

ALEGAÇÕES PÓS-AUDIÊNCIA

REQUERENTE

CONSÓRCIO ENERG

Empresa TEJOFRAN de Saneamento e Serviços Ltda.
SPAVIAS Engenharia Ltda.

REQUERIDOS

ESTADO DE SÃO PAULO

Representado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS

31 de janeiro 2022

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL ARBITRAL

Procedimento Arbitral CCI nº 22796/ASM/JPA/GSS

A **COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS**, já qualificada nos presentes autos, doravante denominada simplesmente **REQUERIDA CPTM**, por sua advogada, vem, pela presente e com fundamento na Lei Federal nº 9.307/96 e na Comunicação A-57, de 03.12.2021, oferecer as presentes ALEGAÇÕES PÓS-AUDIÊNCIA nos autos do Procedimento Arbitral CCI nº 22796/ASM/JPA/GSS, instaurado no interesse do **CONSÓRCIO ENERG**, doravante denominado simplesmente **REQUERENTE**, em face não apenas desta Requerida, mas, também, do **ESTADO DE SÃO PAULO**, neste procedimento representado pela **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**, ambos, em conjunto, doravante designados **REQUERIDOS**, conforme razões a seguir:

I. BREVE RESUMO DA LIDE

1. Aos 03.11.2009, **REQUERENTE** e **REQUERIDOS** formalizaram o Contrato STM nº 011/2009, cujo objeto era o fornecimento e instalação de Via Permanente e Sistema de Suprimento de Energia Catenária de Tração, entre o km 02+110 e km 41+240 e Pátio de Estacionamento de Trens de Manoel Feio, entre o km 32+100 e km 32+800, na Linha 12 (Safira), da **REQUERIDA CPTM**.

2. O cronograma originalmente contratado previa a conclusão dos serviços em um prazo de 18 (dezoito) meses, contados da data da emissão da Ordem de Serviços;

isto é, a partir de 04.01.2010, e ao mesmo foi atribuído o valor total de R\$ 189.810.872,56, na data-base maio/2009.

3. Entretanto, para que o objeto contratado fosse integralmente cumprido, foram formalizados 7 (sete) aditivos contratuais, os quais tiveram por objetivo ora a simples adequação da Planilha de Quantidades e Serviços original, sem qualquer acréscimo de valor ao Contrato STM nº 012/2009 (TA nº 01, 06 e 07); ora a alteração do valor contratual, em razão da inserção de novos serviços, além de novas revisões da Planilha de Quantidades e Serviços vigentes (TA nº 03), além de outros aditamentos que formalizaram a prorrogação do prazo de execução contratual (TA ns. 02, 04, 06 e 07), de modo que o referido Contrato teve seu prazo estendido em mais 54 (cinquenta e quatro) meses, bem como seu preço final fixado em R\$ 218.282.503,44.

4. O presente procedimento arbitral tem por objetivo o pleito, do **REQUERENTE**, para que seja ressarcido dos custos adicionais diretos e indiretos em que ele alega ter incorrido na execução do Contrato STM nº 012/2009¹.

5. Em linhas gerais, o **REQUERENTE** afirma que as dilações de prazo havidas ao longo da execução do contrato, levaram-no a incorrer em gastos adicionais e sofrer perdas não previstas inicialmente.

6. Os motivos elencados pelo **REQUERENTE** e que teriam levado à mencionada dilação de prazo foram vários e, segundo ele, todos de responsabilidade dos **REQUERIDOS**.

7. De acordo com o **REQUERENTE**, foram eles:

- A. Dificuldade de acesso à via para execução dos serviços, com base na grade horária apontada em edital (não concessões, reduções dos intervalos concedidos e cancelamentos);
- B. Ausência de fiscalização;
- C. Interferência das obras da MRS;
- D. Alteração da metodologia de instalação de postes;
- E. Inadequação de Projetos;
- F. Acréscimo de novos serviços, e
- G. Ociosidade de recursos.

8. Assim é que, o **REQUERENTE** concluiu suas Alegações Iniciais com a solicitação “*para que seja reconhecido e determinado pelo Tribunal Arbitral: (1) o direito do Consórcio Requerente de ser ressarcido pelos custos adicionais incorridos no âmbito do Contrato, ... ; (2) a condenação dos Requeridos ao ressarcimento do montante de valor já conhecido de R\$ 50.026.853,65 ... , na data-base do Contrato (Maio/2009), que representa a*”

¹ Parágrafos 10, 76, 96, 120 ao 123, 141(1) e 141(2), das Alegações Iniciais do Requerente.

custo adicional incorrido ao longo do Contrato em face dos eventos adversos, imprevisíveis e extraordinários vivenciados por este Consórcio. ... O ressarcimento do custo em questão faz-se indispensável **para se viabilizar a restabelecimento da estrutura de encargos e remuneração pactuadas no Contrato** ... e (3) a condenação dos Requeridos em indenização pelas perdas e danos incorridos pela Consórcio Requerente, a partir do **pagamento das parcelas de juros de mora e de atualização contratual** (a partir da aplicação dos Índices e das condições definidos no Apêndice 2 do Contrato), no período compreendido entre a data em que os custos adicionais foram incorridos par este Consórcio e a data de seu respectivo pagamento pelos Requeridos” (destacamos)².

9. A **REQUERIDA CPTM**, por seu turno, não se reconhece como responsável exclusiva pela mencionada dilação de prazo, na medida em que esta resultou de inúmeros fatores, dentre os quais vários fogem à sua responsabilidade, tais como os eventos de força maior havidos no período de execução contratual (ex: chuvas); aqueles resultantes de fatos previsíveis ou de responsabilidade do **REQUERENTE**, ainda que este insista em não admiti-los (ex: plena ciência de que a grade horária de acessos apontada no edital de licitação consistia na grade máxima de acessos à via; conhecimento prévio de que haveria necessidade de compartilhar a disponibilidade da via com outras contratadas e/ou equipes da própria **REQUERIDA CPTM**; a certeza de que os serviços contratados precisariam ser executados sem comprometimento da circulação dos trens, a não adoção de medidas mitigadoras voltadas à recuperação do atraso identificado no cumprimento do cronograma etc.) e, ainda, aqueles que decorreram da efetiva falha de planejamento do Consórcio-contratado, para o cumprimento adequado do Contrato (ex: solicitação de acessos com interdição fora do período previsto no edital; não aproveitamento integral dos acessos que lhe foram concedidos, solicitação de acessos com interferência em quantidade inferior à necessária ao cumprimento do prazo original do Contrato etc.).

10. Some-se ainda a tais argumentos, já suficientes a afastar a pretensão do **REQUERENTE**, a celebração consensual de Termos de Aditamento entre as Partes, voltados justamente a formalizar a agora combatida prorrogação do prazo de execução do Contrato STM nº 012/2009, bem como o aumento do valor do Contrato STM nº 012/2009, em razão dos novos serviços incorporados à Planilha de Quantidades e Serviços contratada³.

11. Assim, dos 54 meses objeto de prorrogação, a **REQUERIDA CPTM** admite que possa ter sido responsável por até 04 meses e 15 dias da prorrogação havida e, por conseguinte, que lhe possa ser imputada a obrigação de ressarcir o **REQUERENTE** pelos custos adicionais em que eventualmente este tenha incorrido em tal período, desde que devidamente calculados e comprovados.

² Alegações Iniciais, § 141, às fls. 45/46.

³ Termo de Aditamento nº 03.

12. Diante do não reconhecimento, pela ora **REQUERIDA**, de sua responsabilidade exclusiva por eventual prejuízo sofrido pelo **REQUERENTE** e, por conseguinte, pelo ressarcimento do valor total dos custos adicionais que ele alega ter incorrido durante a vigência do Contrato, este requereu a instauração da presente Arbitragem para, como por ele aduzido, evitar o enriquecimento sem causa dos **REQUERIDOS**.

13. Pois bem, depois de superada a etapa processual de apresentação das manifestações iniciais das Partes, a qual foi sucedida da Réplica e das Trélicas, o Tribunal Arbitral identificou “*diversos pontos controversos que*”, no seu entender, prescindiriam “*de perícia para sua resolução*”. Por constituírem questões que poderiam ser decididas exclusivamente com base em documentos, já que relacionadas a questões estritamente jurídicas, o Tribunal Arbitral sugeriu “*a bifurcação do presente procedimento, para a prolação de sentença parcial acerca dos pontos controversos que dispensam a realização de perícia para sua solução*”⁴, considerando que estaria contribuindo, por meio de tal medida, para uma redução do tempo e do custo da perícia.

14. Em face, porém, da discordância do **REQUERENTE** para com a bifurcação sugerida, o Tribunal Arbitral cuidou de elencar os pontos controversos e incontroversos da demanda, de maneira a bem delimitar o escopo da perícia que se seguiria, na medida em que a produção de prova pericial fora desde o início requerida pelas Partes⁵ e, como dito, de necessidade reconhecida pelo Tribunal Arbitral, para os pontos ainda considerados controvertidos pelos julgadores⁶.

15. Assim é que as Partes elegeram o Engenheiro Civil, Sr. Octávio Galvão Neto, para a realização da perícia técnica de engenharia, ainda necessária ao esclarecimento dos fatos, à identificação dos responsáveis pela dilação de prazo havida e, por fim, à apuração de eventual valor devido ao **REQUERENTE**.

16. Superada a realização do trabalho pericial, o **REQUERENTE** insistiu na realização de Audiência de Instrução, a fim de que nela fossem ouvidas testemunhas fáticas por ele próprio indicadas, assim como para que fossem realizadas apresentações técnicas pelo Assistente Técnico do próprio Consórcio-contratado, Eng. Eduardo V. Mello, e pelo perito designado pelo Tribunal Arbitral.

17. Por ocasião da realização da Audiência de Instrução, as insurgências das Partes, de forma genérica, incidiam sobre 3 principais pontos:

- A corresponsabilidade do **REQUERENTE** para a extensão de prazo havida;

⁴ Ordem Processual nº 02, §§ 55 e 56.

⁵ Cf. Alegações Iniciais, § 139.(1); Resposta CPTM às Alegações Iniciais, § 189 e Resposta PGE às Alegações Iniciais, §§ 144 a 150.

⁶ Ordem Processual nº 03, Anexo I.

- A metodologia, e valores, apurados pelo Sr. Perito, acerca dos custos adicionais diretos com ociosidade de recursos, e
- A metodologia, e valores, apurados pelo Sr. Perito, acerca dos custos adicionais indiretos (administração central, administração local e lucro), decorrentes da extensão de prazo.

18. Pois bem, a **REQUERIDA CPTM** está segura de que os depoimentos, oitivas, apresentações e inquirições realizadas na Audiência de Instrução havida, culminaram por demonstrar que os documentos acostados aos autos não são suficientes a comprovar os eventos e valores apontados pelo **REQUERENTE**, como justificadores do ressarcimento de custos por ele pretendido.

19. Aliás, de se lembrar que já no Laudo Pericial⁷, assim como também nos Esclarecimentos II ao Laudo Pericial, o próprio *expert*, em resposta a solicitação formulada pelo Tribunal Arbitral, afirmou que os trabalhos periciais incidiram tão apenas em uma amostra dos documentos acostados à presente arbitragem, mas que a **REQUERIDA CPTM** já comprovou, por meio de Notas Técnicas⁸, que existem inúmeras inconsistências na documentação apresentada pelo **REQUERENTE**, de modo que diz ser *“muito provável que, após uma avaliação minuciosa, outras inconsistências sejam identificadas”*⁹.

20. De igual forma, ficou evidenciado que a conclusão pericial não resultou de uma análise detalhada de cada documento juntado ao processo; ou seja, que provavelmente haveria distorção no valor que o Sr. Perito considerou devido ao **REQUERENTE**.

21. À **REQUERIDA CPTM** cabe então afirmar, com convicção, que tal distorção efetivamente existe, conforme já ficou claramente demonstrado nas Notas Técnicas por ela produzidas e juntadas ao presente processo arbitral¹⁰, cujas conclusões restaram claramente confirmadas em audiência, conforme respostas oferecidas pelo Sr. Perito às perguntas que lhe foram formuladas pela ora **REQUERIDA**¹¹.

22. Assim ali, em audiência, ao restar confirmado pelo *expert* que as ponderações exaradas pela **REQUERIDA CPTM**, nas Notas Técnicas que constituem os Docs. R-40 e R-47, e correspondentes anexos, eram, em grande parte, procedentes, caíam por terra, de forma inexorável, os elementos que teriam servido de base à fixação do valor do pleito indenizatório formulado pelo **REQUIRENTE**, estabelecido em R\$ 50.026.853,65.

23. Mais que isso, restou também comprovado que, uma análise detalhada dos documentos, ainda que incidente apenas sobre os tópicos destacados nas citadas

⁷ Laudo Pericial, Item 6.4, fls. 100.

⁸ Doc. R-40 e seguintes.

⁹ Esclarecimentos II ao Laudo Pericial, Item (i), fls. 04.

¹⁰ Doc. R-40 e seguintes.

¹¹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linha 10137 e segs.

Notas Técnicas da **REQUERIDA CPTM**, revelaria que os **REQUERIDOS** nada devem ao **REQUERENTE**, a título de ressarcimento de custos!

II. LAUDO PERICIAL E ESCLARECIMENTOS COMPLEMENTARES DO PERITO

24. Como já antes aqui mencionado, o trabalho pericial adotou, como ponto de partida, a lista de pontos controversos registrada no Anexo I da Ordem Processual nº 03, assim como a Lista Consolidada de Quesitos formulados por cada uma das Partes, elaboradas à luz daquele Anexo I, e referendadas pelo Tribunal Arbitral¹².

II.1. Objetivo da Perícia

25. Com o objetivo de apurar se as alegações aduzidas pelo **REQUERENTE** ao longo do presente processo arbitral são de fato procedentes, o Sr. Perito analisou tecnicamente os fatos, às luz da vasta documentação acostada aos autos pelas Partes e também daquela complementada pelos Assistentes Técnicos por elas indicados; do teor das Ordens Processuais que definiram o escopo da perícia; de conversas travadas com os Assistentes Técnicos e de visita técnica realizada ao local das obras objeto do Contrato, tudo para o fim de apurar os reais motivos que levaram à necessidade de extensão do prazo de execução contratual por mais 54 meses, além dos 18 meses inicialmente fixados, bem como para que fosse também possível identificar o efetivo responsável por tal extensão.

26. Diante dos principais argumentos suscitados pelo **REQUERENTE** pelo atraso havido no cumprimento do cronograma originalmente estabelecido, o Sr. Perito dedicou-se a responder os seguintes questionamentos:

II.1.i. Dificuldade de Acesso à Via

- a. A dificuldade de acesso à via alegada pelo **REQUERENTE** de fato existiu?
- b. Em caso positivo, a quem pode ser atribuída a responsabilidade pela falta e/ou pelo baixo aproveitamento dos acessos: ao **REQUERENTE**, aos **REQUERIDOS** ou à ocorrência de eventos de força maior (excludente de responsabilidade)?
- c. Se houve responsabilidade dos **REQUERIDOS**, qual foi o impacto (em tempo e em valores) de tal conduta no cumprimento do cronograma originalmente ajustado entre as Partes?
- d. O **REQUERENTE** mobilizou recursos suficientes para que o Contrato pudesse ser plenamente executado dentro do cronograma inicialmente estabelecido?
- e. Uma vez identificado um atraso no cumprimento do cronograma, o **REQUERENTE** adotou medidas mitigadoras, a fim de buscar recuperar o referido atraso?

¹² Ordem Processual nº 04, Anexos IV, V e VI.

- f. O **REQUERENTE** comprovou os custos indiretos adicionais em que alega ter incorrido, no tocante à parcela de atraso comprovadamente de responsabilidade dos **REQUERIDOS**?

II.1.ii. Alteração de Metodologia para Execução dos Serviços de Instalação de Postes

- a. A alteração da metodologia para execução dos serviços de instalação de postes alegada pelo **REQUERENTE** de fato existiu?
- b. Em caso positivo, a quem pode ser atribuída a responsabilidade por tal alteração?
- c. Se houve responsabilidade dos **REQUERIDOS**, qual foi o impacto (em tempo e em valores) de tal conduta no cumprimento do cronograma originalmente ajustado entre as Partes?

II.1.iii. Alteração de Projetos

- a. A divergência entre projetos de fato existiu?
- b. Em caso positivo, a quem pode ser atribuída a responsabilidade pela necessidade de alteração de projetos?
- c. Se houve responsabilidade dos **REQUERIDOS**, qual foi o impacto (em tempo e em valores) de tal conduta no cumprimento do cronograma originalmente ajustado entre as Partes?

II.1.iv. Execução de Serviços Adicionais

- a. A necessidade de prestação de serviços adicionais de fato existiu?
- b. Em caso positivo, a quem pode ser atribuída a responsabilidade por tal necessidade?
- c. Se houve responsabilidade dos **REQUERIDOS**, qual foi o impacto (em tempo e em valores) da prestação de tais novos serviços no cumprimento do cronograma originalmente ajustado entre as Partes?
- d. Os Termos de Aditamento formalizados entre as Partes abrangeram a parcela dos custos indiretos decorrentes dos serviços adicionais, comprovadamente de responsabilidade dos **REQUERIDOS**?
- e. Os valores constantes das Tabelas de Preços da Proposta Comercial do **REQUERENTE** remuneraram, ou não, apenas os custos diretos dos serviços?

27. As respostas para tais questionamentos, assim como aos Quesitos formulados pelas Partes, restaram compiladas no Laudo Pericial de Engenharia L-1574-0121, de fevereiro/2021.

28. O referido parecer técnico foi objeto de apreciação e impugnação pelas Partes, resultando na reapreciação, pelo *expert*, de alguns dos tópicos rebatidos,

bem como na emissão de Manifestação de Esclarecimentos ao Laudo Pericial, datado de junho/2021.

29. E, alguns meses depois, já em setembro/2021, foi ainda emitida a Manifestação de Esclarecimentos Complementares ao Laudo Pericial, para fins de elucidar 3 pontos suscitados pelo próprio Tribunal Arbitral, conforme consignados na Ordem Processual nº 11, § 22.

30. Por fim, no mês de dezembro/2021, realizou-se Audiência de Instrução para oitiva do representante legal e das testemunhas fáticas arroladas pelo **REQUERENTE**¹³, assim como para apresentações e depoimentos do Assistente Técnico do Consórcio-contratado, Engenheiro Eduardo T. P. Vaz de Mello¹⁴, e do próprio Sr. Perito, Eng. Octávio Galvão.

31. Tem-se, portanto, que a controvérsia entre as Partes incidiu em inúmeros pontos, os quais foram alvo de análise e reanálise pericial, assim como de impugnações e comentários das Partes.

32. À vista de tal panorama, a **REQUERIDA CPTM** acredita que a maneira mais objetiva e produtiva de apresentar suas Alegações Pós Audiência é por meio da apresentação de um breve resumo das conclusões expostas – pelos próprios **REQUERIDOS** e pelo Sr. Perito -, para cada um dos tópicos que rebateram no trabalho apresentado pelo *expert*.

33. É, portanto, o que passa a fazer a seguir.

II.2. Conclusões Periciais

II.2.i. Dificuldade de Acesso à Via

34. A dificuldade de acesso à via é tema recorrente nas manifestações do **REQUERENTE** ao longo da presente Arbitragem, tendo sido também reiteradamente suscitado na Audiência de Instrução.

35. Já no início da Audiência de Instrução, o representante legal do **REQUERENTE**, Sr. Gustavo de Almeida Machado¹⁵ aduziu que o planejamento dos serviços contratados (implantação de novos Aparelhos de Mudança de Via – AMVs e transformação da Rede

¹³ A Requerida CPTM e o Requerido 1 não indicaram representante legal e/ou testemunhas fáticas para serem ouvidos em Audiência de Instrução, cf. manifestações dos Requeridos enviadas em emails datados de 14.10.2021.

¹⁴ A Requerida CPTM e o Requerido 1 não requereram a apresentação e depoimento em Audiência de Instrução, do Assistente Técnico por eles indicado, cf. manifestações dos Requeridos enviadas em emails datados de 29.10.2021.

¹⁵ Cf. depoimento prestado na Audiência de Instrução, foi responsável pelo gerenciamento *overhead* do Contrato STM nº 012/2009, no período de 2010 a 2016. Acompanhava, portanto, também a execução de outros contratos das consorciadas. Ao longo do trabalho de gerenciamento que realizou, foi a campo algumas vezes para verificar o trabalho que estava sendo executado pelo Consórcio ENERG, *in loco*. Era responsável por receber as medições mensais e informações comparativas sobre o andamento da obra: planejado x executado.

Aérea rígida em autocompensada) foi feito de forma sequencial, partindo do 1º ao 6º domínio¹⁶ e adotando como base horária de acesso à via, as premissas estabelecidas no Edital: intervalos semanais noturnos e intervalos aos finais de semana.¹⁷

36. O Sr. Gustavo Machado afirmou que a dificuldade de acesso à via prejudicou a execução dos serviços na sequência planejada pelo **REQUERENTE** que, segundo esclareceu, considerou o início dos trabalhos no primeiro domínio, para que fosse depois sendo executado sequencialmente nos domínios seguintes (2º ao 5º domínio).

37. Tais considerações foram também tecidas pelas testemunhas fáticas do **REQUERENTE**, Engs. Flavio de Andrade Muller¹⁸ e Marcos Rogério Freitas¹⁹.

38. Dos depoimentos prestados, entretanto, claramente se extrai que a adoção de tal metodologia resultou de mera liberalidade do próprio **REQUERENTE** que, ao planejar a execução dos serviços, entendeu ser ela a mais conveniente²⁰.

39. Evidente que, ao atrelar seu planejamento ao avanço de contrato que vinha sendo executado por terceiro²¹, o **REQUERENTE** necessariamente assumiu o risco de não conseguir executá-lo conforme planejado, para o quê já deveria ter considerado um 'Plano B' de ação, que lhe permitisse não sofrer impactos no avanço da execução de seu próprio Contrato!

40. A sequência de trabalho adotada pelo **REQUERENTE**, portanto, jamais foi pré-estabelecida pelos **REQUERIDOS** e, por estes, depois alterada.

41. Logo, soa absurda a pretensão do Consórcio-contratado de querer responsabilizar os **REQUERIDOS** por não lhe terem sido concedidos acessos não apenas em quantidade, mas também na sequência de locais por ele pretendida!

42. Ainda nesta esteira, também absolutamente despropositada as alegações do Sr. Gustavo Machado²² e do Eng. Flavio Muller²³, de que eventos como o ENEM, a realização de jogos de futebol na Arena Corinthians, próximo à Estação Itaquera da **REQUERIDA CPTM**, a Virada Cultural e o aumento no fluxo de passageiros no mês de dezembro, em razão das festas de fim de ano, também impactavam, de forma negativa, a concessão de acessos à via para execução dos serviços.

¹⁶ 1º. Brás, 2º. Eng. Goulart, 3º. São Miguel Paulista, 4º. Itaim Paulista, 5º. Manoel Feio e 6º. Calmon Viana.

¹⁷ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 131 a 133.

¹⁸ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 2753 a 2768.

¹⁹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 4968 a 5037.

²⁰ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 227 a 237.

²¹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 778 e segs.

²² Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 262 a 272 e 979 a 988.

²³ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 2778 a 2793 e 3714 a 3788.

43. Importante lembrar que a celebração do Contrato STM nº 012/2009 implicou na assunção de obrigações por ambas as Partes do negócio e, como tal, ambas tinham total conhecimento de que estavam assumindo riscos relacionados ao cumprimento do objeto contratado e, exatamente por isso, estavam igualmente obrigadas a se prepararem, dentro do possível, para mitigarem os efeitos resultantes daqueles riscos.

44. Eventos de tal natureza estão claramente compreendidos na álea ordinária de riscos do Contrato e deveriam, forçosamente, já terem sido considerados pelo **REQUERENTE**, por ocasião da estruturação da Proposta Comercial e do Plano de Trabalho. Era isso, ao menos, que se esperava dele e de todos os demais licitantes. Querer fazer crer que a assunção, pelos licitantes, de risco com o perfil apontado, implicaria em inovar o edital, é querer transferir para outrem, no caso os **REQUERIDOS**, perdas decorrentes de falhas por ele próprio cometidas.

45. A simples menção a eventos desde há muito absolutamente conhecidos do **REQUERENTE** claramente depõe contra este, pois das duas, uma: ou revela a total falha no planejamento inicial da execução dos serviços e, por conseguinte, também na formulação da Proposta Comercial pela qual ele restou contratado ou, se não isso, pior, demonstra a má fé do **REQUERENTE** ao propositadamente ignorar, na formulação de sua Proposta, a ocorrência de eventos anuais, públicos e notórios, sob o inconsistente argumento de que estava obrigado a seguir estritamente as regras do edital.

46. Ora, um comportamento dessa natureza nada mais é do que um subterfúgio para que o **REQUERENTE** atribua, ao longo da execução do Contrato, responsabilidades disparatadas aos **REQUERIDOS**, na vil tentativa de ser ressarcido por prejuízos aos quais ele mesmo deu causa!

47. O Sr. Gustavo Machado²⁴ e os Engs. Flavio Muller²⁵ e Marcos Freitas²⁶ depuseram, também, acerca da obra da MRS, referente à construção de uma terceira via segregada, para tráfego exclusivo de cargas. De acordo com os depoimentos tais obras, não indicadas no edital, teriam exigido uma revisão do Projeto de Rede Aérea de Tração entre as Estações Manoel Feio e Estação Calmon Viana, a fim de que não houvesse uma coincidência física entre o local em que seria instalada a Rede Aérea no trecho citado e a localização da nova via da MRS. Tal entrave teria sido superado por meio da implantação de desvios, mas, ainda assim, teria demandado algum tempo até que fosse superado. Foram por eles também citados a necessidade de remanejamento de mão-de-obra e frentes de serviços, além do impacto na concessão de acessos ao

²⁴ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 309 a 321.

²⁵ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 3046 a 3148 e 4141 a 4174.

²⁶ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 5676 a 5713.

REQUERENTE, na medida em que os acessos eram concedidos preferencialmente à MRS, resultando em uma dificuldade de execução dos serviços de Rede Aérea.

48. Sobre este ponto, a **REQUERIDA CPTM** pede licença para reiterar o quanto por ela já dito a este respeito em manifestações anteriores que integram os autos da presente Arbitragem, em especial o pleno conhecimento que a Equipe Técnica do **REQUERENTE** tinha da realidade operacional da ora **REQUERIDA**, tanto com relação à necessidade de compartilhamento das linhas com a MRS, quanto ao conhecimento que ao menos deveria ter, acerca dos projetos de segregação das linhas no trecho das obras objeto do Contrato em análise, já que resultante de instrumento público firmado entre CPTM e MRS em 2007; ou seja, em data muito anterior à da formalização do Contrato STM nº 012/2009²⁷.

49. Aliás, a experiência da Equipe Técnica destacada pelo **REQUERENTE** para a coordenação e execução dos serviços foi inclusive admitida pelo próprio depoente²⁸, valendo aqui, inclusive, a menção que ele mesmo fez em Audiência, sobre sua participação direta na execução do objeto contratado junto ao Consórcio TSHO Calmon Viana, também firmado com a ora **REQUERIDA CPTM**²⁹.

50. Mais adiante em seu depoimento, após ser questionado sobre o procedimento previsto em edital para acesso à via com interferência operacional e interrupção da circulação dos trens, o próprio Sr. Gustavo Machado admitiu que desde o início da execução contratual o **REQUERENTE** tinha ciência da necessidade de aprovação prévia dos pedidos de acesso; isto é, que acesso solicitado não era garantia de que o acesso seria concedido, assim como afirmou que, ainda que nem todo acesso solicitado lhe fosse concedido, a **REQUERIDA CPTM** cuidava para que a concessão dos acessos observasse a sequência (planejamento) de solicitação de acessos apresentada pelo **REQUERENTE**³⁰!

51. O mesmo se diga acerca da confessa experiência do Eng. Flavio Muller na execução de contratos de objeto similares àquele estabelecido para o Contrato STM nº 012/2009.

52. Não há, E. Tribunal, como ser ignorada a experiência de tal testemunha, que trabalhou na própria **REQUERIDA CPTM** ao longo de 28 anos e, após dela se desligar, continuou prestando serviços à Administração Pública, inclusive à própria CPTM, como integrante das equipes técnicas das Contratadas³¹!

²⁷ Tréplica da Requerida CPTM, Item I.1.vi.

²⁸ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 2084 a 2102.

²⁹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 469 a 502.

³⁰ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 603 a 630 e 1298 a 1356.

³¹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 3184 a 3206.

53. Bem por isso, o Eng. Flavio Muller expressamente admitiu em seu depoimento, que conhecia o sistema de registro de pedidos de acesso que era utilizado pela **REQUERIDA CPTM** por ocasião da formalização do Contrato STM nº 012/2009, tendo inclusive mencionado que, após formalizar um pedido de acesso, era aquele mesmo sistema que comunicava o **REQUERENTE** sobre ter sido o mesmo concedido ou não³².

54. E mais, em resposta a pergunta dirigida ao Eng. Flavio Muller, este afirmou que o mencionado sistema de registro de pedido de acessos nunca foi questionado pelo **REQUERENTE!**

“Dr. Cláudio Henrique R. Dias [Adv. Reqdas.]: Então a solicitação de acesso ela era registrada no sistema e depois do Consórcio ele recebia uma devolutiva dizendo se foi concedido ou se não foi. E o senhor sabe me dizer se alguma vez o Consórcio, ele questionou os registros feitos nesse sistema da CPTM? Se alguma vez ele achou que esses registros não eram verossímeis e pediu uma perícia, questionou os registros de alguma forma buscou apuração desse sistema?”

*Sr. Flávio de Andrade Muller [Teste. Reqte.]: Não”.*³³

55. E ainda sobre a questão da disponibilidade de acessos, no depoimento do Sr. Gustavo Machado restou expressamente admitido que o **REQUERENTE**, por ocasião da formalização de sua Proposta Técnica e, portanto, quando da assinatura do Contrato STM nº 012/2009, tinha total conhecimento de que o acesso à via precisaria ser compartilhado com outras contratadas, concessionárias ou até mesmo com empregados da área de manutenção da **REQUERIDA CPTM**³⁴.

56. Não há, está claro, como prevalecer o argumento apresentado nas manifestações escritas do **REQUERENTE**, de que ele desconhecia a necessidade de compartilhamento de via!

57. A verdade, nua e crua, é que o Consórcio, seja em razão das próprias previsões editalícias, seja em razão da incontestável experiência que já tinha em contratos de natureza similar, tinha pleno conhecimento de que não lhe seriam concedidos acessos para todos os intervalos que viesse a solicitar, assim como que a grade horária apresentada no edital correspondia à grade máxima de acessos, de modo que, é evidente, tais eventos não podem ser admitidos pelo .E. Tribunal Arbitral como fatos supervenientes à formalização do Contrato STM nº 012/2009!

³² Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 3250 a 3303.

³³ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 3261 a 3268.

³⁴ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 848 a 859.

58. Se o **REQUERENTE**, conforme aduzido pelo Eng. Flavio Muller, em seu testemunho, elaborou Proposta Comercial sem considerar quaisquer possíveis intercorrências, de responsabilidade de ambas as Partes, ao longo da execução do Contrato STM nº 012/2009, está mais do que evidente, que foi de forma absolutamente consciente e por sua própria conta e risco³⁵!

59. À **REQUERIDA CPTM** parece, isto sim, que o que houve foi a pretensão do **REQUERENTE** de, a todo custo, restar vencedor da licitação, motivo pelo qual optou por conferir ao edital a interpretação que melhor lhe convinha e que, como agora se vê, implicava no oferecimento da Proposta Comercial de menor valor para, uma vez firmado o instrumento contratual, apresentar pleito indenizatório de ressarcimento por custos adicionais supostamente experimentados.

60. Ora, E. Tribunal, o Contrato STM nº 012/2009 não foi o primeiro, e certamente não será o último, contrato que as consorciadas *Tejofran* e *SPAVias* terão firmado com os **REQUERIDOS**. E se ambas, apesar de todos os percalços e prejuízos que alegam ter sofrido ao longo da execução do contrato *in examine*, ainda insistem em manter relações comerciais com os **REQUERIDOS** é, com toda a certeza, porque lhes convém comercial e financeiramente, de modo que o pleito indenizatório objeto da presente Arbitragem nada mais é do que parte do planejamento de negócios formatado pelo próprio **REQUERENTE**!

61. Prova disso se extrai do próprio depoimento do representante legal do **REQUERENTE**, quando ele afirma que *“a gente levou a premissa que o edital está 100% correto, porque é o documento que a gente tem de partida, inclusive para a gente ser competitivo na hora da nossa proposta”*³⁶ ou ainda, mais adiante em seu depoimento, quando o Sr. Gustavo Machado declara que *“então quando a gente faz a montagem de uma proposta comercial ou proposta técnica eu estou falando no âmbito de proposta, a gente tem que levar a premissa do edital como verdadeira, então entre vários motivos eu posso estar concorrendo com uma outra empresa que não leva em consideração. Então vamos dizer, para a balança pesar igual para os dois lados eu tomo como verdade o edital”*³⁷!

62. Ora, nada mais cômodo. O licitante, ainda que perfeitamente conhecedor do *modus operandi* da **REQUERIDA CPTM**, opta por não impugnar³⁸ o edital e/ou solicitar esclarecimentos quanto ao correto significado da grade horária apresentada naquele instrumento editalício, **medidas estas que definitivamente garantiriam tratamento e oportunidades iguais a todos os licitantes**, a fim de apresentar Proposta Comercial competitiva e,

³⁵ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 4347 a 4368.

³⁶ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 857 a 859.

³⁷ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 889 a 895.

³⁸ Conforme admitido pelo Eng. Marcos Freitas, em seu testemunho às Linhas 5548 da Ata de Audiência de Instrução Estenotipada.

ao sagrar-se vencedor do certame, formula pleito indenizatório como mecanismo de 'majoração' do valor contratual!

63. O próprio Sr. Perito afirmou em audiência que nenhuma empresa se programa para executar 100% do contratado:

“Sr. Octavio Galvão Neto [Perito]: ... ninguém programa para 100%, você sabe que quando você vai fazer uma obra, ainda mais uma obra dessa natureza você vai ter problemas, você não vai conseguir aproveitar todo o tempo, você vai ter situações que você não vai conseguir desempenhar, então isso faz parte”³⁹.

*Sr. Octavio Galvão Neto [Perito]: Eu volto a dizer para o senhor que eu acho que não, porque como eu disse, ninguém faz um planejamento, ninguém faz uma programação achando que a obra não vai ter percalço, que todos os tempos serão aproveitados, que os equipamentos funcionarão sem apresentar problemas, isso não existe em obra, toda obra tem, deve ser pensada entendendo que o executante não vai conseguir ter um rendimento de 100%.
...⁴⁰.*

64. Percebam, I. Árbitros, que se trata de comportamento já usualmente adotado pelas empresas que integram o **REQUERENTE** e, a julgar pela experiência que confessadamente possuem na execução de contratos similares, certamente porque lhes resulta mais vantajoso⁴¹!

65. Se assim não fosse, como então justificar a persistente participação das empresas consorciadas que integram o Consórcio **REQUERENTE** em licitações instauradas pelos **REQUERIDOS**, a habitual inércia destas empresas em questionarem condições reiteradamente estabelecidas nos instrumentos convocatórios e a já frequente prática de, ao longo da execução dos contratos que com aqueles firmam, pretenderem ser indenizadas por custos adicionais que alegam decorrer de fatos imprevisíveis por ocasião da contratação?!

66. Vejam que o Sr. Gustavo Machado, ao ser reinquirido sobre o tema, trata das regras editalícias como se não fosse conferida a qualquer interessado, a oportunidade de serem questionadas e/ou contestadas, o que não é absolutamente verdade, pois

³⁹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 8975 e segs.

⁴⁰ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 8994 e segs.

⁴¹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 2215 a 2277.

além do direito assegurado a todo e qualquer cidadão de formular, à Administração-licitante, questionamentos acerca das disposições do edital⁴², é também a eles garantido o direito de Impugnar o Edital, na forma estabelecida no art. 41, § 1º, da Lei Federal de Licitações.⁴³

67. O mesmo entendimento vale, portanto, para o argumento suscitado pelo **REQUERENTE** ao longo da presente demanda, de que o edital igualmente não dera informações precisas sobre a necessidade de compartilhamento de via com terceiros ao Contrato STM nº 012/2009⁴⁴.

68. O edital, conforme já comprovado pelos **REQUERIDOS** e inclusive admitido pelo representante legal do **REQUERENTE**, fazia menção à necessidade de compartilhamento. Se, entretanto, detalhes a este respeito eram necessários aos licitantes, para a adequada formulação das Propostas Comerciais, então que estes tivessem exercido o direito de questionar os **REQUERIDOS** acerca dos temas objeto de dúvida.

69. A relevância de tais questionamentos fazia-se ainda mais imperiosa, diante do enxuto prazo de 18 meses estabelecido no edital, para a execução integral do objeto que se pretendia contratar.

70. Ora, a exiguidade do prazo de execução foi suscitada por inúmeras vezes, ao longo da Audiência de Instrução, pelo representante legal e testemunhas fáticas do **REQUERENTE**, os quais a usaram como argumento de fundo para a necessidade de concessão de acessos **em tempo exatamente correspondente à grade horária prevista no edital**⁴⁵.

71. Portanto, não é crível que diante de todos os elementos acima destacados – alto valor do contrato; diminuto prazo de execução; experiência pretérita da Equipe Técnica; execução com a menor interferência possível na circulação dos trens e necessidade de compartilhamento da via com terceiros -, o **REQUERENTE** tenha simplesmente acatado as disposições editalícias, como se a isto estivesse efetivamente obrigado, em razão de lhe ter sido negada qualquer oportunidade de se opor e/ou de questionar o quanto estabelecido no instrumento convocatório!

72. Tal panorama chega a ser bizarro. Não há dúvidas de que, se o **REQUERENTE** assim agiu, foi por opção, por acreditar que ao adotar tal postura, poderia manter a competitividade da Proposta Comercial que pretendia apresentar e que, embora não fosse vantajosa

⁴² Cf. Doc. R-06: 'Instruções ao Proponente' (Seção I do Edital), Item 7, complementada pela 'Folha de Dados da Licitação' (Seção II do Edital), também Item 7.

⁴³ "Art. 41. ... § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113".

⁴⁴ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 2278 a 2291.

⁴⁵ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 3304 a 3357 e Linhas 5752 a 5774.

para o início da execução contratual, passaria a sê-lo a partir da formalização de instrumentos de aditamento para a prorrogação do prazo do Contrato.

73. Enfim, o fato é que o **REQUERENTE** não exerceu os direitos que lhe eram garantidos em lei e que poderiam ter evitado as intercorrências que ele alega ter experimentado ao longo da execução do Contrato STM nº 012/2009. E, ao deixar de fazê-lo, busca agora culpar a Administração-contratante por prejuízos que, se de fato restarem comprovados, foram por ele mesmo causados!

74. Aliás, assiste à **REQUERIDA CPTM** dizer que é no mínimo intrigante que o **REQUERENTE** se prenda de forma tão enfática ao princípio da vinculação ao edital para embasar o pleito indenizatório objeto da presente demanda e, ao mesmo tempo, acuse os **REQUERIDOS** de não terem adotado providências voltadas a conceder intervalos maiores para que o **REQUERENTE** pudesse avançar na execução do contrato⁴⁶, mesmo constando do referido edital, de forma explícita, que somente *“excepcionalmente e ocasionalmente, outros intervalos que implicam restrições operacionais podem ser estudados pela CPTM e autorizados por esta, se considerados indispensáveis”*⁴⁷.

75. De toda forma, vale o registro de que sequer procede a insurgência do depoente, na medida em que ao longo da Audiência de Instrução restou admitido pelo próprio **REQUERENTE**⁴⁸ que foi implantada pelos **REQUERIDOS**, durante a vigência contratual, a operação PAESE.

76. A operação PAESE, cumpre esclarecer, é o ‘Plano de Apoio entre Empresas de Transporte frente às Situações de Emergência’. O PAESE é acionado quando ocorre algum tipo de paralisação dos serviços prestados pela CPTM – Metrô - Via Amarela – Viamobilidade – EMTU ou por alguma empresa integrante do sistema de transporte municipal por ônibus.

77. Em outras palavras, o acionamento do PAESE, pela ora **REQUERIDA**, durante a vigência do Contrato STM nº 012/2009, representou a concessão, ao **REQUERENTE**, de finais de semana com períodos integrais de trabalho!

78. Na mesma linha, desprende-se novamente o **REQUERENTE** das previsões editalícias, quando ele próprio solicitou, de forma comprovada nos autos⁴⁹, e admitida em Audiência⁵⁰, acesso à via em intervalos não previstos (superiores) na grade horária apresentada naquele documento!

⁴⁶ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 2355 a 2363.

⁴⁷ Doc. R-06 (Edital), fls. 91 do arquivo.

⁴⁸ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 4600 a 4613.

⁴⁹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 1480 a 1502.

79. Mas algo da maior relevância restou também comprovado nos autos: o **REQUERENTE** sabia da necessidade de receber intervalos maiores àqueles indicados na grade horária referencial apontada no edital, ainda antes da formulação de sua Proposta Comercial⁵¹:

80. As oitivas do representante legal e das testemunhas fáticas do **REQUERENTE** revelam, sem margem para dúvidas, que a Proposta Comercial e o Plano de Trabalho por ele formulado, assim como a dinâmica de trabalho adotada, já consideravam a inexecuibilidade, pelo Consórcio-contratado, do objeto que se estava licitando no prazo de 18 meses estipulado no edital e que, portanto, precisariam ser contratados mão-de-obra e equipamentos em quantidades além da média usual.

81. Dito de outra forma, o **REQUERENTE** firmou o Contrato STM nº 012/2009 sabidamente assumindo o risco de que tais recursos sofreriam, em algum momento, alguma ociosidade. É o que claramente se extrai do seguinte trecho do depoimento do Sr. Flavio Muller, em resposta a questionamento formulado pela Exma. Árbitra-Presidente, conforme abaixo reproduzido⁵² :

“Dra. Valéria Galindez [Árbitra Presidente]: *Era essa a minha pergunta. Como é que vocês imaginaram solucionar essa questão? Porque pelo o que eu entendo aqui vocês partiram do pressuposto de que essas eram as janelas que vocês tinham disponíveis. Então se vocês identificaram já uma fase de orçamento de que essas janelas não necessariamente seriam suficientes como é que vocês refletiram isso em termos de proposta?*

Sr. Flávio de Andrade Muller [Teste. Reqte.]: *Então a gente..., bom, eu vou falar na minha experiência vamos dizer assim. Eu sei que não dá, então quando eu vou fazer a proposta a gente diz: Olha, esse número aqui..., porque a gente tem uma, eu tenho, isso é meu, eu tenho cada serviço que tem na via permanente eu tenho um índice de produtividade daquele serviço em homem/hora, se eu vou colocar um dormente eu sei quanto tempo eu vou precisar.*

Dra. Valéria Galindez [Árbitra Presidente]: *E adianta pôr mais gente?*

⁵⁰ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 3358 a 3479.

⁵¹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 3602 a 3628.

⁵² Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 3629 a 3656.

Sr. Flávio de Andrade Muller [Teste. Reqte.]: Às vezes adianta, muitas vezes adianta, porque em vez de eu trocar um dormente eu troco 10 ao mesmo tempo. Então é aí que a gente ganha no tempo, porque senão geralmente aí eu já sei que não, então eu já sei que aquele serviço eu vou ter que ter mais gente ali, então eu trabalho enxertando gente. Isso tudo é complicado porque você tem que não é só pôr gente, você tem que pôr e saber o que depois você vai fazer com o pessoal, porque tem uma parte deles que vai ficar ociosa lá, então você troca turno, você manda o cara para casa e o cara volta um tempo depois. Tem todo um jeito de fazer isso aí, não é uma coisa, isso não é uma ciência exata.

Dra. Valéria Galindez [Árbitra Presidente]: Claro”.

82. Está claro, assim, que ao deixar de questionar as regras editalícias, aumentava a chance de o **REQUERENTE** apresentar a Proposta Comercial de menor preço e, desta forma, sair vencedor da licitação!

83. Mas a prova contundente da total procedência do quanto até aqui alegado pela **REQUERIDA CPTM** é que, apesar de toda a insurgência do **REQUERENTE** para com a falta de acessos à via, ele comprovadamente⁵³ não solicitou, ao longo de toda a execução do Contrato, acessos suficientes ao preenchimento de toda a grade horária prevista no edital e, pior, justifica tal comportamento na ausência de fiscalização das obras; ou seja, já que os acessos não poderiam ser concedidos por falta de fiscal, então ele se abstinha de formular o pedido de acesso⁵⁴!

84. Evidente, I. Árbitros, que o depoimento do representante legal do **REQUERENTE** revela um comportamento não condizente com o comportamento que se espera de empresas idôneas e com comprovada *expertise* para atuarem na execução do objeto que lhes foi adjudicado.

85. Ao longo de sua oitiva, o próprio Sr. Perito afirmou que o cumprimento do prazo originalmente fixado de 18 meses demandava a concessão de acessos para todo o período de grade horária apontada no edital⁵⁵.

86. Entretanto, o próprio *expert* salientou que, também no seu entendimento, tratava-se de grade apenas referencial, mas, ainda que assim não fosse, destacou que **o REQUERENTE efetivamente não solicitou acessos com interferência operacional para**

⁵³ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 1090 a 1099 e Linha 5765.

⁵⁴ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 1011 a 1065.

⁵⁵ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 8679 a 8684.

todo o período compreendido na grade horária do edital, nos primeiros 18 meses de vigência do Contrato!⁵⁶

87. Trata-se, portanto, de pleito inaceitável e que impõe a total improcedência do pedido a este título, até porque, necessário lembrar, ficou também registrado na Ata da Audiência de Instrução havida que houve, sim, cancelamentos de acesso ou baixo aproveitamento de acessos, por culpa exclusiva do próprio **REQUERENTE**⁵⁷, de modo que, diante de tal confissão, resta infundada a pretensão deste de se eximir de toda e qualquer responsabilidade pelas prorrogações de prazo formalizadas para o Contrato STM nº 012/2009⁵⁸.

88. Ainda acerca dos cancelamentos e reduções do tempo de acesso, o Sr. Gustavo Machado expressamente admitiu que o Diário de Obra é um documento oficial, assinado por representantes da **REQUERIDA CPTM** e do próprio **REQUERENTE** e que deve, portanto, retratar a realidade das obras, de modo que nas situações em que a responsabilidade pelo cancelamento e/ou redução de acesso eram identificáveis, o culpado foi expressamente apontado naquele documento. Logo, em não sendo indicado um responsável específico, o representante legal do **REQUERENTE** concordou que não há que se atribuir responsabilidade a qualquer das Partes⁵⁹.

89. Também os Engs. Flavio Muller e Marcos Freitas manifestaram-se sobre os registros contidos nos Diários de Obra, asseverando, porém, que tais registros às vezes eram falhos e/ou incompletos e que, nem sempre, os mesmos eram assinados no próprio dia de trabalho ao qual se referiam.

90. Ainda assim, quando questionado pela ora **REQUERIDA** se “alguma vez foi solicitada pelo Consórcio que houvesse uma padronização em relação a esse tipo de registro?” a resposta foi curta e objetiva: Não!⁶⁰

91. **A testemunha, de outra banda, assumiu jamais ter solicitado aos REQUERIDOS que fossem complementadas informações supostamente faltantes dos RDOs**, especialmente aquelas atinentes aos cancelamentos, atrasos e/ou reduções de acesso⁶¹.

92. **Ora, este fato, por si só, retira toda a credibilidade das cartas unilateralmente emitidas pelo REQUERENTE e nas quais ele alegava ter sido prejudicado em sua capacidade de avançar na execução dos serviços, em razão da falta ou diminuição de intervalos!** Aliás, era justamente a característica unilateral daqueles documentos, que não se faziam acompanhar de cópia dos Diários de Obras e, portanto, que não comprovavam a

⁵⁶ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 8688 a 8704.

⁵⁷ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 3827 a 3853.

⁵⁸ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 1133 a 1297.

⁵⁹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 1455 a 1461.

⁶⁰ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 4382 a 4384.

⁶¹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 4369 a 4442.

falta de acesso, em quantidade e/ou qualidade, na forma como nelas retratadas, que levava a **REQUERIDA CPTM** a desconsiderá-las de plano.

93. A questão dos acessos foi também avaliada pelo Sr. Perito. Depois de fazer uma análise cruzada dos Registros dos Diários de Obras (RDOs) e dos registros lançados no Sistema de Solicitação de Acessos (SSAs), o *expert* apresentou o quadro intitulado 'Resumo Laudo'⁶², por meio do qual foram apresentadas as seguintes conclusões acerca da liberação e aproveitamento das horas de acesso com interdição do tráfego ferroviário:

Liberação e Aproveitamento de Acessos de Via	
Percentual de horas concedidas, em relação ao total de horas solicitadas	71,95%
Percentual de horas disponibilizadas, em relação ao total de horas concedidas	66,80%
Percentual de horas não aproveitadas por culpa do REQUERENTE, do total de horas disponibilizadas	12,32%

94. Os percentuais acima apontados, importante dizer, refutam as informações e conclusões acerca do tema, apontadas pelo **REQUERENTE** em seu Doc. C-65 e por meio do qual este pretendeu apresentar um Resumo do Total de Acessos que lhe teriam sido concedidos no prazo original de execução do Contrato.

95. De acordo com o aduzido pelo *expert* no Laudo apresentado, são facilmente identificáveis falhas nas informações lançadas pelo **REQUERENTE** no referido Doc. C-65, pois: **a)** o mesmo parece ter lançado também acessos que não dependiam de interdição de via, causando assim a falsa ilusão de que a quantidade de acessos com interdição de via negados pela **REQUERIDA CPTM** teria sido muito superior ao número real de negativas de acesso⁶³; **b)** mesmo de uma simples análise amostral (RDOs e SSAs) dos dados relativos aos acessos registrados nas planilhas que constituem o referido Doc. C65, foi possível ao Sr. Perito delas extrair várias inconsistências, tais como os absurdos 09 (nove) registros de acessos vinculados a serviços que não guardam qualquer vínculo com o objeto do Contrato STM nº 012/2009, já que relativos a serviços prestados em outro contrato, formalizado entre a **REQUERIDA CPTM** e o Consórcio TSHO, do qual as empresas que compõem o Consórcio ENERG são também parte integrante e que, à mesma época, vinha sendo executado e, inclusive, acompanhado pelo próprio representante legal do Contratado⁶⁴.

96. **Em outras palavras, o REQUERENTE claramente se valeu de ocorrências surgidas ao longo da execução de outro contrato, para pretender ser ressarcido em custos que não incorreu na execução do contrato sob discussão na presente demanda**⁶⁵!

⁶² Laudo Pericial, Subitem – Análise dos Dados, às fls. 50 c/c Anexo III do Laudo Pericial – Análise de Intervalos de Acesso com Interdição de Via.

⁶³ Laudo Pericial, fls. 38.

⁶⁴ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 469 a 502.

⁶⁵ Laudo Pericial, fls. 41.

97. Desta feita, para fins de levantamento do total de acessos concedidos ao **REQUERENTE** ao longo de todo o período de vigência contratual, o Sr. Perito não pode valer-se das imprecisas e incorretas informações por aquele produzidas⁶⁶, assim como não encontrou nos dados acostados aos autos pelas Partes, documentação suficiente e apta a uma apuração precisa daquele número na medida em que, além de não ter sido apresentada a totalidade dos Registros de Diário de Obras (RDOs) referente ao período total de execução contratual, alguns dos RDOs apresentados não indicam o número da Solicitação de Acesso (SA) à qual se referem, impedindo, desta forma, que o *expert* realizasse o cruzamento de informações entre RDOs e SSA, absolutamente necessário ao levantamento total dos acessos concedidos⁶⁷.

98. Ainda em análise do tema, o *expert* debruçou-se sobre o Doc. R-22 da ora **REQUERIDA** e Doc. E-11, do **REQUERIDO 1**, os quais listam, e apresentam, todas as Solicitações de Acesso com interdição de via formalizadas no período de execução do Contrato; isto é, de janeiro/2010 a janeiro/2016 e de cuja análise foi possível ao Sr. Perito concluir que, **embora a REQUERIDA CPTM não tenha concedido 100% dos acessos solicitados pelo REQUERENTE no citado período, o REQUERENTE também não solicitou acessos em quantidade suficiente para que pudesse cumprir o Contrato integralmente, dentro do prazo original de 18 meses**⁶⁸!

99. Frente a tal panorama que, por si só, já claramente retrata a ausência, nos autos, de elementos suficientes para subsidiarem a quantificação precisa dos acessos negados ao **REQUERENTE**, a solução adotada pelo Sr. Perito que, cumpre ressaltar, consistiu justamente naquela desde o início apontada pelos **REQUERIDOS**, foi a de conferir tratamento aos dados extraídos dos documentos acima citados (Doc. R-22 e Doc. E-11).

100. Depois de verificados e analisados de forma cruzada, na forma apontada pelo *expert* nos Subitens 5.1.2.1. e 5.1.2.2. do Laudo Pericial, o Sr. Perito elaborou a Planilha 'R-22 Tratado', integrante do Anexo III do Laudo Pericial (Análise de Intervalos de Acesso com Interdição de Via), bem como outras Planilhas Auxiliares⁶⁹, tendo dessas resultado a acima já mencionada planilha 'Resumo Laudo', que apresenta as quantidades de horas apuradas por *status*, por período contratual e por meses.

101. Em que pese, contudo, o esforço do Sr. Perito em extrair dos documentos que lhe foram apresentados, informações capazes de identificar a quantidade de horas de acesso negadas ao **REQUERENTE**, o fato é que, **muito embora tenha ele cuidado de registrar nas mencionadas planilhas todos os RDOs e SAs disponibilizados pelas Partes, a análise da compatibilidade dos registros em RDO de SA executada e/ou cancelada (número, horário e**

⁶⁶ Laudo Pericial, fls. 42.

⁶⁷ Laudo Pericial, fls. 43.

⁶⁸ Laudo Pericial, Subitem 5.1.1.4, fls. 46.

⁶⁹ 'Resumo', 'Resumo Solicitadas' e 'Atrasos CPTM', cf. fls. 50 do Laudo Pericial.

serviços), com as informações das SAs fornecidas, foi tão somente amostral, conforme por ele expressamente afirmado, às fls. 47 do parecer técnico que emitiu!

102. Diante do exposto, as únicas conclusões possíveis de serem alcançadas acerca do tema em análise – Dificuldade de Acesso à Via – são:

- △ O **REQUERENTE**, já antes da formalização do Contrato STM nº 012/2009, sabia que não conseguiria cumprir integralmente o Contrato, ainda que lhe fossem concedidas todas as horas de acesso compreendidas na grade horária referencial;
- △ O **REQUERENTE** não solicitou, durante os primeiros 18 meses de vigência contratual, o total de horas de acesso compreendidas na grade horária referencial;
- △ Foram concedidos intervalos com horas de acesso superiores aos previstos no edital;
- △ Houve situações de cancelamentos ou não aproveitamento de acessos, por responsabilidade do **REQUERENTE**, e
- △ A quantidade de horas de acesso negadas ao **REQUERENTE** ainda é absolutamente indefinida e questionável, na medida em que o próprio *expert* admitiu ter analisado apenas uma amostra dos documentos a que teve acesso.

II.2.ii. Alteração de Metodologia para Execução dos Serviços de Instalação de Postes

103. Em depoimento, o Sr. Gustavo Machado e os Engs. Flavio Muller e Marcos Freitas apontaram também a alteração na metodologia de implantação de postes como um dos fatores responsáveis pela extensão do prazo de execução contratual, pois, segundo eles, tal mudança de metodologia, cuja adoção teria se estendido por um pouco mais de 01 (um) ano, teria levado à necessidade de realização deste serviço em período noturno e de forma não sequencial, resultando em uma queda na produtividade na prestação desses serviços⁷⁰.

104. Entretanto, acerca da alteração da metodologia de instalação de postes, cumpre à ora **REQUERIDA CPTM** destacar que o próprio **REQUERENTE**, em suas Alegações Iniciais, afirmou que tal alteração perdurou por tão apenas 04 (meses), do total de 72 (setenta e dois) meses de vigência do Contrato STM nº 012/2009, informação esta que foi constatada e referendada pelo Laudo Pericial, o qual afirma ter ela ocorrido no período compreendido entre 16.03.2012 a 13.07.2012 e, portanto, na vigência do Termo Aditivo nº 02⁷¹.

105. O principal aspecto da mencionada alteração de metodologia, e que está a embasar o pleito indenizatório do **REQUERENTE** a este título, é que a referida instalação passou a depender da interrupção do tráfego do trem e, por este motivo, o Contratado argui que teria restado prejudicado o cumprimento do cronograma à época vigente.

⁷⁰ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 353 a 387, Linhas 1738 a 1739, Linhas 2108 a 2159, Linhas 4077 a 4101 e Linhas 5738 a 5751.

⁷¹ Laudo Pericial, Item 5.3, fls. 51.

106. Entretanto, **a análise documental realizada pelo Sr. Perito, especialmente dos RDOs que instruem os autos da presente Arbitragem, não demonstrou que tal alteração de metodologia tenha impactado a quantidade de ‘horas solicitadas’, ‘concedidas’ e ‘não concedidas’ ao REQUERENTE, ao longo da vigência do mencionado Termo de Aditamento nº 02**⁷².

107. Diante do exposto, as únicas conclusões possíveis de serem alcançadas acerca do tema em análise – Alteração de Metodologia de instalação de Postes – são:

- △ O **REQUERENTE** não comprovou que a alteração da metodologia teve um impacto negativo para o cumprimento do cronograma estabelecido por meio do Termo Aditivo nº 02, e
- △ O **REQUERENTE** não comprovou que tal evento contribuiu para o aumento dos custos por ele incorridos ao longo do período em que perdurou tal alteração.

II.2.iii. Alteração de Projetos

108. O **REQUERENTE** aduz que a divergência por ele identificada durante a execução do objeto contratual, entre o Projeto de Rede Aérea de Tração e Via Permanente, cujos serviços estavam sob sua responsabilidade, e o Projeto de Sinalização cuja responsabilidade era de outra contratada dos **REQUERIDOS**, também teria se constituído em evento causador de impacto negativo para o cumprimento do cronograma.

109. Ao tratar do tema na Audiência de Instrução, o Sr. Gustavo Machado, representante legal do **REQUERENTE**, alegou que havia um problema na divergência identificada nos serviços com ele contratados, que impunham a adoção do padrão de geometria AREMA dos travessões, ao passo que os serviços de implantação de Sistema de Sinalização que estavam sendo implantados na mesma Linha 12, por outra contratada, adotavam o padrão de geometria UIC para a instalação dos travessões⁷³. Segundo o depoente, a superação de tal divergência era pré-requisito para que o **REQUERENTE** pudesse concluir o Projeto de implantação da Via Permanente (troca de travessões).

110. O episódio foi também mencionado em audiência pelo Eng. Flavio Muller, que igualmente afirmou ter sido o **REQUERENTE** prejudicado por tal evento⁷⁴.

111. A este respeito, mais uma vez **o Sr. Perito afirma que não há comprovação, nos autos, de que tal divergência tenha realmente contribuído para o atraso no cumprimento do cronograma, pelo REQUERENTE.**

⁷² Laudo Pericial, Item 5.3, fls. 51/52.

⁷³ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 137 a 164 e Linhas 2174 a 2208.

⁷⁴ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 2953 a 3045.

112. De fato. A **REQUERIDA CPTM** destaca que a discordância identificada nos projetos, em si, não impactou a execução dos serviços pelo **REQUERENTE**. Tal episódio pode, quando muito, ter prejudicado a própria **REQUERIDA CPTM**, mas não pode servir de argumento para o não cumprimento ou cumprimento em atraso do Contrato, pelo Consórcio-contratado. Logo, o **REQUERENTE** poderia atribuir aos **REQUERIDOS**, quando muito, e se assim restasse efetivamente comprovado nos autos, a responsabilidade por prejuízos decorrentes da impossibilidade de avanço da execução contratual, durante o tempo em que aguardou uma solução para tal entrave.

113. Entretanto, segundo o *expert*, a apontada divergência envolveu uma parcela ínfima do escopo do contrato, na medida em que incidiu tão apenas sobre 02, das 13 Estações da Linha 12 sobre a qual os serviços eram prestados pelo **REQUERENTE**, de modo que, **afirma o Laudo Pericial, as consequências de tal divergência não podem ser consideradas relevantes, a ponto de terem causado impacto negativo no cumprimento do cronograma contratual**⁷⁵.

114. Ademais, o próprio Sr. Perito aduz que, ainda que a alteração de projetos de Via Permanente e Rede Aérea tenham implicado na necessidade de prorrogação do prazo de execução do Contrato STM nº 012/2009, não é possível extrair dos autos qual parcela do prazo de 18 meses objeto do Termo de Aditamento nº 02 efetivamente decorreu da necessidade da adequação dos projetos⁷⁶.

115. Diante do exposto, a única conclusão possível de ser alcançada acerca do tema em análise – Alteração de Projetos – é:

- ⚠ O **REQUERENTE** não comprovou que a alteração de projetos teve um impacto negativo para o cumprimento do cronograma estabelecido por meio do Termo Aditivo nº 02.

II.2.iv. Execução de Serviços Adicionais

116. Ainda sobre os eventos ensejadores das prorrogações de prazo havidas, o Sr. Gustavo Machado mencionou a necessidade de adequação dos serviços, em razão da construção da nova Estação São Miguel Paulista da **REQUERIDA CPTM** e, ao que parece, afirma que o **REQUERENTE** não teria recebido pagamento pela prestação de tais serviços adicionais⁷⁷.

117. A necessidade de manutenção de equipe de Meio Ambiente e de realização de serviços de gestão ambiental também foram apontados, pelo **REQUERENTE**, como

⁷⁵ Laudo Pericial, Item 5.3, fls. 52.

⁷⁶ Laudo Pericial, Item 5.4, fls. 66.

⁷⁷ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 395 a 399 c/c Linhas 425 a 427.

serviços não contemplados na planilha original de Quantidades e Serviços e que, portanto, o teriam levado a incorrer em custos adicionais.

118. Sobre o tema, o Eng. Flavio Muller admitiu, em sua oitiva, que a manutenção de licenças ambientais correspondia a dever contratual do **REQUERENTE**, tanto que ao longo da execução contratual, fez entregas mensais de Relatórios Ambientais à ora **REQUERIDA**⁷⁸.

119. O Sr. Perito, por sua vez, acertadamente afirma que as variações no escopo contratado foram formalizadas em Termos de Aditamento e que, de uma análise dos referidos instrumentos, foi-lhe possível constatar que, ao longo de toda a vigência do Contrato STM nº 012/2022, o preço originalmente contratado foi acrescido em R\$ 28.471.630,88, equivalente a cerca de 15% do valor original do Contrato⁷⁹.

120. O *expert* destacou, também, que do mencionado valor, boa parcela se referiu ao acréscimo de novos serviços ao escopo do Contrato, orçados em R\$ 20.227.333,89, além da adequação da Planilha de Quantidades e Serviços à época vigente, que consistiu no aumento de alguns serviços nela listados, no importe de R\$ 15.589.168,71 e, também, na redução de alguns serviços dela constantes, no importe de R\$ 21.050.010,86⁸⁰.

121. O **REQUERENTE** e o Sr. Perito entendem, portanto, que no referido valor não estão embutidos os custos adicionais suportados pelo Consórcio-contratado.

122. Mas, não passou despercebido à **REQUERIDA CPTM** o curioso fato de que o aumento do objeto contratado não tenha sido acompanhado de um proporcional aumento do prazo de execução contratual?!

123. Percebam, I. Árbitros, que por ocasião da formalização do Termo de Aditamento nº 03, em 28.12.2011, o Contrato STM nº 012/2009 já havia sofrido uma prorrogação de prazo – por mais 18 meses -, dos quais já haviam transcorrido 06 deles; ou seja, com a formalização daquele Termo Aditivo, o **REQUERENTE** assumiu ser capaz de executar o saldo remanescente do objeto originalmente contratado e os novos serviços, em um prazo total de 12 meses.

124. Tal ausência de necessidade de prazo complementar, para a execução dos novos serviços, foi inclusive mencionada pelo Eng. Marcos Freitas, ao longo de sua oitiva⁸¹.

⁷⁸ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 3939 a 4008.

⁷⁹ Termo de Aditamento nº 03.

⁸⁰ Laudo Pericial, Item 5.4, fls. 54/55.

⁸¹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 5616 a 5673.

125. A realidade é que a conduta do **REQUERENTE** não chamaria tanta atenção, não fosse o fato de que o Consórcio-contratado já tinha conhecimento da dificuldade de acesso à via, por ocasião da formalização daquele aditivo! Fosse pela experiência que tinha na execução de contratos similares, fosse pela capacitação da equipe técnica destacada para a realização dos trabalhos, fosse pelos entraves já experimentados nos meses que antecederam à formalização do Termo Aditivo nº 03, era de se esperar que o **REQUERENTE**, fazendo uso da prerrogativa que lhe era conferida por lei, solicitasse também um aumento no prazo de execução dos serviços:

“Art. 57.

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei”.⁸²

126. Mas o fato é que o **REQUERENTE** assim não agiu. Ao invés de solicitar um proporcional acréscimo no prazo de execução dos serviços, atitude que, é cediço, contribuiria para que fosse assegurada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, optou por assumir o risco de não executá-lo no prazo remanescente de execução contratual para, mais tarde, pretender se ressarcir de eventuais prejuízos sofridos, pela via indenizatória!

127. Também os Termos Aditivos ns. 06 e 07 resultaram em adequação da Planilha de Quantidades e Serviços, embora sem que delas tenha resultado algum aumento no valor total do Contrato. De toda sorte, o Sr. Perito destaca que ambas implicaram em redução na quantidade de serviços prestados.⁸³

128. Em conclusão, o *expert* afirma que ao longo dos 72 meses de execução contratual, a Planilha sofreu as seguintes adequações totais nos quantitativos de serviços e materiais nelas listados⁸⁴:

	Serviços		Materiais	
	Via Permanente	Rede Aérea	Via Permanente	Rede Aérea
Aumento	18%	xxx	5%	xxx
Redução	xxx	24%	68%	xxx

129. Pois bem, ainda que, como acima demonstrado, a Planilha de Quantidades e Serviços de início contratada tenha sofrido algumas adequações ao longo da

⁸² Lei Federal nº 8.666/93, art. 57, 1º, IV.

⁸³ Laudo Pericial, Item 5.4, fls. 61/64.

⁸⁴ Laudo Pericial, Item 5.4, fls. 66.

execução do objeto contratado, está claro que todas elas restaram formalizadas em Termos de Aditamento.

130. Entretanto, **conforme bem colocado pelo Sr. Perito, não se pode daí simplesmente depreender que tais adequações tenham impactado o cumprimento do cronograma, pelo REQUERENTE. O expert destaca que não há, nos autos, qualquer comprovação neste sentido**⁸⁵!

131. Diante do exposto, as únicas conclusões possíveis de serem alcançadas acerca do tema em análise – Serviços Adicionais – são:

- △ A manutenção de licenças ambientais e a emissão de Relatórios Ambientais Mensais constituía obrigação contratual do **REQUERENTE** e, portanto, não constituem custos adicionais passíveis de ressarcimento;
- △ Foram pagos ao **REQUERENTE** todos os serviços adicionais por ele prestados, conforme incorporados ao Contrato por meio do Termo Aditivo nº 03;
- △ O **REQUERENTE** claramente preferiu não solicitar prazo adicional para a execução dos novos serviços assumindo, desta forma, o risco de não conseguir executar os serviços adicionais dentro do prazo remanescente de execução contratual, e
- △ Ainda assim, não ficou comprovado nos autos que a contratação de novos serviços tenha impactado negativamente o cumprimento do cronograma à época vigente.

II.3. **Consequências identificadas, decorrentes dos eventos antes analisados**

II.3.i. **Relativas à extensão de prazo**

132. Do quanto até aqui destacado das conclusões periciais tem-se que, **exceto pelo reconhecimento pericial de que não houve a concessão de 100% dos acessos à via solicitados pelo REQUERENTE**, ao longo de toda a vigência do Contrato, **não houve comprovação, nos autos, de que os demais eventos por este suscitados foram, tal como o Contratado alega, ensejadores da necessidade de prorrogação do prazo de execução contratual.**

133. Por outro lado, embora as prorrogações de prazo havidas tenham sido objeto de Termos de Aditamento e, portanto, consensualizadas entre as Partes e, ainda que em sua quase totalidade não lhes tenha sido atribuído algum valor, a conclusão pericial foi no sentido de que *“as justificativas técnicas apresentadas pela CPTM para as prorrogações do prazo contratual não atribuíram nenhuma responsabilidade ao Consórcio”*⁸⁶.

⁸⁵ Laudo Pericial, Item 5.4, fls. 66.

⁸⁶ Laudo Pericial, Item 6.1, fls. 80.

134. Por conseguinte, toda a defesa técnica do **REQUERENTE**, em Audiência, apoiou-se naquela premissa.

135. Como, entretanto, será adiante demonstrado, não se trata de uma premissa válida!⁸⁷

136. Com todo o respeito que o ilustre Sr. Perito merece, não pode a **REQUERIDA CPTM** concordar com tal conclusão! E os motivos de sua vigorosa discordância serão reiterados a seguir.

137. Primeiramente, porque ao mencionar os eventos acima já analisados, como justificativas técnicas para os Termos Aditivos firmados, evidentemente que não teve a ora **REQUERIDA** a intenção de avocar, para si, a responsabilidade pela ocorrência e consequência dos mesmos! Aliás, nenhum sentido nisto haveria, pois, até mesmo aos leigos restaria clara a prova que contra si mesma ela estaria produzindo. E, é claro, não foi isso que fez!

138. Perceba, E. Tribunal, que as justificativas apresentadas, conforme constantes dos **Relatórios Técnicos à Diretoria** produzidos pela **REQUERIDA CPTM** e que precedem os Aditamentos Ns. 02, 04, 06 e 07 formalizados com o **REQUERENTE**, todos com o objetivo de formalizar prorrogações de prazo, **dão conta, única e simplesmente, da necessidade de prorrogação do prazo de execução do Contrato STM nº 012/2009 em razão dos fatores neles listados!**

139. **Não há, naqueles documentos, a assunção de qualquer responsabilidade por parte da REQUERIDA CPTM em relação à ocorrência daqueles fatores, fato que, importante lembrar, foi inclusive depois admitido em audiência pelo próprio Sr. Perito:**

“Dr. Ivo Musetti R. de Souza [Adv. Reqdas.]: Esses documentos que antecederam os termos aditivos, é incontroverso que listaram diversos itens que atribuem responsabilidades a à CPTM. Em algum trecho senhor leu a afirmação de que o Consórcio não tem nenhuma responsabilidade pela prorrogação cronograma?”

Sr. Octavio Galvão Neto [Perito]: Não, não li”. (grifos nossos)⁸⁸.

140. Aliás, bem ao contrário, o que se tem é que, em todos os Termos de Aditamento em que se buscou prorrogar o prazo de vigência contratual, as Partes, de

⁸⁷ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 6055 a 6093.

⁸⁸ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 9834 a 9842.

comum acordo, firmaram tais instrumentos com a expressa previsão de que os mesmos não implicavam em acréscimo de valor ao Contrato e, mais ainda, que ficavam ratificadas as demais cláusulas contratuais que não haviam sido objeto de alteração por meio do Termo de Aditamento; ou seja, inclusive a cláusula referente ao preço do Contrato!

141. Tal previsão contratual, por si só, retira do **REQUERENTE** o direito de pretender agora, ser ressarcido por custos adicionais supostamente por ele incorridos no passado!

142. Bem por isso descabida também, ao caso presente, a afirmação do representante legal do **REQUERENTE** quando este aduz em seu depoimento, ainda que de maneira implícita, que em razão de a Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93) impor limitação ao acréscimo quantitativo do objeto contratado, o total dos custos indiretos incorridos pelo Consórcio não pode ser integralmente a ele ressarcido, por meio de aditivos contratuais⁸⁹.

143. Ora, o art. 65, §§ 1º e 2º da citada lei estabelece um acréscimo máximo, nos serviços, equivalente a 25% (vinte e cinco) por cento do valor atualizado do contrato⁹⁰. No caso em apreço, porém, tal percentual jamais foi alcançado, na medida em que dentre os 07 (sete) Termos de Aditamento celebrados entre as Partes, somente 01 (um) deles, o Termo Aditivo nº 03, implicou em um aumento do valor do Contrato, mas em percentual equivalente a somente 15% (quinze por cento) do preço do Contrato STM nº 012/2009.

144. Em outras palavras, após a formalização daquele Termo de Aditamento nº 03, ainda havia margem contratual para que eventuais valores devidos por força da execução contratual, e desde que devidamente comprovados pelo **REQUERENTE**, fossem-lhe pagos por meios de instrumentos de aditamento!

145. O Eng. Marcos Freitas, por sua vez, justificou a concordância do **REQUERENTE** para com as condições estabelecidas nos Termos de Aditamento firmados com os **REQUERIDOS**, valendo-se do pífio argumento de que a **REQUERIDA CPTM** não aceitava receber pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro e/ou indenizatórios, enquanto o Contrato ainda estivesse vigente. A testemunha alegou, inclusive, que a ora **REQUERIDA** ameaçava não formalizar novos aditivos, caso o **REQUERENTE** insistisse em demandas de tal natureza⁹¹, enquanto o contrato ainda estivesse em execução.

146. É manifesto que tais alegações não encontram qualquer respaldo nos documentos acostados aos autos e, por certo, nem poderia ser diferente, pois fogem da

⁸⁹ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 1620 a 1632.

⁹⁰ **Art. 65. § 1º** *O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º* *Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, ...*”.

⁹¹ Ata de Audiência de Instrução Estenotipada, Linhas 4897 a 4966.

realidade. Tanto é assim que, ainda em oitiva, a testemunha ressaltou que o **REQUERENTE** não possui provas documentais capazes de comprovar tal alegação!

147. Aliás, vale destacar, que neste ponto da oitiva da testemunha, ao Eng. Marcos Freitas foram formulados os seguintes questionamentos:

“Dra. Valéria Galíndez [Árbitra Presidente]: Ok. Em algum momento vocês cogitaram paralisar os trabalhos?”

Sr. Marcos Rogério Freitas [Teste. Reqte.]: Vários momentos internamente a gente cogitou paralisar o contrato sim, em vários momentos.

Dra. Valéria Galíndez [Árbitra Presidente]: Externaram isso para a CPTM?

Sr. Marcos Rogério Freitas [Teste. Reqte.]: Verbalmente sim, externamos que estava difícil de permanecer com o contrato em pé por essa extensão de prazo.

Dra. Valéria Galíndez [Árbitra Presidente]: E por que não foram adiante com essa ideia?

Sr. Marcos Rogério Freitas [Teste. Reqte.]: Bom, nós nunca paralisamos, a gente se não me engano 14 contratos com a CPTM nós já tivemos muitos contratos como este que tivemos problemas financeiros e tivemos que ir fora para pegar dinheiro e continuar o contrato, nós nunca paralisamos o contrato, nunca deixamos de cumprir o escopo contratual em nenhum de nossos contratos devido a isso. Então a gente tem por base em honrar os contratos até o final, executar e fazer e entregar ao cliente, eventualmente como em outro os vários contratos a gente fazer uma demanda quando exige, quando tem arbitragem a gente faz a demanda e quando não indenização ou até Justiça⁹².

148. A **REQUERIDA CPTM** confere especial destaque ao teor das respostas oferecidas pelo Eng. Marcos Freitas, porque elas claramente corroboram o quanto já aduzido pela ora **REQUERIDA** no Item II.2.i. das presentes Alegações, quando esta faz expressa referência ao modo absolutamente consciente e arquitetado de agir do **REQUERENTE**, nas licitações de que participa.

149. A realidade, portanto, é que jamais foi apresentada qualquer solicitação no sentido de que custos adicionais fossem incorporados ao preço do Contrato; aliás, muito ao contrário, conforme acima já lembrado e aqui reiterado, ele assinou sucessivos Termos de Aditamento com a expressa previsão de que tais instrumentos não implicavam em acréscimo de

⁹² Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 4927 a 4949.

valor ao Contrato e, mais ainda, que ficavam ratificadas as demais cláusulas contratuais que não haviam sido objeto de alteração por meio do Termo de Aditamento!

150. Logo, absolutamente desvirtuada a interpretação que o expert conferiu àqueles Relatórios Técnicos. A REQUERIDA CPTM, não há dúvidas, limitou-se a listar, naqueles instrumentos, os motivos ensejadores das prorrogações de prazo e, assim o fez, pelo simples fato de que justamente era este, e somente este, o objeto dos aditamentos cujas aprovações as Partes pretendiam.

151. Está claro, portanto, que por ocasião da formalização de cada um dos Termos Aditivos firmados, nunca esteve, em discussão, qualquer pleito indenizatório que justificasse uma análise da obrigação das Partes, em face dos fatos ocorridos.

152. Some-se, ainda, à argumentação acima, o fato inconteste de que nem mesmo o Sr. Perito, na análise que fez dos documentos acostados aos autos, foi capaz de deles extrair a responsabilidade dos REQUERIDOS para com todas as prorrogações de prazos havidas e, menos ainda, para a os decorrentes custos adicionais que o REQUERENTE alega ter incorrido ao longo da execução do Contrato.

153. Ora, se o trabalho pericial não identificou, dos documentos acostados aos autos, tal responsabilidade, não pode a REQUERIDA CPTM aceitar que a mesma lhe seja imputada pelo simples fato de os REQUERIDOS não terem expressamente mencionado a responsabilidade do Contratado e, tampouco, pelo mero fato de ter apontado os motivos das prorrogações.

154. Qualquer conclusão neste sentido é, portanto, mera conjectura e, portanto, não haverá que ser considerada pelos I. Árbitros por ocasião do julgamento da presente demanda, sob pena de se estar condenando os REQUERIDOS ao ressarcimento de valores referentes a prejuízos supostamente sofridos pelo REQUERENTE, mas para os quais, se ressalta, os REQUERIDOS não contribuíram!

155. Está claro, assim, que o trabalho pericial, ao atribuir aos REQUERIDOS a responsabilidade exclusiva pela prorrogação do prazo do Contrato, o fez não amparado nos fatos, mas nas justificativas que serviram de base à formalização dos Termos de Aditamento; ou seja, o Sr. Perito interpretou documentos e, ao fazê-lo, extrapolou sua própria competência.

156. A interpretação documental é, não há dúvidas, competência exclusiva do E. Tribunal Arbitral e a REQUERIDA CPTM está convicta de que, ao fazê-lo, se concluirá para inexistência de responsabilidade exclusiva dos REQUERIDOS, para com a extensão de prazo havida.

157. E para encerrar este tópico, oportuno lembrar ainda que os acima mencionados Relatórios Técnicos à Diretoria - únicos documentos em que, de acordo com o equivocadamente entendido do Sr. Perito, teria a **REQUERIDA CPTM** assumido a responsabilidade pelas prorrogações de prazo havidas e, portanto, das consequências delas decorrentes -, foram assinados justamente pelo Gestor do Contrato STM nº 012/2009 na CPTM; ou seja, justamente pelo profissional que conhecia em detalhe o Contrato e as Propostas Comercial e Técnica pelas quais o **REQUERENTE** foi contratado.

158. Ora, em assim sendo, evidente que tinha o Gestor ciência de que, por se tratar de empreitada por preço global⁹³ e, ainda, em razão de o Contratado não ter apresentado, por ocasião da formalização do Contrato STM nº 012/2009, a taxa de Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) que compunha o preço da Proposta Comercial pela qual fora contratado, era absolutamente provável que os eventos ensejadores da prorrogação de prazo e esta propriamente dita, já tivessem sido contemplados na margem de risco do negócio e, portanto, estivessem previstos, em algum percentual, no valor original do Contrato.

159. Afinal, como dito e repetido pelos **REQUERIDOS** ao longo do presente procedimento arbitral, este não foi o primeiro, e tampouco o último, contrato de prestação de serviços de engenharia firmado entre os **REQUERIDOS** e as empresas que compõem o Consórcio ENER, ora **REQUERENTE**!

160. Não há, portanto, que se falar em responsabilidade plena e exclusiva dos REQUERIDOS para as prorrogações do prazo de execução do Contrato!

II.3.ii. Relativas às providências para mitigação dos impactos

161. O Laudo Pericial aponta não ter havido, por parte do REQUERENTE, qualquer ação mitigadora visando promover uma aceleração dos serviços, com o intuito de recuperar o atraso identificado no cumprimento do cronograma contratual. O Consórcio-contratado não redimensionou mão-de-obra e equipamentos, na tentativa de trabalhar outras frentes de trabalho.

162. Não houve incremento de recursos, apenas cadenciamento; isto é, o próprio *expert* afirma ter notado que houve uma adequação dos recursos mobilizados, à realidade das frentes de trabalho da obra⁹⁴.

II.3.iii. Relativas à ociosidade de recursos

163. As perguntas para as quais o trabalho pericial buscou respostas foram:

⁹³ Doc. R-11.

⁹⁴ Laudo Pericial, Item 6.2, fls. 82/83.

- a. A ociosidade de equipamentos, além da margem originalmente prevista pelo **REQUERENTE**, de fato existiu?
- b. Em caso positivo, a quem pode ser atribuída a responsabilidade por tal ociosidade?
- c. Se houve responsabilidade dos **REQUERIDOS**, qual foi o impacto (em tempo e em valores) da referida ociosidade no cumprimento do cronograma originalmente ajustado entre as Partes?
- d. Caso a resposta ao item anterior seja afirmativa, quais critérios devem ser adotados para o cálculo dessa ociosidade imprevista? Adotado o critério considerado adequado, o valor da parcela do pleito, correspondente à ociosidade de equipamentos, pode ser considerada procedente?

164. Pois bem, ainda que alguma ociosidade tenha de fato existido, as presentes Alegações demonstram que a mesma não pode, novamente, ser imputada em caráter exclusivo aos **REQUERIDOS**.

165. Ainda que seja esta a pretensão do **REQUERENTE**, é fato que ficou comprovado em audiência que existem horas de acesso não aproveitadas e/ou subaproveitadas pelo Consórcio-contratado.

166. Logo, quaisquer custos por ele incorridos nos intervalos que lhe foram concedidos, porém não aproveitados por sua culpa exclusiva ou, melhor dizendo, por responsabilidade não comprovada dos **REQUERIDOS**, não poderá ser destes cobrada!

167. O correto cálculo da ociosidade passa, portanto, para necessária análise cruzada de todos os RDOs e SAs que instruem o processo, a fim de que seja identificada a exata quantidade de horas em que o **REQUERENTE** não pode aplicar os recursos que já havia mobilizado, por culpa explícita dos **REQUERIDOS**.

168. Mas o adequado cálculo da ociosidade de recursos exige, ainda, a análise sob um outro viés, e este já foi suscitado pela ora **REQUERIDA** em seus Comentários aos Esclarecimentos ao Laudo Pericial.

169. Naquele documento, a **REQUERIDA CPTM** já alertou para a **necessidade de que os cálculos em questão adotem, por referência, não o custo cheio dos recursos, mas, forçosamente, somente o custo improdutivo da mão-de-obra e dos equipamentos**⁹⁵ para cuja ociosidade o **REQUERENTE** pretende ser ressarcido.

170. Ademais, a **REQUERIDA CPTM** insiste na necessidade de que somente sejam considerados na base de cálculo dos acessos negados, o total de acessos concedidos e, não, o total de acessos solicitados, conforme pretendido pelo **REQUERENTE**.

⁹⁵ Comentários CPTM aos Esclarecimentos ao Laudo Pericial, §§ 36 a 43.

171. O Sr. Perito afirmou, em audiência, que não atribuiu à **REQUERIDA CPTM** a responsabilidade por atrasos, quando restou demonstrado que o **REQUERENTE** conseguiu realizar a atividade, ainda que em menor tempo e, tampouco, quando houve cancelamento de acesso concedido em tempo hábil para que o **REQUERENTE** pudesse evitar a mobilização de recursos⁹⁶.

172. Ora, se o Sr. Perito afirma não ter imputado responsabilidade aos **REQUERIDOS** por cancelamentos de acesso já concedidos, mas para os quais não havia ainda mobilização de recursos, mais ainda faz sentido dizer que nenhuma indenização é devida ao **REQUERENTE**, por acessos solicitados mas jamais concedidos, já que em tal situação ainda menor a probabilidade de o Consórcio-contratado já ter mobilizado algum recurso!

173. Também foi relatado pelo *expert* que a maior parte dos RDOs aponta que os serviços foram realizados pelo **REQUERENTE** em prazo inferior ao período de acesso que lhe foi concedido⁹⁷, o que comprova que o Consórcio-contratado planejava mal a duração dos acessos que solicitava e que, portanto, formalizava pedidos de acessos superiores àqueles que lhe eram efetivamente necessários⁹⁸, sendo esta, portanto, mais uma prova de que as horas de acessos solicitadas não pode, definitivamente, servir de referência ao cálculo das horas de acessos não concedidas!

174. De toda forma, uma análise amostral dos RDOs e SAs analisados no Laudo Pericial, permitiu à **REQUERIDA CPTM** depreender que, na prática, foram sim considerados devidos ao **REQUERENTE**, o ressarcimento por custos incorridos nas situações acima apontadas.

175. Não há, portanto, como se afastar a análise detalhada e criteriosa de cada um dos documentos que integra a presente Arbitragem!

176. Ainda sobre ociosidade, o Eng. Eduardo V. Mello asseverou em seu depoimento que na análise dos RDOs realizada, foi feito “*um levantamento qualitativo e quantitativo, tanto é que houve divergência, o senhor perito considerou quantidade, nós consideramos quantidade e qualidade*”. E na sequência do depoimento, o Assistente Técnico exemplifica, mencionando que para o cálculo da ociosidade, considerou também os intervalos concedidos, porém não aproveitados pelo **REQUERENTE**, em razão da insuficiência do tempo do acesso para o desempenho de determinadas atividades do Contrato.

177. A simples menção à análise qualitativa dos intervalos desperta desconfiança na **REQUERIDA CPTM** afinal, como pode ter sido possível ao Assistente

⁹⁶ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 9068 a 9074.

⁹⁷ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 9046 a 9048.

⁹⁸ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 9052 a 9067.

Técnico fazer uma análise qualitativa dos acessos concedidos se não há, nos autos, qualquer documento que ateste, de alguma forma, o não aproveitamento de acessos pelo Consórcio-contratado, por questões qualitativas e para os quais o próprio **REQUERENTE** tenha, ao longo da execução contratual, destacado o tempo desperdiçado e, menos ainda, acerca dos quais haja a concordância dos **REQUERIDOS!**

178. O Eng. Eduardo V. Mello foi incisivamente inquirido a este respeito e apenas, o que fez, foi esquivar-se de dar uma resposta convincente.

179. Ora, nem poderia ser diferente, pois, repisa-se, não há, nos autos, quaisquer documentos que lhe permitam comprovar, de forma incontestável, o subaproveitamento de acessos pelo **REQUERENTE**, por razões qualitativas!

180. Tanto assim que os resultados de tal avaliação qualitativa não foram aproveitados pelo trabalho pericial, conforme ele mesmo admite.

181. Ainda assim, a **REQUERIDA CPTM** entendeu por bem fazer a ressalva, pois assim como o **REQUERENTE** se valeu de bases disparatadas para o cálculo da ociosidade de recursos que alega ter experimentado, tantas outras incongruências, já foi aqui demonstrado, podem ser também identificadas no parecer técnico do **REQUERENTE**.

182. E para fechar este tema, a **REQUERIDA CPTM** lembra que o Laudo Pericial apontou que no período original de execução contratual; isto é, nos primeiros 18 meses de vigência do instrumento, somente 42% dos serviços de Via Permanente haviam sido executados, muito embora 60% daqueles serviços não exigissem a interdição da via para serem realizados.

183. Aliás, acerca de tal ressalva pericial, vale chamar a atenção dos I. Árbitros para a contradição existente entre tal constatação e a afirmação exarada em depoimento do representante legal do **REQUERENTE**, de que o Contrato STM nº 012/2009 era “*um contrato que 100% dos serviços dele interferiam na via de circulação dos trens*”⁹⁹.

184. Ora, tal afirmação não condiz, claramente, com o quanto constatado pelo Sr. Perito que, conforme acima já mencionado, esclarece que havia um percentual significativo de serviços de Via Permanente que podiam ser executados sem a necessidade de concessão de acesso à via!

185. Ao alegar ter experimentado ociosidade de equipamentos durante a vigência do Contrato, o **REQUERENTE** pleiteia ressarcimento de valores a este título. Para tanto, dividiu seu pleito em 2 períodos distintos: **(a)** prazo original do Contrato, de 18 meses (de

⁹⁹ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 2081 e segs.

janeiro/2010 a junho/2011) e **(b)** prazo total da prorrogação, de 54 meses (de julho/2011 a dezembro/2015).

186. De toda forma, **o expert foi preciso ao afirmar que, em ambos os casos, não há provas de que os equipamentos permaneceram inutilizados, à disposição exclusiva das obras objeto do Contrato STM nº 012/2009.**

187. Além disso, e tal como já destacado pela ora **REQUERIDA** nas presentes Alegações, quando de seus comentários acerca da responsabilização das Partes pelo Sr. Perito, também o *expert* acertadamente arguiu não ser possível identificar se o **REQUERENTE** já considerou, por ocasião da formulação da Proposta Comercial, o risco de haver alguma ociosidade dos recursos destacados à execução do Contrato¹⁰⁰.

188. Ainda assim, o Sr. Perito buscou apurar a quantidade de horas efetivamente trabalhadas em cada mês¹⁰¹, tendo ao final concluído ser devido ao **REQUERENTE**¹⁰²:

Ociosidade	Horas	Valor da Parcela em Preços na Data Base do Contrato	Valor da Parcela em Preços na Data Base Dez/2019
Total equipe	21.106,62	600.699,96	
Total equipamento	3.538,95	395.962,97	228.441,15
		996.662,92	228.441,15

189. Em que pese tal conclusão pericial, a **REQUERIDA CPTM** relembra ao E. Tribunal que foram várias as inconsistências identificadas pelos **REQUERIDOS** nas bases de cálculo adotadas pelo trabalho pericial, conforme inclusive expostas na Audiência de Instrução¹⁰³, do que resulta, também neste caso, a necessidade de uma avaliação detalhada e exaustiva de cada um dos documentos juntados aos presentes autos!

II.3.iv. Relativas aos Custos Indiretos

190. Finalmente, o Sr. Perito avalia o impacto da prorrogação de prazo havida, no valor dos custos indiretos adicionais que o **REQUERENTE** alega ter incorrido.

191. A celeuma, como aqui antes já mencionado, incide sobre a metodologia de cálculo adotada pelo trabalho pericial, que é rebatida por ambas as Partes.

192. No entendimento do **REQUERENTE**, a variável 'prazo' impacta diretamente o cálculo de todos os custos indiretos; ou seja, de todos os custos que compõem o BDI.

¹⁰⁰ Laudo Pericial, Item 6.3, fls. 88.

¹⁰¹ Laudo Pericial, Item 6.3, gráfico da 'Evolução da quantidade de horas trabalhadas ao longo da obra (SAs Executadas)', fls. 89.

¹⁰² Laudo Pericial, Item 6.3, fls. 90.

¹⁰³ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 9926 e segs.

193. Para os **REQUERIDOS**, a inconsistência dos cálculos periciais está na não exigência da apresentação da contabilidade específica do Contrato STM nº 012/2009, já que reconhecida sua existência eu audiência, conforme depoimento prestado pelo Sr. Gustavo Machado¹⁰⁴, assim como na ausência de documentos comprobatórios dos custos em que alega ter incorrido.

194. Pois bem, o *expert* não nega que o prazo de execução dos serviços possa impactar, de alguma forma, a definição de custos e, portanto, do BDI do Contrato. Bem por isso, ele também afirma que a extensão do prazo de execução do Contrato STM nº 012/2009 em 54 meses, produziu impacto nos custos indiretos dos serviços.

195. De outro lado, porém, o Sr. Perito explica que as despesas indiretas são consideradas aproximadamente fixas ao longo da execução contratual¹⁰⁵; além disso, destaca que no mencionado período de extensão contratual, parte do valor das contraprestações pagas ao **REQUERENTE** se referia aos custos indiretos do preço contratado¹⁰⁶, de modo que o valor já pago a este título ao Consórcio-contratado, deverá ser deduzido do valor total dos custos indiretos incorridos, conforme fossem apurados pelo *expert*.

196. Desta feita, considerando que por ocasião da realização do certame do qual o **REQUERENTE** restou vencedor e/ou quando da formalização do Contrato STM nº 012/2009, não foi daquele exigido que apresentasse o taxa de BDI que serviu de base à estruturação de sua Proposta Comercial, o Sr. Perito considerou a necessidade de adotar um BDI referencial para o cálculo dos custos incorridos pelo **REQUERENTE** ao longo da execução contratual, para o quê adotou, por referência, a taxa de BDI apontada pelo Consórcio-contratado em pleito administrativo submetido, no passado, à apreciação dos **REQUERIDOS**.

197. Naquele pleito administrativo, o BDI adotado foi de 40%¹⁰⁷, conforme taxas a seguir:

Natureza do Custo	Percentual
Administração Local	14,87%
Administração Central	7,52%
Seguros	1,00%
Tributos	8,61%
Lucro	8,00%
BDI Total	40,00%

¹⁰⁴ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 1859 a 1866.

¹⁰⁵ Laudo Pericial, Item 6.4, fls. 94.

¹⁰⁶ Laudo Pericial, Item 6.4, fls. 95.

¹⁰⁷ Doc. C-04, fls. 52 e Laudo Pericial, Subitem 6.4.2, fls. 96.

198. Amparado em tal composição de BDI, o trabalho pericial, depois de reavaliações solicitadas pelas Partes e realização de novos cálculos, resultou na indicação dos seguintes valores devidos pelos **REQUERIDOS**, ao **REQUERENTE**¹⁰⁸:

Natureza do Custo Adicional	Valor Devido
Administração Local	R\$ 5.836.120,66
Administração Central	R\$ 438.876,27
Seguros	xxxxx
Tributos	xxxxx
Lucros	R\$ 466.889,65
Total dos Custos Adicionais Indiretos	R\$ 6.741.886,58

199. Mas antes que a **REQUERIDA CPTM** passe a se manifestar acerca de cada uma das rubricas acima destacadas, importante reiterar que somente uma análise detalhada de cada documento apresentado pelo **REQUERENTE**, a título de comprovação dos custos incorridos, é que permitirá a apuração precisa do eventual valor a lhe ser ressarcido, sob pena de enriquecimento ilícito do Consórcio-contratado.

200. A corroborar a importância de tal análise complementar, tem-se que da simples análise amostral dos documentos submetidos à apreciação do *expert*, já lhe foi possível identificar inconsistências de natureza diversas, em vários dos lançamentos feitos pelo **REQUERENTE**: duplicidade de cobranças; classificações incorretas de custos (direto x indireto); cobranças excessivas relativas a custos com mão-de-obra indireta etc.¹⁰⁹

Administração Local

201. Tendo em vista que o **REQUERENTE** jamais apresentou aos **REQUERIDOS** a taxa de BDI adotada por ocasião da formulação da Proposta Comercial pela qual restou contratado e, portanto, menos ainda, o percentual considerado para cada uma das rubricas que o compuseram, o trabalho pericial, como aqui já relatado, adotou por base o BDI apresentado pelo **REQUERENTE**, em pleito administrativo.

202. Na composição do BDI adotado, a Administração Local restou definida em 14,87%.

203. Primeiramente, então, o Sr. Perito, tão somente para fins de verificação da adequação daquela taxa à realidade de mercado, confrontou-a com estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União, cujo objetivo era justamente estabelecer parâmetros (valores de referência) para as taxas de BDI das obras públicas, dentre as quais, obras ferroviárias¹¹⁰.

¹⁰⁸ Laudo Pericial, Item 6.4, fls. 102/103.

¹⁰⁹ Laudo Pericial, Item 6.4, fls. 99.

¹¹⁰ Doc. R-39.

204. Ocorre que, no entendimento do TCU, os custos de Administração Local devem ser considerados custos diretos da Planilha de Quantidades e Serviços de um contrato, de modo que, na taxa de BDI apontada por aquele Tribunal Federal como adequada às obras ferroviárias, não estão compreendidos os custos com a rubrica Administração Local.

205. Desta forma, a verificação da adequação da taxa de 14,87% adotada pelo **REQUERENTE**, àquela adotada como referência pelo TCU, obrigou o *expert* a descontar do BDI total indicado pelo Consórcio-contratado, a taxa de Administração Local, de maneira que fossem comparados ambos os BDIs totais, conforme a seguir:

	Consórcio ENERG	TCU Obras Ferroviárias
BDI Total (sem Administração Local)	25,13%	21,60%
Administração Local	14,87%	6,55%
Administração Central	7,52%	4,16%

206. De uma comparação entre a taxa de Administração Local praticada pelo **REQUERENTE** e a apontada como referencial pelo TCU percebe-se, claramente, que a taxa adotada pelo Consórcio-contratado se apresenta absolutamente abusiva!

207. Ainda que, conforme defendido pelo Sr. Perito, os custos com Administração Local possam sofrer alta variação ao longo da execução contratual, ainda assim, o que se percebe é a adoção de uma taxa 200% superior àquela aceita como razoável por aquele órgão de controle, fato que, por si só, obriga os **REQUERIDOS** a se oporem à sua adoção, para o cálculo dos custos adicionais com Administração Local, na medida em que não se trata de taxa com a qual aqueles tenham, efetivamente, pactuado!

208. De toda forma, a definição de uma taxa aceitável para o cálculo dos custos adicionais devidos a título de Administração Local somente faria sentido, caso o pleito *in examine* configurasse, efetivamente, um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato STM nº 012/2009. Não é, entretanto, certamente este o caso!

209. Há uma clara e realmente importante distinção entre pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro e pleitos de ressarcimento de custos. E o caso presente, não há dúvidas, corresponde à última hipótese!

210. No ensinamento do ilustre Prof. Hely Lopes Meirelles:

“O equilíbrio econômico-financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem, inicialmente, no

ajuste entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento do material necessário. Em última análise, é a correlação entre objeto do contrato e sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel.¹¹¹

211. Por meio do pleito de reequilíbrio, o interessado pretende, portanto, que sejam reestabelecidas as bases iniciais do contrato que, por alguma razão, restaram abaladas ao longo da execução contratual. Bem por isso, a abrangência do pleito de reequilíbrio é plena e, como tal, exige uma análise de todos os itens que compuseram a formulação do preço conferido ao contrato, vez que a equação econômico-financeira se firma no instante em que a proposta de preços é apresentada pelo contratado e aceita pelo contratante. Por meio do pleito, o interessado pretende, portanto, ser ressarcido de todo e qualquer prejuízo que possa ter experimentado ao longo da execução do ajuste, em razão do desequilíbrio contratual.

212. Para tanto, portanto, necessário identificar se o desequilíbrio de fato aconteceu e, em caso positivo, o momento e responsável por tal desequilíbrio para que somente então, se de fato devido, se passe ao cálculo do desequilíbrio e ao reestabelecimento das condições originais do contrato!

213. Nestes casos, portanto, variáveis externas ao instrumento contratual, como aumento expressivo no valor dos insumos, variações cambiais, extensões de prazo, regulamentações fiscais etc. podem, de fato, ensejar a necessidade de uma recomposição da equação econômico-financeira do contrato.

214. Já o pleito de ressarcimento de custos se apresenta bem menos complexo. Neste, o que se busca identificar é se o interessado foi, de fato, obrigado a incorrer em custos/despesas inicialmente não previstos, para a execução do objeto original estabelecido em contrato.

215. Desta forma, o pleito de ressarcimento exige uma mera confrontação entre o valor estabelecido para determinado produto/serviço contratado, com o valor comprovadamente incorrido para que tal produto/serviço fosse entregue.

216. Em tal hipótese, portanto, não está em discussão o alcance dos prejuízos suportados; se estes alcançaram a equação econômico-financeira originalmente estabelecida. Trata-se, tão apenas, da pretensão de ressarcimento por gastos não programados e que, portanto, resultaram em prejuízo a uma das partes.

¹¹¹ In “Direito Administrativo Brasileiro”, 35ª edição, Malheiros, São Paulo, 2009.

217. E o caso dos autos, não há dúvidas, consiste em evidente pleito de ressarcimento de custos!

218. Ainda que as expressões ‘reequilíbrio contratual’ e ‘ressarcimento de custos’ possam ter sido, em algum momento ao longo da presente demanda, utilizadas pelas Partes como se equivalentes fossem, é cediço que não é a forma como elas se referem ao pleito, que determina a natureza da ação. O que deve ser considerado, por óbvio, é o teor do pleito, a forma como o mesmo foi formulado e os pedidos que dele constam!

219. E, neste sentido, fica evidente tratar-se, aqui, de análise de pleito de ressarcimento de custos.

220. Muito embora, de uma leitura da Ata de Missão¹¹², das Alegações Iniciais¹¹³ e da Réplica¹¹⁴, se extraiam algumas menções a um desequilíbrio contratual, o fato é que os cálculos apresentados pelo **REQUERENTE**, e que justificam o valor atribuído ao pleito – R\$ R\$50.026.853,65, na data-base do Contrato – dão conta de que o cálculo realizado para a quantificação do pleito decididamente não alcançou a totalidade dos itens que compuseram a formulação da Proposta Comercial do Consórcio-contratado!

221. Ainda que, como aqui já dito, não seja possível conhecer o BDI adotado pelo **REQUERENTE** quando da estruturação do preço da proposta pelo qual restou contratado e, portanto, que se faça necessária a adoção de um BDI referencial para análise do presente pleito, é inconteste que o BDI apontado pelo próprio **REQUERENTE**, em pleito administrativo por ele apresentado, revelam que os custos indiretos compreendidos no preço estabelecido na Proposta Comercial eram assim compostos: Administração Local, Administração Central, Seguros e Garantias, Tributos e Lucro.

222. Perceba, porém, E. Tribunal, que os pedidos expressamente formulados pelo **REQUERENTE** sempre estiveram limitados ao ressarcimento por custos adicionais por ele incorridos com Administração Local, Administração Central, Seguros e Garantias e Ociosidade de Recursos; ou seja, não há, em qualquer dos documentos processuais em que estabelecidos e delimitados os pedidos do **REQUERENTE**, qualquer pedido acerca de ressarcimento de Tributos e/ou Lucro!

223. Esta incontestável informação é, sem margem para dúvidas, absolutamente suficiente para que seja afastada a natureza recomponente que eventualmente se possa querer atribuir ao presente processo arbitral!

¹¹² Ata de Missão, Item VI.1.

¹¹³ Alegações Iniciais, § 141.

¹¹⁴ Réplica, § 167.

224. Trata-se, é certo, de simples pleito de ressarcimento de custos e, como tal, é que a **REQUERIDA CPTM** continuará a tecer suas ponderações acerca do cálculo dos custos com a Administração Local.

225. Pois bem, diante do abuso da taxa de Administração Local apresentada pelo **REQUERENTE** e posto tratar-se, como aqui já defendido, de pleito de ressarcimento de custos adicionais, a ora **REQUERIDA** reafirma aqui seu entendimento de que a única metodologia capaz de apurar os eventuais valores devidos para a rubrica em análise é, com toda certeza, por meio de uma análise detalhada e exaustiva de todos os documentos apresentados pelo **REQUERENTE**, com este propósito!

226. É esta, e somente esta, a medida capaz de estabelecer o justo valor devido.

227. Sabe-se, porém, que os documentos juntados aos autos não foram analisados em sua plenitude pelo *expert*, por entender ele que tal providência extrapola a competência para a qual foi contratado, devendo a matéria ser submetida à perícia contábil, à qual caberá analisar todos os documentos apresentados, avaliar se guardam conexão com o objeto do Contrato STM nº 012/2009 e, ao final, apurar se há algum custo a ser efetivamente ressarcido ao **REQUERENTE!**

228. Esse é o entendimento não apenas dos **REQUERIDOS**, mas, também, do próprio Sr. Perito, conforme claramente se extrai da resposta por ele conferida a questionamento que lhe foi formulado em audiência:

“Dra. Melina Kurcgant [Adv. Reqdas.]: ... O senhor entende que por uma avaliação amostral de todos os documentos que foram apresentados, se é possível de fato identificar o exato valor dos custos incorridos pelo Requerente ao longo da execução do contrato?”

Sr. Octavio Galvão Neto [Perito]: Não.

Dra. Melina Kurcgant [Adv. Reqdas.]: Não. Dentro desse pressuposto, eu devo compreender que o valor que foi apresentado pelo laudo, um valor proposto de R\$ 6.740.000,00 aproximadamente, que ele não corresponde, ... que uma análise aprofundada desses documentos ele pode resultar em um valor menor ou diferente que seja.

Sr. Octavio Galvão Neto [Perito]: Sim. Essa como eu disse foi uma apreciação pela engenharia de custo, ela não é, não tem a

*mesma natureza de uma contagem ali de todos os comprovantes e tudo mais”.*¹¹⁵

229. Não há, portanto, como afastar a indubitável necessidade de avaliação detalhada e rigorosa dos comprovantes apresentados pelo **REQUERENTE**, para o correto cálculo dos custos adicionais com Administração Local.

230. O trabalho pericial, pautado em uma avaliação amostral dos documentos, concluiu que o **REQUERENTE** tem o direito de ser ressarcido em valor correspondente a R\$ 5.836.120,66, a título de custos adicionais com Administração Local.

231. O citado valor resultou de análise documental que, embora baseada em amostra, observou o princípio fundamental da engenharia de custos, que é a correta classificação de custos.

232. Para tanto, conforme explicado em audiência, foram consideradas as seguintes etapas na apuração: **i.** análise do enquadramento do custo como indireto e, na hipótese de classificação incorreta, realização do expurgo correspondente; **ii.** verificação quanto à existência de comprovantes para os custos indiretos pleiteados e **iii.** posterior verificação da existência de conexão entre os custos indiretos pleiteados, e respectivos comprovantes, com o objeto do Contrato STM nº 012/2009¹¹⁶.

233. Ocorre que depois de apresentado o Laudo Pericial, a **REQUERIDA CPTM** comprovou, por meio das Notas Técnicas R-40 e R-47, e correspondentes anexos (Docs. R-40 a R-46 e R-48), a existência de falhas e/ou inconsistências em inúmeros documentos apresentados pelo **REQUERENTE**, como comprovantes dos custos indiretos adicionais em que alega ter incorrido.

234. Tais vícios foram, depois, reapresentados em audiência, tendo ali ficado expressamente reconhecido pelo Sr. Perito que, de uma análise nota a nota, seriam minimamente considerados indevidos vários dos custos lançados pelo **REQUERENTE**.

235. A título de exemplo, cita-se:

- ✓ A cobrança indevida de R\$ 550.000,00, a título de ressarcimento com combustível para carros administrativos, na medida em que os comprovantes se referiam à aquisição de óleo diesel, ao passo que os veículos administrativos utilizados na execução contratual eram abastecidos com gasolina e etanol¹¹⁷;

¹¹⁵ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10174 a 10187.

¹¹⁶ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10203 a 10226.

¹¹⁷ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10283 a 10288.

- ✓ A cobrança indevida de R\$ 889.183,85, em razão do incorreto enquadramento de serviços de terraplanagem, como custos indiretos¹¹⁸;
- ✓ A duvidosa cobrança de R\$ 377.019,88, decorrentes da apresentação de Nota Fiscal de Serviços de contabilidade prestados por profissionais reconhecidamente com formação exclusiva em Engenharia¹¹⁹ e dentre os quais se destaca o Eng. Flavio Muller, testemunha fática do **REQUERENTE** e que admitiu, em audiência, ser aquela sua única área de atuação profissional¹²⁰;
- ✓ O inadequado enquadramento da mão-de-obra de Administração Local na categoria de horista, quando o adequado seria na categoria mensalista, cuja alíquota de encargos sociais é menor, valendo ainda a ressalva de que, em audiência, o próprio Sr. Perito reconheceu que o enquadramento correto é o mensalista¹²¹, do que resulta uma cobrança indevida do **REQUERENTE** a este título, no importe de R\$ 7.150.894,44¹²²;
- ✓ A questionável cobrança, em separado, de R\$ 3.627.879,17 pelo **REQUERENTE**, dos custos adicionais incorridos com a concessão dos benefícios de vale-transporte, vale-refeição e assistência médica, para a mão-de-obra alocada na Administração Local, quando não se sabe, ao certo, se tais custos já não estão contemplados no BDI adotado na formulação da Proposta Comercial¹²³;
- ✓ O questionável repasse, aos **REQUERIDOS**, dos custos incorridos com o pagamento de horas extras à equipe administrativa, vez que esta não está vinculada, diretamente, ao andamento da obra/serviços¹²⁴, e
- ✓ A indevida cobrança em separado, pelo **REQUERENTE**, dos custos adicionais com 13º salário, férias e verbas rescisórias, incorridos com a mão-de-obra alocada na Administração Local, posto que compreendidos dentro da taxa de encargos sociais¹²⁵.

236. Percebamos, I. Árbitros, que os poucos exemplos acima, consubstanciados em inconsistências identificadas pela **REQUERIDA CPTM** em apenas uma amostra dos comprovantes apresentados pelo **REQUERENTE** e que, salutar destacar, foram reafirmadas em audiência pelo Sr. Perito, já se apresentam suficientes a demonstrar que o valor apontado pelo *expert*, como devido ao Consórcio-contratado a título de ressarcimento por custos adicionais com Administração Local, se revela muito superior àquele que, se apurado da forma correta, por meio de perícia contábil, deveria ser descontado do valor total do pleito *in examine*:

Custos Indiretos Adicionais	Valor
-----------------------------	-------

¹¹⁸ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10289 a 10306.

¹¹⁹ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10313 a 10364.

¹²⁰ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 4443 a 4464.

¹²¹ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10392 a 10402 e Linhas 10420 a 10446.

¹²² Doc. R-40, Item 3, fls. 21.

¹²³ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10392 a 10402 e Linhas 10447 a 10475.

¹²⁴ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10476 a 10499.

¹²⁵ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10511 a 10539.

Administração Local	
Valor considerado devido, pelo Perito, por meio da aplicação de taxa de 14,87%, após análise amostral dos documentos.	(+) R\$ 5.836.120,66
Valor já considerado indevido, pela Requerida CPTM, após análise amostral de documentos que, depois de escolhidos, foram avaliados detalhadamente.	(-) R\$ 8.590.078,29
Valor relativo a cobranças passíveis de questionamento, cuja decisão quanto à procedência do pagamento pressupõe a adoção de diligências prévias, de natureza contábil.	(-) R\$ 4.004.899,05

237. Desta feita, defende a ora **REQUERIDA** que a produção de perícia contábil poderá ser dispensada se, e somente se reconhecido pelo Tribunal Arbitral, que indevido qualquer valor ao **REQUERENTE**, a título de ressarcimento pelos custos adicionais indiretos com Administração Local, que ele alega ter incorrido!

Administração Central

238. Acerca do cálculo dos custos adicionais incorridos com Administração Central, a oitiva do representante legal do **REQUERENTE** revelou-se particularmente interessante, na medida em que ele próprio afirmou que existia um centro de custo; isto é, uma contabilidade específica para o Contrato *in examine* e que mesmo quando se trata de contratos integrados pelas mesmas consorciadas, “*as obras são tratadas como unidades autônomas pela empresa*”¹²⁶.

239. Ora, a **REQUERIDA CPTM**, desde sua primeira manifestação na presente arbitragem, defende que qualquer ressarcimento de custos ao **REQUERENTE** fica condicionado à comprovação dos mesmos. Isto porque, conforme aqui já aduzido, não se trata de pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, mas, ao invés, de pedido de ressarcimento de custos e, em assim sendo, não há como se acolher o pleito, sem que haja uma correspondente comprovação do quanto foi pleiteado!

240. A **REQUERIDA CPTM** chama a atenção do E. Tribunal para o fato de que, dentre todos os profissionais ouvidos em audiência em defesa do **REQUERENTE**, tal alegação partiu justamente daquele que poderia fazê-la com total propriedade, na medida em que o Sr. Gustavo Machado atuou no gerenciamento *overhead* do Contrato STM nº 012/2009, conforme ele mesmo admitiu no depoimento prestado¹²⁷!

“Overhead é um termo em inglês que significa “despesas gerais” em uma tradução livre, mas ele também pode ser encontrado como custos indiretos, conforme profissionais da área. Esse conceito se refere às despesas e aos custos relacionados ao funcionamento de uma organização, mas não são

¹²⁶ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 2035 e segs.

¹²⁷ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 66, 447, 499, 2026, 2045.

interligados à fabricação de um produto, venda de mercadoria ou prestação de um serviço.

*Em outras palavras, é a parcela dos gastos da empresa utilizada para manter as operações que não são necessariamente atreladas às atividades principais da empresa”.*¹²⁸

241. Neste sentido, bastava ao **REQUERENTE** ter providenciado a juntada, aos autos, dos documentos referentes à contabilidade específica do Contrato STM nº 012/2009, conforme afirmou existir, para que o pleito pudesse ser bem avaliado e, se devidamente comprovado, atendido!

242. A verdade, contudo, é que tal comprovação jamais foi feita.

243. Ao contrário, o **REQUERENTE**, por meio de seu Assistente Técnico, Eng. Eduardo V. Mello, contradizendo frontalmente o quanto arguido pelo Sr. Gustavo Machado, afirma ser impossível a demonstração dos custos reais incorridos por qualquer empresa, a título de Administração Central.

244. Tal contradição chama a atenção da **REQUERIDA CPTM** e, inevitavelmente, a faz supor que, a insistência do **REQUERENTE** em ser ressarcido dos custos de Administração Central, por meio da aplicação de uma simples regra de três, para a qual seria aplicada uma taxa extraída de um BDI que sequer se pode dizer que foi adotado por ocasião da estruturação de sua Proposta Comercial, se revela financeiramente mais vantajosa ao Consórcio-contratado.

245. Ocorre que, repisa-se, a presente demanda pretende o ressarcimento dos custos adicionais que o **REQUERENTE** afirma ter incorrido ao longo da execução contratual e, neste sentido, não há que se falar na aplicação da solução mais vantajosa e, tão somente, na adoção da única solução capaz de efetivamente quantificar tais custos de uma maneira precisa e justa; qual seja, por meio da apresentação dos documentos comprobatórios da contabilidade específica existente para o Contrato STM nº 012/2009 que, de acordo com o depoimento do Sr. Gustavo Machado, sempre existiu!

246. Ainda acerca do tema, o Sr. Gustavo Machado defendeu, também, que os custos indiretos das obras sofrem impacto direto do prazo da obra¹²⁹.

247. Esta posição é também defendida pelo Assistente Técnico do **REQUERENTE**, Eng. Eduardo V. Mello e, portanto, se contrapõe ao entendimento do Sr. Perito acerca da matéria.

¹²⁸ <https://www.onze.com.br/blog/overhead-o-que-e-e-como-gerenciar/>

¹²⁹ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 2521 a 2608.

248. Muito embora o **REQUERENTE** tenha, ao longo da audiência, tentado extrair do *expert* uma opinião distinta, este foi categórico ao manter sua posição¹³⁰.

249. O Sr. Perito foi claro ao expor os fundamentos do seu entendimento: por ocasião da formulação do preço do Contrato, o **REQUERENTE** estabeleceu que um percentual daquele preço seria destinado a arcar com seus custos de Administração Central; ou seja, com os custos de Administração Central de suas consorciadas.

250. De se supor que tais empresas tivessem outros Contratos vigentes à época da formalização do Contrato STM nº 012/2009 e, portanto, que os mesmos igualmente já colaboravam para cobrir o valor de tais custos, por meio de rateio. Assim, o que as consorciadas fazem, é destacar um percentual do preço contratado, para cobrir os custos com Administração Central.

251. Neste ponto, a **REQUERIDA CPTM** chama a atenção dos I. Árbitros para um aspecto importante, e falho, do entendimento defendido pelo **REQUERENTE**. Da maneira como este coloca a matéria, leva a crer que são sempre os mesmos contratos que compõem o rateio para bancar os custos com Administração Central, e isso não é verdade! Tais custos são rateados dentre todos os Contratos firmados por cada uma das consorciadas.

252. Ao longo de cada exercício financeiro, novos contratos passam a integrar o rateio e outros deixam de integrá-lo, na medida em que têm seus respectivos objetos concluídos. E há, ainda, aqueles que temporariamente diminuem sua participação, em razão de alguma redução no faturamento mensal para eles de início programado.

253. Essa 'engenharia de custos' é justamente o que configura o *overhead* do Contrato e que exige um importante acompanhamento. É exatamente este o ponto de sua relevância, pois, ao se identificar que um dado contrato não está pagando os custos de Administração Central no tempo e valor de início programados, evidente que caberá ao Gerente de *overhead* cuidar para que novos contratos consigam suprir esta falta, até que a mesma venha a ser regularizada.

254. E a regularização justamente se dá quando concluída a execução contratual. A adequada execução do objeto do Contrato STM nº 012/2009 implicou no faturamento total do preço contratado e, portanto, na capacidade plena de tal instrumento contratual bancar os custos com Administração Central, no exato valor em que inicialmente programado!

255. *Mutatis mutandis*, se por alguma extraordinária razão houvesse um faturamento antecipado do preço contratado, o custeio da Administração Central

¹³⁰ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10671 a 10770.

poderia ser proporcionalmente antecipado e, desta forma, contribuir para que fosse estabelecido em contratos futuros, um percentual menor de contribuição para a Administração Central!

256. Não há, portanto, que se falar em prejuízo do **REQUERENTE**. Muito ao contrário, pode ele ter até mesmo lucrado com tal situação, caso tenha havido repasse de tal valor para outros contratos!

257. Um prejuízo somente de fato teria existido, e o Sr. Perito foi bastante claro em relação a isso, caso o Contrato STM nº 012/2009 não tivesse sido plenamente concluído e, portanto, se o **REQUERENTE** não tivesse recebido o preço total pelo qual foi contratado.

258. Não é este, entretanto, o caso presente! O que houve, isto sim, foi a mera redução do valor de contribuição mensal do Contrato nº 012/2009, no rateio do custo da Administração Central, atraso este que foi totalmente recuperado, por ocasião do cumprimento integral do objeto contratado.

259. Evidenciado, portanto, que a extensão do prazo de execução do contrato não gerou prejuízos ao **REQUERENTE**, como ele pretende fazer crer. Não se sustenta a tese de que tais custos teriam perdurado por 54 meses além daqueles de início programados e, portanto, teria ele o direito de ser ressarcido pelos custos incorridos ao longo de todo o período de vigência do Contrato.

260. E, de fato, nenhum sentido há em tal interpretação. Não apenas pela possibilidade de compensação acima já apontada pela ora **REQUERIDA**, mas, também, porque não é correto supor que os custos de Administração Central se mantêm absolutamente inalterados ao longo da execução dos contratos que são por ela atendidas! Explica-se.

261. Embora para cada contrato seja estabelecido um valor de contribuição para o custeio da Administração Central, o qual se mantém inalterado ao longo de toda a execução do contrato, os custos de *overhead* não são necessariamente fixos, pois é certo que ele é também composto por custos variáveis e semivariáveis, de sorte que em razão das variações possíveis, poderá resultar um saldo positivo no valor da contribuição.

262. A fim de facilitar a compreensão do quanto aqui dito, a **REQUERIDA CPTM** exemplifica: o gasto com tributos é certamente um gasto variável, no mês. Ainda que a Proposta Comercial já considere um percentual a ser pago a título de tributos, considerando a completa execução do objeto contratado, os desembolsos, conforme o tributo, dependerão do avanço das atividades. Logo, poderá haver meses em que um dado tributo não será pago na data originalmente programada, representando, desta forma, uma liquidez maior para a empresa em um dado período. Ora, é evidente que o fato de não ter sido necessário pagar um tributo

em um determinado mês, não impulsionará a empresa a querer aumentar a parcela de contribuição daquele contrato para o custeio de Administração Central nesse mesmo período! Evidente que não!

263. Por fim, relevante mencionar que nem mesmo o Tribunal de Contas da União reconhece a influência do prazo de execução da obra, para a determinação do custo de Administração Central de um contrato:

“2.3.1. Custos Indiretos

2.3.1.1. Administração Central

.....
Fatores que influenciam a taxa de administração central

59. *Aspecto importante dos gastos associados à administração central a ser considerado no BDI de contratos de obras é que eles podem ser influenciados por diversos fatores. Segundo o relatório que antecede o Acórdão 2.369/2011-TCU-Plenário:*

114. O rateio da Administração Central (...) é influenciado principalmente pelo custo direto da obra e pelo porte, faturamento e eficiência da empresa, cabendo à Administração Pública resguardar-se de taxas abusivas, pois o preço da obra não pode ser onerado por ineficiência operacional do executor.

115. Também a localização geográfica da obra produz efeitos sobre o item, já que para obras distantes da sede ou obras de porte superior ao padrão da organização, a empresa acaba por constituir uma administração local mais robusta desonerando a administração central. Trata-se, no entanto, de uma decisão estratégica de cada empresa, cabendo ao gestor, na elaboração do orçamento básico, considerar tal possibilidade e retratá-la na planilha orçamentária nos casos de maior relevância.

60. *Além dos fatores relacionados às características próprias do empreendimento, como o montante dos custos diretos, prazo de execução e a localização da obra, fatores intrínsecos da empresa também influenciam a taxa de administração central no BDI das obras. Dentre eles, destaca-se a eficiência de sua estrutura administrativa, que pode variar de empresa para empresa, de acordo com sua estratégia de gestão de negócio e capacidade de operação. Geralmente, empresas com estrutura bem planejada e funcionando de forma eficiente nas principais áreas administrativas (planejamento, produção, logística, suprimentos, recursos humanos, financeira etc.) alcançam uma maior eficiência empresarial, o que proporciona uma estrutura interna mais competitiva, maiores oportunidades de negócios e, conseqüentemente, melhores resultados para a organização.*

.....
3.8. Fatores que alteram as taxas de BDI

.....

392. Além da questão das alíquotas dos tributos, os outros fatores intrínsecos e extrínsecos à execução da obra também podem impactar a taxa de BDI, como: tipo da obra, complexidade e porte da obra, localização geográfica, regime de execução, prazo de execução, condições do mercado de construção civil, situação econômica nacional, dentre outros. As características próprias de cada empresa também podem influenciar os percentuais do BDI: como: a remuneração desejada, a situação econômica e financeira, localização da estrutura administrativa, eficiência da gestão e capacidade empresarial, número de empreendimentos em carteira, dentre outros.

.....

394. No entanto, o presente trabalho avaliou outras variáveis de influência do BDI de obras públicas, com base nas informações disponíveis das composições de BDI dos dados coletados, como: (a) grau de competitividade; (b) regime de execução; (c) localização da obra; e (d) prazo de execução. As análises efetuadas tiveram por objetivo apenas interpretar tendências do conjunto de todos os tipos de obras selecionados no presente estudo, já que não é objetivo deste estudo analisar detalhadamente as causas que influenciam no comportamento de cada variável.

.....

400. Por fim, nota-se que a variação do BDI médio em função do prazo de execução pode ser considerada pouco significativa. Ressalta-se que não foram considerados os aditivos contratuais relativos aos prazos de execução¹³¹.

264. Aliás, esse entendimento do TCU foi até mesmo destacado pelo Sr. Perito, quando questionado a este respeito em audiência.

265. E como arremate dos comentários que a **REQUERIDA CPTM** tem a fazer sobre o tema, fica apenas a ressalva de que a discussão quanto ao entendimento do TCU acerca do impacto do prazo no cálculo dos custos adicionais com Administração Central guarda ainda menos sentido, quando se trata de pleito de ressarcimento de custos, na medida em que qualquer pagamento somente poderá ser considerado devido, se devidamente comprovado nos autos!

Lucro

266. A pretensão do **REQUERENTE** de ser igualmente ressarcido pelo valor do lucro que deixou de auferir, em razão da extensão do prazo de execução do Contrato, também causa grande estranheza à **REQUERIDA CPTM**.

¹³¹ Doc. R-39, fls. 12/13 e 74/76.

267. É que, como já antes mencionado nas presentes Alegações, não há, em quaisquer dos documentos processuais em que estabelecidos e delimitados os pedidos do **REQUERENTE** e, tampouco, nos Quesitos por ele formulados¹³², qualquer pedido acerca de ressarcimento de Lucro!

268. Só por isso já não há como ser atendida tal pretensão, vez que não encontra respaldo no instrumento normativo que regulamenta a matéria. Isto porque o Regulamento de Arbitragem da CCI, é expresso ao estabelecer, em seu artigo 23(4), que após a assinatura da Ata de Missão, nenhuma parte deverá fazer novas reivindicações que estejam fora dos limites fixados naquele documento, a menos que tenha sido autorizado a fazê-lo pelo Tribunal Arbitral”.¹³³ Não é este, certamente, o caso.

269. Evidente, assim, que se trata de pedido inovador e, por isso mesmo, acerca do qual a ora **REQUERIDA** não teve a oportunidade de se manifestar quando da apresentação de suas Respostas às Alegações Iniciais e de sua Tréplica.

270. Tanto é verdade, que o E. Tribunal poderá facilmente perceber que nem mesmo o Laudo Pericial analisou a matéria!

271. A questão somente surgiu já em estágio avançado do andamento processual, quando o **REQUERENTE**, por meio de Parecer Técnico anexado à impugnação ao Laudo Pericial, apontou que teria falhado o Sr. Perito, ao não ter considerado o ‘lucro’ no rol de custos afetados em razão das prorrogações de prazo havidas¹³⁴.

272. E pasmem, destacou, assim como se nada fosse, que o valor devido ao **REQUERENTE** a este título corresponde a absurdos R\$ 33.384.957,21!!!

273. Pois bem, de se indagar por qual razão deveria o *expert* tê-lo considerado, se o mesmo jamais integrou o rol dos custos para os quais o **REQUERENTE** expressamente solicitou ressarcimento??

274. Já por este motivo, espera a **REQUERIDA CPTM** que o Tribunal Arbitral sequer conheça o pedido em apreço.

275. Em contraponto, o Eng. Eduardo V. Mello aduziu que o pedido de Lucro sempre esteve presente na demanda, já que inserido no preço de cada item fornecido e/ou executado pelo **REQUERENTE**.

¹³² Ordem Processual nº 04, Anexo IV – Lista Final de Quesitos do Requerente.

¹³³ Regulamento de Arbitragem, da Câmara de Comércio Internacional, em vigor a partir de 1º de março de 2017 e adotado como referência à formalização da Ata de Missão formalizada entre as Partes e o Tribunal Arbitral.

¹³⁴ Impugnação Consórcio ENERG ao Laudo Pericial – Parecer Técnico, fls. 05 e 29.

276. Assim, apenas para conferir ainda mais força à presente manifestação, a ora **REQUERIDA** oferece aos I. Árbitros ainda outros argumentos que justificam a total improcedência do pedido ora analisado.

277. Primeiramente, o próprio Sr. Perito aduz em seus Esclarecimentos ao Laudo Pericial – aliás, de se destacar, primeira oportunidade que teve para tratar do tema -, que o recebimento de “*parcela relativa a Lucro somente é cabível sobre o valor correspondente ao aumento de custo que venha a ser apurado*”¹³⁵.

278. Em outras palavras, o *expert* foi enfático ao não reconhecer a existência de qualquer relação entre a extensão do prazo de execução do Contrato e a necessidade de ressarcimento do Lucro para o mesmo período. Em verdade, muito ao contrário, o Sr. Perito foi firme ao arguir que a adoção da conduta postulada pelo Assistente Técnico, Eng. Eduardo V. Mello, implicaria no enriquecimento indevido do **REQUERENTE**¹³⁶.

279. De acordo com o entendimento do Sr. Perito, o lucro incide sobre todos os custos que compõem o preço do Contrato e, por isso, em havendo custo adicional incorrido e comprovado, o contratado teria direito ao recebimento de lucro incidente tão apenas sobre o valor total dos custos adicionais apurados¹³⁷.

280. Ainda assim, das respostas oferecidas em audiência pelo *expert*, ficou claro que o mesmo não fez qualquer juízo de valor sobre ser devido, ou não, ao **REQUERENTE**, no caso presente, algum pagamento a título de Lucro. Todas as ponderações por ele tecidas consideraram uma situação hipotética de desequilíbrio contratual. Não há, está claro, o reconhecimento de que a presente demanda configure um pleito de tal natureza!

281. De toda forma, um outro relevante aspecto chamou a atenção da **REQUERIDA**, acerca da retardatária pretensão do **REQUERENTE**.

282. É que:

- △ Se o lucro, conforme afirmado pelo Sr. Perito, está presente em todos os custos que compõem o preço do Contrato;
- △ Se o BDI que serviu de referência à formatação da Proposta Comercial jamais foi levado ao conhecimento das Partes;
- △ Se nos pedidos formulados pelo **REQUERENTE** na presente demanda, nunca foram discriminados valores específicos de custos, e

¹³⁵ Esclarecimentos ao Laudo Pericial, fls.13.

¹³⁶ “*Verifica-se que enquanto os custos com Administração Local – que correspondem aos recursos efetivamente alocados no canteiro de obras para sua execução – apresentaram um acréscimo de 25,54% em decorrência da extensão do prazo, as parcelas de Administração Central e Lucro, que correspondem a taxas pré-definidas pela Requerente – e que não têm relação com o prazo de execução da obra –, apresentaram variações de 117% e 271%, resultando em um acréscimo 86% em relação ao BDI do Contrato*” (grifos nossos). Esclarecimentos ao Laudo Pericial, fls.14/15.

¹³⁷ Ata de Audiência Estenotipada, Linhas 10792 a 10794.

△ Se os documentos acostados aos autos não se prestam a comprovar a totalidade do valor do pleito,

a **REQUERIDA CPTM** se vê obrigada a perguntar: como saber se no valor total pleiteado pelo **REQUERENTE**, por meio da presente demanda – R\$ 50.026.853,65 -, já não estão embutidas as parcelas referentes ao Lucro contratado???

283. E a pergunta parece fazer ainda mais sentido, quando se pretende adotar como parâmetro o percentual de 8% para esta rubrica, conforme estabelecido no BDI adotado pelo **REQUERENTE**, para fins de estruturação dos preços adicionais que foram acrescidos ao valor total do Contrato STM nº 012/2009, por meio do Termo Aditivo nº 03.

284. Ora, se o REQUERENTE pretende receber o importe de pouco mais de R\$ 33 milhões a título de lucro¹³⁸, valor este que corresponderia a aproximadamente 67% do total do pedido indenizatório por ele formulado no presente processo arbitral, imperioso reconhecer que tal bonificação já está compreendida no valor total do pleito, motivo pelo qual, também por mais essa razão, de se julgar totalmente improcedente o pedido extemporâneo formulado para esse fim, sob pena de o Consórcio-contratado vir a ser favorecido com um pagamento em duplicidade.

Seguros

285. O Sr. Perito destaca que não foram analisados se devidos ao **REQUERENTE**, custos adicionais com Seguros, em razão da matéria não estar compreendida no escopo da perícia.

Ociosidade

286. Em seu depoimento, o Eng. Eduardo V. Mello também asseverou naquela análise dos RDOs, foi feito “*um levantamento qualitativo e quantitativo, tanto é que houve divergência, o senhor perito considerou quantidade, nós consideramos quantidade e qualidade*”. E na sequência do depoimento, o Assistente Técnico exemplifica, mencionando que para o cálculo da ociosidade, considerou também os intervalos concedidos, porém não aproveitados pelo **REQUERENTE**, em razão da insuficiência do tempo do acesso para o desempenho de determinadas atividades do Contrato.

287. A simples menção à análise qualitativa dos intervalos desperta desconfiança na **REQUERIDA CPTM** afinal, como pode ter sido possível ao Assistente Técnico fazer uma análise qualitativa dos acessos concedidos se não há, nos autos, qualquer documento que ateste, de alguma forma, o não aproveitamento de acessos pelo Consórcio-

¹³⁸ Impugnação do Requerente ao Laudo Pericial – Parece Técnico, fls. 37.

contratado, por questões qualitativas e para os quais o próprio **REQUERENTE** tenha, ao longo da execução contratual, destacado o tempo desperdiçado e, menos ainda, acerca dos quais haja a concordância dos **REQUERIDOS**!

288. O Eng. Eduardo V. Mello foi incisivamente inquirido a este respeito e apenas, o que fez, foi esquivar-se de dar uma resposta convincente.

289. Ora, nem poderia ser diferente, pois, repisa-se, não há, nos autos, quaisquer documentos que lhe permitam comprovar, de forma incontestável, o subaproveitamento de acessos pelo **REQUERENTE**, por razões qualitativas!

290. Tanto assim que os resultados de tal avaliação qualitativa não foram aproveitados pelo trabalho pericial, conforme ele mesmo admite.

291. Ainda assim, a **REQUERIDA CPTM** entendeu por bem fazer a ressalva, pois assim como o **REQUERENTE** se valeu de bases disparatadas para o cálculo da ociosidade de recursos que alega ter experimentado, tantas outras incongruências, já foi aqui demonstrado, podem ser também identificadas no parecer técnico do **REQUERENTE**.

III. CONCLUSÃO

292. Em face do todo aduzido nas presentes Alegações Pós Audiência, a **REQUERIDA CPTM** **conclui pela necessidade de produção de perícia contábil à apuração dos valores efetivamente devidos ao REQUERENTE a título de ressarcimento por custos adicionais, a qual a ora REQUERIDA admite que possa ser dispensada se, e somente se reconhecido pelo Tribunal Arbitral, que indevido qualquer valor ao REQUERENTE, a título de ressarcimento pelos custos adicionais indiretos com Administração Local, que ele alega ter incorrido!**

293. No mais, a **REQUERIDA CPTM** pede licença ao Tribunal Arbitral para reiterar o tudo quanto por ela já aduzido na presente demanda e que não esteja em desacordo com a presente manifestação, assim como os pedidos por ela já formulados em suas manifestações anteriores.

São Paulo, 31 de janeiro de 2022.

Coordenadora do Núcleo de Mediação e Arbitragem