ou por razões de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização (encampação). São esses os ritos estabelecidos no sistema normativo, inexistindo, portanto,

---

<sup>68</sup> “Costumava-se afirmar que a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimplet contractus*) não é invocável pelo contratado nos contratos administrativos. Tal assertiva (que, ao nosso ver, dantes já era inexata) hoje não mais poderia ser feita, pois o art. 78, XV, expressamente estabelece que, se a Administração atrasar por mais de 90 dias os pagamentos devidos em decorrência de obras, serviços, fornecimentos ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo no caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações, até a normalização destes pagamentos, ou então obter a rescisão do contrato. Assim, também o inciso XIV – sempre com a ressalva das situações excepcionais aludidas – autoriza-o, no caso de suspensão da execução do contrato, por prazo superior a 120 dias, ou por repetidas suspensões que totalizem o mesmo tempo, a suspender o cumprimento de suas obrigações ou a obter rescisão do contrato” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit, p. 648).

qualquer prerrogativa assegurada às concessionárias para resilir unilateralmente contratos de concessão.

114. Retomando a (também equivocada) premissa de que as previsões da Etapa Preliminar constituíam condições, e não obrigações, o Requerido expõe que a rescisão seria a forma jurídica apropriada para encerramento do contrato por perda das condições originalmente ajustadas. Alega, então, que a impossibilidade de cumprimento de uma das condições da Etapa Preliminar tornara inviável o prosseguimento da relação contratual, abalando o interesse público na continuidade da relação contratual<sup>69</sup> e conferindo às partes o direito de declarar a extinção contratual, "*independentemente de qualquer aferição quanto à culpa pelo inadimplemento da obrigação contratual*".<sup>70</sup>

115. Concluindo seu raciocínio, o Requerido afirma que qualquer alternativa ao posicionamento apresentado implicaria "*impor a ambas as partes o dever de prosseguir em relação contratual cuja continuidade é sabidamente inviabilizada*".<sup>71</sup>

116. O racional utilizado pelo Poder Concedente não poderia estar mais equivocado, tanto sob a perspectiva de direito público – que regula as hipóteses de extinção de contratos de concessão –, quanto sob a perspectiva de direito privado, no âmbito do qual a rescisão contratual é de fato uma possibilidade, mas certamente não nos termos defendidos pelo Requerido. É o que passaremos a demonstrar.

### **V.1. A Extinção Contratual foi uma Escolha do Requerido**

117. O silogismo adotado pelo Requerido é equivocado porque parte de três premissas incorretas: **(i)** a da Etapa Preliminar como condição à eficácia do Contrato de Concessão, **(ii)** a da impossibilidade de cumprimento da obrigação de estruturar o Aporte de Recursos e, como

---

<sup>69</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 85.

<sup>70</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 157.

<sup>71</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 158.

consequência das duas primeiras, **(iii)** a perda do interesse público no desenvolvimento do Projeto.

118. As duas primeiras premissas já foram pormenorizadamente desconstruídas nesta Réplica e nas Alegações Iniciais, razão pela qual não convém repeti-las.

119. O fato é que a estruturação do Aporte de Recursos era, sim, uma verdadeira obrigação contratual atribuída ao Requerido, cujo cumprimento não era impossível. Tanto não o era que o próprio Poder Concedente reconhece em sua Resposta às Alegações Iniciais que obteve empréstimos durante o período de vigência do Contrato, mas preferiu aloca-los em outros projetos.

120. Não havia, então, uma questão de imprescindibilidade de extinção do vínculo contratual, sob pena de se configurar uma verdadeira imposição à manutenção do Contrato. O que se teve foi uma escolha do Poder Concedente em não estruturar o financiamento para esse Projeto e, passo seguinte, extinguir unilateralmente o Contrato de Concessão.

121. A extinção não foi, portanto, uma maneira de evitar a continuidade de uma relação contratual inviável: foi, na verdade, a forma que o Requerido encontrou para evitar as consequências jurídicas que decorreriam de seu inadimplemento contratual e, ao mesmo tempo, viabilizar a extinção de um Projeto não em razão do interesse público, mas sim da perda de interesse do próprio Estado.

#### *V.1.1. O interesse público na execução do Contrato de Concessão*

122. Partindo do racional da impossibilidade de cumprimento da obrigação contratual que lhe foi atribuída, o Requerido afirma em sua Resposta às Alegações Iniciais que havia um "*conjunto robusto de razões*" que o levaram a compreender que o Projeto "*havia se tornado obsoleto e que seu cumprimento traria excessiva onerosidade*". Em outras palavras, o que o Requerido aponta é que o interesse público na continuidade da relação contratual fora superado (curiosamente, em razão de seu próprio inadimplemento contratual).

123. Para além do absurdo que é o Requerido atrelar a perda do interesse público a seu próprio inadimplemento contratual, a Requerente admite sua surpresa diante desse novo argumento que não só nunca lhe foi antes apresentado, mas que, também, contradiz as características centrais do Projeto.

124. Antes de esclarecermos detalhadamente a contradição do argumento do Requerido, convém dar um passo atrás e relembrar o que configura o “interesse público”.

125. Não há no ordenamento jurídico pátrio uma definição única de interesse público, sendo esse um conceito jurídico indeterminado, que comporta as mais diferentes acepções. Entre os doutrinadores, embora tampouco exista um conceito único, há elementos em comum que nos permitem, via de regra, associar o interesse público ao interesse da coletividade.

126. Nesse sentido é a tradicional doutrina do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, que aponta ser o interesse público aquele *"pertinente à sociedade como um todo"*.<sup>72</sup> O que o interesse público busca evitar, nos explica o Professor, é que os agentes públicos se utilizem de seus poderes para perseguir não os interesses da sociedade, mas sim seus próprios interesses:

*"Onde há função, [...] há adstrição a uma finalidade previamente estabelecida e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada. [...] Com efeito, por exercerem função, **os sujeitos de Administração Pública têm que buscar atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, qua tale considerado, e muito menos o dos agentes estatais**".<sup>73</sup> (Destacamos)*

---

<sup>72</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 102.

<sup>73</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit, pp. 101-102.

127. Não há grandes divergências entre os doutrinadores quanto à função do interesse público: evitar que os agentes públicos se utilizem desse conceito de forma errática para simplesmente justificar abusos e desvios de poder:

*"A constatação da ideia universalizante e singularizante de interesse público não pode significar uma maior tolerância frente aos interesses privados, que se imiscuem e pervertem o funcionamento da máquina pública, favorecendo a indevida apropriação privada dos bens e dos serviços públicos. [...] O que ora se afirma é exatamente o contrário: significa apenas que **o interesse público não pode mais subsistir (nem na prática política, nem na formulação doutrinária) de forma absoluta e autoritária, justamente para evitar que ele se transforme em mera aparência com que muitas vezes se busca um excesso ou um desvio de poder.**"<sup>74</sup> (Destacamos)*

128. Independentemente da dificuldade (ou impossibilidade) de se definir precisamente o que configura o interesse público, é certo que ele está ligado ao atendimento do interesse da coletividade, conformando importante mecanismo de controle da atuação dos agentes públicos com o intuito de evitar abusos no exercício da função.

129. Trazendo o tema para o cenário das concessões de serviços públicos, é certo que o interesse público configura a base do ato de delegação do serviço a um particular. O contrato de concessão nada mais é do que um instrumento contratual para consecução de um interesse público<sup>75</sup> – qual seja, o da prestação de um serviço público cuja fruição é constitucionalmente assegurada aos cidadãos.

---

<sup>74</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 151.

<sup>75</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 134. "E, então, chegamos ao cerne do que entendo ser a concessão (concessão-delegação) no direito administrativo contemporâneo. Em qualquer de suas manifestações, ela se apresenta como (i) um instrumento para consecução do interesse público (ii) que decorre de uma convergência de interesses entre o privado (concessionário) e o público (concedente) e (iii) diferencia juridicamente aquele privado em relação aos demais administrados, (iv) obrigando a administração a atuar no sentido de tutelar e compor os interesses em torno do objeto concedido".

130. No presente caso, não há dúvidas de que o Contrato de Concessão foi celebrado para atender um interesse público específico: o de assegurar um transporte público de qualidade aos milhares de cidadãos que se deslocam diariamente entre a cidade de São Paulo e a região do ABC Paulista.

131. Esse interesse foi salientado desde o momento em que o Projeto foi apresentado perante o CGPPP<sup>76</sup> e foi reconhecido, também, por todos os Municípios que seriam beneficiados com a sua implantação (São Paulo, Santo André, São Bernardo e São Caetano do Sul), os quais celebraram junto ao Poder Concedente convênios para viabilizar a cooperação técnica e material necessária à execução do empreendimento. Tais instrumentos foram celebrados justamente a partir da premissa de relevância do Projeto para atendimento da população e desenvolvimento regional:

*"CONSIDERANDO:*

*Que, nos termos do disposto no artigo 152, incisos II e IV, da Constituição Estadual, constituem objetivos da organização regional do Estado a cooperação entre os órgãos e entidades da administração direta e indireta do Estado, e a integração do planejamento e da execução de funções públicas de interesse comum ao Estado e aos Municípios nas diversas unidades regionais, dentre as quais se insere a Região Metropolitana de São Paulo - RMSP; [...]*

*Que a Linha 18 – Bronze contemplada no "Plano Integrado de Transportes Urbanos – PITU 2025", e concebida com tecnologia de monotrilho, pelas suas características construtivas e de desempenho, pode assegurar uma melhor inserção urbana e rapidez na implantação;*

---

<sup>76</sup> **Anexo A-16**, Ata da 43ª Reunião Ordinária do CGPPP, realizada em 09.12.2011. "Salientou a mobilidade urbana diante da oferta de transporte eficiente e de qualidade e da integração e ampliação das conexões modais, especialmente na Região Metropolitana de São Paulo (RMSP) como uma das prioridades do Governo do Estado. Nesse contexto, destacou a Linha 18 – Bronze como uma ligação metropolitana de média capacidade entre a Região do ABC e a RMSP, articulando o Município de São Bernardo do Campo com a rede metroferroviária da RMSP, no Município de São Paulo, utilizando como ponto de integração a estação Tamandateí da Linha 2 – Verde do Metrô e da Linha 10 – Turquesa da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM)".

*Que a Linha 18 – Bronze será um **fator importante de desenvolvimento da RMSP** ao prover a conexão dos sistemas dos municípios do ABC com a capital paulista, na Estação Tamanduateí (CPTM e Metrô) da rede de alta capacidade de transporte da RMSP, propiciando, ainda, um impacto altamente positivo na estruturação urbana e na qualidade ambiental de cada município contemplado”.*<sup>77</sup>

**(Destacamos)**

132. A circunstância do inadimplemento do Poder Concedente em suas obrigações contratuais não eliminou esse interesse público. E esse fato foi reconhecido até mesmo pela FIPE<sup>78</sup> – hoje assistente técnica do Requerido na presente Arbitragem –, em relatório já acostado aos autos que demonstram que a prorrogação da Etapa Preliminar coadunaria com o interesse público *vis-à-vis* a extinção prematura da relação contratual:

*“Todas as análises efetuadas culminam na possibilidade de afirmação que o **interesse público está preservado com a manutenção do Contrato de PPP da Linha 18 – Bronze – Monotrilho da rede metroviária de São Paulo. Não há nenhum elemento analítico presente que permita vislumbrar o alcance de resultados mais vantajosos, sob todas as óticas tratadas, financeira, econômica e de riscos, a partir da rescisão do contrato de PPP vigente e lançamento de nova licitação para executar o mesmo objeto”.***<sup>79</sup> **(Destacamos)**

133. Ou seja, a própria consultoria que agora atua como assistente técnico do Requerido contraria a Resposta às Alegações Iniciais ao ter, em momento pretérito, analisado a questão e concluído que a extensão da Etapa Preliminar atendia o interesse público.

---

<sup>77</sup> **Anexos A-91.1 à A-91.4.** Convênios celebrados entre o Governo do Estado de São Paulo e os Municípios envolvidos no Projeto.

<sup>78</sup> O posicionamento adotado pela FIPE foi também mencionado de forma expressa no Ofício da Subsecretaria de Parcerias nº 005/2019, juntado aos autos pelo Requerido (Anexo B-30).

<sup>79</sup> **Anexo A-05,** Relatório FIPE.

134. O Requerido tampouco nega a relevância do Projeto – não por outro motivo, dedica diversas páginas de sua Resposta às Alegações Iniciais a apresentar todos os vários benefícios que decorreriam da implantação da Linha 18 e ainda inclui aos autos muitos documentos que demonstram a manutenção do interesse público a despeito das dificuldades enfrentadas.

135. Veja-se, por exemplo, a ata da 80ª Reunião Ordinária do CGPPP, realizada em 06.02.2018 para discutir a prorrogação do prazo contratual. Nessa oportunidade, o Secretário da STM ressaltou que *"as partes contratantes, Poder Concedente e Concessionária, bem como as Prefeituras beneficiadas, que firmaram convênios com o GESp, seriam favoráveis à manutenção do Contrato de PPP da Linha 18 Bronze"* e, ainda, explicitou que *"a manutenção da PPP não implicaria prejuízos ao Erário, tampouco ao interesse público"*.<sup>80</sup>

136. Causa muita estranheza, portanto, que, no mesmo documento, o Requerido ressalte todas as características inovadoras do Projeto para, então, afirmar que ele teria se tornado obsoleto. Como pode um projeto ser ao mesmo tempo tão disruptivo e ultrapassado?

137. O que esse robusto conjunto de informações demonstra é que, diferentemente do quanto afirmado pelo Requerido, o Projeto não se tornou obsoleto. Afinal, o interesse público que justificou a celebração do Contrato de Concessão – a prestação do serviço público de transporte de passageiros aos cidadãos da RMSP e da região do ABC Paulista – persiste.

138. O que se teve, portanto, foi uma escolha deliberada do Requerido em extinguir o Contrato de Concessão. E essa escolha foi feita com o propósito claro de substituir o modal de monotrilho pelo modal do BRT, que, por sua vez, é um projeto desenvolvido sob medida para atuação de uma única empresa e para atender aos seus interesses, e não em razão de qualquer justificativa técnica ou econômica robusta evidenciando a vantajosidade dessa troca. Não por

---

<sup>80</sup> **Anexo B-22**, Ata da 80ª Reunião Ordinária do CGPPP.



esse motivo, esse tema começa a gerar questionamentos por parte de órgãos de controle e da sociedade civil.<sup>81</sup>

139. Com efeito, os documentos acostados aos autos do Agravo de Instrumento nº 2073301-14.2021.8.26.0000, no qual se discute a regularidade da contratação da empresa Metra para desenvolver o projeto do BRT-ABC, evidenciam que esse projeto foi estruturado pela própria Metra unicamente para atender ao seu interesse de prorrogar antecipadamente o seu contrato de concessão.<sup>82</sup> Isto porque, como se sabe, a legislação<sup>83</sup> que regula a prorrogação antecipada de contratos de concessão condiciona a prorrogação à inclusão de novos investimentos no escopo do instrumento contratual vigente.

140. Assim, para justificar o cabimento da prorrogação antecipada de seu contrato, a empresa apresentou o BRT-ABC como um investimento adicional a ser incluído em seu contrato, ressaltando que essa solução seria inovadora, mais barata e mais eficiente do que o modal de monotrilho.

141. Mas, para além de não existir qualquer estudo técnico ou econômico robusto evidenciando ditas vantagens, **o que causa espanto é que a proposta de substituição do modal foi apresentada pela Metra e analisada pelo Estado de São Paulo<sup>84</sup> em abril de 2019 – ou seja, antes da extinção do Contrato de Concessão, que, muito curiosamente, foi deliberada pela CGPPP apenas 04 meses depois<sup>85</sup> e efetivamente levada a cabo um ano depois, no mês de agosto de 2020.**<sup>86</sup>

142. A cronologia desses eventos indica que a extinção do Contrato de Concessão está efetivamente ligada à decisão política de desenvolver o BRT-ABC. E essa decisão está pautada

---

<sup>81</sup> **Anexo A-92**, Notícia – Instituto de defesa do consumidor aponta irregularidades no BRT ABC. Disponível em: <https://www.metrocptm.com.br/instituto-de-defesa-do-consumidor-aponta-irregularidades-no-brt-abc/>.

<sup>82</sup> **Anexo A-93**, Pedido de prorrogação contratual apresentado pela Metra – Sistema de Metropolitano de Transportes Ltda. Em 08.04.2019.

<sup>83</sup> No Estado de São Paulo, a legislação de regência é a Lei Estadual 16.933/2019

<sup>84</sup> **Anexo A-94**, Informação Técnica CTC 489/2019, de 29.04.2019.

<sup>85</sup> **Anexo A-57**, Ata da 5ª Reunião Conjunta Ordinária CDPED-CGPPP de 13.08.2019.

<sup>86</sup> **Anexo A-13**, Comunicado CMCP nº 683/20.

na necessidade do Estado de justificar, perante a sociedade e os órgãos de controle, a vantajosidade de prorrogar o contrato de concessão daquela empresa, que estava se aproximando de seu termo.

143. Diferente do quanto afirma o Requerido em sua Resposta às Alegações Iniciais, a convicção desta Requerente da motivação política para extinção do Contrato de Concessão não deriva apenas de "*declarações emanadas por agentes políticos ou noticiadas por jornalistas*";<sup>87</sup> mas de documentos do próprio Estado que denotam que o projeto do BRT-ABC já estava sob análise antes mesmo da extinção unilateral ser levada a cabo.

## **V.2. A Inadmissibilidade da Resilição Unilateral do Contrato**

144. Para viabilizar a extinção contratual no cenário acima delineado, o Requerido fabricou uma nova modalidade de término contratual. Ocorre, porém, que no âmbito do ordenamento jurídico pátrio as hipóteses de cabimento da extinção dos contratos de concessão são restritas, encontrando-se reguladas no art. 35 da Lei 8.987/95, cujo rol não inclui a resilição unilateral.

145. A respeito das hipóteses de extinção de contratos de concessão, convém retomar o entendimento do prof. Marçal Justen Filho, que nos explica que a criação de um rol restrito decorreu da necessidade de coibir práticas discricionárias e antidemocráticas e evitar que a execução dos contratos fosse prejudicada por decisões subjetivas e políticas:

*"16. No passado, essas circunstâncias propiciaram práticas usuais de extinção de contratos de concessão fundadas em decisões subjetivas – que eram respaldadas nos argumentos clássicos da supremacia de um interesse público indeterminado, abstrato e opaco.*

*17. Essa situação era agravada pela ausência de normas gerais sobre a contratação de concessão de serviço público. As diversas órbitas estatais*

---

<sup>87</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 128.

*adotavam regras variadas. Em muitos casos, nem existia disciplina legislativa pertinente a concessões. [...]*

**21. Entre as providências fundamentais consagradas pela Lei 8.987 encontrava-se a limitação às hipóteses de extinção do contrato de concessão.** *Tratava-se de proscrever práticas usuais no passado, que envolviam a extinção do contrato por ato unilateral da Administração, sem a observância de limites inerentes a um regime democrático e indispensáveis a um ambiente seguro de investimentos.*

**26. [...]** **O art. 35 disciplinou, de modo preciso e exaustivo, as competências administrativas pertinentes à extinção da concessão, em situações pertinentes à esquematização legal**.<sup>88</sup> **(Destacamos)**

146. Entendimento semelhante é manifestado pelo Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto, que aponta que a excepcionalidade do término antecipado das concessões justifica a existência de um rol restrito para sua concretização:

**"A regra geral do instituto da concessão é impedir rompimentos antecipados do vínculo concessório por decisão unilateral de uma das partes. Por essa razão é que o ordenamento jurídico restringe, para as concessões, as hipóteses de desfazimento do contrato por interesse público"**.<sup>89</sup> **(Destacamos)**

147. Não se nega, portanto, que no âmbito dos contratos de concessão a Administração Pública dispõe de poder exorbitante para encerrar antecipadamente a avença. A extinção antecipada, contudo, deve obedecer aos ritos legais estabelecidos – mais especificamente, às hipóteses da Lei 8.987/95 –, sob pena de se deixar o particular completamente a mercê das

---

<sup>88</sup> **Anexo A-74**, Parecer do Prof. Marçal Justen Filho, PPI 16, 17, 21 e 26.

<sup>89</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 167.

vontades do administrador público, minando a segurança jurídica e a confiança recíproca que devem pautar a relação público-privada.

148. E não se alegue que o rol de extinção contratual da Lei 8.987/95 não seria taxativo e, portanto, haveria espaço para uma extinção *sui generis*. A Lei 8.987/95 já regula a modalidade de extinção contratual apropriada para os casos em que a decisão unilateral do Poder Concedente esteja fundada em “interesse público”, e não no inadimplemento do parceiro privado: trata-se da modalidade da encampação. Em existindo na Lei 8.987/95 uma hipótese aplicável às circunstâncias fáticas do caso, não é admissível que o Poder Concedente assumira a caneta do legislador para criar tese que lhe é mais favorável.

149. Não foi outro o entendimento manifestado pelo Prof. Alexandre dos Santos Aragão em parecer que analisou a aplicabilidade do regramento da Lei Federal 8.666/93 à extinção de um contrato de concessão:

*"Dever-se-ia ter buscado, entre as hipóteses constantes na Lei nº 8.987, aquela mais adequada ao caso concreto – e, apenas e tão somente no caso de inexistência de regramento aplicável, ter-se buscado outras fontes normativas para a aplicação analógica, que depende da lacuna do regramento próprio. E aqui se fala em lacuna justamente pelo fato de que a Lei nº 8.987 não faz referência genérica à aplicação subsidiária da Lei nº 8.666 ou de qualquer outro diploma, da mesma forma que, no que tange à extinção dos contratos, não há nenhuma remissão específica a outra legislação. **Ao contrário, possui a Lei nº 8.987/95 rol tipificado que não pode ser afastado para a aplicação de outros diplomas jurídicos**".<sup>90</sup> (Destacamos)*

150. O Requerido não nega a existência da encampação, mas justifica a sua inaplicabilidade ao caso – e, conseqüentemente, a necessidade de fazer uso da “resilição

---

<sup>90</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Parecer acerca da extinção administrativa de contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública – Requisitos materiais e processuais. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, pp. 151-217, mar./ago.2015. p. 163.

unilateral” – com base na premissa de que o serviço público ainda não havia sido delegado ao particular e, portanto, não haveria como se falar em retomada do serviço. Não há, contudo, nenhum respaldo para esse entendimento, tanto sob a perspectiva teórica, quanto sob a perspectiva fática.

151. Do ponto de vista teórico, a doutrina especializada reconhece que há concessão do serviço público a partir do momento em que a titularidade de sua prestação é atribuída a um parceiro privado, mediante assinatura de contrato de concessão. O fato de a prestação do serviço em si ainda não ter sido iniciada não altera essa realidade, mesmo porque a complexidade dos serviços públicos concedidos via de regra demanda um período de preparo para viabilizar a efetiva prestação.

152. Este é, precisamente, o entendimento do Prof. Alexandre Aragão dos Santos, que expõe a questão nos seguintes termos, com respaldo na doutrina irretocável do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"Nas concessões, embora a titularidade do serviço público permaneça sendo da Administração, a titularidade da possibilidade de prestação do serviço passa a ser do particular delegatário – 'não se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas'. [...] **Mesmo que o serviço propriamente dito ainda não esteja sendo na prática prestado, a titularidade desse exercício já é do concessionário.** E, de fato, é até difícil se imaginar na realidade a possibilidade de concessionários começarem a prestar serviços públicos de alguma magnitude imediatamente após a assinatura do contrato de concessão, sem prejuízo deles, desde esse momento, já serem os titulares dessa prestação".<sup>91</sup> (Destacamos)*

---

<sup>91</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Parecer acerca da extinção administrativa de contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública – Requisitos materiais e processuais. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, pp. 151-217, mar./ago.2015. pp. 161-162.

153. Sob o ponto de vista fático, tampouco há dúvidas de que já havia ocorrido a delegação dos serviços públicos à Concessionária. Não só o Contrato de Concessão havia sido assinado, como diversas das obrigações atribuídas à Requerente durante a Etapa Preliminar estão indubitavelmente atreladas à execução integral do acordo, constituindo elementos essenciais para a futura prestação do serviço à população.

154. Cite-se, a título meramente ilustrativo, a contratação de garantias pela Concessionária para o fiel cumprimento das Fases I e II do Contrato (Cl. 24.2 do Contrato), bem como a transferência da Licença Prévia para a Concessionária (Cl. 4.1.2.1.X do Contrato). Caso o Contrato não fosse eficaz desde o início, não haveria motivo para impor o cumprimento de tais obrigações em estágio inicial: seu cumprimento poderia ser relegado para as etapas contratuais posteriores.

155. Não há, portanto, qualquer justificativa para a inaplicabilidade da encampação ao caso. Ao escolher aplicar a “resilição unilateral” ao caso, o que o Requerido pretendeu foi justamente “fugir” da incidência dos requisitos legais aplicáveis à encampação, notadamente, a necessidade de autorização legislativa prévia e o pagamento de indenização à Concessionária em razão dos danos emergentes e lucros cessantes decorrentes da extinção antecipada.

## **PARTE 2: A ADEQUAÇÃO DO RACIONAL INDENIZATÓRIO PROPOSTO PELA REQUERENTE**

### **VI. A VERDADEIRA RACIONALIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO**

156. O Requerido inicia a avaliação econômico-financeira da indenização devida à Requerente com base na premissa de que, no âmbito de um contrato de concessão, o agente privado é um verdadeiro “financiador da infraestrutura pública”, na medida em que viabiliza recursos ao interesse público, com a expectativa de recuperá-los futuramente, acrescido de uma remuneração.<sup>92</sup> Nesse sentido, prossegue o Requerido, *“é possível compará-lo a um credor de*

---

<sup>92</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, Pp 163-164.

*uma 'dívida' firmada junto ao poder concedente, a ser amortizada ao longo do tempo através da exploração da infraestrutura pública implantada”.*

157. A proposta “inovadora” de aproximar o concessionário de um financiador é feita pelo Requerido com um único propósito: justificar a suposta irrazoabilidade da indenização pleiteada pela Requerente na presente Arbitragem a partir da ênfase ao aspecto de incerteza na percepção da remuneração pelo concessionário em uma parceria público-privada, a qual dependeria diretamente **(i)** do montante investido no projeto e **(ii)** do tempo de desenvolvimento do projeto, devendo-se considerar, ainda, a incidência de diversos riscos afetos ao negócio.

158. Novamente, o racional desenvolvido pelo Requerido está completamente equivocado.

159. Em primeiro lugar, beira o absurdo resumir contratos de concessão, por sua própria natureza complexa, a “financiamentos privados”, tal como pretende o Requerido. Limitando a análise do Contrato a um modelo de negócios tipicamente privado e puramente financeiro, o Requerido simplesmente “esquece” que o elemento que caracteriza todo e qualquer contrato de concessão é, na verdade, a delegação da prestação de serviços públicos. É o uso dos sujeitos privados (que, em tese, seriam mais eficientes) para atender a interesses públicos primários dos usuários.

160. Com efeito, o termo “concessão” no direito administrativo congrega instrumentos jurídicos que, apesar de possuírem diferenças relevantes entre si, se caracterizam, de modo geral, pela delegação da prestação de serviços públicos e exploração de infraestrutura ou obra pública a um particular. E esse particular assume tais atividades levando em conta os riscos fixados no contrato durante um prazo determinado.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 171. “A concessão-delegação, portanto, corresponde ao instituto jurídico por meio do qual o **Poder Público delega a particulares obrigações atinentes a um objeto de interesse geral** (genericamente tratado aqui como uma utilidade pública – bens, serviços, atividades), regando a **convergência de interesses** e disciplinando as relações jurídicas entre concedente e concessionários (obrigações recíprocas) e os direitos de terceiros por um prazo relativamente longo, mas finito, durante o qual todas essas relações jurídicas têm estabilidade”. **(Destacamos)**

161. Equivoca-se o Requerido, portanto, ao afirmar que o “principal papel” desempenhado pelo concessionário é o de financiador da infraestrutura pública.<sup>94</sup> os investimentos realizados pelo particular são, de fato, relevantes no âmbito da relação jurídico-contratual, mas não constituem elemento caracterizador de uma concessão. O que verdadeiramente conforma o cerne de uma concessão é, ao contrário, a prestação do serviço público atribuída ao particular.

162. Afinal, fosse a relação público-privada restrita a uma questão financeira – obtenção de recursos para custear determinada infraestrutura –, poderia a Administração Pública obter empréstimo junto a qualquer instituição financiadora para, então, executar as obras e prestar o serviço por si própria ou intermédio de empreiteiras. A escolha pelo modelo de concessão, ao contrário, vai muito além da questão financeira: é uma decisão de política estatal, pautada pela busca da maximização da eficiência e qualidade da prestação dos serviços públicos.<sup>95</sup>

163. Vale ressaltar, ainda, que a distinção conceitual entre parcerias público-privadas e financiamentos privados já foi debatida pela doutrina administrativista brasileira:

*"O conceito de parcerias é daquele que, tornado polêmico, se torna plurissêmico a ponto de cada doutrinador ter o seu próprio conceito. Nesta multiplicidade de sentidos e na busca de definições que compreendam todas as inúmeras possibilidades de parcerias, ora e vez se cometem alguns equívocos. **O mais comum deles talvez seja identificar essas parcerias com o financiamento de utilidades públicas. Equívoco que vem desde a origem, pois o financiamento é um meio para se implantar uma utilidade, e não a fonte que irá remunerá-la. Explico: o financiamento diz com a responsabilidade pelo custo de formação de uma infraestrutura serviente***

---

<sup>94</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 162.

<sup>95</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 82. “*Todas essas formas de concessão constituem instrumentos de que o poder público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela transferência de atribuições estatais para o setor privado. [...] A execução do serviço estará entregue a uma empresa privada que atuará pelos moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que costumam ser apontados como formas de emperrar a atuação da Administração Pública direta e indireta*”.



*à coletividade. Não se confunde com a origem da remuneração, seja para repor o capital investido na sua formação, seja para remunerar o custo de operação desta infraestrutura”.*<sup>96</sup> **(Destacamos)**

164. De outra ponta, o racional desenvolvido pelo Requerido também ignora que a incerteza da remuneração do concessionário em um contrato de parceria público-privada é meramente relativa.

165. A lógica desenvolvida pelo Requerido está diretamente atrelada à noção da concessão como um negócio cujo risco é atribuído integralmente ao particular. Nessas circunstâncias, caberia a ele suportar, integralmente, as consequências de quaisquer eventos que ocorressem no curso da execução contratual e que afetassem a prestação dos serviços públicos e, conseqüentemente, a percepção de sua remuneração.

166. Essa lógica vigorou por anos nas concessões comuns, mas jamais foi aplicada às concessões patrocinadas em razão de expresso mandamento legal.<sup>97</sup> Além do mais, o fato é que, hoje, esse racional sequer subsiste nas concessões comuns, tendo sido amplamente substituído pela alocação racional e objetiva dos riscos entre as partes contratantes, mecânica contratual que beneficia a estruturação e atratividade dos projetos. Recentemente, até mesmo o risco de demanda em rodovias tem sido compartilhado quando o projeto assim exige para seu sucesso.<sup>98</sup>

167. Com efeito, a alocação objetiva de riscos é o que permite, em primeiro lugar, que as concessões sejam, efetivamente, **parcerias** público-privadas, e não meramente contratos de prestação de serviços ou execução de obras. É o que transforma o particular em um verdadeiro

---

<sup>96</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19.

<sup>97</sup> Lei 11.079/2004, Art. 4º “*Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;*”.

<sup>98</sup> É o caso da licitação para a concessão da BR-153.

parceiro da Administração Pública (até porque passa a ser “agente público”), em prol da consecução do interesse público inerente à prestação dos serviços públicos.

168. A alocação de riscos é importante à medida em que permite a redução dos custos de concessões. Em projetos que têm o risco integralmente alocado à concessionária, há uma tendência natural à ampliação das propostas apresentadas pelos licitantes, à medida em que estes veem-se obrigados a precificar, também, a incerteza decorrente de todos os diversos riscos que podem acometer um projeto de infraestrutura de grande porte. Com o compartilhamento objetivo, busca-se alocar cada risco à parte que possui melhores condições de enfrentá-lo, o que tende a reduzir os custos.<sup>99</sup>

169. A alocação objetiva de riscos é, também, o elemento base da expectativa de remuneração do concessionário. Isso significa que, ao estudar a participação em uma licitação, o particular avaliará a matriz de riscos contratual para, cotejando-a com as obrigações a ele atribuídas e as fontes de receitas previstas, avaliar qual a remuneração esperada decorrente daquele contrato.

170. A remuneração prevista com base nesses estudos não é uma mera suposição ou um retorno “incerto”, para nos valermos das palavras do Requerido. Trata-se, na verdade, de uma justa expectativa de remuneração assegurada ao particular a partir do momento em que o contrato é celebrado, com base naquelas premissas estipuladas durante o processo licitatório. Não fosse esse o caso, os contratos de concessão assegurariam aos particulares o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro diante do advento de riscos que não lhe foram contratualmente atribuídos.

---

<sup>99</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 184. “O arranjo de alocação desses riscos somente é compatível com o interesse geral se se basear em um adequado equilíbrio de interesses que, à luz do objeto da concessão comum e das circunstâncias de sua prestação, atribua para cada parte os riscos que lhe sejam pertinentes (ou melhor, que podem por ela ser manejados de maneira mais eficiente). [...] Um arranjo concessório que atribua ao privado um plexo de riscos que ele, concessionário, não consegue avaliar e absorver, leva ao encarecimento da contrapartida que os particulares exigem para aceitar tal encargo”.

171. Nesse sentido ressalta o Prof. Vitor Rhein Schirato, apontando que a relação entre encargos e direitos da qual provém a remuneração do particular é vinculante para as partes, configurando verdadeira e legítima expectativa ao lucro:

*"O vínculo jurídico de um contrato de concessão é formado a partir de uma manifestação de vontade do privado de prestar dado serviço público, vislumbrando determinado lucro. **Exceto se ocorrerem os riscos a ele atribuídos ou se ele não for capaz de cumprir regularmente as obrigações contratualmente fixadas, sua remuneração (entendida como a relação entre direitos e obrigações) não poderá sofrer alterações, sob pena de frustração de uma legítima expectativa de lucro**".<sup>100</sup> (Destacamos)*

172. A legítima expectativa do particular à percepção da remuneração é, portanto, um elemento inafastável das parcerias público-privadas. Esse elemento, por óbvio, deve ser protegido nos casos em que o vínculo contratual é subitamente extinto por razões completamente alheias à conduta da concessionária – notadamente, nos casos em que o término decorre da vontade unilateral do poder concedente.

173. A lição do Prof. Alexandre Santos de Aragão é valiosa nesse aspecto. O professor nos ensina que, a partir da celebração do contrato de concessão, o particular dispõe de um direito incorporado ao seu patrimônio – o direito de explorar o serviço público e perceber a remuneração decorrente. Desse modo, a extinção antecipada da avença por decisão unilateral da Administração Pública deve ser, necessariamente, acompanhada da devida recomposição do patrimônio do particular:

*"Trata-se exatamente do caso em questão, no qual houve a **retirada unilateral pela Administração de um direito que já havia sido incorporado ao***

---

<sup>100</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade? In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 163.

***patrimônio da consulente*** quando da celebração do contrato – qual seja, **o direito de exploração do serviço de concessão** [...]. Essa supressão patrimonial não se deveu a um inadimplemento ou a uma consulta da consulente, mas a pretensão interesse público alegado pela Administração Pública. [...] A decorrência dessa tutela constitucionalmente prevista é quem, **embora possa o contrato de concessão ser extinto a qualquer tempo, motivadamente e por razões comprovadamente de interesse público, deverá sempre haver a contrapartida devida ao particular, como as garantias de justa e prévia indenização, incluindo-se também aí os lucros cessantes**".<sup>101</sup>  
(Destacamos)

174. Nesse sentido, a indenização pelos lucros cessantes busca, justamente, recompor a legítima expectativa criada pelo particular quando da assinatura do contrato de concessão. É dizer: os lucros cessantes constituem aquilo que o particular deixou de auferir em razão da extinção antecipada da avença.

175. E, como nos aponta ainda o Prof. Alexandre Aragão, com respaldo nas lições do Prof. Marçal Justen Filho, nada há de ilegal em indenizar os lucros cessantes:<sup>102</sup>

*"Não há, portanto, nada de escuso em auferir lucros a partir de um contrato administrativo. Esse lucro é, ao revés, assegurado pelo ordenamento jurídico, como decorrência do direito de propriedade.*

---

<sup>101</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Parecer acerca da extinção administrativa de contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública – Requisitos materiais e processuais. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, pp. 151-217, mar./ago.2015.

<sup>102</sup> No mesmo sentido: "Aqui cumpre afastar uma objeção que por vezes se apresenta no que se refere à indenização dos lucros cessantes. Segundo alguns autores, isso implicaria um enriquecimento sem causa do particular. Com o devido respeito, **o acréscimo patrimonial neste caso tem uma causa bastante definida, a excluir qualquer referência ao enriquecimento sem causa. Ele se justifica, precisamente, pela extinção do contrato, cuja execução é direito do particular, dotado de expressão patrimonial. A indenização dos lucros cessantes é, portanto, a mera recomposição integral do patrimônio do particular, que tem o direito de executar o contrato (portanto, obter os benefícios econômicos dele esperados). Ela se justifica, precisamente, pelo elemento "justa" associado à indenização**". (GUIMARÃES, Bernardo Stobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014).

*Marçal Justen Filho observa que **o que é suprimido pela Administração do patrimônio do particular no caso da encampação são os 'resultados derivados da exploração econômica do empreendimento', que, por óbvio, incluem os lucros contratualmente previstos, e é justamente isto que deve ser ressarcido. Essa conclusão decorre diretamente da proteção constitucional à propriedade privada, que prevê que a extirpação de bens e direitos do patrimônio do particular deve necessariamente passar pela recomposição mediante indenização***.<sup>103</sup> **(Destacamos)**

176. O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao lecionar sobre contratos administrativos, ratifica o entendimento acima exposto, no sentido de que a Administração Pública deve indenizar integralmente o contratado por fato que lhe seja atribuível:

*"Diga-se, de passagem, que é, aliás, fora de qualquer dúvida ou entredúvida que **o Poder Público não se pode livrar de ressarcir integralmente o contraente dos agravos econômicos oriundos de fato seu, por ocasião do contrato, mesmo quando exercita seu direito de alterá-lo unilateralmente ou de extingui-lo antes do prazo estipulado***".<sup>104</sup> **(Destacamos)**

177. Vê-se, portanto, que não há em absoluto respaldo jurídico para a tese desenvolvida pelo Requerido, tendo em vista que, desde a assinatura do Contrato de Concessão, havia sido firmada a legítima expectativa desta Requerente aos resultados decorrentes da exploração do Projeto, sendo que tais resultados não foram auferidos apenas porque o próprio Requerido – de forma **ilegal** – extinguiu a avença. A consequência, portanto, não poderá ser outra: a indenização é devida e deverá incluir, também, os lucros cessantes por todo o período que o contrato vigeria.

---

<sup>103</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Parecer acerca da extinção administrativa de contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública – Requisitos materiais e processuais, op. cit.

<sup>104</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 642.

178. Não por outra razão, o Requerido busca equiparar os chamados custos de oportunidade aos lucros cessantes, valendo-se do primeiro para esquivar-se do segundo.

179. A Resposta às Alegações Iniciais sugere a aplicação de metodologia indenizatória com base no custo de oportunidade do concessionário, isto é, aquelas perdas decorrentes da indisponibilidade do numerário dedicado ao projeto e que poderia ter sido investido em outras iniciativas.<sup>105-106</sup> A partir disso, conclui o Poder Concedente que este valor remuneraria adequadamente a Requerente por seus prejuízos.<sup>107</sup> Contudo, a narrativa não convence.

180. Relembre-se que custo de oportunidade *"é o 'preço' que designa o custo econômico de uma alternativa que fora deixada de lado, que fora preterida, ou seja, o custo de alocação alternativa daquele recurso escasso"*.<sup>108</sup>

181. Os lucros cessantes, por sua vez, correspondem àquilo que o credor "razoavelmente deixou de lucrar" ou, nas palavras do Prof. Cristiano Zanetti, àquilo *"que o credor não obterá em razão do inadimplemento"*<sup>109</sup> do devedor o que, no caso concreto, *"corresponde à remuneração que [a Requerente] obteria até o regular término do contrato, subtraída suas despesas"*.<sup>110</sup>

182. E a despeito da clareza de tais definições e muito embora o Requerido admita a aplicação do princípio da reparação integral ao presente caso e o direito da Requerente à

---

<sup>105</sup> SAMUELSON, Paul A. **Economics**. 10. Ed. New York: McGraw-Hill Book Co, 1976. P. 633. *"Opportunity cost in general is the benefit foregone from employing a resource for one use rather than the next best use of the resource"*

<sup>106</sup> O custo de oportunidade é exemplificado em COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 53, como sendo *"quando você decidiu frequentar a universidade, um curso de pós-graduação ou a faculdade de direito, você abriu mão de outras alternativas valiosas, como, por exemplo, obter um emprego ou treinar para os jogos olímpicos"*.

<sup>107</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 339. *"Como aduzido no item 5.2.3 desta Resposta, o método retrospectivo de remuneração do capital, que concretiza esse racional indenizatório, é o mais adequado ao caso concreto, por oferecer compensação integral que, além de colocar a Requerente em posição equivalente à que estaria com o cumprimento do Contrato, assenta-se em base dotada de maior segurança – o custo de oportunidade do capital investido – para aferir os ganhos não materializados em virtude da interrupção prematura da oportunidade de investimento na concessão"*.

<sup>108</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (org.). **20 anos da lei de arbitragem** - homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 83.

<sup>109</sup> **Anexo A-69**, Parecer do Prof. Cristiano Zanetti, ¶ 69.

<sup>110</sup> **Anexo A-69**, Parecer do Prof. Cristiano Zanetti, ¶ 96.

indenização pelos lucros cessantes<sup>111</sup>, o racional econômico que propõe para indenizá-la, em suas próprias palavras, “*busca traduzir o custo de oportunidade do capital invertido à concessão*”<sup>112</sup>. Nada mais incoerente.

183. A aparente (ou talvez proposital) confusão do Estado entre os conceitos de lucros cessantes e custo de oportunidade evidencia sua tentativa de ver aplicada ao presente caso uma metodologia retrospectiva de cálculo para reduzir e limitar temporalmente o valor a ser ressarcido à Requerente, o que, por óbvio, não pode ser admitido.

184. Ademais, não obstante tenha supostamente abandonado sua intenção de aplicar ao caso em tela as disposições indenizatórias constantes em contratos de concessões rodoviárias celebrados pela ARTESP, insiste na aplicação do racional subjacente como parâmetro indenizatório adequado.<sup>113</sup>

185. No entanto, ignora o Poder Concedente que a partir do momento em que foi celebrado o Contrato e posteriormente rescindido por ato atribuível a si, as perdas do Concessionário deixam de corresponder a cenários alternativos de investimentos e traduzem-se na expectativa legítima e razoável dos lucros que poderiam ser auferidos ao longo de toda a duração da Concessão e que restou frustrada em razão de atos do Requerido. **Em suma, os custos de oportunidade compõem a indenização devida à Requerente, mas não a resumem, pois não contemplam a expectativa de rentabilidade futura da Concessão.**

186. Ao apresentar sua proposta durante o processo de licitação, todo e qualquer *player* já terá analisado outros cenários de investimento, que traduzem os custos de oportunidade, e os

---

<sup>111</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 220.

<sup>112</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 192 (Destacamos).

<sup>113</sup> Resposta às Alegações Iniciais, §§ 337 - 338. “A fórmula adaptada das concessões rodoviárias visava restituir os custos de investimento comprovados pela Concessionária com a execução contratual, além de os remunerar, pelo período de iliquidez, segundo uma taxa de rentabilidade que refletisse o custo de oportunidade contemporâneo do projeto da Linha 18. Independente de sua adoção na íntegra, o racional subjacente à proposta de indenização apresentada em sede administrativa deve ser preservado pelo Tribunal Arbitral, definindo-se uma **indenização voltada a restituir e remunerar o capital invertido à concessão por taxa de rentabilidade compatível com a sua exposição ao risco**, representativa do seu custo de oportunidade, conforme a premissa de reequilíbrio exposta no item 4.2 desta Resposta”.

incorporados em sua projeção, para só então participar da concorrência. Isto é, a própria escolha racional de participar da licitação pressupõe a apuração dos custos de oportunidade.

187. É por essa razão que a indenização pelos lucros cessantes nos moldes propostos pela Requerente, considerando o período integral da Concessão e com base no Plano de Negócios, já engloba os custos de oportunidade. A recíproca, porém, não é verdadeira.

188. No ponto, vale refutar o argumento do Estado de que a abordagem retrospectiva seria *mais adequada* pois traria “maior grau de certeza à avaliação do retorno não materializado” porque a “perspectiva de lucratividade pelo período remanescente da concessão está sujeita a uma série de riscos e incertezas”.<sup>114</sup>

189. Ora, o valor constante do Plano de Negócios já contempla os possíveis riscos envolvidos na execução do projeto e materializa cenário de rentabilidade justamente com base nas variáveis mais prováveis de ocorrer durante a execução contratual. Portanto, o Plano de Negócios mostra-se a fonte mais confiável para o cálculo daquilo que a Requerente razoavelmente deixou de lucrar – *i.e.*, seus lucros cessantes – pela rescisão unilateral e ilícita do contrato.

190. Adotar a metodologia de “olhar para trás”, sugerida pelo Requerido, implica privilegiar sua conduta ilícita e arbitrária e, mais, desvirtuar o conceito legal de lucro cessante que visa a ressarcir o credor por tudo aquilo que ele esperava receber ao “olhar para frente”. No presente caso, “olhar para frente” significa necessariamente indenizar a Requerente em valor equivalente ao ganho que obteria se o Contrato tivesse seguido seu curso original, cuja duração seria de 25 anos.

191. E, de fato, não há como se falar em lucros cessantes sem considerar o projeto como um todo. Não outro é o entendimento da Tendências, cujo Parecer Técnico ora juntado esclarece que, sob a perspectiva econômico-financeira, a utilização da metodologia prospectiva é essencial

---

<sup>114</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, Pp 216 - 217.



para viabilizar a indenização por todo o prazo de vigência originalmente estimado para o Contrato, o que configura a premissa utilizada pelas licitantes para preparar seus planos de negócios.<sup>115</sup>

192. Também pela perspectiva jurídica é descabido o entendimento do Requerido. Isto porque o comando legal inserto no art. 402 do CC é expresso ao prever que a indenização englobe também o valor que o credor “razoavelmente deixou de lucrar”. Por sua vez, a metodologia proposta pelo Requerido valora apenas cenários externos ao Contrato, ignorando por completo a rentabilidade esperada – parâmetro que baseou as análises tanto da Concessionária como do Estado na licitação – caso a avença tivesse sido integralmente cumprida.

193. Assim, também pela perspectiva do regime indenizatório do Código Civil é descabida a metodologia proposta pelo Poder Concedente, pois desrespeita comando legal expresso e “confunde” os conceitos de custos de oportunidade e lucros cessantes, no intuito de não indenizar a Requerente pelos valores que razoável e legitimamente esperava auferir até o final da Concessão. Em suma, a metodologia proposta pelo Requerido é incongruente com o conceito de lucros cessantes.

## **VII. A FALACIOSA E INADEQUADA METODOLOGIA PARA O CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO**

194. O Requerido passa a expor as possíveis metodologias para o cálculo de indenizações por extinção antecipada, segundo uma suposta “*literatura especializada em concessões e PPPs*”.<sup>116</sup> O que se vê, contudo, é que a todo tempo o Requerido manipula dados e informações com o único intuito de confundir o leitor e induzi-lo a acreditar que o montante indenizatório decorrente da extinção contratual é, na verdade, muito inferior àquele efetivamente devido.

---

<sup>115</sup> **Anexo A-95**, Laudo Tendências II, item 2.1.1.

<sup>116</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 199.

195. De acordo com o Estado, haveria duas abordagens para promover o cálculo: método contábil e método de remuneração do capital, sendo o último o mais adequado para o caso concreto.<sup>117</sup> De fato, o método de remuneração do capital deve ser utilizado, contudo, como se verá adiante, com contornos e consequência bastante diferentes daquelas mencionadas pelo Estado.

196. O Requerido, então, retoma as premissas de que a indenização **(i)** deveria abarcar exclusivamente os danos emergentes, sob pena de se verificar uma dupla contabilização do montante indenizatório; e **(ii)** deveria ser limitada pelo tempo de duração da concessão, ou seja, até a data em que o Contrato foi formalmente extinto.

197. Quanto ao primeiro ponto, o racional empregado pelo Requerido parte de uma evidente distorção de conceitos, na medida em que presume equivalentes os danos emergentes e os lucros cessantes – conceitos que, no entanto, são absolutamente opostos. Em sua ótica distorcida, o Requerido considera que a indenização por danos emergentes corresponderia a devolver ao privado o valor dispendido em bens reversíveis. Desse valor, ainda, entende que devem ser descontadas todas as receitas financeiras auferidas pela Concessionária durante a concessão. O resultado, obviamente, é um montante indenizatório bastante reduzido.

198. Ocorre que, como já explicitado anteriormente nessa Réplica e reforçado pela Tendências em seu Parecer Técnico, os danos emergentes compreendem, na verdade, os custos incrementais incorridos pelo privado em razão da mora do Requerido e da extinção antecipada do contrato – despesas, portanto, que não teriam sido verificadas no curso normal da execução contratual. Trata-se, inclusive, do mesmo entendimento exposto pela PGE em momento anterior

---

<sup>117</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 204. “[o método de remuneração do capital] Trata-se do método que melhor se aproxima da premissa indenizatória formulada no item 4.2, que é, justamente, a de aferir o volume de capital aportado ao projeto e, a partir disto, calcular a indenização devida aos titulares do capital do projeto com o objetivo de garantia que recuperem o valor investido e sejam remunerados em nível compatível com a sua exposição aos riscos da concessão”.

à extinção contratual.<sup>118</sup> Os lucros cessantes, por sua vez, abarcam os resultados econômicos previstos em decorrência da execução contratual.<sup>119</sup>

199. Essa distinção conceitual evidencia a inconsistência da afirmação do Requerido: considerando que os danos emergentes não compreendem investimentos, mas sim as despesas incorridas pela Concessionária em razão do ato ilegal de extinção contratual, é absolutamente inviável ocorrer uma dupla contabilização dos montantes. Afinal, a base de referência em um e outro caso é completamente diversa.

200. Tampouco há razoabilidade em incluir as receitas financeiras na apuração dos danos emergentes. Como bem esclarece a Tendências, o único propósito desse desconto é reduzir os valores devidos à Requerente, por meio da desconsideração das aplicações financeiras como ativos pertencentes à Concessionária. É dizer:

*"Ao propor tal cálculo, a FIPE desconsidera que as aplicações financeiras são ativos que pertencem à Concessionária, de maneira que os rendimentos gerados por elas seriam obtidos mesmo na ausência da interrupção prematura do Contrato pelo Estado de São Paulo. Em outras palavras, **não são receitas que decorreram do contexto em questão, não havendo sentido econômico-financeiro em considerá-las na apuração dos danos emergentes.**"*<sup>120</sup>  
(Destacamos)

201. De outra ponta, quanto à limitação da indenização ao tempo de duração, já rechaçada no Tópico V acima, o Requerido apresenta as diferenças entre a análise retrospectiva e

---

<sup>118</sup> **Anexo A-45**, Parecer CJ/STM nº 127/2016. "No caso concreto, a superação do prazo de conclusão da Etapa Preliminar, assumindo-se que tenha sido ocasionada por ato imputável ao Poder Concedente, tem como efeito o potencial surgimento de um **direito da Concessionária de ser indenizada em razão de custos que venha a assumir pela postergação do prazo de início da vigência da Concessão, em especial com a manutenção da estrutura administrativa da própria SPE por um prazo superior ao inicialmente previsto**, conforme, aliás, decorre da expressa previsão do artigo 395 do Código Civil" (Destacamos).

<sup>119</sup> **Anexo A-95**, Laudo Tendências II, itens 2.1. e 2.1.3.

<sup>120</sup> **Anexo A-95**, Laudo Tendências II, p. 14.

prospectiva para concluir que ambas teriam o mesmo resultado, ou seja, garantir que o capital investido atinja rentabilidade equivalente à esperada com a execução completa do Contrato.

202. Isso pelo suposto fato de o valor presente dos fluxos futuros descontados por sua TIR resultar exatamente no mesmo valor do fluxo passado. Este argumento, porém, é absolutamente falacioso, como bem explicitado pela Tendências em seu Parecer Técnico, tendo em vista que a aplicação dos dois métodos leva ao mesmo resultado apenas "*quando consideradas condições de contorno específicas nas quais a própria TIR de um fluxo de caixa é utilizada em ambos os métodos*". Em outras palavras, a igualdade tão veementemente alegada pelo Requerido só ocorre quando se considera que o lucro econômico do projeto é igual a zero.<sup>121</sup>

203. Aqui vale, portanto, destacarmos os equívocos do racional adotado pelo Estado, consubstanciado no parecer econômico da FIPE. A TIR é, por definição, a taxa de desconto que torna o valor presente líquido do projeto equivalente a zero. É a taxa que torna equivalente, em valor presente, as entradas e saídas de caixa do fluxo de caixa sob análise.

204. Nenhum investidor em projetos de infraestrutura participa de licitações visando o valor presente líquido equivalente a zero. A lógica da participação dos particulares em licitação envolve justamente a apresentação de propostas com valor presente líquido positivo (fluxos descontados ao custo de oportunidade, inferior à TIR). Ademais, a incerteza derivada do resultado incerto do processo licitatório é resolvida com a definição do licitante vencedor, não se confundindo com as incertezas relacionadas à execução do contrato capturadas no valor presente líquido obtido a partir da metodologia de fluxo de caixa descontado. Trata-se, portanto, de um valor esperado que pode ou não se materializar ao longo do período de execução contratual.

205. Além de sequer tratar sobre esses elementos essenciais da teoria econômico-financeira, o Requerido apresenta uma visão enviesada sobre as três metodologias para o cálculo de indenização: **(i)** o *Original Case Base Approach*, **(ii)** o *Market Value Approach* e **(iii)** o *Adjusted*

---

<sup>121</sup> **Anexo A-95**, Laudo Tendências II, item 2.1.2.

*Base Case Approach*.<sup>122</sup> Para afastar as metodologias que não convêm aos interesses do Requerido, a FIPE alega uma suposta complexidade na sua efetiva implementação.<sup>123</sup> Na visão do Estado, portanto, é preferível adotar uma metodologia de avaliação simples vis-à-vis uma tecnicamente defensável ou economicamente mais adequada.

206. Com efeito, a FIPE aproxima o *Original Case Base Approach* do modelo retrospectivo – por ter como foco os fluxos líquidos de caixa efetivamente realizados e auferíveis até o momento da indenização – e o *Adjusted Case Base Approach* do modelo prospectivo – por calcular a indenização como função dos fluxos líquidos de caixa futuros previstos. Sem maiores explicações, o Estado determina que “*a grande vantagem do enfoque retrospectivo é a de trazer maior grau de certeza à avaliação do retorno não materializado em virtude do término antecipado, que será objeto de indenização*”.<sup>124</sup>

207. Ocorre que a justificativa do Estado vai de encontro justamente com os conceitos jurídicos aplicáveis ao caso concreto. É dizer: o Tribunal deve indicar o melhor método para o cálculo de indenização a partir dos conceitos jurídicos que permeiam a presente arbitragem, refutando todo e qualquer sofisma econômico. E isso fica claro com a afirmação do Estado de que o método retrospectivo (*Original Case Base Approach*) seria o mais adequado para calcular a indenização da Requerente pelo fato de “*a perspectiva de lucratividade pelo período remanescente da concessão está sujeita a uma série de riscos e incertezas específicos do contrato encerrado, o custo de oportunidade incorrido pelo investidor durante o tempo de renúncia à liquidez, por ser parâmetro de rentabilidade de diversos investimentos semelhantes nos quais poderia o parceiro privado ter alocado seus recursos, forma uma base mais segura para medir os*

---

<sup>122</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, Pp 211 – 212.

<sup>123</sup> **Anexo B-51**, p. 21. “*No presente caso, o método Adjusted Base Case Approach é inadequado, uma vez que, para sua utilização seria necessário valorar não apenas os ganhos futuros censurados, mas também os desembolsos passados previstos e, a partir deles estimar qual a parcela que está preservada e qual está comprometida em razão das obrigações não cumpridas. Isso seria uma tarefa extremamente complexa.*” Este posicionamento foi repetido em diversas outras oportunidades, por exemplo na p. 43 em que se lê: “*Em relação da complexidade e imprevisibilidade do resultado (que é função especialmente das hipóteses adotadas), o método Adjusted Case Base Approach não é adequado ao presente caso;*”. (**Destacamos**)

<sup>124</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, P 216.

*ganhos econômicos que razoavelmente deixaram de ser auferidos em razão da frustração da oportunidade de investimento da concessão*".<sup>125</sup>

208. Em resumo, o Estado pretende limitar a indenização da Requerente somente até o momento em que o Contrato foi extinto. Como já explorado em outras passagens desta Réplica, o Estado e seu assistente técnico defendem a equiparação dos lucros cessantes à uma rentabilidade adequada sobre o valor do investimento efetivamente incorrido (custo de oportunidade).<sup>126</sup> Ocorre que os conceitos de custo de oportunidade e de lucros cessantes não se confundem, tanto pela ótica econômica quanto pela ótica jurídica.

209. Sendo os lucros cessantes definidos pela doutrina e jurisprudência nacional como aquilo que o lesado deixou razoavelmente de lucrar, a tentativa do Requerido de limitar a indenização até a data da extinção contratual (fatiando o Contrato) e, ainda, de equipará-la a custos de oportunidades não merece prosperar.

210. Tampouco é aceitável a utilização de dados econômico-financeiros do Estudo de Viabilidade e Econômica ("EVTE"), em detrimento das métricas do plano de negócios da Concessionária, para apurar o montante indenizatório devido à Requerente. Isto porque, como esclarecido pela Tendências em seu Parecer Técnico<sup>127</sup>, são os elementos do plano de negócios, e não do EVTE, que efetivamente pautam as premissas econômicas do Contrato, refletindo a rentabilidade pactuada entre as partes. Nesse sentido, o plano de negócios efetivamente compõe o Contrato, de modo que a adoção de qualquer outro parâmetro de remuneração não se justifica

---

<sup>125</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 217.

<sup>126</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 226: "Isso fica claro em qualquer das aplicações da metodologia de remuneração do capital, em que, aliado à quitação da dívida com terceiros, determina-se um único valor de indenização aos patrocinadores do projeto que, apesar de poder ser aferido via diferentes abordagens, tem por escopo garantir a restituição e remuneração de seu capital em nível compatível com os riscos assumidos na concessão. Isto é, independentemente da ótica adotada, retrospectiva ou prospectiva, o cálculo se destina tanto à reparação dos danos emergentes, via recuperação do montante investido, **como dos lucros cessantes, medidos segundo a rentabilidade que razoavelmente se esperava ser obtida com o investimento realizado na concessão, ou com investimento alternativo com o mesmo perfil de risco-retorno, traduzindo o custo de oportunidade do capital investido**".

<sup>127</sup> **Anexo A-95**, Laudo Tendências II, item 2.3.1.

tecnicamente, servindo apenas ao evidente propósito de reduzir o montante indenizatório a ser pago à Requerente.

211. Desta forma, a única metodologia juridicamente aceitável para calcular a indenização devida à Requerente é a *ex post* (prospectiva), que considera os fluxos de caixa futuro previstos no plano de negócios da Concessionária. Somente essa metodologia coaduna com o conceito jurídico de lucros cessantes no direito brasileiro.

212. Não bastasse a tentativa de reduzir ao mínimo possível o montante devido à Requerente por meio de absurda metodologia retrospectiva e pela limitação do valor ao período em que o Contrato vigeu, o Requerido ainda propõe a correção monetária de ambas as rubricas da indenização pelo índice IPCA-E e incidência de “juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança”.<sup>128</sup> Mais uma vez, o racional não merece prevalecer.

213. Como já devidamente pontuado em Alegações Iniciais, a indenização devida pelo Requerido só reparará de forma justa e efetiva a Requerente se: **(i)** os danos emergentes forem corrigidos pela taxa SELIC e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a data da extinção do Contrato, e **(ii)** os lucros cessantes, atualizados pelo índice IPCA-E e acrescidos de juros compensatórios com base na TIR do Contrato mais juros remuneratórios nos termos legais.

214. No mais, tampouco é possível adotar a fórmula paramétrica sugerida pela FIPE no parecer econômico apresentado pelo Requerido<sup>129</sup> notadamente porque se baseia em receitas previstas no EVTE que, como já mencionado nessa peça e reforçado no Parecer Técnico da Tendências, não é aplicável ao caso por não refletir as premissas econômicas que pautaram o Contrato.

215. Por fim, importante rechaçar a tentativa do Requerido de, indevidamente, recorrer à experiência internacional para confundir o Tribunal com conceitos econômico-financeiros, cujas

---

<sup>128</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 332.

<sup>129</sup> Anexo B-51 – Parecer Econômico FIPE, fls. 48-49.

premissas jurídicas não encontram amparo na legislação brasileira.<sup>130</sup> Trata-se de uma tentativa infundada de citar exemplos de diversos países onde supostamente seriam utilizados o método de indenização pela FIPE com o claro propósito de valorizar a metodologia convenientemente adotada pelo Requerido.

216. Ocorre que muitos dos contratos celebrados nesses países não refletem o tipo de contratação adotado no Brasil e sequer guardam relação com o caso em tela, como bem detalhado pela Tendências em seu Parecer Técnico.<sup>131</sup> Como exemplo, a FIPE aborda a experiência do Reino Unido, Austrália, Irlanda, Espanha, Holanda e Coreia do Sul, para demonstrar o modelo de cálculo da indenização ao parceiro privado em razão do encerramento antecipado de contratos de PPP por motivos não atribuíveis à concessionária. Em primeiro lugar, há uma grande diferença entre a presente arbitragem e as experiências citadas pela FIPE: nestes países, os compromissos assumidos pelo Estado são honrados pelo parceiro público; já no caso em tela, estamos diante de um inadimplemento total do Contrato por motivação política (desvio de finalidade).

217. Além disso, desconsidera-se por completo o regime jurídico de contratações públicas de cada um desses países. É natural que a FIPE, enquanto assistente técnica do Requerido, não tenha conhecimento sobre as particularidades jurídicas que permeiam as contratações em parcerias público-privadas. O Requerente, por outro lado, assistido pela PGE, deveria reconhecer a incompatibilidade da experiência internacional no caso concreto. Afinal, exemplificadamente, o citado caso do Reino Unido (cuja Constituição não é codificada como a nossa e que sequer usa a categoria “serviço público”) autorizava a extinção antecipada de acordo com situações específicas e contratualmente previstas – o que não se assemelha com o caso concreto em que a lei prevê tais hipóteses.

218. A verdade é que o Estado novamente não reconhece o seu inadimplemento contratual, tampouco reconhece a inovação jurídica da modalidade de extinção (resilição

---

<sup>130</sup> **Anexo B-51**, Item 3.3.1.

<sup>131</sup> **Anexo A-95**, Laudo Tendências II, item 2.3.2.



unilateral). Como mencionado na Parte 1 desta Réplica e ao longo das Alegações Iniciais, o Direito Administrativo Brasileiro autoriza a extinção antecipada de contratos de concessão e PPP, por iniciativa do poder concedente e consubstanciada em interesse público. Trata-se da encampação, que requer a indenização prévia (por danos emergentes e lucros cessantes) e autorização legislativa.

219. Não obstante, os exemplos internacionais e nacional demonstram que as regras de indenização foram definidas previamente à celebração do contrato. Com isso, os licitantes conseguem precificar os riscos existentes (inclusive em relação à indenização por extinção antecipada) em suas propostas. Na presente arbitragem, contudo, o Contrato sempre foi silente quanto ao tema, sendo inaceitável adotar modelagens distintas e sem respaldo na legislação brasileira.

### **VII.1. Subsidiariamente, a perda de uma chance: a distinção em relação ao pedido principal**

220. Concluindo a análise a respeito da indenização que, a seu ver, seria devida à Requerente, o Requerido também ataca o pleito subsidiário de indenização pela perda da chance de executar o Contrato.

221. De um lado, afirma o Requerido que o pleito de indenização por perda de uma chance configura apenas tentativa de *"dar nova roupagem jurídica aos mesmos argumentos utilizados para fundamentar o direito a lucros cessantes"*,<sup>132</sup> sugerindo, portanto, inexistir distinção concreta entre os conceitos que fundamentam o pedido principal e o pedido subsidiário.

222. De outro, aponta que o pedido subsidiário da Requerente seria inadmissível por partir do pressuposto de certeza quanto aos ganhos projetados pela Concessionária em seu plano de negócios,<sup>133</sup> ganhos esses que, segundo o Requerido, seriam meramente hipotéticos, tendo em

---

<sup>132</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 349.

<sup>133</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 351.

vista que a dinâmica contratual existente não asseguraria à Concessionária o recebimento de nenhuma parcela de receita do Projeto.<sup>134</sup>

223. Quanto ao primeiro argumento, o equívoco do Requerido é cristalino, tendo em vista que tanto a doutrina quanto a jurisprudência distinguem os lucros cessantes, alvo do pedido principal da Requerente, da perda de uma chance.

224. Conforme já exposto exhaustivamente nas Alegações Iniciais e também na presente Réplica, os lucros cessantes representam tudo aquilo que a Concessionária deixou de auferir em razão da extinção antecipada do Contrato. Trata-se de aplicação de reparação integral dos prejuízos causados pelo ato ilícito. A perda de uma chance, por outro lado, diz respeito àquele benefício provável que foi tolhido da Concessionária em razão da perda da oportunidade de explorar o Projeto. Trata-se, conforme já exposto nas Alegações Iniciais, da indenização pela "perda da oportunidade de explorar a concessão nos termos contratados e retirar dali os frutos a que faria jus".<sup>135</sup>

225. Essa distinção já foi firmada de forma clara pelo E. STJ:

*"De acordo com o CC/02, os lucros cessantes representam aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, por efeito direto e imediato da inexecução da obrigação pelo devedor. 5. A perda de uma chance não tem previsão expressa no nosso ordenamento jurídico, tratando-se de instituto originário do direito francês, recepcionado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, e que traz em si a ideia de que o ato ilícito que tolhe de alguém a oportunidade de obter uma situação futura melhor gera o dever de indenizar. 6. Nos lucros cessantes há certeza da vantagem perdida, enquanto na perda de uma chance há certeza da probabilidade perdida*

---

<sup>134</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 354.

<sup>135</sup> Resposta às Alegações Iniciais, ¶ 277.

***de se auferir uma vantagem. Trata-se, portanto, de dois institutos jurídicos distintos.*** <sup>136</sup>(Destacamos)

226. Logo, não há dúvidas de que o cerne dos pedidos formulados pela Requerente é, em um e outro caso, distinto: o pleito principal funda-se na convicção de seu direito a receber tudo aquilo que deixou de auferir em razão da extinção antecipada do Contrato – os lucros cessantes; já o pleito subsidiário é apresentado para que, na remota hipótese de entender-se pela inaplicabilidade dos lucros cessantes, seja assegurada à Concessionária a indenização ao menos em relação àquela parcela cujo recebimento era altamente provável caso a relação contratual tivesse sido mantida até seu termo final.

227. O elemento essencial para caracterização da perda de uma chance é a certeza da probabilidade:<sup>137</sup> não tivesse ocorrido determinado fato antijurídico, haveria elevado grau de probabilidade de obtenção, pela vítima, de determinada vantagem econômica.

228. O pleito subsidiário formulado pela Requerente, portanto, não se funda em uma “certeza” sobre os ganhos projetados, como afirmado, mas sim na elevada probabilidade de obtenção da vantagem econômica decorrente da exploração do Contrato – o que traduz, justamente, o conceito da perda de uma chance.

229. E é inequívoco que a própria estrutura do Contrato conferia à Concessionária essa probabilidade de retorno. Conforme já expusemos em detalhes no Tópico VI acima, os contratos de parceria público-privada são construídos sob o racional de alocação de riscos entre as partes, o que permite ao particular avaliar de forma objetiva a remuneração esperada durante a execução contratual.

---

<sup>136</sup> STJ, Recurso Especial nº 1.750.233-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 05.02.2019.

<sup>137</sup> “Deve-se olhar a **chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado** ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. **Não se exige a certeza do dano, basta a certeza da probabilidade.**” (Destacamos) (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, pp. 92-96).

230. Ao elaborar seu plano de negócios, portanto, o particular não “inventa” um lucro meramente hipotético, sem qualquer embasamento objetivo ou racional: ao contrário, ele parte da estrutura de distribuição de riscos posta pelo Poder Concedente para, em cotejo com outras variáveis, apurar o valor esperado de retorno.

231. Sendo as projeções de retorno baseadas na própria estrutura contratual de riscos, é evidente que há, sim, probabilidade de atingi-las. Afinal, fosse esse retorno absolutamente improvável, qual seria o interesse do particular em ingressar em uma relação público-privada para realizar investimentos vultosos, sem qualquer perspectiva de retorno?

232. No presente caso, a probabilidade do retorno estimado não só era resguardada pela mecânica de alocação de riscos que é comum a todas as parcerias público-privadas como, também, por mecanismos ainda mais robustos, como o de compartilhamento do risco de demanda, sobre o qual já nos debruçamos em detalhes nas Alegações Iniciais.

233. Sobre o tema, Fernando Vernalha Guimarães nos ensina que o compartilhamento de riscos de demanda, cujo uso já é recorrente em concessões federais e estaduais, beneficia o projeto sob diversas perspectivas, inclusive por *“impedir variações desproporcionais nos resultados financeiros da concessão, minimizando também problemas de instabilidade da taxa de retorno do projeto”*<sup>138</sup>.

234. Na prática, o compartilhamento desse risco amplia a probabilidade dos retornos econômicos esperados pela Concessionária com o desenvolvimento do Projeto, justamente por impedir que ela amargue por conta própria eventuais reduções expressivas na demanda dos serviços. Da mesma forma, o mecanismo protege o interesse público ao viabilizar o compartilhamento com o Poder Público de eventuais excedentes decorrentes do acréscimo expressivo e inesperado da demanda.

---

<sup>138</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas (livro eletrônico): reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

235. A estrutura de compartilhamento do risco de demanda, portanto, é elemento central da estrutura de alocação de riscos do Contrato, robustecendo a certeza quanto à probabilidade do retorno econômico vislumbrado pela Concessionária.

236. É assim que, sob o conceito da perda de uma chance, a Requerente não propugna a absoluta certeza quanto ao retorno previsto – como distorce o Requerido em sua Resposta às Alegações Iniciais -, mas sim a sua elevada probabilidade de verificação.

237. Nesses termos, reforça a Requerente que, na remota hipótese de se decidir pelo descabimento dos lucros cessantes, deve-se assegurá-la, ao menos, a indenização pela chance perdida de desenvolver o Projeto e auferir os retornos econômicos que provavelmente obteria se a relação contratual não tivesse sido extinta de forma prematura pelo Poder Concedente.

### **PARTE 3: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS**

#### **VIII. O DESCABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS**

238. Ao final de sua Resposta às Alegações Iniciais, o Requerido insiste na possibilidade da fixação de honorários sucumbenciais a serem pagos à parte vencedora deste procedimento.

239. Aduz o Requerido **(i)** que a cláusula 54.9.3 do Contrato apenas afastou do escopo da arbitragem os honorários advocatícios contratuais, permitindo a fixação de honorários sucumbenciais; e **(ii)** que seriam aplicáveis, por se tratar de arbitragem de direito, os diplomas do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906/94 – “Estatuto da Advocacia”), Código de Processo Civil e da Lei Complementar Estadual nº 724/93. Porém, conforme será demonstrado a seguir, razão não assiste ao Requerido.

240. Quanto ao primeiro ponto, o Requerido alega que a redação da cláusula 54.9.3. faz menção unicamente a honorários advocatícios de natureza contratual, o que permitiria a condenação em honorários sucumbenciais.

241. Entretanto, conforme já demonstrado pela Requerente em suas Alegações Iniciais, a ausência de pactuação expressa no Contrato quanto a esse tema não deve ser vista como uma abertura à possibilidade de condenação em honorários de sucumbência. Pelo contrário, ao não pactuar sobre a sucumbência, o acordo de vontade entre as partes foi no sentido de manter inalterada a relação entre esse instituto e o procedimento arbitral: a saber, sua não incidência.<sup>139</sup>

242. Relembremos, nesse sentido, que o regime sucumbencial é incompatível com o sistema normativo estabelecido pela Lei de Arbitragem, que não comporta a condenação em honorários sucumbenciais,<sup>140</sup> impedindo sua aplicação subsidiária de forma automática.

243. Com efeito, o regime de fixação de honorários de sucumbência apenas é cabível nas arbitragens se houver expressa concordância entre partes. É somente através do acordo de vontades que esse instituto estranho à arbitragem pode ser nela inserido.<sup>141</sup>

244. Quisesse o Poder Concedente ter previsto a incidência de honorários sucumbenciais, deveria tê-lo explicitado e não optado por excluir de forma geral o ressarcimento de custas advocatícias, como o fez. Destaca-se também que, sendo o Requerido o autor das cláusulas contratuais, pende contra ele a interpretação, devendo-se – em caso de dúvida – adotar

---

<sup>139</sup> **Alegações Iniciais**, p. 303. “Com isso, a ausência de pactuação expressa no Contrato quanto a esse tema não deve ser vista como uma abertura à possibilidade de condenação em honorários de sucumbência. Pelo contrário, ao não pactuar sobre a sucumbência o acordo de vontade entre as partes foi no sentido de manter inalterada a relação entre esse instituto e o procedimento arbitral: a saber, sua não incidência”.

<sup>140</sup> ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. Honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem regida pela lei brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 68/2021. p. 81-114. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2021. “Sob o aspecto teórico, soa contrário ao sistema da arbitragem que um método de solução de controvérsias fundado na autonomia privada seja regido no tema dos honorários sucumbenciais por uma regra geral típica do processo estatal, que somente deixaria de incidir caso houvesse expresse afastamento das partes. A ausência de disciplina na Lei 9.307/1996 (LGL\1996\72) não dá vez a um vazio normativo, pois os honorários advocatícios sucumbenciais não obstam à operação do sistema arbitral, mas, sim, à consideração de que não há dever legal de pagamento da verba.”

<sup>141</sup> “Os honorários advocatícios de sucumbência não são inerentes à arbitragem. Ao contrário, eles somente podem ser introduzidos no método mediante negócio jurídico (em geral, “espelhado”), celebrado entre as partes em qualquer momento antes da prolação da sentença (observando-se, porém, a estabilização dos pedidos) e que não depende, para a sua perfeição, da participação do advogado”. (ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. Honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem regida pela lei brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 68/2021. pp. 81-114. São Paulo: RT, jan/mar 2021).

interpretação mais benéfica à Parte que não redigiu o contrato, nos termos do art. 113, §1º, IV do CC.

245. Para além disso, a despeito da literalidade da cláusula 54.9.3, o Poder Concedente inova ao sustentar que a "*análise do dispositivo em questão revela que ele se refere às despesas que as partes tiveram com a **contratação** de profissionais para o bom acompanhamento do processo arbitral*".<sup>142</sup> (**Destacamos**)

246. No entender do Requerido, referido dispositivo excluiria da qualificação como "custos e despesas da arbitragem" apenas os valores dispendidos com a contratação tanto de advogados (honorários contratuais) como de assistentes técnicos, o que seria evidenciado pela suposta equiparação de ambas as funções pela redação do Contrato (*quod non*).

247. Não obstante o esforço interpretativo do Requerido, a interpretação restritiva proposta não encontra amparo no Contrato. Isto pois, as Partes intencionalmente adotaram uma redação genérica ao tratar tanto dos honorários advocatícios (não os classificando em sucumbenciais ou contratuais) como dos custos com assistentes técnicos.

248. Se adotado entendimento do Requerido de que a cláusula se limitaria às "despesas com a contratação", chegar-se-ia à absurda situação em que os honorários contratuais dos assistentes técnicos estariam excluídos da arbitragem, mas os custos com suas viagens, hospedagens, etc. seriam ressarcíveis, pois não se enquadrariam como "*despesas com a contratação de assistentes técnicos*".<sup>143</sup>

249. Em seguida, o Requerido argumenta ser necessária a aplicação do CPC conjuntamente com o Estatuto da Advocacia e a Lei Complementar Estadual nº 724/93, tendo em vista **(i)** a qualificação da presente Arbitragem como de direito; e **(ii)** a suposta omissão do Contrato quanto o cabimento dos honorários sucumbenciais.

---

<sup>142</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 368.

<sup>143</sup> **Resposta às Alegações Iniciais**, ¶ 368.

250. Tais argumentos também não merecem prosperar. Quanto ao silêncio do Contrato em relação aos honorários sucumbenciais, já firmamos o seu descabimento, ante a incompatibilidade do instituto com o sistema da arbitragem e ausência de pactuação prévia entre as partes.

251. Já a aplicação do CPC às arbitragens, como nos ensina Carlos Alberto Carmona, não decorre automaticamente de lacunas, eis que a *"Lei de Arbitragem não contém norma que determine o emprego subsidiário da lei processual para suprir omissões no procedimento utilizado pelas partes"*. Incabível, portanto, qualquer remissão aos parâmetros de fixação de honorários sucumbenciais dispostos no CPC.

252. Por fim, inaplicável também o entendimento do Requerido no sentido de ser aplicável ao caso o Decreto Estadual nº 64.356/2019 (*"Decreto de Arbitragem do Estado de São Paulo"*), cujo artigo 4º, §1º, 7, e artigo 16, impõem que o regime de sucumbência seja aplicado aos procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública.

253. Isto porque o comando legal em questão é direcionado ao ente público para que este inclua *"nas convenções de arbitragem"*<sup>144</sup> previsão acerca da aplicação do regime sucumbencial. Isto é, o comando teria aplicação apenas no momento de negociação de cláusulas compromissórias ou, eventualmente, de compromissos arbitrais, não retroagindo para afetar negócios jurídicos já celebrados. Assim, de pronto é afastada a incidência do Decreto no caso em tela.

254. Tampouco se alegue a possibilidade de retrospectividade da norma, como sustenta o Requerido. Com efeito, como nos ensina Fernando Noronha,<sup>145</sup> esse fenômeno é admissível

---

<sup>144</sup> **Decreto Estadual nº 64.356/2019**. Art. 4º, § 1º, 7. *"A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública direta e suas autarquias. § 1º - **As convenções de arbitragem** deverão conter os seguintes elementos: [...] 7. a vedação de condenação da parte vencida ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais da parte vencedora, aplicando-se por analogia o regime de sucumbência do Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015)."* (**Destacamos**)

<sup>145</sup> "A finalizar a distinção dos quatro modos de eficácia da lei no tempo, tentemos sintetizar as características fundamentais de cada um. Temos prospectividade, ou eficácia prospectiva da lei, quando esta incide sobre fatos e espécies sem ligações com o passado, que ocorrerem durante o tempo em que ela for vigente, para determinar as conseqüências



apenas nos casos em que uma situação que teve início no passado se consuma na vigência de lei posterior, ou quando uma situação consumada no passado possui efeitos que se perduram no tempo. Apenas nesses casos a lei agirá de forma retrospectiva sobre os efeitos futuros de situações passadas, ressalvada a proteção sobre o ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido.<sup>146</sup>

255. Nenhuma dessas hipóteses é verificada no presente caso: a convenção de arbitragem do Contrato não é uma situação consumada que produz efeitos futuros ou de direito adquirido. Na verdade, se trata de ato jurídico perfeito que produziu efeito imediato à sua contratação: o compromisso assumido pelas partes de submeter a arbitragem eventuais disputas contidas no escopo da convenção.

256. Nesse sentido, diferente do que faz crer o Requerido, a situação que sofreria os efeitos da norma nova (o Decreto de Arbitragem do Estado de São Paulo) não seria o Requerimento de Arbitragem, mas o Contrato em si, haja vista que a norma estaria alterando disposição pactuada previamente à sua vigência, inserindo em cláusula compromissória instituto alheio à vontade das partes.

257. Portanto, tendo em vista que o Contrato se trata de “*manifestação de vontade lícita, já emanada por quem esteja em livre disposição e aperfeiçoada*”,<sup>147</sup> assim como consumado em consonância com a lei vigente ao tempo em que foi pactuado, caracterizando ato jurídico

---

jurídicas a serem produzidas. Uma lei é retroativa quando vai alterar as conseqüências jurídicas que uma lei anterior já havia atribuído a uma determinada fatispécie, também passada. **Existe retrospectividade (retroprospectividade, ou eficácia imediata) quando é a lei nova que vai determinar os efeitos a serem produzidos por situações jurídicas que já vêm do tempo da lei anterior, ou quando for ela a reger, a partir da data de sua entrada em vigor, o processo relativo à constituição ou à extinção de uma situação jurídica; tanto num caso como no outro a estatuição da lei nova vai incidir sobre uma fatispécie final composta em parte por elementos passados e em parte por elementos novos**” (NORONHA, Fernando. Indispensável Reequacionamento das questões fundamentais de Direito Intertemporal. **Revista dos Tribunais**. vol. 837/2005. p. 55 – 78. Jul/2005). **(Destacamos)**

<sup>146</sup> **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Art. 5º, XXXVI – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>147</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** - Lei de Introdução e Parte Geral - Vol. 1. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 57.

perfeito,<sup>148</sup> a sua alteração em razão de decreto estadual promulgado 5 anos após sua consumação constitui inegavelmente hipótese de retroatividade dos efeitos legais.

258. Assim, a aplicação do regime sucumbencial do CPC em obediência ao Decreto de Arbitragem do Estado de São Paulo é impossível à luz do ordenamento constitucional brasileiro.

259. Desse modo, ante todo o exposto, requer seja reconhecida a impossibilidade de condenação da parte vencida ao pagamento de honorários sucumbenciais na seara arbitral, diante **(i)** da ausência de concordância entre as Partes; **(ii)** da incompatibilidade do instituto da sucumbência com o procedimento da arbitral; **(iii)** da inaplicabilidade do CPC à arbitragem e da correta interpretação do Estatuto da Advocacia e da Lei Complementar Estadual n. 724/93; e **(iv)** da vedação constitucional à retroatividade dos efeitos do Decreto de Arbitragem do Estado de São Paulo.

260. Entretanto, caso esse Tribunal entenda cabível a condenação em honorários de sucumbência, requer a Concessionária seja o Requerido condenado a arcar com tais valores em favor dos patronos da Requerente.

## **IX. CONCLUSÃO E PEDIDOS**

261. Ao que nos parece, ficou claro o que afirmamos logo na Introdução desta Réplica: estamos diante de um caso clássico e infelizmente comum de inadimplemento do Estado em que, para realizar um objetivo político, o Estado encerra um ajuste e deixa que o particular busque a via arbitral para ver seus direitos serem satisfeitos. Este tipo de comportamento oportunista é o que tem levado aos agentes econômicos a precificarem cada vez mais o “risco do Estado brasileiro”, em prejuízo ao sistema como um todo. E isso não pode ser tolerado.

---

<sup>148</sup> EQUIPE FORENSE. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2018. “*Por sua vez, o ato jurídico perfeito é aquele que se aperfeiçoou, ou seja, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, considerando a lei anterior*” (BASTOS, Celso. Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 377).

262. Diante de todo o exposto, as teses de defesa apresentadas pelo Poder Concedente não se sustentam, cabendo ao Tribunal Arbitral reconhecer o inadimplemento contratual de obrigação fundamental pelo Requerido, não subsistindo a alegação de que a Etapa Preliminar consistiria em condição suspensiva à vigência da Concessão.

263. Como consequência do inadimplemento contratual, o Requerido deve ser condenado ao ressarcimento dos danos emergentes incorridos pela Requerente em razão da extinção prematura do Contrato.

264. Em paralelo, também é devido o pagamento de indenização pelos lucros cessantes da Requerente – os quais não se confundem com os custos de oportunidade – que devem abarcar todos os valores futuros que deixaram de ser auferidos durante o período integral de vigência do Contrato em razão do inadimplemento do Requerido. Requer-se, ainda, que este Tribunal Arbitral determine a adoção de metodologia prospectiva para fins de apuração do valor devido.

265. À luz desses fatos e argumentos, a requerente ratifica integralmente os pedidos formulados nas Alegações Iniciais.<sup>149</sup>

São Paulo, 19 de novembro de 2021

**Eduardo Damião Gonçalves**  
**OAB/SP 132.234**

**André Luiz Freire**  
**OAB/SP 295.142**

**Flávio Spaccaquerche Barbosa**  
**OAB/RJ 175.512**

**Nicole de Barros Moreira Reis**  
**OAB/SP 274.458**

**Laura Ghitti**

**Roberta Novaes Marcondes**

---

<sup>149</sup> **Alegações Iniciais**, ¶ 325.

**OAB/SP 371.285**

**Felipe Miranda Ferrari Picolo**

**OAB/SP 391.037**

**Maria Olivia de Freitas Zani**

**OAB/SP 377.560**

**OAB/SP 314.887**

**Patrícia Mutti e Mattos**

**OAB/SP 422.617**

**Gabriel Caetano Visconti**

**OAB/SP 441.911**

**LISTA CONSOLIDADA DE DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA REQUERENTE**

REF.	DESCRIÇÃO
<b>REQUERIMENTO DE ARBITRAGEM</b>	
<b>A-01</b>	Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014
<b>A-02</b>	Procuração
<b>A-03</b>	Edital de Concorrência Internacional nº 003/2013
<b>A-04</b>	Aditivos nº 01 a 05
<b>A-05</b>	Relatório FIPE
<b>A-06</b>	Notícias sobre o projeto veiculadas em 2019
<b>A-07</b>	Comunicado CMCP nº 1164/19
<b>A-08</b>	Comunicado CMB nº 55/19
<b>A-09</b>	Comunicado CMCP nº1520/19
<b>A-10</b>	Comunicado CMB nº 62/19
<b>A-11</b>	Comunicado CMCP nº 109/2020
<b>A-12</b>	Comunicado CMB nº 002/2020
<b>A-13</b>	Comunicado CMCP nº 683/20
<b>A-14</b>	Despacho GS nº 68/2020
<b>A-15</b>	Comprovante de pagamento da Taxa de Registro
<b>ALEGAÇÕES INICIAIS</b>	
<b>A-16</b>	Publicação da Ata da 43ª Reunião Ordinária do CGPPP, realizada em 09.12.2011.
<b>A-17</b>	Relatório final do Grupo de Trabalho da PPP da Linha 18 do Metrô.
<b>A-18</b>	Publicação do Edital de Chamamento Público nº 001/2012 na edição do Diário Oficial do Estado de São Paulo de 02.02.2012.
<b>A-19</b>	Publicação da Ata da 52ª Reunião Ordinária do CGPPP, realizada em 18.12.2012.
<b>A-20</b>	Apresentação STM para CGPPP, de 05.06.2013.
<b>A-21</b>	Aviso de Consulta Pública disponibilizado na edição de 05.07.2013 do Diário Oficial do Estado de São Paulo.
<b>A-22</b>	Esclarecimentos, perguntas e respostas sobre a Concorrência Internacional nº 003/2013 da STM.

<b>A-23</b>	Decreto Estadual 59.762/2013.
<b>A-24</b>	Minutas de Edital de Concorrência e de Contrato de Concessão submetidas ao procedimento de consulta pública.
<b>A-25</b>	Ata de Reunião de 22.10.2014.
<b>A-26</b>	Ata de Reunião de 26.11.2014.
<b>A-27</b>	Ata de Reunião de 17.12.2014.
<b>A-28</b>	Ata de Reunião de 14.01.2015.
<b>A-29</b>	Ata de Reunião de 01.04.2015.
<b>A-30</b>	Ata de Reunião de 13.08.2015.
<b>A-31</b>	Ofício nº 010/2015-SMT.GGM.
<b>A-32</b>	Ofício SMUOSP 43.01.2016.
<b>A-33</b>	Ofício GST-15/2016.
<b>A-34</b>	Ofício 344/2015 – SEOHAB - Declaração de não oposição ao traçado do Projeto.
<b>A-35</b>	Declarações de adimplência emitidas em 21.08.2017 e 24.09.2018.
<b>A-36</b>	Anexo V.II do Edital de Concessão.
<b>A-37</b>	Anexo XIII ao Contrato – Termo de Compromisso nº 0428.294-01/2014.
<b>A-38</b>	Ofício 706/2014-GS-GCR.
<b>A-39</b>	Ata de Reunião de 19.02.2015.
<b>A-40</b>	Ata de Reunião de 15.04.2015.
<b>A-41</b>	Ata de Reunião de 17.06.2015.
<b>A-42</b>	Despacho CMCP 166/2015.
<b>A-43</b>	Parecer CJ/STM nº 112/2015.
<b>A-44</b>	Despacho CMCP 39/2016 e Despacho GS 26/2016.
<b>A-45</b>	Parecer CJ/STM nº 127/2016.
<b>A-46</b>	Comunicado CMPCP nº 113/16.
<b>A-47</b>	Ata de Reunião 20.09.2016.
<b>A-48</b>	Carta AST/DEMOB 067/17.
<b>A-49</b>	Comunicado CMCP 1269/2018.
<b>A-50</b>	Parecer CJ/STM 209/2018.
<b>A-51</b>	Nota Técnica 117/2018.

<b>A-52</b>	Metro Jornal, de 09.04.2019.
<b>A-53</b>	Folha de São Paulo, de 03.07.2019.
<b>A-54</b>	Comunicado CMB 0006-2019, de 21.03.2019.
<b>A-55</b>	Comunicado CMB 0020-2019, de 11.06.2019.
<b>A-56</b>	Comunicados CMB 0025, 0029 e 0040-2019.
<b>A-57</b>	Ata da 5ª Reunião Conjunta Ordinária CDPED-CGPPP de 13.08.2019.
<b>A-58</b>	Comunicado CMCP 1164-2019 e Comunicado CMCP 1198-2019.
<b>A-59</b>	Comunicado CMB 0046-2019.
<b>A-60</b>	Comunicado CMB 0047-2019.
<b>A-61</b>	Comunicado CMCP 1209/19.
<b>A-62</b>	Comunicado CMB 0048-2019.
<b>A-63</b>	Ata de Reunião de 06.11.2019.
<b>A-64</b>	Comunicado CMB 0075-2019.
<b>A-65</b>	Comunicado CMCP 0017-2020.
<b>A-66</b>	Comunicado CMCP 0109-2020.
<b>A-67</b>	Parecer CJ/STM nº 74/2020.
<b>A-68</b>	Parecer CJ/STM nº 105/2019.
<b>A-69</b>	Parecer do Prof. Cristiano Zanetti.
<b>A-70</b>	Registro de contratação de financiamento nº 0438474-94 celebrado entre o Estado de São Paulo e a Caixa Econômica Federal em 02.12.2014.
<b>A-71</b>	Registro de contratação de financiamento nº 14210111 celebrado entre o Estado de São Paulo e o BNDES em 24.02.2015. Disponível em: <a href="https://public.tableau.com/shared/WYT5BXMS8?:showVizHome=no">https://public.tableau.com/shared/WYT5BXMS8?:showVizHome=no</a> .
<b>A-72</b>	Registro de contratação de financiamento nº 0438394-29 celebrado entre o Estado de São Paulo e a Caixa Econômica Federal em 29.12.2015.
<b>A-73</b>	Notícia - Obra de extensão da Linha 9 recebe primeiros recursos do MCidades. Disponível em: <a href="https://www.gov.br/mdr/pt-br/noticias/obra-de-extensao-da-linha-9-recebe-primeiros-recursos-do-mcidades">https://www.gov.br/mdr/pt-br/noticias/obra-de-extensao-da-linha-9-recebe-primeiros-recursos-do-mcidades</a> .
<b>A-74</b>	Parecer do Prof. Marçal Justen Filho.
<b>A-75</b>	Notícia do G1 sobre o anúncio do BRT pelo governador João Dória, de 03.07.2019. Disponível em: < <a href="https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/07/03/governo-de-sp-anuncia-nova-ligacao-entre-">https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/07/03/governo-de-sp-anuncia-nova-ligacao-entre-</a>

	regiao-do-abc-e-linha-2-verde-do-metro.ghhtml>.
<b>A-76</b>	Notícia da Época Negócios sobre a renovação do contrato da Metra. Disponível em: <a href="https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2021/05/governo-de-sp-renova-contrato-de-1997-por-r-226-bilhoes-para-construir-brt.html">https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2021/05/governo-de-sp-renova-contrato-de-1997-por-r-226-bilhoes-para-construir-brt.html</a> .
<b>A-77</b>	Ofício GSE STM 237/2019.
<b>A-78</b>	Comunicado CMCP 1198/19.
<b>A-79</b>	Ata de Reunião de 22.10.2019 entre Concessionária e a Procuradoria Geral do Estado.
<b>A-80</b>	Comunicado CMB-0026-2019.
<b>A-81</b>	Laudo Tendências.
<b>RÉPLICA</b>	
<b>A-82</b>	Substabelecimento.
<b>A-83</b>	Notícia – Consórcio suspende obras da Linha 6 do Metrô de SP.
<b>A-84</b>	Parecer CJ/STM nº 78/2017.
<b>A-85</b>	Parecer CJ/STM nº 58/2018.
<b>A-86</b>	Concessão de Garantias pela União.
<b>A-87</b>	Registro da Capacidade de Pagamento do Estado de São Paulo, conforme informação disponibilizada pela Secretaria do Tesouro Nacional.
<b>A-88</b>	Notícia – Obras da Linha 2 – Verde têm empréstimo de R\$ 2,9 bilhões aprovado pelo governo federal.
<b>A-89</b>	Notícia – Dória anuncia retomada de obras do contorno da Rodovia dos Tamoios em Caraguatatuba.
<b>A-90</b>	Relatório Anual Integrado 2019.
<b>A-91</b>	Convênios celebrados entre o Governo do Estado de São Paulo e os Municípios envolvidos no Projeto.
<b>A-92</b>	Notícia – Instituto de defesa do consumidor aponta irregularidade no BRT ABC.
<b>A-93</b>	Pedido de prorrogação contratual apresentado pela Metra – Sistema Metropolitano de Transportes Ltda. em 08.04.2019.
<b>A-94</b>	Informação Técnica CTC 489/2019 de 29.04.2019.
<b>A-95</b>	Laudo Tendências II.