



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

Arbitragem CCI nº 23002/JPA/GSS

Arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de
Comércio Internacional

CONSÓRCIO EFACEC/ANSALDO

formado por Efacec Engenharia e Sistemas S.A. (Portugal)
e Ansaldo STS USA International Co. (EUA)

Requerente

vs.

ESTADO DE SÃO PAULO

(Brasil)

Requerido 1

e

Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM

(Brasil)

Requerida 2

**MANIFESTAÇÃO DO REQUERIDO 1 SOBRE O
PARECER JUNTADO PELA REQUERENTE (Anexo A-268)**

21 de novembro de 2019

AO

TRIBUNAL ARBITRAL

Dr. Lauro da Gama e Souza Jr. (presidente), Dr. Mauricio Almeida Prado e Dra. Vera Monteiro

CC: Secretaria Administrativa e Secretaria da CCI

Por correio eletrônico



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	3
II. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO PARECER	4
III. REGÊNCIA DO CONTRATO STM Nº 003/2008: INCIDÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993 E DISCIPLINA DA RESCISÃO CONTRATUAL	5
IV. INVALIDADE DA RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA CONTRATADA, ASSIM COMO DO SUPOSTO DISTRATO AMIGÁVEL. CONTINUIDADE DO REGIME DE EXECUÇÃO CONTRATUAL E ABANDONO POR PARTE DA CONTRATADA.	12
<i>(a) Invalidez da rescisão unilateral por correspondência da contratada em 24 de novembro de 2014</i>	<i>12</i>
<i>(b) Invalidez do “distrato amigável” por meio de correspondência da CPTM em 20 de janeiro de 2015</i>	<i>18</i>
<i>(c) Continuidade do regime de execução contratual e abandono da obra por parte do Consórcio contratado.....</i>	<i>20</i>
V. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS.....	21
<i>(a) Caracterização do contrato enquanto empreitada integral (turn key).....</i>	<i>21</i>
<i>(b) Insustentabilidade dos argumentos do parecerista quanto à inviabilidade da configuração do contrato como empreitada integral (turn key).</i>	<i>28</i>
<i>(c) Insustentabilidade dos argumentos do parecerista quanto ao enquadramento do contrato como empreitada por preço global.....</i>	<i>31</i>
<i>(d) Implicações práticas: Inadimplemento da obrigação principal por culpa da contratada. Inutilidade dos bens e equipamentos adquiridos ou fabricados pela contratada, quando dissociados do sistema cuja implementação configurou o objeto contratual. Inexigibilidade de seu recebimento e pagamento.</i>	<i>38</i>
VI. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE POR INADIMPLEMENTO DO CONTRATADO	42
VII. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO OU VÍCIO DA FUNDAMENTAÇÃO NA APLICAÇÃO DE MULTAS CONTRATUAIS	46
<i>(a) Da inoccorrência de prescrição.....</i>	<i>46</i>
<i>(b) Da ausência de vícios de motivação nas decisões que aplicaram multas ao contratado.....</i>	<i>49</i>
VIII. CONCLUSÕES	53



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

ILUSTRÍSSIMO TRIBUNAL ARBITRAL

ESTADO DE SÃO PAULO (“Estado”, “Contratante” ou “Requerido 1”), pessoa jurídica de direito público interno já qualificada neste procedimento arbitral (CCI nº 23002/JPA/GSS), em que é demandada, ao lado da **COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS** (“CPTM”, “Interveniente/Gestora” ou “Requerida 2”), por **CONSÓRCIO EFACEC/ANSALDO** (“Consórcio”, “Contratada” ou “Requerente”), igualmente já qualificados, vem, por seus procuradores, apresentar **MANIFESTAÇÃO SOBRE O PARECER JURÍDICO JUNTADO PELA REQUERENTE** (Anexo A-268), ao tempo previsto por este Tribunal Arbitral, conforme as razões a seguir expostas.

I. INTRODUÇÃO

1. Mesmo esgotada a etapa postulatória deste feito, assim como o momento para produção de prova documental pelas partes, no último dia 25 de outubro o Requerente serviu-se de sua oportunidade de apresentar esclarecimentos sobre a produção da prova oral para juntar Parecer Jurídico elaborado pelo Professor Marçal Justen Filho sobre o caso.

2. Não obstante veementemente contestada pelos Requeridos, a extemporânea juntada de documento foi acatada pelo Tribunal Arbitral, o qual concedeu oportunidade para que o Estado de São Paulo e a CPTM sobre ele se manifestem até o dia 21 de novembro. É o que se passa a fazer, nos termos que seguem.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

II. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO PARECER

3. O Parecer Jurídico elaborado pelo Professor Marçal Justen Filho, ao responder os quesitos elaborados pela Requerente, chegou às seguintes conclusões pertinentes à arbitragem:

i) Por força do art. 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/93, não incide no Contrato STM nº 003-2008 a disciplina publicística da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sendo a contratação regida tão-somente pelas cláusulas contratuais, que refletem as Diretrizes do Banco Mundial (*Tópico II*);

ii) Dada essa peculiaridade da regência contratual, é válida a rescisão do Contrato realizada pelo Consórcio em 24 de novembro de 2014 ou, alternativamente, o distrato amigável consumado por comunicação da CPTM em 20 de janeiro de 2015. Em decorrência, após esses marcos temporais foi encerrado o regime contratual ordinário, tendo transcorrido tratativas apenas para acerto de valores devidos, não se configurando abandono contratual pela contratada (*Tópico V*);

iii) A modalidade contratual avençada equivale à empreitada por preço global, segundo as regras do Banco Mundial, não podendo ser classificado como empreitada integral ou *turn key* (*Tópico III*);

iv) Como corolário da conclusão acima, todos os bens e equipamentos adquiridos ou fabricados pela Contratada até a data da rescisão do Contrato



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

devem ser recebidos e remunerados pelos Contratantes, independente de sua utilidade quando dissociados do sistema para cuja composição foram fabricados (*Tópico VII*);

v) Igualmente, a contratação de outras empresas para executarem obras nas mesmas linhas e no mesmo período para os quais o Consórcio havia sido contratado constitui violação às atribuições das Contratantes relacionadas à consecução do escopo contratual, sendo fato imprevisível não imputável à Contratada que afetou o prazo para execução da obra (*Tópico IV*);

vi) É válida a cláusula de limitação da responsabilidade por falta contratual, impedindo que sejam formulados pedidos de indenização por lucros cessantes pela STM e CPTM, ou em valores que excedam o preço total do Contrato (*Tópico VI*);

vii) Ocorreu a prescrição intercorrente das multas administrativas aplicadas ao Consórcio, ou são inválidas ante a violação ao dever de motivação por parte das decisões que as aplicaram (*Tópicos VIII e IX*).

4. Em que pese o esforço argumentativo do ilustre parecerista, tais conclusões não merecem respaldo, como se passa a demonstrar.

III. REGÊNCIA DO CONTRATO STM Nº 003/2008: INCIDÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993 E DISCIPLINA DA RESCISÃO CONTRATUAL



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

5. O parecerista defende que, pelo fato de o Contrato STM nº 003/2008 decorrer de financiamento por parte do Banco Mundial, com expressa aplicação do artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993, à sua regência não se aplicaria o regime publicístico da Lei de Licitações e Contratos, sendo disciplinado tão-somente por suas cláusulas. Isso implicaria a inexistência de presunção da legitimidade dos atos administrativos, a igualdade plena entre as partes pública e privada e a inexistência de poderes extroversos da Administração decorrentes diretamente da lei [§§11-39]. Em adendo, permitiria ao contratado, mesmo à revelia da lei, exercer o poder de rescisão unilateral contratualmente previsto [§§197-206].

6. Para chegar a tais conclusões, o jurista parte da premissa equivocada de que a disciplina contratual da Lei Federal nº 8.666/93 estaria afastada por conta de o contrato contar com financiamento internacional, com base no artigo 42, §5º, da mesma Lei.

7. Ora, tal não se sustenta, primeiramente, porque **o regime diferenciado que o artigo 42, §5º, da LLC permite seja adotado pela Administração nos certames internacionais com financiamento por parte de organismo financeiro multilateral se restringe à fase licitatória**, na qual podem ser admitidas “as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional”, assim como “as normas e procedimentos daquelas entidades”. É o que se vê da transcrição do dispositivo:

Art. 42. (...).

§5. Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior (grifos nossos).

8. A análise da literatura especializada confirma esse entendimento, tendo em vista que as principais obras que tratam do tema se limitam a abordar as consequências do regime diferenciado sobre a fase de licitação¹. O mesmo, com efeito, é observado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre o tema, que em nenhum precedente aborda qualquer consequência deste regime diferenciado incidente sobre o regime do contrato decorrente².

9. Não por menos, ao abordar o assunto em seu parecer, o Prof. Marçal Justen Filho não cita sequer um precedente ou obra doutrinária em respaldo

¹ Em obra seminal sobre o tema, Rafael Wallbach Schwind oferece síntese das implicações normativas do artigo 42, §5º, da LLC, restringindo-as ao âmbito licitatório: “Como se vê, o §5º do artigo 42 da Lei nº 8.666, de redação bastante complexa, engloba as principais previsões das quais decorrem as peculiaridades dos procedimentos licitatórios financiados por organismos internacionais. Basicamente, o dispositivo prevê que, havendo o emprego de recursos provenientes de fontes estrangeiras, as licitações poderão ser realizadas de acordo com as regras constantes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais, ou ainda em conformidade com as normas editadas pela instituição que realizará o empréstimo ou doação de recursos” (SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: Participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. Ebook. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pos. 1860). No mesmo sentido, MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. *Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 155-187, 2017.

² É emblemático nesse sentido que, ao colocar o artigo 42, §5º, da Lei 8666/93 como objeto de pesquisa no buscador de jurisprudência do Tribunal de Contas da União, apenas apareçam quatro acórdãos (Acórdãos 370/2004, 324/2012, 2238/2013 e 1866/2015), todos eles abordando tão-somente questões específicas do regime licitatório.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

à sua posição de que as normas contratuais também são afetadas pelo regime diferenciado decorrente do financiamento internacional. No tópico respectivo, o único momento em que faz a citação de uma série de obras doutrinárias se dá quando afirma, de modo genérico, a validade do artigo 42, §5º, da Lei de Licitações, ao que se percebe que todas as obras referenciadas têm como tema as implicações do dispositivo sobre os procedimentos licitatórios, nada abordando sobre os respectivos contratos [§14 e respectiva Nota de Rodapé].

10. Portanto, **como não se está diante da hipótese do artigo 42, §5º, e não havendo qualquer outra que excepcione o regime contratual da Lei Federal nº 8.666/93, este incide plenamente ao contrato, se sobrepondo às normas contratuais eventualmente conflitantes.** Trata-se, tão-somente, da aplicação do princípio da legalidade ao qual está submetido a Administração brasileira, que impede a emissão de qualquer declaração de vontade em desacordo com o disposto em lei.

11. A título argumentativo, ainda que se entenda que o regime especial decorrente das contratações com financiamento internacional também se aplica à disciplina contratual, é preciso atentar aos requisitos específicos dispostos no artigo 42, §5º, para fins da incidência deste regime, e avaliar seu cumprimento no caso concreto.

12. Nesse sentido, a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União, ao interpretar o dispositivo, elenca **quatro pressupostos para legitimar a não aplicação da Lei 8.666/93 às licitações internacionais:** i) a contratação futura deve ser financiada com recursos oriundos do estrangeiro, desembolsados por agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil faça parte; ii) a não incidência da Lei 8.666/93 deve ser uma condição essencial imposta pela agência de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral; iii)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

a norma e o procedimento do organismo internacional não podem conflitar com o princípio do julgamento objetivo; e iv) deve existir despacho autorizativo motivado do órgão executor do contrato determinando o afastamento da lei, ratificado pela autoridade imediatamente superior³. No que diz respeito ao afastamento das normas contratuais da Lei nº 8.666/93 ao contrato aqui analisado, não se perfazem nem o segundo, nem o último requisito elencado.

13. Quanto ao segundo pressuposto, da análise dos documentos de observância obrigatória pelo Estado de São Paulo enquanto mutuário de financiamento por parte do Banco Mundial, em nenhum momento há exigência de expresse afastamento de normas legais para o contrato. Com efeito, no Regulamento de Aquisições para Mutuários de Operações de Financiamento de Projetos de Investimento⁴, na Seção V, que trata das Disposições Aplicáveis às Aquisições, apenas há normas disciplinando o procedimento licitatório, nada se derogando quanto ao regime contratual do país de origem do mutuário. O mesmo se vê das Diretrizes para Aquisições de Bens, Obras e Serviços Técnicos Financiados por Empréstimos do BIRD e Crédito & Doações da AID, pelos Mutuários do Banco Mundial⁵, que possui uma longa seção com o título “Licitação Pública Internacional” (Seção II), em que há apenas duas pequenas subseções tratando das condições contratuais (2.2 e 2.38), se limitando a prescrever orientações para boa redação contratual e recomendar/exigir modelos contratuais gerais, mas também em nenhum momento abordando a derrogação de normas legais do país de origem do mutuário.

³ Acórdão 1866/2015, Plenário Rel. Min. José Múcio Monteiro, J. 29.07.2015.

⁴ Disponível em: < <http://pubdocs.worldbank.org/en/813421487104372186/Procurement-Regulations-for-IPF-Borrowers-portuguese.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2019.

⁵ *Diretrizes para aquisição de bens, obras e serviços técnicos financiados por empréstimos do BIRD e créditos & doações de AID, pelos mutuários do Banco Mundial*, jan. 2011, p. 11. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/541151468124188603/pdf/95477-REPLACEMENT-FILE-385456B-PUBLIC-Diretrizes-Aquisicoes-Jan2011.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2019.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

14. Já quanto ao último pressuposto, o ato de afastamento por autoridade competente consistiu em **previsões do Edital de Licitação e respectivo Aviso**, dispondo que “esse processo de licitação será conduzido de acordo com as regras e procedimentos estabelecidos nas Diretrizes para Licitações com Empréstimos do BIRD e Créditos da AID”, deixando claro que isto será feito “**nos aspectos não conflitantes com a lei, conforme autorizado pelo parágrafo 5 do Artigo 42 da Lei Federal nº 8666/93**” (p. iv do Edital, Doc. A-81). Isto é, o Edital prevê que as regras e procedimentos das Diretrizes elaboradas pelo Banco Mundial apenas serão aplicáveis no que não conflitar com as leis nacionais, em especial a própria LLC.

15. Assim, ainda que se admita que a hipótese do art. 42, §5º, da LLC também tem o condão de excepcionar a disciplina legal aplicável aos contratos administrativos, os pressupostos gerais para a sua incidência quanto a esse aspecto não se encontram presentes no caso, pois: i) as Diretrizes segundo as quais o certame se pauta em nenhum momento excepcionam o regime da Lei 8.666/93, tampouco qualquer outro documento emitido pelo Banco Mundial que vincule o Estado de São Paulo enquanto mutuário; e ii) os documentos da licitação que fazem referência a este dispositivo deixam claro que a aplicação das normas e procedimentos do órgão financiador se dará no que não conflitar com a lei.

16. O reconhecimento da incidência da Lei Federal nº 8.666/1993 ao contrato tem implicações práticas importantes para o conflito sob exame.

17. Primeiramente, conclui-se pela **integral aplicabilidade ao contrato da disciplina publicística constante da Lei de Licitações e Contratos** e, nesse quesito, impõe-se admitir o exercício dos poderes extroversos constantes do artigo 58 da Lei de Licitações e Contratos pela Administração, mesmo sem não estando expressas nas



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

condições contratuais. Isso porque tais poderes derivam de cláusulas impositivas, que aderem aos contratos firmados pela Administração por força de previsão legal, não dependendo de previsão no instrumento contratual para serem a ele aplicáveis.

18. Doutro lado, quanto ao regime de rescisão contratual, conclui-se que **era inviável a rescisão unilateral da avença pelo contratado mediante mera comunicação extrajudicial.**

19. É que o artigo 79 da LLC elenca exhaustivamente todas as hipóteses de rescisão do contrato administrativo admitidas pela Lei, deixando claro que o término do contrato por iniciativa unilateral do contratado deve necessariamente ser viabilizado judicialmente (art. 79, III, da LLC). Há uma razão de ordem pública para isso, que é a impedir que o contratado, ao seu talante, suspenda o andamento de serviços e obras públicas de suma importância para a população, como meio de barganha para impor seus pleitos contratuais à Administração. Com efeito, esse foi o caso dos autos, em que a contratada utilizou o instrumento da rescisão unilateral como forma de compelir o Estado a acatar pleitos de reequilíbrio contratual completamente indevidos, eis que acarretados por incapacidade do próprio Consórcio em cumprir o cronograma fixado para as obras. Nesse aspecto, o controle jurisdicional afigura-se de suma importância para preservar o uso indevido da faculdade de rescisão unilateral pelo contratado, visando também a preservação da continuidade dos serviços e obras públicas.

20. Assim, não há que se reconhecer aplicabilidade à subcláusula 42.3.1 das Condições Gerais do Contrato, que rege o procedimento para a rescisão unilateral pelo contratado, pois em direta violação à disciplina contratual da Lei Federal nº 8.666/1993, que a ela se sobrepõe. **As hipóteses e o procedimento para a rescisão unilateral em favor do contratado são os que constam dos artigos**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

pertinentes da LLC (arts. 78 e 79), apenas devendo-se admitir a incidência das cláusulas do contrato que com esta disciplina não sejam conflitantes.

21. Em síntese, sendo inequívoca a aplicabilidade das normas contratuais da Lei Federal nº 8.666/1993 ao contrato analisado, conclui-se quanto ao seu regime que: i) sempre esteve facultado à Administração o exercício dos poderes extroversos constantes do artigo 58 da Lei de Licitações e Contratos, ainda que isso não estivesse expressamente previsto em contrato; e ii) era vedado ao contratado rescindir unilateralmente o contrato por mera comunicação extrajudicial, sendo imperativo que, para tal finalidade, ajuizasse demanda em órgão jurisdicional.

IV. INVALIDADE DA RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA CONTRATADA, ASSIM COMO DO SUPOSTO DISTRATO AMIGÁVEL. CONTINUIDADE DO REGIME DE EXECUÇÃO CONTRATUAL E ABANDONO POR PARTE DA CONTRATADA.

(a) Invalidade da rescisão unilateral por correspondência da contratada em 24 de novembro de 2014.

22. Assentada as premissas acima sobre o regime contratual, não se pode concordar com o posicionamento do parecerista quanto à validade da rescisão unilateral pelo contratado por meio de correspondência encaminhada à CPTM em 24.11.2014 [§§207-209], pois tal hipótese não seria admitida pela disciplina da Lei de Licitações e Contratos, conforme argumentado acima.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

23. No entanto, *ainda que se admita a aplicabilidade da subcláusula 42.3.1 das Condições Gerais do Contrato*, que prevê a possibilidade de rescisão unilateral por parte do contratado, é imperativo reconhecer que **as hipóteses e o procedimento ali consignados para exercício deste poder contratual não foram observados pelo Consórcio.**

24. Transcreve-se a seguir a redação do dispositivo para melhor esclarecer o argumento:

42.3. Rescisão pela Contratada:

42.3.1. Se:

- (a) O Contratante tiver **deixado de pagar à Contratada qualquer valor estipulado no Contrato dentro do prazo especificado**, tenha deixado de aprovar qualquer fatura ou documentos de suporte sem justa causa (...) ou **cometer infração contratual substancial, a Contratada poderá enviar notificação ao Contratante requerendo o pagamento do valor em questão (...), requerer a aprovação da fatura ou dos documentos de suporte ou poderá especificar o inadimplemento e requerer que a Contratante tome medidas para sanar o problema, conforme o caso.** Se o Contratante deixar de pagar esse valor juntamente com juros, deixar de aprovar essa fatura ou documentos de suporte ou de dar os motivos pela retenção dessa aprovação, deixar de solucionar o inadimplemento ou tomar medidas para solucioná-lo dentro de quatorze (14) dias após recebimento da notificação da Contratada; ou
- (b) a **Contratada não puder executar alguma de suas obrigações contratuais por algum motivo imputável à Contratante, incluindo, mas não limitado a falta, por parte do Contratante, de dar posse ou acesso ao Local ou outras áreas**, ou falta de obtenção de permissões governamentais necessárias para a execução e conclusão das instalações.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

então a Contratada poderá dar notificação à Contratante sobre o fato, e se o Contratante tiver deixado de pagar valores pendentes, aprovar fatura ou documentos de suporte, justificar a retenção dessa aprovação, ou sanar tal falta de cumprimento dentro de vinte e oito (28) dias de tal notificação, ou se a Contratada ainda estiver impossibilitada de executar alguma de suas obrigações contratuais por qualquer motivo imputável ao Contratante dentro de vinte e oito (28) dias da mencionada notificação, a Contratada poderá, mediante notificação à Contratante mencionando esta sub-cláusula 42.3.1 das Condições Gerais de Contrato, rescindir o Contrato (grifos nossos).

25. Analisando o caso, observa-se, primeiramente, que **nenhuma das hipóteses alegadas pelo Consórcio como fundamentadoras de sua rescisão unilateral de fato se concretizaram**, quais sejam: i) suspensão das obras por período superior a 120 dias; ii) falta de pagamento de valores devidos; e iii) impossibilidade de executar as prestações em vista do impedimento de acesso aos locais de obra.

26. Ora, conforme o Requerido 1 já argumentou à exaustão em manifestações anteriores, a suspensão da execução contratual, além de motivada exclusivamente por desídia do contratado em apresentar novo cronograma de execução das obras após findo o que estava vigente, não superou o prazo máximo de 120 dias, tendo em vista que, iniciada em 16 de julho de 2014 (Doc. A-154), cessou em 11 de novembro do mesmo ano (Doc. A-158). Doutra feita, conforme também já aduzido, não houve falta dos contratantes no pagamento de quaisquer valores devidos contratualmente ao Requerente, havendo apenas discussões e tratativas quanto ao direito do Consórcio a reequilíbrios contratuais decorrentes de sucessivos atrasos no cumprimento do cronograma de obras – os quais o Estado não considerou devidos, mas, ainda que o fossem, não autorizariam a aplicação da hipótese de rescisão unilateral sob exame, que se



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

restringe a valores estipulados no contrato. Por fim, a imputação da impossibilidade de execução da obra à falta de concessão de acesso aos locais de obra pela CPTM é veementemente contestada pelos Requeridos desde o início da arbitragem, de modo que em várias oportunidades se demonstrou que o inadimplemento se deu em virtude da desorganização e do não aproveitamento eficiente por parte do Consórcio dos vários acessos concedidos pela CPTM ao longo da execução contratual.

27. Outrossim, ainda que se entenda que alguma dessas hipóteses tenha se configurado, **o procedimento contratual para a rescisão unilateral não foi observado**, pois não houve notificação prévia para que o Estado de São Paulo se manifestasse sobre os alegados motivos da rescisão no prazo de vinte e oito dias, conforme prescreve a sub-cláusula 42.3.1 das CGC, em violação ao seu direito à ampla defesa e contraditório.

28. É dizer, não obstante o parecerista alegue que o contratado encaminhou “diversas correspondências aos Contratantes, apontando práticas infracionais graves e solicitando providências para saná-las”, o que houve foi um conjunto de comunicações descontinuadas, ao longo de anos de execução contratual, tratando de problemas diversos (v.g. direito ao reequilíbrio, liberação de acessos específicos), seguido de ruptura abrupta do contrato na data de 24.11.2014, sem que houvesse prévia especificação da(s) falta(s) contratual(is) com base nas quais a contratada pretendia promover a rescisão, para que em relação a elas os contratantes se manifestassem no prazo de vinte e oito dias, na forma do contrato.

29. Quanto a esse aspecto, ainda que o Tribunal Arbitral entenda que as diversas comunicações anteriores do Consórcio à CPTM e STM preenchem os requisitos literais para satisfazer a exigência de notificação prévia



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

constante da sub-cláusula 42.3.1 das CGC, sua interpretação deve ser feita à luz do direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88), cláusula constitucional que opera em favor tanto do contratado como do contratante.

30. É que, conforme jurisprudência assente do Tribunal de Contas da União, nem mesmo normas impostas por órgãos multilaterais de financiamento no âmbito de uma licitação internacional podem afrontar regras e princípios da Constituição brasileira, devendo sua interpretação se adequar aos parâmetros constitucionais. Senão vejamos:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO CUSTEADA COM RECURSOS FINANCEIROS POR INSTITUIÇÕES QUE COMPÕEM O GRUPO BANCO MUNDIAL. ENTENDIMENTO DO TCU. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE, FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME.

1. De acordo com o art. 42, §5º, da Lei n. 8.666/1993, é possível a realização de processos licitatórios que obedeam às condições previstas em contratos assinados com instituições financeiras multilaterais e, ainda, a adoção de procedimentos por elas exigidos.

2. Nada obstante, consoante a Decisão n. 1.640/2002 – Plenário, eventual contrato de empréstimo internacional não pode conter cláusulas conflitantes com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem em caso de divergência com as normas dos organismos de financiamento, sendo cabível, ainda, a aplicação subsidiária dos ditames da Lei n. 8.666/1993.

3. A exigência não justificada, do ponto de vista técnico-econômico, de experiência mínima de dez anos na prestação de serviços similares ao licitado consubstancia restrição ao caráter competitivo do certame.

4. Deve ser fixado prazo para a anulação de certame maculado do vício insanável da restrição à competitividade.

(Acórdão nº 645/2014, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Sessão de 19/03/2014).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

31. Isto é, ainda que não se admita a tese sustentada no tópico III deste arrazoado acerca da prevalência das regras da Lei Federal nº 8.666/93 sobre as cláusulas do Contrato STM nº 003/2008 com ela conflitantes, admitindo-se que estas últimas são aplicáveis mesmo em derrogação à disciplina legal, de modo algum pode-se admitir sua aplicação em afronta a normas constitucionais. De forma específica ao caso, **não se pode respaldar uma interpretação literal da sub-cláusula 42.3.1 que cerceie o Estado Contratante do exercício do seu direito constitucional ao contraditório e ampla defesa no procedimento para rescisão unilateral por parte da contratada.** Trata-se, inclusive, de aplicação da isonomia – também cláusula constitucional –, tendo em vista que qualquer rescisão unilateral promovida pelo Estado é revestida de todas as garantias de contraditório e ampla defesa em favor do contratado, não sendo lícito que o caso oposto se passe diferentemente.

32. Nesse sentido, não houve observância do direito ao contraditório dos contratantes no comportamento repentino e arbitrário por meio do qual a contratada exerceu seu poder de rescisão unilateral, tendo em vista que em nenhum momento instou formalmente o Estado e a CPTM a se manifestarem de forma específica sobre as causas que supostamente sustentavam o término contratual, concedendo-lhes o prazo de vinte e oito dias previsto nas CGC. Trata-se de ponto de extrema relevância, pois o exercício efetivo do contraditório e ampla defesa não se mostra possível ante alegações genéricas de descumprimento, sendo imprescindível que se delimite com a maior exatidão possível as faltas contratuais imputadas à parte contrária, para que esta possa se manifestar especificamente sobre as acusações que sobre ela recaem.

33. Assim, por todos os ângulos de análise, não foi válida a rescisão unilateral promovida por meio da correspondência de 24 de novembro de 2014



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

enviada pela contratada à CPTM, não tendo este ato produzido qualquer dos efeitos a ele atribuídos pelo ilustre parecerista – isto é, não teve o condão de encerrar a fase de execução contratual, tampouco de tornar inexigível a prestação principal à qual o Consórcio estava contratualmente obrigado.

(b) Invalidade do “distrato amigável” por meio de correspondência da CPTM em 20 de janeiro de 2015.

34. Mesma sorte cabe ao suposto “distrato amigável” que o Prof. Marçal Justen Filho sustenta ter ocorrido em 20 de janeiro de 2015, data em que a CPTM enviou correspondência à contratada concordando com a rescisão contratual, por entender que a continuidade da execução do contrato não seria possível (CT.GES. 45/2015 – Doc. A-165). E isso porque: i) a CPTM era mera executora do Contrato STM nº 003/2008, ao passo que o Estado de São Paulo, representado pelo Secretário de Transportes Metropolitanos, ocupava a posição de contratante principal, não havendo que se falar em manifestação válida de concordância com a resolução contratual por outra autoridade que não seja esta última; e ii) o subscritor da correspondência enviada pela CPTM não era autoridade competente para se obrigar em nome da empresa perante terceiros, de modo que sua manifestação de vontade não gera efeitos nem mesmo no âmbito restrito da esfera jurídica da estatal.

35. Quanto ao primeiro argumento, resta evidente que só houve manifestação formal do Secretário de Transportes Metropolitanos quanto à rescisão contratual após a conclusão do processo administrativo instaurado para esse fim, culminando com a rescisão unilateral pela Administração com fulcro no artigo 79, I, da Lei Federal n. 8.666/93. Antes disso, não se pode falar em qualquer tipo de concordância do contratante com o término contratual, **não subsistindo mínimos elementos para a**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

configuração de um “distrato amigável”, tendo em vista que apenas a autoridade que firmou o compromisso contratual tem competência para desfazê-lo.

36. Não prevalece, nesse sentido, o argumento da Requerente de que a Administração Estadual concordou com a rescisão ao “participar das negociações das obrigações pós-contratuais que se seguiram” [§164 das Alegações Iniciais da Requerente]. Como já se argumentou em oportunidades anteriores, as tratativas instauradas em seguida à discordância entre Consórcio e CPTM em nenhum momento deram o contrato por encerrado. Ao revés, buscavam viabilizar um arranjo para que a Requerente concluísse o objeto contratado, mediante pagamentos a serem acordados. Isto fica muito claro, dentre outras passagens, no teor da correspondência encaminhada pela STM ao Consórcio em 11 de setembro de 2015 (Doc. A-168), no qual se sugere a realização de “um último esforço visando encontrar uma solução ao impasse que nos encontramos para o término do contrato”, evidenciando que o término do contrato não era dado como ocorrido, e sim o próprio objeto das negociações até aquele momento.

37. Não bastasse, a correspondência enviada ao Consórcio Union Switch/EFACEC em 20 de janeiro de 2015 foi subscrita por ocupante do cargo de Gerente de Implantação de Sistemas da CPTM, o qual não detém poderes de representação da empresa estatal segundo seu estatuto social. Destarte, sua manifestação de vontade não apenas não tem o condão de vincular o Estado de São Paulo, enquanto contratante principal, como nem mesmo pode vincular a sua própria empregadora, haja vista que não lhe foi outorgado poderes para por ela se obrigar perante terceiros.

38. Logo, por qualquer prisma que se enxergue a questão, é inaceitável reconhecer efeitos resolutórios do Contrato STM nº 003/2008 à



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

correspondência CT.GES. 45/2015, ou mesmo ao conjunto de tratativas que se deu em sequência, por tratar-se de interpretação absolutamente incompatível com o ordenamento jurídico.

(c) Continuidade do regime de execução contratual e abandono da obra por parte do Consórcio contratado

39. Sendo inválidas tanto a rescisão unilateral por parte do contratado, promovida por correspondência de 24 de novembro de 2014, como o suposto “distrato amigável” concretizado por correspondência da CPTM em 20 de janeiro de 2015, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o contrato permaneceu vigente até sua rescisão unilateral por ato formal do Secretário de Transportes Metropolitanos, notificado ao Requerente em 11 de novembro de 2016 (Ofício UCP nº 136/2016 – Doc. RDO1-12). Tais atos anteriores à decisão oficial, portanto, não tiveram o condão de encerrar a fase de execução contratual, tampouco de tornar inexigível a prestação principal à qual o Consórcio estava contratualmente obrigado.

40. Sob esse prisma, não prevalece o arrazoadado do parecerista quanto à alteração do regime contratual ocorrida após janeiro de 2015, passando da fase de execução a um suposto regime de liquidação de direitos e obrigações remanescentes [§§218-222]. Tampouco se pode aceitar que, ante tal modificação, o contratado “não estava mais sujeito ao dever de executar os serviços e fornecimentos previstos no regime ordinário contratual” [§223] e, por isso, não incorreu em inadimplemento ou abandono do contrato no momento em que, simplesmente, tomou o contrato por encerrado e parou de executar a prestação a que estava obrigado [§238].



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

41. Não tendo se operado a alegada rescisão contratual, o regime ordinário de execução continuou vigente. Assim, configurou-se o abandono da execução pelo contratado, em claro inadimplemento aos seus deveres contratuais, o que ofereceu razões suficientes para a rescisão operada pela Administração no ano de 2016, seguida da aplicação das sanções que vêm sendo contestadas pela parte Requerente.

V. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

(a) *Caracterização do contrato enquanto empreitada integral (turn key).*

42. O parecerista sustenta que o contrato de empreitada firmado equivale ao modelo de empreitada por preço global, não havendo como enquadrá-lo como empreitada integral. Porém, sem razão.

43. Como já exposto em diversas oportunidades neste procedimento, o contrato em questão é do tipo EPC (*Engineering, Procurement and Construction*) ou *turn key* (“chave na mão”), definido como avença na qual o contratado assume a responsabilidade total pelo empreendimento, desde o *design* do projeto de engenharia, passando pela fabricação ou aquisição dos equipamentos destinados a compor a obra, até a sua conclusão, teste e entrega ao cliente em pleno funcionamento, no qual o comprador precise apenas “virar a chave” e abrir a porta para operar⁶.

⁶ Consoante destaca Marcelo Alencar Botelho de Mesquita, esse modelo contratual se caracteriza “como o negócio em que o contratado incumbe-se de todas as atividades desde a concepção de um empreendimento até sua entrega, inteiramente construído, dotado de todo maquinário e demais utensílios, testado e em operação” (*Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering,*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

44. De modo mais concreto, o resultado esperado da contratada era o de que proporcionasse, pela troca do atual sistema de sinalização de linhas ferroviárias, a redução do intervalo entre trens (*headway*), dos atuais 8 minutos em média, para 2,5 minutos de projeto e 3 minutos em campo. Com isso, o tempo de espera do trem nas estações seria reduzido e haveria a expectativa de que a viagem se tornasse mais célere para o passageiro, dado que os trens poderiam circular em maior velocidade e com menor distância entre as composições ferroviárias, de forma segura. Destaca-se passagem das Especificações Técnicas do Contrato que ilustra esse aspecto da avença (Doc. RDO1-07, p. 1650-1652):

264) Section VI. Technical Specifications and Drawings - ET-S-A-99-99-9999/4-Y00-016

2 GENERAL FEATURES OF THE PROJECT

2.1 LINE A

Line A extends for a total distance of 60,5 Km of double track, which leaves the Luz station in the centre of the city of São Paulo, heading northwest from the city, and serving several neighbourhoods and municipalities until it reaches the city of Jundiaí in the Greater São Paulo region. Assistance for the Service of Line A is distributed in two sections described as follows:

- Luz - Francisco Morato Section, with a distance of 39 km, showing an operational Headway of 15 minutes at off-peak times and 8 minutes during the morning and evening peak times;
- Francisco Morato - Jundiaí Section with a distance of 21.5 km, and showing an operational Headway of 22 minutes throughout the day.

Note: The re-signalling of the Barra Funda - Francisco Morato section to service the operational headway of 3 minutes is an integral part of the supply of these Technical Specifications.

The track Plan of the Luz - Francisco Morato section is presented in the following drawings:

- **CPTM AN2874-7 – Track Plan – 3-minute operational Headway** - Line A, shows the simplified outline of the Line on the Barra Funda - Francisco Morato section;

Section VI. Technical Specifications and Drawings – AN 2874-7

265) Section VI. Technical Specifications and Drawings - ET-S-F-99-99-9999/4-Y00-017

2 GENERAL FEATURES OF THE PROJECT

2.1 LINE F

Line F has a double track with 38.8 Km in length, from Brás station, São Paulo City Centre, towards the east side of the city, going on parallel to Line E up to the vicinities of Sebastião Gualberto rectifier substation, and from this point on, getting away from Line E, deriving towards the northeast side, passing



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

through Bairro da Penha (District) towards São Miguel Paulista, covering various districts and municipalities until meeting Line E again in the Calmon Viana terminal station, municipality of Poá, in the Great São Paulo.

Brás - Calmon Viana section currently has a headway that varies from 15 minutes at the valley to 8 minutes at the peak times, in the morning and afternoon periods.

Note: The new signalling of the Brás – Calmon Viana section, for supporting 3-min operating headway, is an integral part of these Technical Specifications. The Track Plan of the Brás – Calmon Viana section will be presented in the drawings below:

• **CPTM AN2856-9 – Track Plan – 3-min operating Headway** - Line F, simplified Line tracing, Brás – Calmon Viana section with the AMV regions and planned detours.

Section VI. Technical Specifications and Drawings – AN2856-9

45. A adoção de outro formato contratual para o mencionado objeto é impensável, tendo em vista que **o fornecimento de uma solução de sinalização ferroviária** é extremamente complexo e dependente da forma de trabalho e da tecnologia utilizadas pelos poucos fornecedores mundiais. Assim, ao contratante cabe exclusivamente apontar os resultados que pretende obter a partir do sistema e ao contratado caberá decidir o procedimento necessário para atingir tal *performance*, dentro das balizas contratualmente previstas. Como é da natureza dos contratos *turn key*, não interessa ao contratante a satisfação parcial do Contrato, pois só lhe interessa o produto final em plena operação e funcionamento, bastando ao contratante "virar a chave". **A obrigação contratada é de fim, e não de meio.**

46. A especial adequação do modelo de empreitada integral ou *turn key* para a contratação de complexos empreendimentos de engenharia é reconhecida pela *jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União*, tal qual se vê de trechos dos acórdãos a seguir reproduzidos:

23. (...). A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que *o regime de empreitada integral previsto no art. 6º, inciso VIII, alínea 'e', da Lei 8.666/93*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

deve ser considerado na condução de projetos de vulto e complexos, em que a perfeita integração entre obras, equipamentos e instalações se mostre essencial para pleno funcionamento do empreendimento (...) (Acórdão n. 711/2016. Plenário. Relator: Min. Ana Arraes. Brasília. J. 30 mar. 2016; grifos nossos).

30. Devido, principalmente, à **natureza e ao vulto do empreendimento**, além do seu relevante alcance social e econômico, é **razoável admitir a sua execução por empreitada integral, ou turn key, modalidade largamente utilizada em obras de engenharia de grande porte** como a que ora se analisa. Parece-me evidente que a contratação de empreendimento dessa envergadura, no regime que ora se propõe, proporcionaria cenário favorável à Administração Pública (*Acórdão n. 723/2012. Plenário. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Brasília. J. 28 mar. 2012; grifos do próprio voto*).

47. O mesmo é reconhecido pela *International Federation of Consulting Engineers (FIDIC)* na introdução ao seu modelo de contrato EPC/Turn Key (*Silver Book*), dispondo que visa atender à contratação de projetos de engenharia eletromecânica e outros de elaboração e execução de planta, em que o contratante pretende a contratação de apenas uma parte contratada a um preço fixo⁷.

48. Voltando-se para o caso concreto, é indiscutível que a solução de sistema de sinalização que forma o objeto contratual caracteriza-se como um empreendimento complexo de engenharia, em que “a perfeita integração entre obras, equipamentos e instalações se mostre essencial para pleno funcionamento do

⁷ “This form for EPC/Turnkey Projects is thus intended to be suitable, not only for EPC Contracts within a BOT or similar type venture, but also for all the many projects, both large and smaller, particularly E&M (Electrical and Mechanical) and other process plant projects, being carried out around the world by all types of employers, often in a civil law environment, wherer the government departments or private developers wish to implement their project on a fixed-price turnkey basis and with strictly two party approach” (FÉDÉRATION INTERNACIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS. *Conditions of contract for EPC/turnkey projects*, 1st ed., 1999, Introductory note to first edition).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

empreendimento”. Dada essa peculiaridade, atraem o regime da empreitada integral (*turn key*) como modelo adequado à sua contratação, o qual inequivocamente foi adotado pela Administração no Contrato STM nº 003/2008.

49. Inclusive, sobejam **elementos constantes das cláusulas contratuais, do Edital de Concorrência Internacional, dos esclarecimentos ao Edital e da proposta do Consórcio vencedor que apontam nesse sentido.**

50. No que diz respeito às cláusulas contratuais, o escopo *turn key* se observa claramente dos itens 1.1(c) e 7.1. das Condições Gerais do Contrato:

1.1.(c). "**Conclusão**" significa que as Instalações (ou parte especificada das mesmas - se estiverem previstas parcelas nas Condições Específicas de Contrato) tenham sido^[sic] **concluídas estrutural e operacionalmente e já estejam prontas e liberadas**, e que todas as obras relacionadas com o Pré-comissionamento das Instalações ou dessas partes específicas das mesmas tenham sido concluídas, em outras palavras, **que as Instalações ou aquelas partes específicas das mesmas estejam prontas para o comissionamento**, conforme definido na Cláusula 23 das Condições Gerais do Contrato (Conclusão) deste instrumento.

7.1. A menos que de outra forma esteja expressamente estipulado nas Especificações Técnicas, as obrigações da Contratada cobrem o **fornecimento de todas as Unidades de Produção e Equipamentos bem como a execução de todos os Serviços de Instalação** necessários para o projeto e a produção (incluindo as aquisições, garantia de qualidade, edificação, instalação e obras de engenharia civil, pré-comissionamento e entrega) de Unidades de Produção e Equipamentos **e a instalação, conclusão, comissionamento das instalações** de acordo com planos, procedimentos, especificações, desenhos, códigos e quaisquer outros documentos definidos as Especificações Técnicas. Tais



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

especificações incluem, mas não estão limitadas a prestação de serviços de supervisão e engenharia, fornecimento de mão de obra, materiais, equipamentos e peças sobressalentes (conforme especificados na sub-cláusula 7.3 abaixo das GCC) e acessórios, equipamentos da Contratada; fornecimento de recursos e materiais de construção, fornecimento de materiais, estruturas e recursos temporários; transporte (incluindo, sem limites, descarga e transporte do local para o mesmo); estocagem, exceto para os fornecimentos, obras e serviços que sejam fornecidos ou realizados pelo Contratante conforme estipulado no Anexo correspondente (Escopo das obras e fornecimentos de responsabilidade do Contratante) do Acordo de Contrato.

51. Também corrobora tal exegese o Termo de Referência anexo ao Edital (Doc. A-81), onde se definiu como objeto o “Fornecimento e Instalação de Sinalização de Vias, de Controle de Tráfego, de Telecomunicações e de Suprimento de Energia para as Linhas A e F da CPTM” (p. 2/11), consignando-se ainda que os proponentes deveriam apresentar Plano de Trabalho descrevendo os “principais aspectos do objeto” do Termo de Referência, quais sejam, *planejamento, projeto, fabricação, fornecimento e implantação* (p. 7/11).

52. Ainda no que tange ao Edital, nas especificações técnicas do sistema contratado são descritos requisitos a serem observados em cada um dos aspectos acima destacados, contemplando inclusive etapas posteriores à implantação, como a *realização de testes de aceitação, operação assistida e treinamento de pessoal da contratante*, o que deixa clara a obrigação de conceber e entregar o sistema em prontas condições de operacionalidade.

53. Não bastasse, **em esclarecimentos ao Edital, a CPTM deixou clara aos licitantes a natureza turn key do contrato sob disputa**, conforme



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

segue da passagem transcrita do Boletim de esclarecimentos nº 1 (anexo ao Doc. A-259, p. 37):

55) De acordo com a Cláusula 9.3, (iv), da Seção II – ITB, a completa execução do contrato, incluindo pagamento, deve ser feita exclusivamente pelo líder. Contudo, tal procedimento não é possível por impedimentos cambiais nos fornecimentos realizados diretamente por licitante no exterior. Podemos entender que tal pagamento centralizado não se aplica em relação aos fornecimentos estrangeiros cuja importação tenha sido realizada diretamente pelo Empregador?

RESPOSTA: O contrato será tipo Turn-Key e os bens devem ser cotados segundo INCOTERMS 2000 – DDP.

56) A Cláusula 11.4, da Seção II, do ITB, dispõe que os preços e fornecimento deverão ser cotados segundo a Cláusula DDP. Na hipótese de um membro do Consórcio ser empresa estrangeira, este não poderá operacionalizar o fornecimento segundo essa Cláusula DDP, tendo em vista que em conformidade com a legislação aduaneira as obrigações pertinentes ao desembaraço aduaneiro somente podem ser cumpridas por empresa brasileira. Sendo assim, nesse caso, entendemos que é permitida a cotação DDP para fins comparação de ofertas e pagamento ao fornecedor estrangeiro segundo a Cláusula CFR e recolhimento de tributos e seguro diretamente pelo Empregador. Favor confirmar nosso entendimento.

RESPOSTA: Vide resposta à pergunta 55.

54. Por fim, seguindo tal orientação, as Propostas Comercial (Doc. A-84) e Técnica (Doc. A-83) do Consórcio vencedor também evidenciaram a natureza de empreitada integral da avença. Sem embargo, no âmbito dos Serviços de Instalação previstos na Tabela Nº 4 da Proposta Comercial (p. 80ss.), detalha-se que os serviços de montagem, instalação e testes dos equipamentos abrangem projeto executivo de fabricação, projeto executivo de instalação, montagem, instalação, testes de aceitação de campo, colocação em serviço, operação provisória, operação assistida, documentação



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

técnica e treinamento (v. itens 1.47, 2.21, 3.5, 4.16, 5.6, 6.2, e diversos seguintes). Já no âmbito da Proposta Técnica, no item respeitante à Garantia, o Consórcio reconhece expressamente sua “responsabilidade com relação ao projeto integral do sistema, pelo seu perfeito funcionamento, pela sua entrega sem falhas ou omissões que venham a retardar a montagem, colocação em serviço ou bom desempenho em operação”, a qual não é passível de ser ilidida pela aceitação de qualquer dos equipamentos ou serviços pela contratante (p. 319, Tomo II).

55. Portanto, a natureza de empreitada integral (*turn key*) do Contrato STM nº 003/2008 se evidencia não apenas pela adequação deste modelo ao objeto contratado, como também pelas consistentes previsões nas cláusulas contratuais, Edital, esclarecimentos ao Edital e proposta do licitante vencedor.

(b) Insustentabilidade dos argumentos do parecerista quanto à inviabilidade da configuração do contrato como empreitada integral (turn key).

56. Assim posta a questão, impõe-se reconhecer que nenhum dos argumentos apresentados pelo parecerista para defender a inviabilidade da configuração do contrato como empreitada integral (*turn key*) se sustenta.

57. Primeiramente, o parecerista aduz que *o contrato não pode ser caracterizado como empreitada integral ou turn key por isso não se encontrar expresso*. Quanto à premissa de que a adoção de tal modelo contratual deve ser expressa, a justifica com base na maior parcela de responsabilidades que é atribuída à contratada, o que o tornaria excepcional [§§99-101].



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

58. No entanto, não merecem deferência nem a premissa, nem a respectiva conclusão. Não há qualquer previsão legal sobre a obrigatoriedade de o modelo da empreitada integral – ou qualquer outro – ser previsto de forma expressa, não obstante isso seja desejável para dar maior clareza sobre a natureza da avença. Na omissão, deve-se inferir o seu enquadramento legal pelo conjunto de obrigações específicas que foram ali dispostas, incidindo nesse quesito as regras interpretativas do negócio jurídico dispostas no Código Civil, em especial no quanto determina a observância pelo intérprete da intenção das partes e dos usos, costumes e práticas do mercado relativa ao tipo de negócio (art. 112 e art. 113, II, CC/02). No caso, ambos fatores apontam para a adoção do modelo “chave na mão”: a intenção das partes nesse sentido resta inequívoca ante as previsões em contrato, Edital, esclarecimentos ao Edital e proposta do licitante vencedor acima comentadas (v. §§49-53); já os usos do mercado deixam clara a adequação do modelo *turn key* a contratos complexos de engenharia como o presente, na linha do que se argumentou no início deste tópico (v. §§45-48).

59. O parecerista também defende que, pelo fato de o contrato visar à modernização de linhas férreas já instaladas, *a contratação não visava “à implantação de um empreendimento completo, a ser concebido como uma totalidade, que fosse entregue no modelo de ‘girar a chave’”* [§§106-107]. Em corroboração, destaca que havia pluralidade de contratados operando nas mencionadas linhas, com fracionamento do objeto da contratação, o que afastaria a responsabilidade do Consórcio pela integralidade do empreendimento, na forma destacada pelo artigo 6º, VIII, “e”, da Lei Federal nº 8.666/93 [§§112-115].

60. Trata-se de afirmação totalmente equivocada, tendo em vista que a avença não se referia à reformulação ou reforma de toda uma área da CPTM, mas sim à modernização da sinalização das Linhas A e F da companhia. Ressalte-se que a definição de “obra” na Lei de Licitações e Contratos (art. 6º, I) é ampla, abrangendo não



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

apenas a implantação de empreendimentos inaugurais, mas também a reforma, recuperação ou ampliação de empreendimentos já existentes. Dentro deste contexto, o contrato visava à implantação de novas funcionalidades eletromecânicas às linhas férreas da CPTM, sendo o consórcio o único responsável pela integralidade dessa atividade, com a atribuição de conceber e disponibilizar a perfeita operacionalidade do sistema contratado, na forma de um *turn key*.

61. Argumenta, por fim, que *a não concessão de posse exclusiva dos locais de obra ao consórcio impediria a configuração como empreitada integral* [§111].

62. Ocorre que o compartilhamento da posse do local de obra com mais de um contratado não é excludente do modelo de empreitada integral, justamente porque, como se abordou acima, pode haver mais de um empreendimento sendo executado no mesmo sítio, ou concomitantemente a outros serviços de manutenção e modernização, o que corresponde à hipótese do caso. Não por menos, o modelo EPC/Turnkey da FIDIC (*Silver Book*), ao dispor sobre o dever de o contratante dar acesso e posse do local de obra ao contratado, deixa claro que isso pode não se dar de forma exclusiva⁸. Ainda em outra passagem, impõe-se que o contratante assegure que outros contratados cooperem com o empreiteiro para lhe permitir a execução de seus trabalhos⁹. Ambas as previsões apontam no sentido de que a posse exclusiva da totalidade do empreendimento e a ausência de compartilhamento da área com outros contratados não são características excludentes do modelo da empreitada integral ou *turn key*.

⁸ 2.1. Right of Access to the Site. The Employer shall give the Contractor right of access to, and possession of, all the Site parts of the Site within the time (or times) stated in the Particular Conditions. *The right and possession may not be exclusive to the Contractor.* (...).

⁹ 2.3. Employer's Personnel. The Employer shall be responsible for ensuring that the Employer's Personnel and the *Employer's other contractors on the Site*: (a) co-operate with the Contractor's efforts under the Sub-Clause 4.6 [Co-operation], and (b) take actions similar to those which the Contractor is required to take under sub-paragraphs (a), (b) and (c) of Sub-Clause 4.8 [*Safety Procedures*] and under Sub-Clause 4.18 [*Protections of the Environment*].



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

(c) Insustentabilidade dos argumentos do parecerista quanto ao enquadramento do contrato como empreitada por preço global.

63. Assim como não prevalecem os argumentos do parecerista quanto à inviabilidade da configuração do contrato como empreitada integral, também não merecem respaldo suas razões para a defesa do enquadramento da avença no modelo de empreitada por preço global, prevista no artigo 6º, VIII, “a”, da Lei de Licitações e Contratos, que ocorre quando a Administração “contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total”.

64. Inicialmente, assevera o consultor que o edital e o contrato determinam a especificação pelo contratado dos preços de cada um dos equipamentos e serviços fornecidos, inclusive com fracionamento de moedas, para fins de composição do custo global da obra, o que reflete o fracionamento dos custos. Aponta ainda que o *pagamento é feito por medições, aferidas mediante multiplicação dos quantitativos pelos custos unitários*. Tais características, em sua visão, apenas seriam compatíveis com o regime de empreitada por preço global. [§§76-85].

65. Ocorre que a obrigatoriedade de definição do preço global tomando por base o valor de cada equipamento e serviço componente da obra é inerente a qualquer formação de planilha de custo de obras, seja qual for a modalidade contratada, pois visa dar transparência ao preço fixado pelo proponente para o empreendimento. É nesse sentido que a própria Lei Federal nº 8.666/1993 estipula em seu artigo 7º, §2º, II, que as obras apenas podem ser licitadas quando existir “orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários”, sem restringir tal exigência em relação a qualquer das modalidades de execução indireta. Ademais, trata-se de exigência reconhecida pela jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

da União para toda e qualquer obra, inclusive contratada pelo regime de empreitada integral, como se verifica do trecho de acórdão (transformado em Enunciado) a seguir reproduzido:

12. Quanto à necessidade, ou não, de elaboração de orçamento detalhado quando da contratação de obra em regime de empreitada global, a conclusão foi no sentido de que *a lei exige a elaboração de tal orçamento detalhado para todo e qualquer tipo de modalidade de contratação, inclusive a empreitada integral, ou turn key, e de que as razões e ordem material que fundamentam essa exigência legal também valem para todo e qualquer tipo de contratação*, quer seja pela necessidade de a administração conhecer a estimativa de custos da obra antes de licitá-la, de compatibilizar as execuções financeira e física do empreendimento, de avaliar os novos custos em caso de eventual modificação necessária no projeto, ou, ainda, de garantir que o preço pago seja uma justa remuneração pelo bem obtido (*Acórdão n. 2873/2008. Plenário. Relator: Min. Augusto Sherman. Brasília. J. 02 Dez. 2008; grifos nossos*).

66. Doutro lado, a doutrina especializada reconhece que não há vinculação entre o modelo de escopo contratual e a modalidade de remuneração do contratado. Apesar da associação comum entre determinadas modalidades remuneratórias e objetos contratuais, nada impede que as partes pactuem uma forma de remuneração diferenciada por objetivos diversos, mantendo-se o mesmo escopo contratual¹⁰.

¹⁰ “Vale observar que essa análise, focada no que usualmente se denomina ‘escopo’ do contratado, não se relaciona com o modo pelo qual a execução desse escopo será remunerada. Não obstante haja um vínculo habitual entre determinados escopos e determinadas modalidades de remuneração, nada impede que se pactue de maneira diversa, até mesmo cumulando diferentes modalidades de remuneração para parcelas de um único escopo” (DEUS, Adriana Regina Sarra. *O contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction*. (Coleção IBIDIC – Direito da Construção). Ebook. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, pos. 2068).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

67. O que importa para a definição da qualificação jurídica do presente contrato é o seu escopo *Design and Build* (DB), que caracteriza-se por “concentrar, em um único agente, as responsabilidades pela definição da obra nos projetos básicos e pela sua construção, atendendo aos eventuais requisitos de desempenho e adequação determinados pelo dono da obra”¹¹. Não obstante seja usual que a tal escopo esteja associada uma modalidade de remuneração por preço global, “é possível que esse mesmo escopo DB seja remunerado, por exemplo, mediante preços fixos unitários”¹². Inclusive, há uma grande vantagem em realizar pagamentos escalonados ao contratado, mediante prestações parciais da obra completa, que é a de providenciar fôlego financeiro para que ele possa concluir obras de longa duração. Tal preocupação, com efeito, foi decisiva para a adoção do modelo remuneratório do contrato padrão do Banco Mundial para *Design and Build* de equipamentos e plantas de engenharia complexas¹³, no qual se baseou o Contrato STM nº 003/2008.

68. Sob esse prisma, também não prevalece a identificação feita pelo parecerista entre o modelo contratual *Yellow Book da FIDIC com o tipo de empreitada por preço global prevista na Lei 8.666/93*, para fins de justificar que o contrato tem esta última natureza jurídica. Tanto mais porque, a partir de tal constatação, visa emplacar a tese de que o modelo contratual importaria ao contratado mera obrigação de meio, consistente no fornecimento de equipamentos e execução de serviços nos estritos

¹¹ DEUS, *Op. cit.*, pos. 2238.

¹² DEUS, *Op. cit.*, pos. 2068, Nota de Rodapé nº 190.

¹³ Tornando claro o escopo deste modelo contratual como um *Design and Build*, em seu prefácio consta sua destinação ao “uso em contratos financiados pelo Banco Mundial envolvendo o design, fornecimento, instalação e comissionamento de equipamentos e plantas especialmente desenvolvidos, como turbinas, geradores (...), dentre outros semelhantes, para projetos de fornecimento de energia, água, telecomunicações e similares. (...). *Esses documentos devem ser usados quando o contratado é responsável por todas as atividades necessárias para a conclusão das instalações, tais quais elaboração do projeto, fabricação de equipamentos, entrega, instalação, teste, comissionamento, treinamento de pessoal etc.*” (Tradução livre do original em inglês). (*Standard Bidding Document of Plant Design, Supply, and Installation & User’s Guide*, Washington: The World Bank, April 2015. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/952741475182519904/Procurement-of-Plant-Design-Supply-and-Installation-and-User-Guide-April-2015.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2019).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

termos das instruções passadas pelo contratante, e não de resultado quanto à concepção e execução completa da obra em plena operacionalidade [§49-66].

69. O jurista afirma, ainda, ser *irrelevante a previsão de que o contratado está obrigado entregar a obra implantada e em pleno funcionamento* para a caracterização do contrato como empreitada integral, pois a empreitada por preço global também impõe a entrega de um objeto em condições de funcionamento [§§102-105].

70. Tratam-se de afirmações insustentáveis, pois é inequívoco que o modelo FIDIC *Yellow Book* tem um escopo *Design and Build (DB)*, nos moldes acima definidos (v. §66)¹⁴, ao passo que a empreitada por preço global é voltada à execução de obras comuns de engenharia previamente projetadas pela Administração contratante¹⁵.

71. O que diferencia o objeto típico da empreitada integral do concernente à empreitada por preço global é justamente a complexidade da solução de engenharia envolvida. Diante dessa circunstância, torna-se vantajoso para a Administração outorgar ao contratado a atribuição de conceber o projeto e executá-lo em sua integralidade, transferindo também o *know how* de como operar a tecnologia

¹⁴ Documento oficial da FIDIC espanca quaisquer dúvidas em sentido contrário, deixando claro que *o modelo se aplica a “trabalhos de construção em que o projeto é desenvolvido pelo contratado”*, sob condições em que “o contratado projeta e desenvolve trabalhos de acordo com os requerimentos do contratante, os quais podem incluir qualquer combinação de trabalhos civis, mecânicos, elétricos ou de construção” (FÉDÉRATION INTERNACIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS. *FIDIC suite of contracts*. Disponível em: <http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC_Suite_of_Contracts_0.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019).

¹⁵ Nesse sentido aponta o Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União: “Empreitada por preço global é utilizada quando se contrata execução de obra ou prestação de serviço por preço certo para a totalidade do objeto. Verifica-se geralmente nos casos de empreendimentos comuns” (BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4ª ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 149).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

disruptiva à contratante e ao seu pessoal (v.g. fases de operação assistida e treinamento), em situação que seria inviável ou indesejável que o próprio Poder Público desenhasse o projeto de construção em detalhes, por conta própria ou pela contratação de projetista, para que o empreiteiro apenas o executasse nos limites de suas ordens. Nesse sentido, estabelece-se uma clara identificação entre, de um lado, a empreitada integral e o escopo *Design and Build* (DB) e, de outro, a empreitada por preço global e o escopo *Design, Bid and Build* (DBB)¹⁶.

72. Tanto o *Yellow Book* como o *Silver Book* da FIDIC se identificam enquanto modelos de contratação cujo escopo é de *Design and Build* (DB), ambos muito mais próximos ao tipo de empreitada integral do que ao de empreitada por preço global, se tivermos de equipará-los às definições utilizadas na Lei Federal nº 8.666/93. Assim, não têm a menor relevância para o caso aqui analisado pequenas diferenças desses modelos quanto ao regime de administração mais ou menos controlador por parte do contratante, ou quanto ao nível de alocação de riscos imprevisíveis ao contratado, visto que ambos têm o mesmo intuito de responsabilizar o empreiteiro pela concepção e execução completa da obra até seu completo funcionamento¹⁷, que é o escopo típico da empreitada integral, assim como do contrato modelo Banco Mundial aqui analisado, conforme argumentado acima (v. §66 e Nota de Rodapé nº 15).

¹⁶ Segundo Adriana Regina Sarra de Deus, a marca característica desse último modelo de escopo é “a separação entre o projeto, de responsabilidade do dono da obra, e a construção, de responsabilidade do construtor, também chamado de *general contractor*, *main contractor* ou *prime contractor*. Em sua forma mais característica, compreende três etapas sucessivas: elaboração do projeto básico de concepção da obra, realização do processo de contratação do construtor e, por fim, execução das atividades de construção propriamente ditas” (*Op. cit.*, pos. 2108).

¹⁷ Nesse aspecto, Nael G. Bunni aponta que os modelos *Silver Book* e *Yellow Book* se assemelham principalmente em virtude da alocação da função de *design* ao contratado que ocorre em ambos, o que os diferenciam substancialmente do *Red Book*, em que o projeto é concebido previamente à contratação do empreiteiro (BUNNI, Nael G. *The FIDIC Forms of Contract: the fourth edition of the Red Book, 1992, the 1996 Supplement, the 1999 Red Book, the 1999 Yellow Book, the 1999 Silver Book*. 3rd ed. Oxford: Blackwell, 2005, p. 582).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

73. Quanto a esse aspecto, é assente na doutrina que a exacerbação da responsabilidade do contratado constante do modelo *Silver Book* do FIDIC – que inclui não apenas maior número de riscos imprevisíveis, como a responsabilidade por eventuais erros nas especificações técnicas elaboradas pelo contratante – não é inerente ao tipo contratual *turn key*, sendo apenas uma forma de concebê-lo. Com efeito, existem contratos padrão de *turn key* em que essa condição agravada de riscos ao contratado não se encontra presente, continuando sob a esfera de responsabilidade do contratante a ocorrência de eventos imprevisíveis e os prejuízos decorrentes de erros em suas próprias informações e desenhos¹⁸, como ocorre no Contrato STM nº 003/2008.

74. Bem analisada a questão, o que é central a todo e qualquer contrato *turn key* e encontra-se presente no modelo contratual aqui analisado – assim como nos livros amarelo e prateado do FIDIC –, é o que se convencionou chamar de “**ponto único de responsabilidade**”, configuração na qual “há significativa concentração das atividades de implantação nas mãos do construtor, que passa a responder tanto pelos projetos como pela execução das obras”¹⁹.

75. Tal configuração contratual encontra previsão nas *Diretrizes do Banco Mundial para aquisição de bens, obras e serviços técnicos financiados por empréstimos do BIRD e créditos & doações de AID, pelos mutuários do Banco Mundial*. Ressalta-se ali que, no caso de aquisição de “grandes instalações industriais e usinas elétricas”, quando “muitos itens e obras diferentes sejam agrupados em um contrato na

¹⁸ “Segundo registra a doutrina especializada, tais condições agravadas – uma inovação se comparadas com os contratos *design-build* ou *turnkey* – desconsideram o princípio fundamental dos contratos equilibrados, em que cada parte assume os riscos sobre os quais tem mais controle. De fato, minutas-padrão *turnkey*, como aquelas recentemente editadas pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) e pelo *Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes* (ORGALIME), não preveem aquelas condições especiais de alocação de risco. Nelas, o dono da obra, e não o construtor, é quem assume riscos imprevisíveis que alterem os trabalhos, como também eventuais alterações necessárias para fazer frente a erros em suas próprias informações e projetos” (MESQUITA, *Op. cit.*, p. 695).

¹⁹ MESQUITA, *Op. cit.*, pos. 474.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

forma de pacote”, o Banco pode aceitar ou até exigir um contrato de responsabilidade única em forma de empreitada integral, “em que uma entidade assume inteira responsabilidade pela entrega de uma planta ou instalação industrial totalmente equipada e pronta para funcionar”²⁰.

76. Fica claro, a partir das demais previsões quanto ao “Tipo e Tamanho dos Contratos” constantes das Diretrizes do Banco Mundial, que não havia outro modelo contratual a adotar senão o *turn key* no caso da contratação do sistema sob análise. É que, além da hipótese contratual acima mencionada, as diretrizes abordam apenas outras duas, sendo que nenhuma delas se compatibiliza com o modelo de avença firmado, quais sejam: i) “projetos que envolvem bens e obras diversificados”, hipótese em que se recomenda a celebração de “contratos individuais para o fornecimento e/ou a instalação de diferentes itens de equipamentos, planta, industrial e obras”; e ii) “projeto cuja implementação requeira itens de equipamento ou obras semelhantes, porém individualizados”, caso em que “as propostas podem ser solicitadas para parcelas (*slices*) ou pacote”²¹.

77. Por todo o exposto, resta inequívoca a insustentabilidade do enquadramento do contrato enquanto empreitada por preço global, dado sua caracterização enquanto uma empreitada integral (*turn key*).

²⁰ 2.4. Em determinados casos, sobretudo de grandes instalações industriais e usinas elétricas, o Banco pode aceitar ou exigir um contrato de responsabilidade única em que muitos dos itens de equipamento e obras diferentes sejam agrupados em um contrato na forma de pacote. Um contrato de responsabilidade única pode ser um contrato de empreitada integral (*turnkey contract*), em que uma entidade assume inteira responsabilidade pela entrega de uma planta ou instalação industrial totalmente equipada e pronta para funcionar (“bastando virar a chave” ou “chave na mão). Os contratos que envolvam a construção, instalação ou montagem, além de serviços relacionados, também podem ser outorgados a empreiteiros mediante contratos de administração (*Diretrizes para aquisição de bens, obras e serviços técnicos financiados por empréstimos do BIRD e créditos & doações de AID, pelos mutuários do Banco Mundial*, jan. 2011, p. 11. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/541151468124188603/pdf/95477-REPLACEMENT-FILE-385456B-PUBLIC-Diretrizes-Aquisicoes-Jan2011.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2019).

²¹ Itens 2.3 e 2.5. das Diretrizes.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

(d) Implicações práticas: Inadimplemento da obrigação principal por culpa da contratada. Inutilidade dos bens e equipamentos adquiridos ou fabricados pela contratada, quando dissociados do sistema cuja implementação configurou o objeto contratual. Inexigibilidade de seu recebimento e pagamento.

78. Reconhecida a natureza de empreitada integral (*turn key*) do Contrato STM nº 003/2008, conclui-se que **o contratado assumiu a responsabilidade pela integralidade do sistema contratado**, desde o *design* do projeto de engenharia, passando pela fabricação ou aquisição dos equipamentos destinados a compor a obra, até a sua conclusão, teste e entrega à Administração em pleno funcionamento. É o que se demonstrou a partir da análise das disposições de suas cláusulas contratuais, Edital, esclarecimentos ao Edital e proposta do licitante vencedor (v. §§49-53), assim como do estudo do modelo do Banco Mundial em que o contrato se baseou (v. §66).

79. Quanto ao caso concreto, isso implica que: i) houve inadimplemento da obrigação principal do contrato, o que se deu por culpa da contratada; e ii) ante a inutilidade dos equipamentos fornecidos pelo Consórcio dissociados do sistema para cuja composição foram fabricados, não há direito ao pagamento por esse fornecimento, e todo adiantamento já feito deve ser devolvido.

80. Insiste-se no ponto de que a prestação contratada foi a redução do intervalo entre os trens, a ser alcançada pela modernização de seu sistema de sinalização, sendo **todos os equipamentos fornecidos e serviços prestados meramente instrumentais em relação ao *opus* avençado, imprestáveis ao contratante caso não se logre alcançar a prestação principal.**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

81. Tal afirmação continua válida, ainda que se adote posição contrária à sustentada em relação ao debate acima travado, dado estar fora de disputa que o contrato firmado é uma empreitada, sendo inerente a qualquer espécie desse gênero contratual que a prestação esteja vinculada à entrega da obra enquanto totalidade e de forma operacional. Deste modo, não há que se falar em cumprimentos parciais ante o fornecimento de equipamentos e prestação de serviços intermediários, tendo em vista que o objeto demandado pelo contratante é a redução do headway entre trens, sendo tudo o mais meramente instrumental para o escopo contratado. Trata-se de contrato com objeto complexo e indivisível, conforme escólio de Marcelo Alencar Botelho de Mesquita²²:

Daí dizer-se que a atuação do empreiteiro é complexa e que a empreitada é um contrato complexo, de estrutura unitária, que alberga em seu conteúdo, como uma unidade, em caráter de interdependência, tudo o que se há de reputar necessário para fazer e entregar a obra, isto é, quaisquer atividades que concorram para a conclusão perfeita e acabada do empreendimento (...). **Todas essas atividades, tais como os serviços e os bens empregados para execução das obras, incorporadas nelas ou não, reputam-se acessórias, instrumentais e subordinadas ao objeto do contrato, que é a entrega do resultado, do *opus* (grifo nosso).**

82. Ademais, como já se argumentou em diversas oportunidades nesta arbitragem, **os equipamentos fornecidos pelo Consórcio, dissociados do sistema para cuja composição foram fabricados, são completamente inúteis para o Estado**, pois apenas operam conforme o *software* a ser desenvolvido pela própria Ansaldo, o qual não foi implementado.

²² *Op. cit.*, pos. 1627.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

83. Não é válido, portanto, o argumento do parecerista de que a *prestação contratada era a de “fornecimento de uma pluralidade de bens, equipamentos e peças (inclusive sobressalentes)”*, de modo que estaria parcialmente adimplida, originando o respectivo direito à remuneração [§§288]. Ora, o fornecimento é parte integrante, mas não se confunde com a empreitada, que possui um *plus*, que é a incorporação dos equipamentos e insumos fornecidos ao todo que compõe a obra.

84. Outrossim, as cláusulas contratuais citadas (Art. 2º do Acordo de Contrato e itens 1.1, 7 e 31 das CGC) não respaldam a conclusão do consultor. Tratam-se da fórmula para composição do preço do contrato, das definições contratuais de “Instalações” e “Unidades de Produção e Equipamentos”, do escopo das instalações e da transferência de propriedade dos equipamentos ao contratante assim que importados ou trazidos ao local de obras.

85. É que tais disposições contratuais não desnaturam o escopo do contrato e a responsabilidade da contratada quanto à implantação do sistema de forma integral e operacional. Isso fica claro diante da previsão do objeto do contrato (item 7 das CGC), assim como das definições de “Instalação” (item 1.1 ‘o’ das CGC) e de “Conclusão” (item 1.1 ‘c’ das CGC), denotando que o objeto contratual apenas é cumprido com a integração de todas as unidades de produção e equipamentos em instalações, compondo um sistema estrutural e operacionalmente pronto e liberado para funcionamento. A transferência parcial das unidades de produção e equipamentos conforme sejam importadas ou adquiridas tampouco elide a sua mera instrumentalidade em relação ao objeto contratado, sendo apenas técnica para melhor organizar os ativos do Consórcio responsável pela empreitada, não lhe outorgando os ônus de tributos e outros encargos legais incidentes sobre a propriedade de bens e equipamentos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

86. Portanto, como a contratada não logrou êxito na conclusão do sistema demandado, configurou-se inadimplemento absoluto por exclusiva culpa sua. Apesar de imputar diversas causas do inadimplemento aos contratantes, tal se deu por sua própria falta de organização e ineficiência no cumprimento dos sucessivos cronogramas apresentados (v., nesse sentido, argumentação desenvolvida nas Alegações Iniciais do Requerido 1, assim como em sua Resposta às Alegações Iniciais do Requerente e Tréplica). Nesse sentido, não são devidos quaisquer pagamentos por execuções parciais do objeto contratado, dada sua indivisibilidade.

87. Quanto a esse aspecto, para o parecerista, mesmo considerando que houve inadimplemento contratual e que o encerramento do contrato se deu por culpa da contratada, haveria o *direito ao recebimento do “preço do contrato atribuído às instalações executadas até a data da rescisão”* (item 42.2.5 das CGC). Remetendo, nesse ponto, à definição de “instalações executadas”, constante do item 42.4 das CGC, entende estar “assegurada a compensação por todos os equipamentos, bens e peças de reposição adquiridos ou objeto de promessa de compra e venda, ainda que a operação não tivesse sido aperfeiçoada até o momento da notificação da rescisão” [§298].

88. No entanto, tal entendimento não se sustenta, pois a entrega parcial de atividades não guarda nenhum interesse para o Estado. Em sede de alegações iniciais, inclusive, já foi juntada planilha descrevendo as atividades que não poderão ser aproveitadas e cujo adiantamento se revelou inútil (Doc. RDO1-31).

89. Pelo mesmo motivo, o Estado de São Paulo precisará realizar outro procedimento licitatório e firmar outro contrato para alcançar os objetivos que há anos já deveriam ter sido entregues pela Requerente, tendo em vista que a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

contratada não foi capaz de realizar a performance acordada e o necessário desenvolvimento do *software*, destinado a promover a movimentação segura dos trens.

90. Restou ainda demonstrado, nesta arbitragem, que não será possível realizar o aproveitamento dos equipamentos de sinalização já entregues, os quais não poderão ser utilizados por outros fabricantes. Apesar de o Requerente, em réplica a esta afirmação, sustentar que existem empresas habilitadas a promover a implantação e operação dos seus sistemas de sinalização, em momento algum declinou o nome de qualquer delas.

91. Nesse aspecto, reitera-se entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido de que itens contratuais não executados ou que se revelaram imprestáveis não somente não devem ser pagos pela Administração, como qualquer adiantamento a eles relativo deve ser devolvido ao erário (TCU 00075420077, Relator: AROLDO CEDRAZ, Data de Julgamento: 02/09/2008).

92. De rigor reconhecer, portanto, a inexigibilidade do pagamento de equipamentos importados ou adquiridos pela contratada até a data da rescisão. Isso não apenas por ser o término contratual exclusivamente imputável ao Consórcio, como porque, dissociados das instalações para cuja composição foram fabricados, tais equipamentos se apresentam completamente inúteis para a Administração. Corolariamente, todo e qualquer adiantamento pago como consequência de sua aquisição também deve ser devolvido ao erário público.

VI. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE POR INADIMPLEMENTO DO CONTRATADO



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

93. O parecer ampara ainda a tese de que o item 30 das CGC, cláusula limitadora da responsabilidade da contratada por inadimplemento, impede que ela seja condenada a indenizar lucros cessantes aos contratantes, assim como que o montante indenizatório ultrapasse o valor total do contrato [§§275-278].

94. Ocorre que **a limitação da responsabilidade da contratada aos danos emergentes, com exclusão dos lucros cessantes, não se sustenta**, pois não pode ser extraída da interpretação do item 30.1 (a) das CGC.

95. Reproduz-se a cláusula, para melhor análise:

30. Limites de responsabilidade.

30.1. Exceto em caso de negligência criminosa, ou má conduta intencional,

(a) a Contratada não deverá ser responsabilizada frente à Contratante, seja pelo Contrato, seja por delito, ou de outra forma, por perdas e danos consequentes indiretos, lucros cessantes, perda da possibilidade de uso, perda de produção, ou custos de juros, sendo que **esta exclusão não se aplica a qualquer obrigação da Contratada de pagar indenização por perdas e danos à Contratante**;

96. Analisando a redação, de imediato observa-se que **há uma hipótese clara de afastamento da aplicação da cláusula excludente da responsabilidade da contratada por lucros cessantes**, que é justamente quando tais lucros cessantes compõem perdas e danos efetivamente comprovadas e liquidadas sofridas pelas contratantes. É o que se extrai de pura e simples interpretação literal do texto, que não dá qualquer vazão a outro entendimento.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

97. O parecerista, no entanto, arrisca argumento distorcivo do texto contratual na intenção de negar efeitos à excludente acima mencionada, aduzindo que: i) o texto decorreu de uma tradução mal feita do modelo contratual do Banco Mundial, no qual o contrato se baseou; e ii) que uma “interpretação sistemática” das demais condições do contrato infirmam a excludente. Nenhum dos argumentos, porém, merece respaldo.

98. O primeiro arrazoado beira as raias do absurdo. E isso porque não se pode presumir que profissionais habilitados envolvidos na redação contratual tenham cometido equívocos quando da tradução para o vernáculo do modelo contratual do Banco Mundial. Da mesma forma, o consultor, não obstante seu notório saber jurídico e fluência na língua inglesa, não é profissional legalmente habilitado a se pronunciar em processos jurisdicionais sobre celeuma envolvendo a tradução de um texto jurídico, o que apenas pode ser feito por um tradutor juramentado.

99. Destarte, tendo em conta que todo e qualquer contrato firmado pela Administração Pública brasileira deve obrigatoriamente ser redigido em língua portuguesa, no caso de aparente conflito entre, de um lado, a redação em inglês do contrato-base e, de outro, o texto em português do contrato efetivamente celebrado, **a presunção de validade deve recair sobre a versão portuguesa.**

100. Sorte diferente não cabe ao segundo argumento. É que o fato de outras cláusulas contratuais apenas mencionarem o dever de indenizar perdas e danos enquanto gênero, sem especificar que a expressão inclui os lucros cessantes, assim como os danos emergentes, não é razão suficiente para concluir que os lucros cessantes não são devidos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

101. Tanto mais porque o direito à indenização por lucros cessantes decorrente do inadimplemento contratual decorre diretamente da lei (art. 403, do Código Civil), devendo-se presumi-la devida, salvo exclusão expressa pelo contrato. No instrumento analisado, não obstante tal exclusão exista, ela é expressamente **inaplicável a uma hipótese específica, qual seja, quando existem perdas e danos efetivamente comprovadas e liquidadas sofridas pela contratante**, decorrentes do inadimplemento da contratada.

102. Assim, não merece respaldo a alegação de que falta lógica ao dispositivo. Com efeito, trata-se de redação utilizada por outros modelos contratuais voltados ao mesmo escopo. É o que, se vê, por exemplo, na cláusula 30.1 (a) do *Standard Bidding Document and User's Guide to Procurement of Plant, Design, Supply and Installation* desenvolvido pelo *Asian Development Bank (ADB)*²³, que também afasta expressamente a aplicação da excludente de responsabilidade por lucros cessantes nos casos em que houver “danos liquidados” à contratante, conforme abaixo reproduzido:

30. Limitation of Liability.

30.1. Except in cases of criminal negligence or willful misconduct,

(a) the Contractor shall not be liable to the Employer, whether in contract, tort, or otherwise, for any indirect or consequential loss or damage, loss of use, loss of production, or loss of profits or interest costs, **provided that this exclusion shall not apply to any obligation of the Contractor to pay liquidated damages to the Employer**;

²³ *Standard Bidding Document of Plant Design, Supply, and Instalation & User's Guide*, Mandaluyong City, Phillipines: Asian Development Bank, 2016. Disponível em: <<https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/32833/sbd-plant-users-guide.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

103. Não se sustenta, portanto, a interpretação sistemática infundada e distorcida do texto contratual encampada pelo parecer, devendo ser rechaçada para fins de reconhecer a possibilidade de o Consórcio ser condenado, em razão de seu inadimplemento contratual, a indenizar lucros cessantes efetivamente comprovados e liquidados sofridos pelas partes contratantes.

VII. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO OU VÍCIO DA FUNDAMENTAÇÃO NA APLICAÇÃO DE MULTAS CONTRATUAIS

(a) Da inoccorrência de prescrição.

104. O parecer quer emplacar a tese de que houve prescrição intercorrente das decisões que aplicaram multas contratuais ao Consórcio, sob o argumento de que os processos ficaram paralisados por mais de três anos sem ação administrativa. Para isso, *parte da premissa de que é aplicável à espécie a regra do artigo 1º, §1º, da Lei Federal nº 9.873/99, que disciplina a prescrição para o exercício do poder de polícia pela Administração Federal.* Trata-se de tese que não encontra o menor respaldo no ordenamento jurídico.

105. O primeiro grave equívoco da tese sustentada é confundir o poder de sancionamento contratual da Administração com o seu poder de polícia. Trata-se de coisas completamente diversas, haja vista que, no caso das sanções contratuais, por existir um vínculo de especial sujeição entre o sancionado e a Administração, está-se diante do exercício de poder disciplinar, e não do poder de polícia. Só por isso já se deveria rechaçar a tese da aplicação da Lei Federal n. 9.873/99, cuja matéria é exercício de poder de polícia.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

106. Não obstante, ainda que se admita a aplicação de normas regentes do poder de polícia da Administração à atividade disciplinar, é **completamente descabida a aplicação à esfera estadual de lei que, segundo sua própria redação, limita-se espacialmente à União**, visando regular apenas o exercício do poder de polícia exercido por este último ente federado. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada no sentido de não ser aplicável a Lei Federal n. 9.873/99 à prescrição das pretensões punitivas decorrentes de poder de polícia pelos estados e municípios, devendo-se, quanto a isso, aplicar o Decreto 20.910/32:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. LEI N. 9.873/1999. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES ADMINISTRATIVAS PUNITIVAS DESENVOLVIDAS POR ESTADOS E MUNICÍPIOS. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO N. 20.910/32.

1. A Primeira Seção deste c. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.115.078/RS (Rel. Min. Castro Meira, DJe de 24/3/2010), processado nos moldes do art. 543-C do CPC, consignou no bojo do voto a **inaplicabilidade da Lei n. 9.873/1999 às ações administrativas punitivas desenvolvidas por estados e municípios, em razão da limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal, nos termos de seu art. 1º**.

2. No caso, a ação anulatória de ato administrativo c/c repetição de indébito foi ajuizada em desfavor da Coordenadoria Estadual de Proteção de Defesa do Município de Maringá, em decorrência do exercício do poder de polícia do Procon/PR, sendo, portanto, inaplicável a Lei n. 9.873/1999, consoante entendimento firmado por esta Corte, **sujeitando-se, por conseguinte, ao prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto n. 20.910/1932**.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 509.704/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 01.7.2014).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

107. Confunde-se o parecerista, mais uma vez, ao fundamentar a competência legislativa da União em matéria de prescrição da pretensão punitiva dos Estados e municípios com base nos artigos 22, I, e 24, XI, da Constituição Federal, pois é absolutamente cediça a natureza material, e não processual, das regras concernentes à prescrição, tanto a aplicável ao âmbito penal como ao civil.

108. O que ocorreu com a previsão da prescrição intercorrente aos processos sancionatórios federais na Lei n. 9.873/99 foi uma renúncia geral do ente federado, operada por lei, à sua pretensão punitiva quando se der a paralisação por tempo excessivo do processo administrativo destinado a satisfazê-la, em benefício do administrado e aplicável tão-somente à sua própria esfera jurídica, como disposto no próprio diploma legislativo. Trata-se de inovação em relação à disciplina da prescrição quinquenal (Decreto 20.910/32) que já era aplicável, inclusive em âmbito federal, de modo que é incabível estende-la aos demais entes federados.

109. Ademais, a título argumentativo, ainda que não se admitisse a natureza material das regras sobre a prescrição, tampouco se pode sustentar a competência legislativa da União na matéria com fundamento nos artigos 22, I, e 24, XI, da Constituição Federal, eis que se referem estritamente ao processo jurisdicional²⁴, sendo pacífico que a competência para dispor sobre o seu processo administrativo é própria de cada ente federado.

110. Nesse sentido, **não tem pertinência ao caso o precedente do STJ citado pelo jurista, que reconheceu a aplicação analógica da legislação de**

²⁴ Uma simples pesquisa no portal “A Constituição e o Supremo”, no site do Supremo Tribunal Federal, deixa claro que absolutamente todos os precedentes da Corte envolvendo a aplicação de ambos os dispositivos constitucionais dizem respeito ao processo jurisdicional, seja civil ou penal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao>>. Acesso em: 20 nov. 2019.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

processo administrativo federal para regulamentar o prazo decadencial para que outros entes federados, sem legislação própria, exerçam sua autotutela administrativa.

111. Isso porque, no caso do precedente, o que fundamentou a incidência de lei aplicável apenas ao âmbito federal aos processos administrativos dos demais entes federados foi, pura e simplesmente, a ausência de qualquer outro parâmetro mais adequado para fins de aplicação analógica, tendo em vista que não há previsão de prazo decadencial geral em nenhuma lei de âmbito nacional, nem mesmo no Código Civil. *O caso presente é muito diverso, pois o Decreto 20.910/32, de abrangência nacional, regulamenta especificamente a prescrição aplicável à Fazenda Pública, de modo que a aplicação analógica mais adequada para a prescrição punitiva do ente federado não prevista em lei própria é mesmo deste último diploma normativo. Não por menos, quanto a este caso específico, o mesmo Superior Tribunal de Justiça afastou prontamente a aplicação da Lei n. 9.873/99, por ter incidência espacial restrita à União, e entendeu aplicável por analogia o Decreto 20.910/32, dada a sua abrangência nacional, conforme precedente acima citado.*

112. Por todo o exposto, não merece respaldo a tese que encampa a aplicação da prescrição intercorrente prevista na Lei Federal n. 9.873/99 aos processos de imposição de multas à contratada, por absolutamente incompatível com o ordenamento jurídico, aplicando-se, tão-somente, a prescrição quinquenal disposta no Decreto 20.910/32, assim como as causas interruptivas constantes do Código Civil, por analogia. E, à luz desse conjunto normativo aplicável, não ocorreu a prescrição de qualquer das pretensões punitivas da Administração.

(b) Da ausência de vícios de motivação nas decisões que aplicaram multas ao contratado.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

113. Por derradeiro, o parecer defende serem nulas as decisões que aplicaram multas à contratada, por violação ao dever constitucional de motivação, o que supostamente se deu por: i) não terem afastado a integralidade dos argumentos expostos pelo contratado; e ii) terem se restringido a invocar normas abstratas e razões que poderiam ser aplicadas em qualquer controvérsia.

114. Antes de tudo, é importante ressaltar que as duas constatações são feitas pelo parecerista de forma completamente genérica, sem em nenhum momento fazer referência às decisões em concreto. Deste modo, é imprescindível que a hipótese fática se comprove nos autos para que as consequências jurídicas ali propugnadas prevaleçam.

115. Não obstante, do ponto meramente jurídico-abstrato, também não assiste razão ao jurista, eis que nenhuma das hipóteses fáticas mencionadas é razão suficiente para anulação jurisdicional de atos administrativos punitivos.

116. Inicialmente, porque **à espécie não se aplica o Código de Processo Civil**, tendo em vista que o Estado de São Paulo possui lei de processo administrativo própria que regulamenta o dever de fundamentação das decisões oficiais (Lei Estadual n. 10.177/98), e a aplicação do CPC aos processos administrativos se dá apenas de modo subsidiário, na ausência de norma regulamentadora (art. 15, CPC).

117. Com efeito, seu artigo 9º dispõe os requisitos que devem ser observados pela fundamentação das decisões administrativas, conforme se reproduz:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

Artigo 9º. A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada.

Parágrafo único. A motivação do ato no procedimento administrativo poderá consistir na remissão a pareceres ou manifestações nele proferidos.

118. A partir de tal redação, se percebe que o dever de motivação das decisões administrativas, apesar de existente, não possui os mesmos requisitos aplicáveis ao âmbito jurisdicional. Para citar um exemplo, a lei admite expressamente seja motivada a decisão por mera remissão a pareceres ou manifestações nele proferidos, o que não se admite no plano judicial. Portanto, não há aqui qualquer obrigação de rebater especificamente todos os argumentos do requerente, bastando que se declinem “as razões que justifiquem a edição do ato”.

119. No entanto, ainda que se admita o arrazoado do consultor no sentido de que as exigências do artigo 489, §1º, do CPC, apenas especificam o que já se extrai da Constituição e é aplicável a qualquer esfera processual, inclusive administrativa, **o dever de rebater especificamente todo e qualquer argumento das partes não é extraível deste dispositivo**, conforme interpretação já consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a qual se reproduz:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal decism.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no MS 21.315/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), DJe 15.6.2016)

120. É que não faz sentido exigir que o julgador, incumbido de analisar milhares de processos, seja obrigado a dispender esforço argumentativo para se pronunciar sobre tudo o que é alegado pela parte, por vezes em petições de volume irrazoável e pouco compreensíveis. Fulminar com a sanção de nulidade as decisões que, mesmo declinando razões suficientes para a sua determinação, deixem de rebater todo e qualquer argumento das partes seria por em risco grande parte da atividade jurisdicional e administrativa no Brasil, o que não se admite.

121. Conseqüentemente, ainda que no plano abstrato, deve-se desacolher a tese sustentada pelo parecerista acerca da nulidade de decisões punitivas do



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

Estado que deixem de rebater especificamente todos os argumentos da parte interessada. Tampouco se podendo admitir que, no caso, tenha havida mera argumentação genérica, passível de resolver qualquer controvérsia, é de rigor reconhecer a plena validade das decisões contestadas pela Requerente nesta arbitragem.

VIII. CONCLUSÕES

122. Pelo exposto, o Requerido 1 se manifesta conforme segue em relação às conclusões a que chegou o Prof. Marçal Justen Filho, quanto a questões jurídicas relevantes para a presente arbitragem:

i) O fato de o Contrato STM nº 003/2008 contar com financiamento do Banco Mundial, estando sujeito à incidência do artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993, não afasta a aplicação das regras contratuais que disciplinam o contrato administrativo, constantes desta lei, ao regime jurídico da avença. O reconhecimento dessa premissa implica, primeiramente, que sempre esteve facultado à Administração o exercício dos poderes extroversos constantes do artigo 58 da Lei de Licitações e Contratos, ainda que isso não estivesse expressamente previsto em contrato. Daí também decorre que era vedado ao contratado rescindir unilateralmente o contrato por mera comunicação extrajudicial, sendo imperativo que, para tal finalidade, ajuizasse demanda em órgão jurisdicional (**v. tópico III**).

ii) É inválida a rescisão unilateral promovida por meio de correspondência de 24 de novembro de 2014 enviada pela contratada à CPTM, não tendo este ato produzido qualquer dos efeitos a ele atribuídos pelo ilustre parecerista – isto é, não teve o condão de encerrar a fase de execução contratual, tampouco de tornar



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

inexigível a prestação principal à qual o Consórcio estava contratualmente obrigado. O mesmo se pode dizer do “distrato amigável”, que teria supostamente se consumado mediante correspondência da CPTM em 20 de janeiro de 2015. Não tendo ocorrido o término contratual em nenhuma destas datas, o regime ordinário de execução continuou vigente, tendo se configurado abandono do contrato pelo Consórcio no período imediatamente posterior, o que deu ensejo à rescisão unilateral por parte da Administração no ano de 2016, com aplicação de sanções (**v. tópico IV**).

iii) A modalidade contratual avençada se caracteriza como uma empreitada integral ou *turn key*, tendo o contratado assumido a integral responsabilidade pela implantação da solução de sinalização para linhas férreas contratada, desde o *design* do projeto de engenharia, passando pela fabricação ou aquisição dos equipamentos destinados a compor a obra, até a sua conclusão, teste e entrega à Administração em pleno funcionamento. Ao não concluir a instalação do sistema por culpa exclusiva sua, o contratado deixou de adimplir a obrigação principal do contrato em sua totalidade, tendo se limitado a entregar equipamentos que, dissociados do sistema para cuja composição foram fabricados, são inservíveis ao Estado. Logo, não há direito ao pagamento por esse fornecimento, e todo adiantamento já feito deve ser devolvido ao erário público (**v. tópico V**).

iv) Não se sustenta a interpretação da cláusula 30 das Condições Gerais do Contrato encampada pelo parecer, devendo ser rechaçada para fins de reconhecer a possibilidade de o Consórcio ser condenado, em razão de seu inadimplemento contratual, a indenizar lucros cessantes efetivamente comprovados e liquidados sofridos pelas partes (**v. tópico VI**).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

v) Não merece respaldo a tese que encampa a aplicação da prescrição intercorrente prevista na Lei Federal n. 9.873/99 aos processos de imposição de multas à contratada, por absolutamente incompatível com o ordenamento jurídico. Aplica-se à espécie apenas a prescrição quinquenal disposta no Decreto 20.910/32, assim como as causas interruptivas constantes do Código Civil, por analogia. À luz desse conjunto normativo, não ocorreu a prescrição de qualquer das pretensões punitivas da Administração (**v. tópico VII**).

vi) Por fim, tampouco houve vício de fundamentação nas decisões sancionatórias, tendo em vista que o administrador não está obrigado a refutar todo e qualquer argumento da parte requerente, e não embasou suas determinações em razões genéricas, aplicáveis a qualquer controvérsia (**v. tópico VII**).

123. Pugna, portanto, para que tais considerações sejam levadas em conta quando da prolação da decisão final pelo Tribunal Arbitral.

São Paulo, 21 de novembro de 2019.

ANDRÉ RODRIGUES JUNQUEIRA

Procurador do Estado
OAB/SP 286.447

IAGO OLIVEIRA FERREIRA

Procurador do Estado
OAB/SP 430.336



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

Não há anexos na presente manifestação

30/10/2017 RECONVENÇÃO CONJUNTA	
RDO1-01	Documento da corr� CPTM
RDO1-02	Contrato STM/003/2008 (retificado depois para STM/008/2008)
RDO1-03	Ofício GS/STM 281/2008 (retifica�o do n� do Contrato para 008/2008)
RDO1-04	Compromisso arbitral
30/07/2018 ALEGA�ES INICIAIS	
RDO1-05	Anexo 1 ao Contrato - Proposta Comercial
RDO1-06	Anexo 2 ao Contrato - Proposta Técnica
RDO1-07	Anexo 3 ao Contrato - Especifica�es Técnicas
RDO1-08	Anexo 4 ao Contrato - Constitui�o do Consórcio
RDO1-09	CT.GES.666/2014 - Suspensão Contratual
RDO1-10	CT.GES.1163/2014 - Retomada
RDO1-11	CT USE 263/2014 - Requerimento de Rescisão
RDO1-12	Ofício UCP 136/2016 - Notifica�o de Rescisão
RDO1-13	CT.GES.677-2013 (Anexo: Carta MW Engenharia)
RDO1-14	Processo Judicial 0168866-45.2012.8.26.0100
RDO1-15	Ata de reunião de 18.06.2009
RDO1-16	Ata de reunião de 31.07.2009
RDO1-17	Parecer CJ-STM 1622-2008
RDO1-18	Plano de Ataque da Obra
RDO1-19	Cronogramas de obra
RDO1-20	Cartas GES 75_2010, 93_2010 e 98_2009
RDO1-21	Termo de Permiss�o de Uso
RDO1-22	CT.GES.0276-2009
RDO1-23	Carta do Sr. Presidente da CPTM de 19.06.2009
RDO1-24	Ata de Reunião de 16.07.2009
RDO1-25	CT.GES 391/2010
RDO1-26	Resolu�o de Diretoria RD 8076/2010 - Despesas de viagem
RDO1-27	CT.GES. 287/2010
RDO1-28	CT.GES 116/2010 e 108/2010 - Atrasos e multas
RDO1-29	CT.GES 391/2010
RDO1-30	CT.GES 109/12, 272/12, 312/12 e IST 1/13 - Aproveitamento de acessos
RDO1-31	Ressarcimento - Plan Contratual
RDO1-32	Cartas de Alstom, Bombardier e Siemens
RDO1-33	Parecer CJ-STM n. 174/2016
RDO1-34	Custos com nova licita�o e novo contrato
RDO1-35	Aditamento ao contrato da Telvent



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

RDO1-36	Contrato e Aditivo ao contrato da Terwan
RDO1-37	Planilha de Contratos com terceiros
RDO1-38	Custos Redundância
RDO1-39	Retirada das boninas de impedância
RDO1-40	Cálculo dos lucros cessantes
21/09/2018 MANIFESTAÇÃO REF. O.P. Nº 5	
RDO1-41 (bis)	Resposta do despachante SETTEC
28/09/2018 RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES INICIAIS DO REQTE	
RDO1-41	Especificação Técnica AN2870-4
RDO1-42	CT-USE-033-2010
RDO1-43	Carta CT.GES 181-2010
RDO1-44	Ata de Reunião 24.03.09
RDO1-45	Relatório de Atrasos nas Subestações
RDO1-46	Carta CT.GES 412-08
RDO1-47	Ata de Reunião 18.06.09
RDO1-48	Relatório ITS.Tef.019-10) da Supervisora
RDO1-49	CT.GES 272-2012
RDO1-50	CT.GES 622-2014
RDO1-51	CT.GES 597-2013
RDO1-52	CT.GES 623-2014
RDO1-53	CT.GES 624-2014
RDO1-54	Relatório ISPTEF 059 2011 - Supervisora
RDO1-55	Planila de Acessos 2009-2014
RDO1-56	Minuta inicial do Termo de Encerramento
RDO1-57	Atividades que a Ansaldo se comprometeria a realizar
RDO1-58	Troca de e-mails
RDO1-59	Mudança de postura do consórcio
RDO1-60	Mensagem Dr. Thiago
RDO1-61	Mensagem sobre as condições de pagamento
RDO1-62	Mensagem sobre a minuta final do acordo
RDO1-63	Especificações Técnicas AN 5111
23/11/2018 RÉPLICA À RESPOSTA DO REQTE	
RDO1-64	Ata de Reunião e 04/06/2009 (canteiro de obras)
RDO1-65	CT.GES.002-2009 (subcontratadas não credenciadas)
RDO1-66	Solicitações de Acesso às Áreas Operacionais
RDO1-67	CT.GES.115/2011
RDO1-68	Multa Subestação Jaraguá e documentos correlatos
RDO1-69	Ata de Reunião de 4/3/2010



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

RDO1-70	E-mail (sinal 34)
RDO1-71	Comprovantes despesas de viagem
11/01/2019 MANIFESTAÇÃO REF. MANIF. REQTE. DE 21/12/18	
RDO1-72	Relatório do Inventário Consolidado
30/01/2019 TRÉPLICA	
RDO1-73	Laudo Pericial nos autos 1016519-83.2014.8.26.0053
RDO1-74	Relatório Técnico da Supervisora Contratual
18/03/2019 MANIFESTAÇÃO SOBRE TRANSFERÊNCIA DA POSSE E CONTRATO DE LOCAÇÃO	
RDO1-75	Cópias dos termos de pagamento
RDO1-76	Comunicado Rocha Brasil